REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

TOMO LXXXV

BOGOTA

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"
1957

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

SALA PLENA

Dr. JOSE JARAMILLO GIRALDO, Presidente.
Dr. JUAN BENAVIDES PATRON, Vicepresidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

Dr. ABELARDO GOMEZ NARANJO, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrados: Doctores DANIEL ANZOLA ESCOBAR—ENRIQUE ARAMBULA DURAN—ABELARDO GOMEZ NARANJO—JUAN MANUEL PACHON PADILLA—CAMILO RINCON LARA—SERGIO ANTONIO RUANO—LUIS SANDOVAL VALCARCEL—DOMINGO SARASTY MONTENEGRO.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. GUILLERMO GARAVITO DURAN, Presidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.
Magistrados: Doctores DANIEL ANZOLA ESCOBAR—ENRIQUE GIRALDO ZULUAGA—GUILLERMO GARAVITO DURAN — PABLO EMILIO NOTAS—JUAN MANUEL PACHON PADILLA — FRANCISCO DE PAULA VARGAS.

SALA DE CASACION PENAL

Dr. GUILLERMO HERNANDEZ PEÑALOSA, Presidente.
Dr. JULIO E. ARGUELLO R., Secretario.
Magistrados: Doctores SANTIAGO CADENA COPETE—JESUS ESTRADA MONSALVE—GUILLERMO HERNANDEZ PEÑALOSA—LUIS SANDOVAL VALCARCEL—DOMINGO SARASTY MONTENEGRO—ELBERTO TELLEZ CAMACHO.

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. MIGUEL ANTONIO CONSTAIN, Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.
Magistrados: Doctores ENRIQUE ARAMBULA DURAN—JUAN BENAVIDES PATRON—MIGUEL ANTONIO CONSTAIN—SERGIO ANTONIO RUANO.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. MANUEL BUENAHORA, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.
Magistrados: Doctores MANUEL BUENAHORA — ABELARDO GOMEZ NARANJO—JOSE JARAMILLO GIRALDO — CAMILO RINCON LARA.

Relator: Dr. ALBERTO MALO BAÑOS.

Abril y Mayo de 1957

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXV - BOGOTA, COLOMBIA. ABRIL Y MAYO DE 1957 Números 2181 - 2182

S A L A P L E N A

PROPOSICION DE RECONOCIMIENTO A LOS MAGISTRADOS DOCTORES JESUS ESTRADA MONSALVE Y CAMILO RINCON LARA, POR EL DIGNO DESEMPEÑO, EN SU ORDEN, DE LA PRESIDENCIA Y VICEPRESIDENCIA DE LA CORTE

"La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, se complace en reconocer la excelente labor realizada por los doctores Jesús Estrada Monsalve y Camilo Rincón Lara en la Presidencia y Vicepresidencia de la Corporación y la permanente dignidad con que en todo momento llevaron la personería de ésta".

(Aprobada en sesión de Sala Plena de 26 de abril de 1957).

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DE LA SEÑORA JUANA PADILLA DE PACHON

"La Corte Suprema de Justicia deplora el sensible fallecimiento de la señora doña Juana Padilla de Pachón, ocurrido en esta ciudad en la mañana del jueves último; exalta su esclarecida memoria como cifra y compendio de las excelsas virtudes que enaltecen a la mujer colombiana, y les expresa al H. Magistrado doctor Juan Manuel Pachón Padilla y a su distinguida familia su sentimiento de pesar.

'Transcríbase al H. Magistrado doctor Pachón Padilla en nota de estilo y publíquese en la GACETA JUDICIAL".

(Proposición aprobada en la sesión de Sala Plena de 14 de mayo de 1957)

SANCIONES DISCIPLINARIAS A UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR, POR INTERVENCION EN POLITICA

Riñe con la dignidad del cargo que desempeña y es constitutiva de mala conducta social, la del Magistrado de Tribunal Superior que aprovecha la presencia en público de un Ministro de Estado para obligarle a discutir sobre un tema no sólo político, sino capaz de provocar reacciones diversas entre quienes intervienen en la discusión y, por lo mismo, apto para el escándalo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena—Bogotá abril veintidós de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora.

1 — En cumplimiento de la función constitucional asignada a la Procuraduría General de la Nación de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, el titular del Despacho doctor Eduardo Piñeros y Piñeros remitió a la Corte el relato que del incidente protagonizado por el Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, Dr. Jorge Roberto Córdoba, le hizo el señor Ministro de Gobierno por entonces Dr. Lucio Pabón Núñez, en oficio de fecha 12 de abril de 1956.

El señor Ministro, después de aclarar que actúa a solicitud del señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Pasto, cuenta que el día 3 de marzo del pasado año, e inmediatamente después de llegar a los salones del Club Social de la ciudad nombrada con motivo del baile que el Gobernador del Departamento de Nariño ofrecía al Excelentísimo señor Presidente de la República, se le acercó en notable estado de embriaguez, el Dr. Jorge Roberto Córdoba y en presencia de algunos asistentes a la fiesta, le preguntó:

"Hasta cuándo van ustedes a tener el país en estado de sitio? Le respondí: "Hasta cuando subsistan las causas en virtud de las cuales se ha mantenido hasta ahora".

"Y en seguida se desarrolló un diálogo entre los dos, más o menos en los términos siguientes:

"Tengo interés, Ministro, de saber si ustedes quieren seguir gobernando al país por decretos.

"Mire: el Gobierno restablecerá la llamada normalidad constitucional tan pronto como la paz deje de estar en peligro. No tenemos el menor propósito de ir más allá de lo que aconsejan las necesidades de la Patria.

"Pero a mí me interesa mucho que discutamos sobre lo que está haciendo el Gobierno, manteniendo más allá de lo permitido el estado de sitio.

"Con mucho gusto yo podría sostener con usted esa discusión pero no aquí, ni en estos momentos. Ud. sabe que se ofrece ahora un homenaje al Sr. Presidente de la República, y por consiguiente no se trata de discutir, sino de estar agradablemente en esta reunión social.

"Es que yo soy Magistrado del Tribunal Superior y necesito hacer una exposición aquí sobre las razones que tengo para disentir del Gobierno.

"Todo lo que usted quiera hacer; pero creo sinceramente que no debo aceptarle tal discusión.

"Yo tengo necesidad de discutir con usted porque soy Magistrado del Tribunal Superior y soy laureanista; y necesito que el Gobierno conozca mi manera de pensar.

"Vea, usted lo que está es borracho. Con gran pena yo me retiro. Le advierto que si no fuera por el sitio y por la fiesta que se le ofrece al Excmo. señor Presidente, mi actitud ante su impertinencia sería otra".

2 — Al tenor de lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución Nacional y en el Decreto Legislativo 3665 de 1950, la Sala Plena de esta Corte tiene competencia para conocer del asunto y por ello ordenó abrir la correspondiente investigación.

3 — Puestos en conocimiento del Dr. Jorge Roberto Córdoba los hechos relatados, no niega la ocurrencia del diálogo pero sí afirma que se sucedió sin el menor ánimo polémico, en términos diferentes a los relatados por el Sr. Ministro.

En su memorial de descargos relata así su asistencia al homenaje ofrecido al Excmo. Sr. Presidente:

"...En las horas de la noche concurrí al baile de gala que se le ofrecía en los salones del Club Colombia en compañía de mi colega el Dr. Augusto Esparza, y aunque previamente habíamos tomado algunos tragos, llegamos con la corrección que correspondía al homenaje al Primer Mandatario y su comitiva.

"Apenas iniciado el baile fuí presentado por el doctor Domingo Sarasty al señor Ministro de Gobierno, doctor Pabón Núñez, con quien ya había tenido el honor de relacionarme desde su visita pasada a Nariño. Transcurridos algunos instantes volví a encontrarme con el señor Ministro, quien en esos momentos se encontraba departiendo con el Dr. Arcesio E. Guerrero B. y tras de iniciar un palique que discurrió sin el menor ánimo polémico sobre temas del momento actual y como el señor Ministro se mostrara conmigo muy acequible y con espíritu de amplitud, yo me permití hacerle, más o menos esta pregunta: 'Señor Ministro: cuándo será posible que se gobierne al país con prescindencia del art. 121? A lo cual me contestó: Doctor, esa es una cuestión un tanto difícil; la situación del país parece que no lo permite por ahora.

"Seguimos en esa conversación que se desarrollaba cordialmente cuando se presentó el Dr. Juan Francisco Albán y enterándose del tema de nuestra conversación intervino de inmediato diciéndole al señor Ministro: "Ministro: no le pare bolas a ese Magistrado que es un laureanista". Replicándole yo: "Y eso a qué viene? Acaso tú no fuiste laureanista? y dirigiéndome al señor Ministro agregué: "Me parece que el Dr. Pabón Núñez también fué Ministro del Dr. Laureano Gómez". A lo cual me respondió: "No, doctor, yo no he tenido el honor de ser Ministro del Dr. Laureano Gómez, sino del Dr. Roberto Urdaneta Arbeláez".

"Inmediatamente después de este diálogo Albán llevó al señor Ministro, y tal vez con el afán de interumpir la conversación y dejarme en posición desairada; recuerdo perfectamente que dije: "¿Por qué no dejan hablar con el señor Ministro? No es posible que sólo los que se dicen sus amigos traten de monopolizarlo". Y fué entonces cuando el Dr. Pabón Núñez volviéndose hacia mí y seguramente mortificado con mi insistencia (subraya la Sala) pronunció algunas palabras que demostraban su disgusto por mi actitud. Ante la inesperada reacción del señor Ministro, yo quedé francamente asombrado, asombro que debió compartirlo el Dr. Arcesio Guerrero quien me tomó del brazo en esos instantes".

Agrega el Dr. Córdoba que inmediatamente después se le acercó el Dr. Miguel Eduardo Román, Secretario de Gobierno, y le dijo: 'por qué irrespeta al señor Ministro, voy a ordenar que lo saquen inmediatamente', y que él replicó con entereza que no lo había irrespetado.

LAS PRUEBAS.

Llamados a declarar el Capitán Manuel J. Sánchez, el Teniente Jules Almanya y el doctor Juan Francisco Albán, citados en su relato por el Sr. Ministro dijo el primero que se encontraba en una mesa distante unos ocho metros del lugar del incidente y que cuando había visto levantarse de su asiento al señor Ministro, con notorias muestras de inconformidad con otra persona, se acercó a averiguar lo que ocurría y agrega, refiriéndose al Dr. Córdoba: 'Comprobé su estado avanzado de embriaguez y llamé a dos de los agentes secretos que prestaban servicio en el Salón con el objeto de sacar de allí al mencionado Dr. Córdoba. A esta determinación mía se opusieron tanto el Sr. Ministro Pabón como el Dr. Torres Quintero'. Y más adelante dice que al terminar el incidente, el Ministro le contó que el Dr. Córdoba había insistido en preguntarle hasta cuándo pensaban gobernar al país por medio de decretos y que en estado de embriaguez había estado haciendo manifestaciones de laureanismo y antigobiernismo.

El Teniente Almanya sí manifiesta haber presenciado el incidente; que observó, como todos los presentes, el completo estado de embriaguez en que se encontraba el Dr. Córdoba, "tratando e insistiendo en discutir con el Dr. Pabón Núñez" y luego agrega:

..."Por hallarme en dicho sitio y transcurrido un tiempo me acerqué a saludar al Dr. Pabón Núñez quien se encontraba en compañía de varios señores. Después de saludar al Dr. Pabón Núñez un señor, cuyo nombre no sé pero que se apellida Córdoba y que luego me enteré de que era Magistrado del Tribunal Superior de aquella ciudad, se encontraba con el Dr. Pabón Núñez. Dicho señor se encontraba, según pude observarlo y pudieron observarlo todos los presentes, en completo estado de embriaguez, tratando e insistiendo en discutir con el Dr. Pabón Núñez. Preguntado: Recuerda usted cuáles fueron los términos de la discusión que el Dr. Córdoba trataba de fomentar? Contestó: Recuerdo perfectamente y por encontrarme precisamente conversando con el Ministro en ese instante, que el Dr. Córdoba mencionó algo de decretos y de Gobierno, manifestando que le interesaba vivamente discutir con el Dr. Pabón Núñez acerca de los asuntos del Gobierno. Entre otras cosas recuerdo que el Dr. Córdoba preguntó al Ministro que hasta cuándo iban a tener al país en estado de sitio, a lo cual el Dr. Pabón le respondió, en términos muy reposados que hasta cuando se le diera solución a

las causas que lo motivaban. El Dr. Pabón le agregó que ese no era el lugar ni el sitio indicado para discutir esos asuntos. A pesar de estas respuestas el Dr. Córdoba insistió ante el Dr. Pabón en que dada su calidad de Magistrado y además por su condición de laureanista, quería expresar su manera de pensar y que por esa razón quería insistirle en que se discutieran esos problemas. El Dr. Pabón, dada la insistencia del Dr. Córdoba en fomentar un escándalo o una discusión le manifestó al Dr. Córdoba que él se retiraba con el fin de evitar un hecho desagradable ya que el Dr. Córdoba se encontraba borracho. Quiero dejar constancia de que cuando el Ministro manifestó el deseo de retirarse el suscrito tomó por un brazo al Dr. Córdoba manifestándole que hiciera el favor de respetar al Sr. Ministro de Gobierno y que si no corregía su comportamiento yo mismo lo sacaría del Club. En ese momento, los demás señores que estaban presentes tomaron al Dr. Córdoba y lo alejaron del sitio en donde estaba con el Dr. Pabón Núñez. Preguntado: Recuerda usted los nombres de las demás personas que se encontraban allí en ese momento? Contestó: Allí se encontraban varias personas pero solamente recuerdo de un doctor de apellido Albán, con quien luego conversé sobre este particular. Me parece que también se encontraba allí el Dr. Torres Quintero, secretario privado de la Presidencia y algunos otros señores cuyos nombres no recuerdo por encontrarme en una ciudad donde el personal me era extraño.

Requerido para que suministrara detalles de la discusión manifestó: "En general y según pude darme cuenta, la discusión que el Dr. Córdoba trataba de plantear al señor Ministro era de carácter político pues en varias ocasiones hizo alarde de su calidad de laureanista y también alarde de su calidad de Magistrado".

El testimonio que sobre estos mismos hechos rinde el Dr. Albán no podrá tenerse en cuenta para los resultados de este fallo por cuanto, en el momento de declarar, manifestó que consideraba de su deber aclarar que el Dr. Jorge Roberto Córdoba era su enemigo.

El Dr. Rafael Torres Quintero (f. 12) dijo: "No escuché concretamente el diálogo que se verificó entre el Dr. Pabón y la persona que supe luego se llamaba Jorge Roberto Córdoba, y que era Magistrado del Tribunal de Pasto, pero me dí cuenta de que entre ellos había mediado una fuerte discusión, a juzgar por la actitud de uno a otro", y agrega que terminado el incidente insistió con el Dr. Córdoba para que le "dijera concretamente cuáles habían sido sus palabras pues alguna cosa ofensiva debía él haberle dicho al doctor Lucio Pabón Núñez para que éste se hubiera retirado. El se negó rotundamente a decirme y sólo repetía que no lo había injuriado..." Termina este testigo manifestando que prometió al Magistrado buscar la oportunidad de que volviera a encontrarse con el Sr. Ministro para arreglar el incidente.

A solicitud del interesado Dr. Córdoba se recibió la declaración del Dr. Arcesio E. Guerrero quien confirma que aquel preguntó al Ministro: "...Sr. Ministro se puede gobernar al país sin el art. 121? Agrega que el Dr. Albán manifestó: Ministro no le pare bolas que este es Magistrado laureanista; que Córdoba replicó que eso no venía al caso y que dirigiéndose al Dr. Pabón le preguntó si él había sido Ministro del Dr. Laureano Gómez.

Este testigo asegura que si bien el Dr. Córdoba se había tomado algunos tragos, su embriaguez no era notoria; que no es cierto que hubiera dicho pertenecer al laureanismo ni tampoco el que hubiera hecho ostensible su enemistad con el Gobierno.

También a instancias del Dr. Córdoba se presentaron los certificados de los doctores Alberto Bravo Guerra, Fiscal del Tribunal Superior; del Dr. Augusto Esparza, Magistrado del mismo Tribunal; y del Dr. Heriberto Rivera Duarte, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Pasto, y la declaración del señor Bolívar Delgado.

El primero de estos funcionarios solamente manifiesta que durante el baile estuvo libando algunas copas con el Dr. Córdoba, en forma animada y cordial pero que no se dio cuenta del incidente; el segundo que al mediodía del tres de marzo estuvo con el Dr. Córdoba primero en una recepción que ofrecía el Colegio de Abogados, presidida por el Dr. Domingo Sarasty; que luego trataron de visitar a su Excelencia pero que no habiéndolo logrado regresaron al Colegio de Abogados y continuaron departiendo por espacio de una hora y que por la noche concurrió al baile sin haberse podido dar cuenta del incidente; de la misma manera, el último también manifiesta que durante el homenaje no tuvo conocimiento de lo ocurrido.

El testimonio de Bolívar Delgado se relaciona únicamente con la conversación que sobre los mismos hechos mantuvo en alguno de los días siguientes con el Dr. Juan Francisco Albán y sobre lo que éste le manifiesta en ella; más como nada afirma sobre el hecho en sí mismo, y como el testimonio del Dr. Albán ha de rechazarse, co-

mo atrás se dijo, carece de importancia su examen.

Queda, por último, el certificado expedido por el Contraalmirante señor Julio C. Ayala, quien se limita a relatar una conversación que durante la travesía en el avión de regreso mantuvo con el Dr. Torres Quintero sobre lo ocurrido. Esta certificación tampoco aporta nada nuevo sobre el caso.

De las anteriores pruebas se desprenden, como claramente demostradas, los siguientes hechos:

1 — Que el Dr. Córdoba se encontraba en estado de embriaguez durante el incidente que él mismo confiesa. Así lo afirman el Capitán Manuel J. Sánchez y el Teniente Almanya cuyos testimonios se corroboran al recordar que al mediodía había asistido a otra recepción en el Colegio de Abogados y que el propio Dr. Córdoba admite (f. 21) que "previamente habíamos tomado algunos tragos";

2 — Que el tema de la discusión versó sobre cuestiones políticas de actualidad en el momento en que aquella ocurrió, pues auncuando el punto es también de carácter jurídico, se ve clara la intención del Dr. Córdoba de exigir del Ministro una explicación acerca de las circunstancias políticas que por esa época determinaban la gestión oficial;

3 — Que a pesar del cortés rechazo del Ministro, el Dr. Córdoba insistió en solicitar de aquél explicaciones sobre el punto. Esta insistencia se comprueba con la confesión del acusado quien dice:..."Y fué entonces cuando el Dr. Pabón Núñez, volviéndose hacia mí, y seguramente mortificado **con mi insistencia** (subraya la Sala) pronunció algunas palabras..."; (f. 22);

4 — Que el tema lo planteó el Dr. Córdoba en los términos irrespetuosos y fuertes con que los relata el Ministro, pues todos los testimonios hablan de **incidente** y nó de charla cordial como afirma el sindicado.

Con relación al punto de que hubiera hecho alarde de su condición de "laureanista" y de su carácter de Magistrado que necesitaba conocer la manera de pensar del Gobierno, según lo relata el Ministro y lo confirma el testigo señor Almanya, cabe observar: en términos generales el que una persona se califique a sí mismo laureanista o dé a otra este calificativo, no constituye intervención en política por parte de quien lo hace ni ofensa a quien se atribuye tal condición; pero si recuerda la época en que los hechos se sucedieron, las especiales condiciones políticas de entonces y la forma en que los diversos grupos políticos del país, entre ellos el llamado "Laureanista", se oponían unos a otros; y si se recuerda también que tales afirmaciones se atribuyen nó a un ciudadano cualquiera sino a un Magistrado a quien la moral y la ley exigen mantener en alto grado la severa **dignidad necesaria** para administrar justicia, es evidente que quien las hace se está colocando políticamente dentro de un determinado grupo, y que al atribuír a otro haber pertenecido al laureanismo, lo está requiriendo a una polémica de franco carácter sectario.

A este respecto el testigo Dr. Arcesio E. Guerrero niega los hechos, en tanto que el Teniente Almanya asegura que en varias ocasiones hizo tales alardes. Este último testimonio se confirma con el del Capitán Manuel J. Sánchez quien al darse cuenta del incidente se acercó al Ministro y asegura que éste le refirió que el Dr. Córdoba había hecho esas manifestaciones. Pero la duda que sobre tal punto suscita el testimonio del Dr. Guerrero se despeja al recordar que en sus descargos el mismo Dr. Córdoba confiesa que se dirigió primero al Dr. Albán recordándole que también había sido laureanista y que luego, dirigiéndose al Ministro, le dijo: Me parece que el Dr. Pabón también fué Ministro del Dr. Laureano Gómez. En todo caso, y cualesquiera que hayan sido los términos usados, es evidente que durante la discusión el Dr. Córdoba quiso atribuír al Dr. Pabón Núñez, con intención polémica, su calidad de laureanista; que lo hizo en tono de reproche y que éste es un tópico no ya jurídico ni relacionado con las altas concepciones del Estado, sino una actitud política, y de política de grupo o de secta.

Después del examen anterior, debe la Sala resolver si la conducta del Dr. Córdoba constituye una falta de aquellas que conforme al Decreto 3665 de 1950 **están sujetas a las sanciones** disciplinarias que deberá imponer el superior cuando en ellas se ha incurrido por los Magistrados, Consejeros, Jueces o Agentes del Ministerio Público, y en caso afirmativo determinar la pena que le correspondería conforme al mismo estatuto.

La referida norma establece cuatro causales para la imposición de sanciones. De éstas, las tres últimas se refieren claramente a faltas en el ejercicio de la función de administrar justicia, y la primera, también claramente, a la conducta social del funcionario.

Su artículo segundo, después de establecer que las sanciones disciplinarias se aplican sin perjuicio de la acción penal, de donde se desprende qu se trata de sancionar actuaciones no contempladas en el Código de las penas, ordena sancio-

nar los hechos incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia.

De la lectura cuidadosa de la mayoría de los testimonios traídos al proceso, el Dr. Córdoba aparece sobremanera irrespetuoso con un funcionario que, aunque perteneciente a una rama del poder público distinta de la judicial de que aquél forma parte, merece el acatamiento y el respeto debidos a su alta investidura; que su intención fué manifiestamente polémica y política; que al actuar en tal forma se despojó de su calidad de Magistrado, con gravísima ofensa a la jerarquía de las funciones que ejerce, todo lo cual constituye un quebranto a las normas de conducta social que debe cumplir todo encargado de tal alta función.

Para la Corte es evidente que riñe con la dignidad del cargo que desempeña, la conducta de un Magistrado de Tribunal Superior que, como el Dr. Córdoba, aprovecha la presencia en público del Ministro de Gobierno para obligarle a discutir sobre un tema no sólo político, sino capaz de provocar reacciones diversas entre quienes intervienen en la discusión y, por lo mismo, apto para el escándalo.

Porque indudablemente la conducta del Dr. Córdoba en aquellas circunstancias fué infortunada. Presentarse a un homenaje ofrecido a la primera autoridad del país en estado de embriaguez, es de por sí un acto irregular; pero si a ésto se añade su demostrada incapacidad para controlar las reacciones alcohólicas y la inclinación reiterada que en aquel momento mostró hacia las disputas que le están prohibidas, tal acto se torna censurable.

Escoger precisamente la presencia ocasional del Sr. Ministro de Gobierno en una reunión social en donde las buenas maneras exigen más que en ninguna otra parte el respeto hacia los demás; insistir para que tan alto funcionario se despoje de su dignidad oficial para tratar aspectos propios de la tribuna o de la prensa; tratar de enrostrar al Ministro a un pasado político que obedece a honestas convicciones ideológicas, es falta demasiado grave. Y si el autor de ésta es un Magistrado a quien su cargo exige ponderación, rectitud de juicio, respeto al pensamiento ajeno, dignidad en todos sus actos, la ofensa así producida merece una sanción ejemplarizante.

Así lo ha querido la ley, y por eso facultó a los funcionarios de jerarquía inmediatamente superior para sancionar no sólo las faltas de sus subalternos en la administración de justicia sino también para sancionarlos cuando incurran en hechos incompatibles con la dignidad de su función.

El Dr. Córdoba, como autor de los hechos relatados, ha incurrido en una de las causales contempladas por la última parte del numeral primero del art. 2º del Decreto Legislativo Nº 3665 de 1950, constitutivas de mala conducta social y, en consecuencia se ha hecho acreedor a la sanción disciplinaria correspondiente que deberá imponérsele.

De conformidad con el art. 3º ibidem los funcionarios o empleados que fueren declarados responsables de una o más faltas de la naturaleza expresada, incurrirán en las siguientes sanciones, según su gravedad:

a) Multa hasta de quinientos pesos ($ 500,00);

b) Suspensión del cargo o empleo hasta por treinta (30) días;

c) Destitución.

La Corte, haciendo uso de la facultad que la misma disposición le confiere para graduar la gravedad de la falta, considera que el Dr. Córdoba ha incurrido en una especialmente grave, dada la alta investidura, tanto del Dr. Pabón Núñez como del Dr. Córdoba.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA al Dr. Jorge Roberto Córdoba, mayor de edad, vecino de Pasto, actualmente Magistrado del Tribunal Superior de la misma ciudad, responsable de los hechos relatados en la parte motiva de esta providencia, constitutivos de mala conducta social y resuelve suspenderlo del cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto por el término de treinta (30) días, contados a partir del octavo siguiente al de la notificación de esta providencia.

Comuníquese lo resuelto al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y al Sr. Gobernador del Departamento de Nariño.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Jesús Estrada Monsalve — Daniel Anzola Escobar — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Manuel Buenahora — Santiago Cadena Copete — Miguel Antonio Constain — Guillermo Garavito Durán — Enrique Giraldo Zuluaga — Abelardo Gómez Naranjo — Guillermo Hernández Peñalosa — José Jaramillo Giraldo — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla — Camilo Rincón Lara — Sergio Antonio Ruano — Luis Sandoval Valcárcel — Elberto Téllez Camacho — Francisco de P. Vargas Vélez. — Pedro Manuel Arenas Conjuez — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

LA ACCION DE INEXEQUIBILIDAD PARA DECIDIR ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O DECRETOS EXTRAORDINARIOS O LEGISLATIVOS, CONSAGRADA EN EL ARTICULO 214 DE LA CARTA, NO ES DESISTIBLE. LA SOLICITUD DE AUDIENCIA PUBLICA ES IMPROCEDENTE EN ESTA CLASE DE JUICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Constitucionales.—Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

El demandante interpuso recurso de súplica contra la providencia de fecha 1º de marzo, por medio de la cual se negó la admisión del desistimiento de la demanda.

Del recurso interpuesto se dio traslado al señor Procurador General de la Nación, quien lo contestó oportunamente en la siguiente forma:

"La H. Corte Suprema de Justicia, en innumerables ocasiones ha sentado la tesis de que la acción de inexequibilidad para decidir acerca de la constitucionalidad de leyes o decretos extraordinarios o legislativos, consagrada en el artículo 214 de la Carta, no es desistible, porque teniendo la Corte la guarda de la Constitución y la facultad de decidir cuándo aquella clase de actos la vulneran, sería dejar en manos de los particulares el que una acusación intentada pudiera prosperar o no.

"Parece que los recursos impetrados por el demandante Isaza Moreno, que no tienen cabida en esta clase de juicios, tienden más bien a insistir o solicitar en que en este caso, se conceda una audiencia. La celebración de audiencia pública debe estar prevista en el respetivo procedimiento y resulta improcedente solicitarla y más aún decretarla, cuando en la ley procesal tal trámite no se establece.

"Basta leer la Ley 96 de 1936 que reglamenta la manera como deben tramitarse los juicios de inexequibilidad, para llegar a la conclusión de que la audiencia pública no tiene cabida en estos juicios, y mal podrían los HH. Magistrados decretar, por 'analogía' como dice el recurrente, un trámite que la ley no contempla.

"Por las auteriores razones, solicito:

"a) Que si la H. Sala considera procedente el recurso de súplica se confirme el auto materia de él.

"b) Que se niegue la celebración de la audiencia pública solicitada".

A más de las razones expuestas por el señor Procurador, que la Sala acoge en su totalidad, es preciso anotar que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 prohibe, sin excepción, el desistimiento en las acciones de carácter público, motivo por el cual no puede accederse a decretarlo.

En consecuencia, la Sala de Negocios Constitucionales CONFIRMA el auto de fecha 1º de marzo que negó la admisión del desistimiento.

Niégase la solicitud de audiencia pública por ser improcedente en esta clase de juicios.

Cópiese y notifíquese.

Daniel Anzola Escobar — Abelardo Gómez Naranjo—Juan Manuel Pachón Padilla—Sergio Antonio Ruano—Luis Sandoval Valcárcel—Domingo Sarasty Montenegro—Conjuez, **Pablo Emilio Manotas—Jorge García Merlano**, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

TESTAMENTO DEL CIEGO. — EL NOTARIO NO ESTA OBLIGADO A OBTENER LA PRUEBA DE LA CEGUERA, SORDERA O MUDEZ DEL TESTADOR.—VALOR DE LAS MANIFESTACIONES CONTENIDAS EN INSTRUMENTO PUBLICO RESPECTO DE SUS OTORGANTES Y SUCESORES. — EL FALLO QUE DECLARA DE OFICIO PROBADA UNA EXCEPCION PERENTORIA O NO DEMOSTRADA LA LEGITIMACION EN CAUSA, NO ES INCONSONANTE CON LAS PETICIONES DE LA DEMANDA Y DEBE SER ATACADO POR LA CAUSAL 1ª DE CASACION

1.—La manifestación que hizo la testadora de estar ciega al momento de testar fue clara y ostensible y el hecho se dio por tal por el Notario sin más precauciones al respecto, porque no era atribución suya obtener la prueba científica del caso en orden a la comprobación de si la otorgante que se anunciaba ciega lo era en realidad; como en otro caso no habría estado obligado a obtener la prueba de que quien se dijo sordomudo o simplemente mudo o sordo lo era en realidad para entonces rodear el testamento de las especiales formalidades prescritas por la ley. El Notario en presencia de los testigos y de los otorgantes se limitó a dar fe de los hechos y declaraciones de la testadora, y si ésta manifestó que adolecía de CEGUERA quedaba en su deber darle cumplimiento al mandato legal ya conocido.

2.—El artículo 1769 del C. C. estatuye que las manifestaciones de descargo y obligaciones contenidas e impuestas en un instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas para quienes se hacen y transfieren ya sea a título singular o universal. Consiguientemente, la manifestación que hizo la otorgante de estar ciega al momento de testar obliga a los que fueron instituídos herederos mientras éstos no demuestren plenamente lo contrario. Ahora: si el hecho de la ceguera viene acreditado en el testamento que los actores presentaron como prueba, entonces mal podrían exigir la comprobación de la existencia de ese hecho por medios probatorios independientes y separados del mismo documento. La parte actora adujo el testamento como prueba y debe estimarse en toda su integridad así venga a perjudicarles alguna de las manifestaciones hechas por la misma testadora.

3.—Como la legitimación en causa es elemento de la acción, el juzgador debe examinar en primer término si el demandante es el titular de la acción que ejercita y si es el demandado la persona obligada a responder de esa acción. Si no encuentra la prueba de esas calidades, no puede reconocer el derecho que se trata de hacer valer en el juicio y su fallo debe ser absolutorio en uno u otro caso, porque decide así sobre la titularidad del derecho de acción o de contradicción.

Por tanto su decisión no será inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, porque no falla ni en más ni en menos de la exacta materia de la litis.

Entonces el sentenciador puede y debe declarar probada oficiosamente la excepción perentoria que fuere procedente o no demostrada la legitimación en causa planteada en la demanda.

Refiriéndose a estas modalidades procesales ha explicado la Corte que "cuando el Tribunal declara de oficio una excepción perentoria o confirma la declaración del juez, no es dable alegar en casación que la sentencia no está en armonía con las pretensiones de las partes, pues la alegación conduciría a dejar sin aplicación el mencionado artículo 51 de la Ley 105 de 1890 y el 343 del Código Judicial ahora vigente, que mantiene la misma doctrina. Sin duda es este un evento en que, por expresa disposición legal, el Juzgado puede apartarse, en su fallo, de las pretensiones de los litigantes; y lo que entonces procede en casación es invocar la causal primera, demostrando que no era el caso de declarar la excepción y que, por tanto, hubo quebrantamiento de determinada ley". (Casación, 30 de septiembre 1932. G. J. número 1890, pág. 550).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín de fecha 3 de febrero de 1956, en el juicio ordinario iniciado por Antonio Barrientos y otros contra Benjamín Angel Vargas y otros sobre nulidad del testamento de Sacramento Vásquez Angel.

Antecedentes

Sacramento Vásquez Angel, mujer célibe de 83 años de edad, por escritura pública número 5206 de 23 de septiembre de 1948 de la Notaría Primera de Medellín otorgó su memoria testamentaria y en ella, luego de asignar varios legados instituyó como "sus únicos herederos universales" a Concepción Gómez vda. de Cardona, Josefina Sánchez, Resurrección Barrientos y Antonio Barrientos G. "en compensación a los cuidados que en todo tiempo han tenido por mí". Como albacea, con libre administración de bienes designó al señor Antonio Barrientos. En el mismo acto manifestó la testadora, "por el presente revoco y anulo cualquier otro testamento que antes de ahora hubiere formalizado, excepto éste, que quiero se tenga por tal, se observe y cumpla en un todo como mi última y deliberada voluntad". A continuación se lee: "Así lo otorgó y después de habérsele leído a la testadora por el suscrito Notario, lo aprobó y **firma a su ruego por ser ciega**, el señor Guillermo Jaramillo U. que reúne los requisitos legales".

Corridos menos de cinco meses, la testadora compareció nuevamente ante el mismo Notario de Medellín y allí, por escritura número 777 de 14 de febrero de 1949, repitiendo "estar ciega" hizo las declaraciones que se transcriben: "Cuento actualmente con 83 años de edad; he permanecido en estado de soltería, mis padres murieron hace muchos años lo mismo que mis hermanos carnales, y como no tengo ascendientes, ni descendientes de ninguna clase, esto es, no tengo asignatarios forzosos, puedo disponer libremente de mis bienes. Hago el testamento de manera absolutamente libre, sin que intervenga para ello fuerza moral o material alguna (así lo certifica el suscrito Notario"). Líneas seguidas, bajo el título "disposiciones" se leen varias declaraciones sobre legados, y luego las siguientes cláusulas:

"**Quinta.**—Sobre lo restante de mis bienes, y hechas las deducciones legales, inclusive los gastos de mi entierro y última enfermedad y el valor de los impuestos nacionales que deberán ser pagados de la masa de bienes, instituyo como herederos universales, por partes iguales, a mis parientes colaterales **Julia, Benjamín y Nepomuceno Angel Vargas y Carlos, Gabriel, Magdalena, Alberto y José Angel Romero.** — **Sexta.** Designo como albacea principal al señor Carlos Angel Romero, quien es mayor de edad y vecino de esta ciudad y a quien tengo plena confianza. Le dejo la tenencia y la administración de mis bienes y el encargo de cumplir este testamento a la mayor brevedad posible después de mi muerte. Su remuneración será fijada por el Juez en vista del trabajo que este encargo le represente. En caso de faltar por cualquier causa el señor Angel Romero, nombro como albacea, sustituto al señor Alberto Angel Romero. — **Séptima.** Por el presente revoco todo otro testamento o acto testamentario anterior, porque mando que el presente se tenga y cumpla como la expresión de mi última voluntad tomada en forma deliberada y absolutamente espontánea. Así otorgó su testamento la señorita Sacramento Vásquez Angel y después de haber sido leído dos veces, en voz alta, pues es ciega, una por el suscrito Notario y otra por uno de los testigos en presencia de todos ellos lo aprobó en forma clara, expresando que no le es posible firmarlo, por incapacidad física, por lo cual lo hace el señor Enrique Restrepo Jaramillo, que es mayor y vecino de esta ciudad, a ruego de ella, de lo cual se deja expresa constancia y firman además los testigos y por ante mí, de todo lo cual yo, el suscrito Notario doy fe, si (sic) como de que todo el otorgamiento se hizo en un solo acto tanto para atestiguar (sic) lo dicho, como para los efectos de hacer constar de una manera evidente en el presente documento la absoluta capacidad para testar de la señorita **Sacramento Vásquez Angel**, en cuanto a su funcionamiento orgánico y en cuanto al satisfactorio goce de sus facultades intelectuales de una manera normal, estuvieron presentes en este acto los doctores Bernardo González Villa y Efraín Isaza Maya, médicos diplomados, los cuales también firman para constancia de esto que son mayores de edad, y vecinos de esta ciudad y de lo cual también, yo, el suscrito Notario doy fe. Se presentó minuta por la otorgante para extender esta escritura, y se le advirtió la obligación de hacerla registrar dentro del término legal".

La aludida señorita Sacramento Vásquez Angel falleció el 14 de mayo de 1951 en la ciudad de Medellín; tres días después, el apoderado del albacea designado en el último testamento señor Carlos Angel Romero, pidió al Juzgado 1º del Circuito de esa misma ciudad "declarara abierto y radicado en su Juzgado el juicio de sucesión de la causante sobre la base del testamento de que da cuenta la escritura número 777 de 14 de febrero de 1949".

Así las cosas, Antonio Barrientos, Concepción vda. de Cardona, Josefa Sánchez y Resurrección Barrientos en su condición de herederos, y el primero también como albacea según la institución y designación de que da cuenta el acto testamentario contenido en la escritura primeramente citada, número 5206 de 23 de septiembre de 1948 otorgada por la misma señorita Vásquez Angel, en demanda presentada al juez de la sucesión de la causante, solicitaron "que con la intervención de las personas naturales y jurídicas instituídas herederas legatarias y albacea principal y sustituto que expresamente señala y determina el testamento otorgado últimamente por la citada testadora —escritura 777— se hagan en la sentencia de un juicio ordinario estas declaraciones:

"Primera.—Ques es absolutamente nulo el testamento que se afirma otorgado por la señorita Sacramento Vásquez Angel, consignado en la escritura pública número 777 de 14 de febrero de 1949, extendida en la Notaría Primera de Medellín, toda vez que la que pretenden testadora se hallaba privada de sus facultades mentales, inhibida en su normal discernimiento e inepta, por demencia senil, para realizar actos dispositivos que llegaran a tener consecuencias jurídicas.

"Segunda.—Que no tiene valor alguno el registro del testamento contenido en la escritura pública a que se ha hecho mérito en la petición anterior, registro verificado el día 25 de febrero de 1949 en el libro segundo, impares, fls. 114, número 537, por ser nulo el título referido y por lo tanto debe cancelarse.

"Tercera. — Que, como resultado lógico de las declaraciones anteriores, es nula la sucesión que se adelanta en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, que tiene como base el testamento a que se ha hecho mérito allí.

"Cuarta.—Que son únicos herederos de la señorita Sacramento Vásquez Angel y legatarios, las personas instituídas como tales en el acto testamentario contenido en la escritura pública número 5206, de 23 de septiembre de 1948, de la Notaría Primera de Medellín, que ella otorgó, a saber: Antonio Barrientos G., Concepción Gómez v. de Cardona, Josefa (Pepa) Sánchez y Resurrección Barrientos L. (herederos) y Asilo de Ancianos, Comunidad de las Siervas del Santísimo, e Iglesia de Buenos Aires (legatarios), quienes excluyen a todas otras personas, así sea cualquiera de los demandados, del derecho de recoger a título de heredero o legatario, los bienes relictos de la finada Sacramento Vásquez Angel.

"Quinta.—Que los demandados deben cubrir a los demandantes las costas y las agencias en derecho que se llegaren a ocasionar por motivo de este litigio".

Los hechos presentados en fundamento de la acción, además de los que vienen indicados y que tienen alguna incidencia en el recurso de casación, son estos:

a) En los días 16, 17 y 21 de diciembre de 1948 (tres meses después del otorgamiento del primer testamento) los señores médicos doctor Guillermo Madrid y Jorge Gómez Jaramillo "neurólogo psiquíatra profesional de largos estudios en esa delicada rama de la ciencia médica" examinaron a la testadora y diagnosticaron "que la señora Sacramento Vásquez Angel sufre actualmente una demencia senil posiblemente debida a un reblandecimiento cerebral y que por lo tanto no está en capacidad de hacer testamento".

b) "Sin embargo del concepto anterior, elaborado objetiva y científicamente, ocurrió que los demandados herederos, que conocían esa alteración psíquica revelada en la patología senil de notorio grado evolutivo: pérdida de la memoria, desconocimiento de los valores materiales, regreso de la vida afectiva bajo el doble aspecto psicológico y somático, intervinieron a la paciente y con artimañosa actitud encubierta con la presencia de notables profesionales, confeccionaron un testamento cuyas voces ostenta la escritura pública número 777 de 14 de febrero de 1949 asistido por el señor Notario Primero del Circuito de Medellín. En él figuran los personajes que nunca repararon en las necesidades de la testadora, que sólo esperaban la oportunidad de su hora de miseria física o mental, para arrojarle una parrafada de disposiciones a su ya indefinible automatismo intelectual y discriminativo.

c) "En lo que respecta a la incapacidad de la señorita Vásquez Angel, el hecho de que en 141

días (lapso relativamente pequeño) ella cambiara la institución de sus sucesores, siendo así que en la mutación estaba jugando un acervo patrimonial que en ese entonces era digno de consideración. Esa actitud deja traslucir un desapego de orden repentino de las personas que fueron de su confianza y cuidado, un desligarse de la normal personalidad, "una debilitación global del psiquismo" con "degeneración atrófica del cerebro". Esto repecto a la testadora. Y en lo que atañe a los instituídos en la escritura 777 tantas veces mencionada, podemos observar su especial conocimiento de la incapacidad por aquellas circunstancias que rodearon el otorgamiento de ese instrumento, tales como: el provocar la presencia de los profesionales González Villa e Isaza Maya, forma desusada cuando el testador o la testadora conserva la plenitud de su funcionalismo mental y no tiene obstáculos que embaracen la libre actividad en la realización de actos que trascienden al campo del derecho con plena validez. Por qué entonces dentro del tenor del testamento cuya nulidad se pide quedaron estampadas las siguientes palabras: "Hago el testamento de manera absolutamente libre sin que intervenga para ello fuerza moral o material alguna". ...."Por que mando que el presente se tenga y cumpla como al expresión de mi última voluntad, tomada en forma deliberada y absolutamente espontánea". "Fuera de esto, el señor juez podrá observar la inseguridad que llevaban al otorgamiento quienes redactaron la minuta de testamento, si analiza las frases terminales del acto, entre las cuales se cuentan las siguientes: "...Como para los efectos de hacer constar de una manera evidente en el presente documento la absoluta capacidad para testar de la señorita Sacramento Vásquez Angel en cuanto a su buen funcionamiento orgánico y en cuanto al satisfactorio goce de sus facultades intelectuales, de una manera normal"... **"Se presentó minuta para el otorgamiento".**

d) "Mis mandantes tienen interés jurídico para solicitar las declaratorias porque si se tiene por válido el testamento contenido en la escritura pública 777 citada, pierden su calidad indiscutida, que emana del acto de última volutad contenido en el instrumento señalado con el número 5.206 de 23 de septiembre de 1948, otorgado cuando no se había puesto en tela de juicio la capacidad de la señorita Sacramento Vásquez Angel para realizar actos o contratos.

e) "La testadora estaba inhibida para testar por demencia senil, según aparece constatado por los médicos Madrid T. y Gómez J. y por lo tanto no era hábil, ya que el claro contenido del artículo 1.061 del C. Civil, así lo preceptúa cuando expresa: "No son hábiles para testar... 3º El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa". Y el 1.602: "El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente **es nulo,** aunque posteriormente deje de existir la causa". Sin embargo, en el caso que se va a debatir, no cabía el regreso a la normalidad psíquica, tal como lo demostraré científicamente a lo largo del proceso que va a iniciarse".

El juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia por sentencia fechada el 26 de agosto de 1955 de la siguiente disposición resolutiva:

"1º—DECLARASE que se absolutamente nulo, por causa de demencia, el testamento que otorgó la señorita Sacramento Vásquez Angel en virtud de la escritura pública número 777 de febrero catorce (14) de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) extendida en la Notaría Primera de Medellín.

"2º—ORDENASE la cancelación del registro de la aludida escritura, verificado el 25 de febrero de 1949 en el Libro Segundo, impares, fls. 114, número 537.

"3º—DECLARASE nulo el juicio de sucesión que con base en el testamento referido se adelanta en este Juzgado.

"4º—DECLARASE que son únicos herederos de la señorita Sacramento Vásquez Angel y legatarios los instituídos en el testamento consignado en la escritura pública número 5.206 de 23 de septiembre de 1948, extendido en la Notaría Primera de Medellín, es decir, Antonio Barrientos G., Concepción Gómez vda. de Cardona, Josefa (Pepa) Sánchez y Resurrección Barrientos L. (herederos), y Asilo de Ancianos, Comunidad de las Siervas del Santísimo, e Iglesia de Buenos Aires (Legatarios). En consecuencia, la sucesión se reglará por el indicado testamento.

"5º—CONDENASE a los demandados a pagar a la parte demandante las costas del juicio".

El Tribunal Superior de Medellín con motivo del recurso de apelación que interpuso la parte actora **revocó** la decisión del inferior y en su lugar resolvió, 'no es el caso de hacer las declaraciones de la demanda y en consecuencia se **absuelve** a los demandados con costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante".

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la

parte actora el recurso de casación que admitido por la Corte es la oportunidad de resolverlo.

Las sentencias de instancia

El Juzgado accedió a las declaraciones solicitadas porque encontró que los elementos probatorios "daban certeza de que la señorita Sacramento Vásquez Angel padecía cuando hizo el último testamento —el atacado— de demencia senil, la cual perturbación causa grave detrimento en la voluntariedad de los actos, no presentándose entonces en su plenitud esa facultad tan rigurosamente exigida para testar".

Son de la sentencia estos pasajes:

"En el caso, se alega por la parte demandante que la señorita Sacramento Vásquez Angel sufría "demencia senil" cuando profirió el testamento que consta en la escritura pública número 777 de febrero 14 de 1949. En virtud de esa afectación se sostiene científicamente que no se recobra la lucidez mental, ni el control volitivo ni la capacidad mental, todo porque la demencia senil es un "déficit primario y permanente de la inteligencia, ligado a la existencia de lesiones irreparables de los centros encefálicos".

Luego de transcribir apartes de conceptos de algunos tratadistas relacionados con "la capacidad mental de los afectados por el estado de demencia senil" y de hacer referencia al dictamen pericial recibido en el proceso, dice: "Se tiene entonces que los tratadistas renombrados en materia psiquiátrica coinciden en afirmar que quien esté padeciendo la demencia senil carece del completo buen estado de sus facultades mentales, siendo la voluntad una de las más afectadas, desde luego que suele quedar a merced de los demás. En esas condiciones, fácil es concluírse que, conforme a nuestra legislación, la voluntad que se requiere para testar no puede aparecer, está ausente, en persona que al momento mismo de hacerlo sufra de demencia senil".

"Ya más concretamente, según lo afirmado por los idóneos peritos psiquíatras, debidamente posesionados en este juicio, la señorita Sacramento Vásquez Angel padecía "demencia senil" cuando otorgó el testamento atacado de nulidad. Dictaminaron de esa manera luego de un detenido estudio de todas las piezas procesales, entre las cuales, además de una prueba testimonial corroborante que aparece fs. 54 y 55, se encuentra el concepto de los doctores Guillermo Madrid Toro y Jorge Gómez Jaramillo, especializado éste en psiquiatría según así figura certificado en los autos. quienes en vida la examinaron suficientemente, habiendo rendido luego el dictamen que también se trajo a los autos".

"Concluyen los peritos en este juicio, doctores Gonzalo Restrepo Ochoa y Alberto Morales Tobón de la siguiente manera su dictamen:

"Se desprende lógicamente de las anteriores consideraciones que Sacramento Vásquez Angel, adolecía por su demencia senil, de incapacidad para la realización de actos jurídicos".

Y finaliza: "La señorita Sacramento Vásquez Angel padecía cuando hizo el último testamento —el atacado— de demencia senil, la cual perturbación causa grave detrimento en la voluntariedad de los actos, no presentándose entonces en su plenitud esa facultad tan rigurosamente exigida para testar".

De su lado, el Tribunal fundamentó su fallo absolutorio en estas consideraciones especiales:

"Alega el apoderado de la parte opositora que no habiéndose cumplido en el acto del otorgamiento del testamento recogido en la escritura número 5206 de 1948 con el requisito exigido en el artículo 1076 del C. C. consistente en la doble lectura del testamento al testador ciego, pues apenas aparece que esta formalidad se cumplió por una sola vez y por el señor Notario, no habiéndose verificado la segunda lectura por uno de los testigos, carece de valor el acto, por ser nulo.

"Conforme al artículo 11 de la ley 95 de 1890 transcrito, no tiene valor alguno el testamento a que falte cualquiera de las formalidades que la ley exige, salvo las excepciones que esa misma disposición establece. Entre las formalidades indispensables para la validez del acto está la de que habla el artículo 1076 en cuanto a la doble lectura del testamento. La ley extrema su celo y su cuidado en orden a garantizar la fidelidad del acto testamentario, cuyas cláusulas deben ser trasunto fiel de la voluntad del testador, a punto tal que exige dejar constancia especial en la carta testamentaria de habérselo leído al testador ciego por dos veces, una por el notario y otra por un testigo designado por aquél, el contenido del testamento, so pena de que el acto quede sin valor".

"Se trata aquí de un acto que no reúne los requisitos legales para servir de prueba de la institución de asignatarios, puesto que el instrumento público, de una u otra naturaleza, requiere para que se le reconozca valor convicente poseer la plenitud de formalidades exigidas por la ley de modo imperativo, y en términos de que la omisión de ellos implica la desestimación del mismo acto como pieza probatoria".

"Si bien es cierto que por gracia del principio general de la relatividad de la cosa juzgada respecto de las partes militantes en el proceso, principio recogido en el artículo 473 del C. J. la desestimación probatoria del acto de que se viene hablando no afecta ni podría afectar a los instituídos en el testamento de la escritura 5206 de 1948 que no han comparecido a este juicio, y que son el Asilo de Ancianos de esta ciudad de Medellín y la Iglesia de Buenos Aires, también de aquí".

"No teniendo mérito probatorio el testamento contenido en la citada escritura 5206 en que se apoyan los demandantes para invocar su interés jurídico en la litis, resulta establecida la excepción consistente en no estar legitimada en la causa la personería sustantiva de la parte actora. Y consecuencialmente es el caso de revocar la sentencia de primera instancia para declarar en su lugar que no procede hacer las declaratorias impetradas".

La demanda de casación

Con fundamento en las causales 1ª y 2ª de casación la parte recurrente formula a la sentencia del Tribunal estos cargos:

a) Violación indirecta del artículo 1076 del C. C. como consecuencia de la violación directa de los artículos 593 y 705 del C. J. en que incurrió el sentenciador al estimar la prueba relativa a la ceguera de la testadora. (Causal 1ª).

b) No estar la sentencia en conosnancia con las pretensiones oportunamente deducida por las partes. (Causal 2ª).

Estudio de los cargos

Primer cargo.—Estos, los reparos en que fundamenta el recurrente el primer cargo.

"Acoge el Tribunal, dice el recurrente, la tesis de que no habiéndose cumplido en el acto del otorgamiento del testamento recogido por la escritura pública número 5206 de 1948 con el requisito exigido en el artículo 1076 del C. C., consistente en la doble lectura del testamento "al testador ciego" pues aparece que esta formalidad se cumplió por una sola vez y por el señor Notario, careciendo de la segunda lectura por uno de los testigos y produciéndose, en consecuencia, la nulidad del acto"... "Es indudable que era menester discutir dentro de la relación jurídico-procesal este hecho de la ceguera de la testadora o por lo menos haberse demostrado plenamente tal afección absoluta mediante prueba adecuada como lo ordenan imperativamente los artículos 593 y 705 del C. J. que, como disposiciones legales sobre pruebas, son sustantivas. (Casación 3 de julio de 1933, XLI, 448". ..."La prueba de la ceguera, tal como aparece en autos y la acoge el Tribunal es absolutamente inane toda vez que requería determinadas condiciones especiales en armonía con los textos invocados porque el hecho patológico sólo cabe demostrarse por medio de un dictamen pericial de especialistas en órganos de los sentidos para cumplir así los requisitos que la ley exige para este medio de certeza. No aparece en los autos la preocupación de la parte demandada para acreditar el hecho que fue aceptado por el Tribunal como fundamento primordial del fallo y para la infirmación del de primer grado, cuestión que de otro lado no fue materia de controversia entre las partes viniendo así a destacarse el error de derecho a que se refiere el ordinal primero del artículo 520 del C. J....". "...Es evidente que un error de derecho, en el ambiente del primer motivo de casación, es implicatorio de que el fallador de segundo grado, al calificar el haz probatorio, estimó un elemento de certeza en inconformidad con las normas que lo rigen...". "...Efectivamente, la Sala sentenciadora infringiendo indirectamente el artículo 1078 del C. C. violó de modo ostensible los artículos 593 y 705 del C. J. que son normas sustantivas e imperativas de obligatorio cumplimiento, todo lo anterior, por la errónea apreciación (error de derecho) de la cuestionada prueba".

"**La ceguera,** que es el nervio de la cuestión, no es una anomalía patológica que pueda ser demostrada por prueba oral o pueda ser referida por un Notario o por médicos generales que no practicaron el examen previo y especial de esta dolencia...".

"El Tribunal al admitir la ceguera, y aún más, al atribuírle el carácter de absoluta para aplicar el artículo 1076 del C. C., violó ese texto, toda vez que el hecho requería plena prueba, "prueba completa y adecuada", que no podía ser otra que la pericial producida sub-judice...".

"Debo advertir que la Sala sentenciadora del Tribunal dio por probado un hecho que no está acreditado en los autos aplicando la doctrina del artículo 11 de la ley 95 de 1890 sobre una base no establecida en los perentorios términos exigidos por las normas legales que son de orden público".

Considera la Corte:

La base de la absolución fue la consideración

que hizo el Tribunal, consistente, en que los componentes de la parte actora "carecen de interés jurídico" en orden a los fines de la demanda "por no estar legitimada en la causa la personería sustantiva por ellos pretendida" como que la deducen del hecho de haber sido instituídos herederos en el primitivo testamento de la señorita Vásquez, siendo que ese acto —escritura número 5206 citada— como testamento, no está llamado a producir ningún efecto válido por carecer el documento de mérito legal, y en forma, que con fundamento en su contenido no puede demostrarse ni alegarse derecho deducible en juicio, menos el encaminado a fundar en él personería para pedir la nulidad de un acto de la trascendencia del que ha sido acusado no importa el hecho de que por su razón, causa y efecto se haya despojado a los actores de la calidad de herederos de la misma testadora.

Sostiene el Tribunal en síntesis, que no presnando mérito probatorio el testamento de la señorita Vásquez "por el cual se instituyó herederos a los actores" no tienen éstos capacidad jurídica activa para acusar el acto, que supuesta la vigencia del segundo, les despoja de esa calidad.

El rechazo como prueba del acto testamentario del que derivan los actores el derecho manifestado en la litis la apoya el Tribunal en la consideración de que estando ciega la testadora para el día de ese otorgamiento, debieron cumplirse en dicho acto todas las solemnidades prescritas por el artículo 1076 del C. C., entre ellas, la de darle lectura al testamento por dos veces, una por el Notario y la otra por uno de los testigos instrumentales a elección de la misma testadora; formalidad, se agrega, de imperativo cumplimiento a términos del mandato contenido en el artículo citado, y a tal extremo, que se dispone allí "que en el testamento de los ciegos se hará especial mención de esta solemnidad en la escritura".

Se explica:

Con ocasión del cargo, no discunte la parte recurrente la tesis básica de la sentencia consistente en que como la omisión anotada le quitó el connatural mérito probatorio al testamento, no puede aducirse, como lo hacen los actores, para fincar en él la personería sustantiva manifestada en la demanda. Lo que sostiene la parte recurrente, fundamento único del cargo, es que como no se demostró científicamente que la testadora adolecía de ceguera cuando otorgó el testamento descalificado por el Tribunal, no procedía entonces la lectura repetida ni la consecuencial obligación de dejar constancia de esa solemnidad en la escritura.

Delineado y enfocado así el ataque que se hace a la sentencia en el cargo que se estudia, no puede la Corte entrar a estudiar la validez legal del procedimiento empleado por el Tribunal en cuanto para negar a los actores el interés jurídico que alegan, oficiosamente declara ineficaz y carente de mérito probatorio el testamento en donde fueron instituídos y que a través del litigio defienden en toda su integridad jurídica.

Se explica:

La señorita Vásquez en la fecha indicada requirió los oficios del Notario de Medellín manifestándole que deseaba otorgar testamento, expresa advertencia de que "estaba ciega", declaración que hizo en presencia de los testigos actuarios y de la persona a quien rogó firmar "porque por impedimento físico —su ceguera— no podía hacerlo. Y expresando la testadora sus declaraciones relativas a legados, institución de herederos y designación de albacea extendió el Notario la escritura que antes de firmarla el testigo rogado por la testadora por ser ciega fue leída en alta voz por el funcionario actuante, mas no segunda vez por uno de los testigos instrumentales.

La manifestación que hizo la testadora de estar ciega al momento de testar fue clara y ostensible y el hecho se dio por tal por el Notario sin más precauciones al respecto, porque no era atribución suya obtener la prueba científica del caso en orden a la comprobación de si la otorgante que se anunciaba ciega lo era en realidad; como en otro caso no habría estado obligado a obtener la prueba de que quien se dijo sordomudo o simplemente mudo lo era en realidad para entonces rodear el testamento de las especiales formalidades prescritas por la ley. El Notario en presencia de los testigos y de los otorgantes se limitó a dar fe de los dichos y declaraciones de la testadora, y si ésta manifestó que adolecía de ceguera quedaba en su deber darle cumplimiento al mandato legal ya conocido. Y como así no lo hizo, pudo entonces considerarse el acto como sujeto a posible anulación.

La ceguera de la testadora —que es la cuestión de hecho a que se contrae el cargo— fue aceptada por las partes a todo lo largo del litigio. En relación con la afección, afirmándola, dieron testimonio incidental las personas que declararon en el juicio entre ellas algunas de las interesadas en

la eficacia de la acción de nulidad propuesta: los médicos que atendieron a la testadora para la época de su primer testamento certifican y declaran que la ceguera la padecía la enferma "desde siete años antes"; los peritos que dictaminaron luego en relación con la demencia senil que se dice agobiaba también la personalidad de la testadora para el día del otorgamiento del otro testamento hacen relación al estado de ceguera de la señorita Vásquez. Es más, el apoderado recurrente no niega que la señorita Vásquez estuviera privada del sentido de la vista para el día del testamento; se limita a afirmar que no está probado científicamente ese determinado hecho.

En relación con situaciones procesales como el que está verificando la Sala, debe **distinguirse** la cuestión de hecho de la propiamente de derecho; vale decir, debe distinguirse, es el caso, el hecho de la existencia o realidad de la ceguera (a la hora de nona puesta en duda por el apoderado recurrente) de la cuestión de derecho como es la resultante o efecto jurídico de hecho de la ceguera cuestionada.

Pues bien: no se discute en la demanda de casación la cuestión de derecho en sí misma considerada. Se ataca el fallo del Tribunal únicamente porque la cuestión de derecho —la falta de legitimación en la causa de los actores— la dedujo el Tribunal de un hecho que se dice no está demostrado científicamente en el proceso, la ceguera de la testadora.

Tampoco ataca el recurrente la tesis de que los ciegos sólo pueden testar con el lleno de las formalidades prescritas por el artículo 1076 del C. C. que establece que entre otras "especiales solemnidades" debe cumplirse la de la doble lectura de todo el testamento; ni disputa la consideración también de derecho de que el testamento del ciego no revestido de las solemnidades indicadas en el citado artículo 1076 no presta mérito probatorio en relación con las declaraciones que él contenga. Discute el recurrente, únicamente, se repite, que no debió darle el Tribunal al testamento en cuestión el tratamiento que corresponde a los que deben otorgar los ciegos porque el hecho de la ceguera de la señorita Vásquez no está demostrado en el proceso.

Para que la apreciación de un hecho presentado en forma positiva y así tenida en cuenta por el Tribunal pueda ser modificada en casación se necesita que la apreciación haya sido el efecto de un error de derecho o de un error de hecho manifiesto sufrido por el sentenciador. El recurrente afirma que el Tribunal incurrió en el error de hecho consistente en haber estimado que la testadora estaba ciega cuando otorgó su memoria testamentaria. Es decir, no se trata, siguiendo las voces del cargo, de que el Tribunal hubiera aplicado mal las normas legales que definen y valoran la prueba testifical, sino de que se niega la ausencia de pruebas en relación con la ceguera de la señorita Vásquez; o lo que es lo mismo, no se ataca el error de derecho en que pudo incurrir el fallador con motivo de la apreciación relacionada con el interés jurídico de los actores, fundamento de la sentencia, sino de que el Tribunal dio por probado un hecho que requería prueba científica adecuada.

Distintos elementos probatorios comprueban el hecho de la ceguera de la señorita Vásquez y fue con base en éstos como el fallador dio por establecida la afección física de la testadora para el día de su presentación ante el Notario. Ahora: como no se indican en la fundamentación del cargo las razones, forma o modo manifiesto de la equivocada apreciación que hizo el Tribunal de tales pruebas, no puede prosperar el cargo.

Otra razón lleva a la misma conclusión: el artículo 1769 del C. C. estatuye que las manifestaciones de descargo y obligaciones contenidas e impuestas en un instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas para quienes se hacen y transfieren ya sea a título singular o universal. Consiguientemente, la manifestación que hizo la otorgante de estar ciega al momento de testar obliga a los que fueron instituídos herederos mientras éstos no demuestren plenamente lo contrario; y bien se nota, que el proceso está ausente de intento alguno destinado a demostrar la no ceguera de la señorita Vásquez para la fecha precisa de los autos. Ahora: si el hecho de la ceguera viene acreditado en el testamento que los actores presentaron como prueba, entonces mal podrían exigir la comprobación de la existencia de ese hecho por medios probatorios independientes y separados del mismo documento. La parte actora adujo el testamento como prueba y debe estimarse en toda su integridad así venga a perjudicarles alguna de las manifestaciones hechas por la misma testadora. Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—El cargo "Inconsonancia de la sentencia con las pretensiones aducidas en la demanda", lo fundamenta el recurrente en que el Tribunal "en ninguna forma podía haber estimado que el testamento a que se refiere la demanda era nulo porque esto no fue motivo del debate judicial".

En fundamento del cargo se alega que la nulidad del testamento del cual deducen los actores interés jurídico para accionar en la forma en que lo hicieron "debe ser materia de una controversia en un proceso de conocimiento y en el cual se deberá establecer tal vicio objetivo por medio de prueba especial que lleve al ánimo del Juez la certeza absoluta de que la testadora estaba ciega en el momento en que dispuso de sus bienes en la respectiva memoria testamentaria. En otros términos, si para obtenerse la nulidad del primer testamento un debate (sic) contradictorio con la integración de todas las partes interesadas, no se puede concluir en forma indirecta, como lo hace el Tribunal en la sentencia acusada, (sic) en una nulidad cuya discusión está fuera de la controversía a que se refiere este litigio".

Considera la Corte:

Dos razones imponen la negativa del cargo: el fallo es absolutorio y no existe en la parte resolutiva falla de incongruencia en relación con la demanda. Además como la legitimación en causa es elemento de la acción, el juzgador debe examinar en primer término si el demandante es el titular de la acción que ejercita y si es el demandado la persona obligada a responder de esa acción. Si no encuentra la prueba de esas calidades, no puede reconocer el derecho que se trata de hacer valer en el juicio y su fallo debe ser absolutorio en uno u otro caso, porque decide así sobre la titularidad del derecho de acción o de contradicción.

Por tanto su decisión no será inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, porque no falla ni en más ni en menos de la exacta materia de la litis.

Tiene repetido la Corte y son su jurisprudencia las siguientes tesis:

"Es en la parte resolutiva de los fallos, donde puede encontrarse la incongruencia entre lo pedido y lo resuelto. Las consideraciones que sirven al sentenciador como motivo determinante de sus decisiones, no dan asidero a la causal segunda de casación. Casación civil, diciembre 13 de 1952. Tomo LXXIII, números 2121 y 2122. 755).

"La causal de casación que consagra el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no puede tener cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercida, variando los términos de la demanda, o cuando ha fallado en más de lo pedido o cuando no ha desatado alguno de los puntos sobre que versa la controversia. Esta causal no es, por tanto, procedente contra una sentencia que es totalmente absolutoria de la parte demandada". (Casación civil, marzo 17 de 1952. T. LXXI, número 2112).

Sucede, ciertamente, que las pretensiones de los demandantes fueron aducidas oportunamente y que el fallo del Tribunal no está de acuerdo con esos pedimentos. Pero quedó advertido que el sentenciador puede y debe declarar probada oficiosamente la excepción perentoria que fuere procedente o no demostrada la legitimación en causa planteada en la demanda.

Refiriéndose a estas modalidades procesales ha explicado la Corte que "cuando el Tribunal declara de oficio una excepción perentoria o confirma la declaración del juez, no es dable alegar en casación que la sentencia no está en armonía con las pretensiones de las partes, pues la alegación conduciría a dejar sin aplicación el mencionado artículo 51 de la ley 105 de 1890 y el 343 del Código Judicial ahora vigente, que mantiene la misma doctrina. Sin duda es este un evento en que, por expresa disposición legal, el juzgado puede apartarse, en su fallo, de las pretensiones de los litigantes; y lo que entonces procede en casación es invocar la causal primera, demostrando que no era el caso de declarar la excepción y que, por tanto, hubo quebrantamiento de determinada ley". (Casación, 30 de septiembre 1932. G. J. número 1890, pág. 550).

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

En razón 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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Guillermo Garavito Durán—Enrique Giraldo Zuluaga—Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA SENTENCIA DESESTIMATORIA DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACION EN CAUSA DEL ACTOR, ES ABSOLUTORIA DEL DEMANDADO. — SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DE FONDO O SUSTANTIVAS Y PROCESALES O ADJETIVAS. — LA LEGITIMACION EN CAUSA ES ELEMENTO DE LA ACCION. MANDATO Y PRESTACION DE SERVICIOS.—INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

1 — La sentencia que "resuelve desestimar la demanda" por falta de legitimación en causa del sujeto activo de la acción o del sujeto pasivo de la misma, o de ambos, falla el negocio en el fondo, ya que desconoce a las partes, o a una de estas el necesario interés para obrar o sea la calidad que identifica al actor con la persona a la cual la ley concede la acción o la identidad de la persona del demandado con aquella contra la cual es concedida la acción. Cuando el Juez falla en consideración a la legitimación en la causa, decide sobre la titularidad del derecho de acción o de contradicción, que es cuestión de fondo, adversa a la demanda, y el fallo produce entonces los efectos de cosa juzgada sustancial entre las partes. La desestimación de la demanda por este motivo implica la absolución del demandado.

2 — Los procesalistas dividen en dos grandes grupos las sentencias definitivas o sea las resoluciones con que se pone término al juicio: 1º De fondo o sustantivas, cuando deciden sobre el derecho o la acción, caso en el cual producen los efectos de cosa juzgada sustancial; 2º Procesales o adjetivas, cuando no versan sobre lo principal del juicio y sus efectos son apenas de cosa juzgada en el sentido formal. Sobre esta distinción Guasp propone que la sentencia absolutoria de fondo o sustantiva se denomine 'sentencia desestimatoria de la demanda' y que la sentencia adjetiva o procesal que decide solamente los presupuestos procesales se le llame 'sentencia absolutoria' simplemente. La sentencia desestimatoria del primer grupo libera al demandado definitivamente de la acción o sea de las pretensiones del actor, mientras que la del segundo sólo lo libera del proceso actual, esto es, de aquél en que se dicta el fallo.

En el segundo grupo quedan comprendidas las sentencias que se pronuncian sobre la falta de los presupuestos procesales.

Aún cuando las dos clases de sentencias absolutorias de que se viene hablando son desestimatorias, su diferencia es patente porque las primeras o sea las de fondo o sustantivas destruyen la acción, mientras las segundas, esto es las procesales o adjetivas, sólo la paralizan y terminan el juicio por motivos meramente procesales. La falta de legitimación en causa es elemento estructural de la acción y cuando por falta de ese elemento el juez desestima la demanda, se pronuncia sobre el fondo del negocio. Los presupuestos procesales: demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente, son requisitos para que se trabe formalmente la litis y cuando por falta de alguno de estos requisitos el juez desestima la demanda no hace otra cosa que inhibirse de fallar en el fondo del negocio.

3 — El artículo 431 del C. J. indica cómo deben formularse las sentencias y ordena que en la parte resolutiva debe hacerse, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, pero no exige que cuando la sentencia sea absolutoria deba pronunciarse la absolución de un modo expreso, sirviéndose del verbo "absolver", porque el pronunciamiento absolutorio puede hacerse con otros vocablos que lo indiquen inequívocamente. Ordinariamente y para mayor claridad se dice en estos casos que se absuelve al demandado de los cargos de la demanda, pero también hay otras fórmulas de absolución usuales, y aún cuando la fuerza obligatoria de la sentencia se encuentra en la parte resolutiva, ello no impide para su recta interpretación mirar las razones de orden objetivo que le sirvieron de fundamento.

4 — El mandante, al celebrar el contrato de mandato, tiene en cuenta la competencia del mandatario en la realización de los ne-

gocios que le encomienda y es en atención a esa competencia que se celebra la convención. La doctrina ha aceptado que el mandato puede ser representativo o sin representación. Cuando comporta representación, ésta puede ser directa o indirecta. Para la representación directa se requiere un contrato válido de mandato, que el mandatario acepte y que obre a nombre del mandante; de consiguiente, el mandatario al obrar debe entender que ejecuta el encargo o negocio que se le encomendó, en los términos convenidos.

El mandato, además, puede ser remunerado, según el artículo 2143 del C. C. circunstancia que lo hace coincidir con el contrato de prestación de servicios, pero estos dos contratos son fáciles de distinguir atendiendo a sus elementos esenciales que los individualizan convenientemente. La locación de servicios tiene por objeto hechos de orden material o inmaterial y quien los ejecuta obra en beneficio del patrono, ordinariamente bajo su dependencia y en función de un oficio o profesión. El objeto del mandato es siempre un acto jurídico y cuando implica representación se ejecuta por cuenta y riesgo del mandante. El mandato no siempre se da aisladamente, pues de ordinario suele integrarse con otro u otros contratos como los de sociedad, de obra, de servicio etc.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. Bogotá, once (11) de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Guillermo Garavito Durán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 1955 proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario seguido por Santos Miguel Barrera, Esteban Fonseca, Pedro Fonseca, Marco S. Villate y Luis Francisco Valderrama contra las señoritas María Susana Molina y María del Carmen Soler, para el cumplimiento de una promesa de contrato de compraventa.

ANTECEDENTES

Por medio de documento privado, suscrito en Paipa el 23 de enero de 1951, las señoritas María Susana Molina y María del Carmen Soler celebraron con el ingeniero Emilio Gómez un contrato en virtud del cual "las dos primeras autorizan al segundo para parcelar y celebrar contratos de compraventa sobre una finca situada en la vereda de 'Caños', jurisdicción de Paipa. El segundo se compromete para con las dos primeras a realizar todas las obras de parcelación, mensuras, celebración de contratos, confección de pólizas. El otorgamiento de los correspondientes títulos será función privativa de los propietarios del inmueble".

En desarrollo de ese contrato el Dr. Emilio Gómez, considerándose autorizado por las señoritas Molina y Soler y decidiendo obrar como mandatario de éstas, prometió vender a los demandantes unas parcelas de la finca de cuya parcelación fué encargado, en las condiciones y por los precios que se hicieron constar en el documento privado suscrito en Paipa el 20 de noviembre de 1951.

El Dr. Gómez recibió de los promitentes compradores la mayor parte del precio de las parcelas y lo entregó a las propietarias, previa deducción de los honorarios que habían sido pactados por sus gestiones.

Las señoritas Molina y Soler en un principio estuvieron dispuestas a otorgar las escrituras de venta a favor de los compradores de las parcelas, actos que no se pudieron cumplir por cuanto no habían legalizado aún la titulación de la propiedad prometida en venta; después se negaron a cumplir esa prestación.

En vista de ello los demandantes, por medio de apoderado, iniciaron el presente juicio ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, según demanda presentada el primero de septiembre de 1952, en la cual solicitan se haga contra las demandadas señoritas María Susana Molina y María del Carmen Soler, vecinas de Duitama, las siguientes declaraciones:

"a) Que dichas señoritas tienen obligación de otorgar en una de las Notarías del Circuito de Santa Rosa de V. a favor de todos mis representados, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la correspondiente sentencia, conjunta mente o en actos individuales, escritura pública de compraventa de los lotes de terreno que a continuación enumero, los cuales están ubicados en la vereda de Caños, de la jurisdicción del Municipio de Paipa, en virtud de los hechos y razones de derecho que expongo en este mismo libelo.

"A favor de Santos Miguel Barrera, un lote denominado 'El Desengaño', de cuatro fanegadas

precisas, por la cantidad de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800.00), por los siguientes linderos: por un costado, con terreno de las demandadas, de Marco A. Villate y de las mismas demandadas, calle pública al medio; por un costado, con del comprador Santos Miguel Barrera, y por el pie, con de Esteban Fonseca, a dar al primer lindero y encierra.

"A favor de Esteban Fonseca, un lote de terreno denominado 'San Isidro', de ocho fanegadas aproximadas, por siete mil seiscientos cincuenta pesos ($ 7.650.00) por los linderos que siguen: por el pie, lindando con de Santos Miguel Barrera, a partir de un mojón de piedra clavada al pie de una cerca de alambre, en recta a otro mojón de piedra clavada en una planada; sigue con terreno de las demandadas; por un costado, con de Pedro Fonseca, volviendo a la izquierda, a encontrar otro mojón de piedra clavada a la orilla de una callejuela; por la cabecera, vuelve a la izquierda, por el pie de una cerca de alambre, lindando con tierra de las demandadas y de Santos Miguel Barrera, callejuela al medio, y por el último costado, yendo por el pie de la cerca, a encontrar el punto de partida y encierra, lindando con de Santos Miguel Barrera.

"A favor de Pedro Fonseca, un lote de terreno denominado 'San Pedro' de una área aproximada de ocho fanegadas, por seis mil seiscientos pesos, el cual está alinderado así: por el pie a partir de un mojón de piedra clavado en una planada, en recta a encontrar otro mojón de piedra clavada a la orilla de un camino, lindando con tierras de las demandadas; por un costado, vuelve hacia la izquierda, por toda la orilla del camino, a otro mojón clavado, en donde éste se encuentra con una callejuela, lindando con camino público; por cabecera, vuelve por toda la callejuela, a un mojón de piedra clavado a la orilla de la misma, y de ahí, sube en recta, atravesándola a otro mojón de piedra clavado a la orilla de otra callejuela, lindando con de Santos Miguel Barrera y Marco A. Villate y por el último costado, vuelve a la izquierda, atravesando nuevamente la primera callejuela, a dar al punto de partida y deslindando con de Esteban Fonseca y de las demandadas.

"A favor de Marco A. Villate, dos lotes de terreno denominados 'La Playa' y 'El Tirol', de cuatro fanegadas aproximadas por tres mil setenta pesos ($ 3.070) alinderados, el primero, con terreno de Pedro Fonseca, en uno de sus costados, partiendo de un mojón de piedra clavado a la orilla de una callejuela, y por ésta a encontrar otro mojón de piedra clavado a la orilla de la misma callejuela, callejuela al medio; por otro costado, vuelve a la izquierda, en recta a otro mojón de piedra clavado a la orilla de otra callejuela, lindando con de Luis Valderrama; por cabecera vuelve a la izquierda, por toda la callejuela, a dar a otro mojón de piedra clavado a la orilla de la misma callejuela, y por el último, vuelve la izquierda en recta lindando con de Pedro Fonseca, a dar al punto de partida y encierra; el segundo terreno, partiendo de un mojón de piedra clavado a la orilla de una callejuela, en recta a encontrar otro mojón de piedra clavado en una planada, deslindando con terreno de las demandadas; por un costado, vuelve a la izquierda, en recta, a encontrar otro mojón de piedra clavado a la orilla de la callejuela, deslindando con tierras de las demandadas, y por los otros dos costados, con de Santos Miguel Barrera, callejuela al medio y encierra.

"A favor de Luis F. Valderrama, un lote de terreno denominado 'El Carmen' de una fanegada y cuatro mil quinientos cuarenta y nueve metros cuadrados (F 1-4, 549 m. C.) por la cantidad de mil seiscientos pesos ($ 1.600.00) delimitando así: por el pie y un costado, calle pública al medio; deslindando con del mismo comprador y de Marco A. Villate; por cabecera, el río Chicamocha al medio, con del Dr. Francisco Galeano, y por el último costado, cerca de alambre y postes al medio, lindando con de Enrique Sanabria y encierra.

"b) Que si dentro del mencionado plazo, las citadas señoritas Molina y Soler, no dieren cumplimiento a la obligación de que trata el punto anterior, su autoridad procederá, de conformidad con la Ley 66 de 1945, a otorgarles a los demandantes, en la forma pedida y ante una de las referidas Notarías, la escritura o escrituras de compraventa de los susodichos inmuebles, por los precios anotados, con inserción en la matriz de la providencia judicial por cuya virtud proceda el señor Juez.

"c) Que se condene a las referidas señoritas a pagarles a los demandantes los gastos y costos que tengan que verificar para el otorgamiento de los mencionados títulos y sus anexos, como predial, paces, boleta fiscal, registro, matrícula - derechos notariales, etc.

"d) Que también se condene a pagarles a los demandantes, por parte de las mismas demandadas, la multa de tres mil pesos, a que se obligaron en el contrato de mandato celebrado con el señor Dr. Emilio Gómez, en caso de violación de cualquiera de las correspondientes estipulacio-

nes, entre las cuales figura el incumplimiento del otorgamiento de las escrituras etc.

"e) Que se les condene a pagarles a los demandantes las costas procesales de este asunto, por causa de mala fe de parte de las demandadas".

Como hechos fundamentales se indicaron los siguientes:

"1º — Con fecha 23 de enero de 1951, por documento privado firmado y estampillado, las demandadas autorizaron al doctor Emilio Gómez, ingeniero para parcelar y vender la finca denominada 'Potrero de Enmedio', de propiedad de las citadas señoritas, el cual está ubicado en la vereda de Caños, jurisdicción del Municipio de Paipa.

"2º — Estipularon que el precio de venta por fanegada debía ser el de seiscientos pesos, una con otra. ..

"3º — El Dr. Gómez quedó facultado para recibir la mitad del precio de venta, concediendo plazos hasta de un año para que los compradores pagaran el reste de dicho precio.

"4º — También estipularon que los contratos celebrados por el Dr. Gómez serían obligatorios para las señoritas demandadas, debiendo ellas otorgar los correspondientes títulos de propiedad.

"5º — Las señoritas demandadas estipularon también que ellas pagarían la multa de tres mil pesos, en caso de infracción a algunas de las obligaciones del mencionado contrato.

"6º — Igualmente estipularon que si dentro del término de un año, a partir de la fecha del memorado documento, el Dr. Gómez no podía finalizar el trabajo de parcelación y venta de todo el terreno, se entendía prorrogado el contrato por un plazo voluntario de ambas partes, para cumplir la obra de medición, parcelación y venta del citado terreno.

"7º — Dentro del año previsto expresamente en el referido documento, el Dr. Gómez realizó la parcelación, venta y entrega de los terrenos anteriormente determinados, a favor de los actuales demandantes, en cuyos poderes se hallan, por los linderos arriba señalados, los cuales fueron cercados por los compradores, haciendo los gastos de su propia cuenta, lo mismo que de las mejoras que les han incorporado para hacerlos productivos.

"Los demandantes le pagaron al Dr. Gómez, quien recibió conforme a los recibos que él les expidió y que presentó con esta demanda, las siguientes cantidades; dentro de la vigencia del año expresamente estipulado:

"De Santos Miguel Barrera, según recibo del Dr. Gómez, en Paipa, 19 de diciembre de 1951.. ... ... $ 2.800.00

De Esteban Fonseca, Paipa, agosto 15 de 1951	3.000.00
Del mismo, Paipa, diciembre 4 de 1951	500.00
De Pedro Fonseca, Paipa, noviembre 8 de 1951	4.700.00
De Marcos Villate, Paipa, agosto 14 de 1951	1.720.00
Del mismo, Paipa, diciembre 5 de 1951	675.00
De Luis F. Valderrama, Paipa, diciembre 15 de 1951	1.600.00
Suma de pesos pagada por los compradores	$ 14.995.00

"9º — Los demandantes Santos Miguel Barrera y Luis F. Valderrama pagaron la totalidad del precio estipulado de los lotes que le compraron al señor Dr. Gómez. Esteban Fonseca queda debiendo, con plazo, cuatro mil ciento cincuenta pesos, por haber pagado tres mil quinientos pesos, siendo el valor de su compra la cantidad de siete mil seiscientos cincuenta pesos. Pedro Fonseca queda debiendo, también con plazo, mil novecientos pesos ($ 1.900.00) Marco A. Villate, mil trescientos cincuenta pesos ($ 1.350.00) todos con el año de plazo que concedieron las señoritas demandadas en el documento de contrato con el Dr. Gómez.

"10º — De acuerdo con los recibos expedidos por las demandadas a favor del Dr. Emilio Gómez, que acompaño a esta demanda, ellas recibieron, por concepto de los mencionados precios las siguientes cantidades:

28 de febrero de 1951	$ 1.000.00
Marzo 16 de 1951	2.000.00
Octubre 24 de 1951	1.100.00
Octubre 31 de 1951	2.900.00
Noviembre 21 de 1951	1.000.00
Junio 20 de 1951	1.000.00
Cantidad pagada por el Dr. Emilio Gómez al Dr. Ulises Rojas, por cuenta de la demandada señorita Susana Molina y por su orden, para pagarle una deuda personal de la misma señorita	$ 2.360.00
Pago de un cheque por ochocientos pesos, girado por la demandada señorita Susana Molina, a favor del Banco Bogotá, Sucursal Duitama, por	800.00
Cien pesos que el Dr. Gómez le pagó a la mencionada señorita, en Paipa en julio del corriente año, por razón de su negocio	100.00
El valor de la letra de cambio que a favor de la precitada señorita fué	

suscrita por Hermófilo Valderrama, con fecha 19 de abril de 1951, en Paipa, como dinero que suministró el Dr. Gómez a la misma señorita, quien lo dio a préstamo al citado girado, por 1.000.00

Valor de las anteriores consignaciones $ 13.260.00

"11º — Son veinticinco fanegadas de tierra vendidas a razón de ochocientos sesenta pesos, con ocho centavos, por un valor de veintiún mil quinientos dos pesos ($ 21.502,00).

"12º — Las demandadas se aprestaron al otorgamiento de las escrituras de venta a favor de los demandantes en el curso de diciembre de 1951, actos que no se pudieron cumplir porque ellas no habían legalizado todavía la titulación de propiedad de las fincas comprometidas en venta, por conducto de su mandatario Dr. Emilio Gómez.

"13º — Como transcurriera el tiempo y los demandantes necesitaran acelerar el perfeccionamiento de sus compra ventas, compelieron al señor Dr. Gómez para que les hiciera otorgar las correspondientes escrituras. Pero las demandadas se han negado ahora, alegando motivos exóticos e inconducentes, que no son eficaces para alentar (sic) las estipulaciones celebradas con el señor Dr. Gómez y de éste con los demandantes y las consecuencias obligatorias para las vendedoras y compradoras".

Notificada la demanda y surtido el traslado de rigor, las demandadas, por medio de apoderado, la contestaron oponiéndose a las pretensiones de los demandantes en consideración a que "no está obligadas a otorgar escritura de los lotes a que se refiere el mencionado libelo, porque ellas no están vinculadas jurídicamente con los demandantes"; porque el doctor Gómez "no estaba facultado para vender sino para entrar en palabreo sobre la negociación"; porque "no existe acuerdo de voluntades y por tanto no existe promesa de contrato con mis mandantes", y porque "el mandatario no ha rendido cuentas del mandato, ni ha deducido en juicio las obligaciones de las señoritas mandantes". Proponen las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de demandantes y demandadas; falta de acción y de los demandantes, y petición de un modo indebido.

Presentaron además demanda de reconvención para que se rescindan los contratos o promesas de contratos celebrados por el Dr. Emilio Gómez S. con los demandantes por causa de lesión enorme y subsidiariamente para que se declare que las promesas de contrato no tienen valor legal contra las señoritas Molina y Soler.

SENTENCIA DE INSTANCIA

El Juzgado del conocimiento puso término a la primera instancia con la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1954, en la cual declara probadas las excepciones de petición antes de tiempo y de un modo indebido.

Apelada esa sentencia por la parte demandante, subió el negocio al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en donde, surtida la tramitación de la segunda instancia, se pronunció el fallo de 29 de septiembre de 1955, cuya parte resolutiva dice:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en Sala de Decisión y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar, RESUELVE DESESTIMAR la demanda".

EL FALLIO RECURRIDO

La sentencia de segunda instancia desestima la demanda por los siguientes motivos:

1º — Porque el convenio contractual celebrado entre las señoritas Molina y Soler con el Dr. Emilio Gómez no puede generar derecho para que personas extrañas a él, como lo son los demandantes, lo utilicen con el fin de exigir a su favor cumplimiento de prestaciones a cargo de las primeras. De consiguiente, respecto a los demandantes "hay carencia de uno de aquellos requisitos necesarios para que se trabe la litis con respecto a los mismos, circunstancias que configuran, no una excepción, sino uno de los denominados presupuestos procesales".

2º — Porque la convención pactada entre el Dr. Gómez y las señoritas Molina y Soler no configura jurídicamente un mandato, puesto que "la comisión se confirió 'para parcelar y celebrar contratos de compraventa sobre una finca' y Gómez 'se compromete a realizar las obras de parcelación, mensuras, celebración de contratos y confección de pólizas'. Aparte de las obras de parcelación y mensura, la facultad para celebrar contratos de compraventa, bien podría dar base para pensar que comprendió la de realizar actos jurídicos; pero a continuación se dijo expresamente que 'el otorgamiento de los títulos será función privativa de las propietarias del inmueble'. Tratándose de compraventa de bienes raíces, en que sólo se perfecciona con el otorgamiento de los tí-

tulos escriturarios y cuya tradición se hace por medio del registro de los títulos, resulta que la última estipulación anuló, dejó sin sentido ni efecto lo dicho antes sobre la facultad para celebrar contratos".

3º — Porque no se individualizó el predio que debía ser objeto de la parcelación y de las demás autorizaciones conferidas al Dr. Gómez.

4º — Porque "jurídicamente no hubo mandato y entonces falta el vínculo que ligue a las demandadas como responsables de la prestación que se les demanda". Además "en este juicio, las señoritas Soler y Molina fueron demandadas en su calidad de mandantes del Dr. Emilio Gómez. De ahí se pretendió derivar la calidad que las obligaba a responder en juicio. Pero no apareciendo establecida en el proceso tal condición, resulta que no son ellas las llamadas a figurar como sujeto pasivo de la acción. Falta el presupuesto de la legitimación en causa, imponiéndose, por tanto, la desestimación de la demanda".

EL RECURSO DE CASACION

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de los demandantes.

Tres cargos formula el recurrente:

Primero. — Con base en la causal 2ª de casación, por no estar el fallo en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, en cuanto, quebrantando formas esenciales del procedimiento, se abstuvo de resolver sobre los extremos que fueron planteados en la controversia.

Segundo. — Con fundamento en la causal primera, por ser la sentencia "violatoria de los artículos 1505, 2142, 2146, 2150 y 2177 del Código Civil, por falta de aplicación al caso del pleito, cuando era procedente hacerlo, proveniente dicha infracción del manifiesto error de derecho en que incurrió el sentenciador al desconocer la eficacia legal del contrato de mandato", y

Tercero. — Por indebida aplicación del artículo 2594, inciso segundo, del Código Civil.

Se estudian en su orden lógico, que es el mismo en que fueron presentados.

Primer Cargo

No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Para sustentarlo dice el recurrente:

"De acuerdo con las solicitudes de la demanda, la justicia fué llamada a resolver sí, teniendo en cuenta el contrato suscrito entre las demandadas y el Dr. Gómez, y el que en ejecución de éste acordó el último con los actores, las señoritas estaban o no obligadas a solemnizar, mediante las correspondientes escrituras públicas, las ventas que el Dr. Gómez prometió como mandatario suyo. En consecuencia, el fallo que se pronunciara debía precisamente declarar la existencia de tales obligaciones, o rechazarlas mediante la consiguiente absolución para las demandadas.

"Ninguna de tales decisiones adoptó la sentencia del Tribunal; se conformó simplemente con revocar la sentencia de primer grado, que al declarar fundadas algunas excepciones, implícitamente por lo menos, había absuelto a las demandadas, y en su lugar resuelve desestimar la demanda. De esta suerte el litigio ha quedado sin desatar, puesto que la desestimación de la demanda no implica absolución, que —repito— fué expresamente revocada, ni mucho menos condena, como que los términos de que se vale no corresponden a tal declaración. La sentencia pues, nada decide en el fondo, ni lo declarado en ella hace tránsito a cosa juzgada como sería de rigor, si en su parte resolutiva se hubiera tomado alguna decisión de fondo sobre los extremos planteados. Y si no yo preguntaría: En el supuesto de que el fallo del Tribunal no hubiera contado con el recurso de casación y así se hubiera ejecutoriado, cuál la situación jurídica de los actores para suscitar una nueva controversia sobre los mismos puntos que aquí se debaten? No podría ciertamente oponérseles la excepción de cosa juzgada, porque en la parte resolutiva del fallo, que es donde se establece la condición jurídica de las partes, ninguna declaración se hace sobre la inexistencia de sus derechos; apenas se 'desestima la demanda', lo que en otras palabras querría significar, el derecho para presentar otra no susceptible de tal desestimación. Y tampoco podrían reclamar la ejecución de dicho fallo, porque en él no aparece declaración alguna conforme con las pretensiones que los actores plantearon. ....

"Luego la sentencia del Tribunal es, por este motivo incongruente, y debe por consiguiente ser invalidada. La sola posibilidad de que pueda promoverse válida y eficazmente una segunda demanda, como es el caso en que se hallan los actores frente al fallo del Tribunal, está demostrando que este juicio ha quedado sin resolver".

Considera la Corte:

Estima el recurrente que en razón de los tér-

minos empleados por el Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia, el litigio ha quedado sin desatar, puesto que la desestimación de la demanda no implica absolución. En esa consideración basa el cargo de incongruencia, porque en su concepto el fallo debía precisamente declarar la existencia de las obligaciones demandadas, o rechazarlas mediante la consiguiente absolución.

Carece de fundamento el cargo, porque la sentencia que "resuelve desestimar la demanda" por falta de legitimación en causa del sujeto activo de la acción o del sujeto pasivo de la misma, o de ambos, falla el negocio en el fondo, ya que desconoce a las partes, o a una de éstas, el necesario interés para obrar o sea la calidad que identifica al actor con la persona a la cual la ley concede la acción o la identidad de la persona del demandado con aquella contra la cual es concedida la acción. Cuando el Juez falla en consideración a la legitimación en la causa, decide sobre la titularidad del derecho de acción o de contradicción, que es cuestión de fondo, adversa a la demanda, y el fallo produce entonces los efectos de cosa juzgada sustancial entre las partes. La desestimación de la demanda por este motivo implica la absolución del demandado.

El acatado maestro italiano José Chovenda, refiriéndose a la actuación de la ley en favor del demandado, enseña lo siguiente: "La sentencia desestimatoria. Si el actor no tiene acción, su demanda es infundada y como tal recházase. La sentencia en este caso **absuelve** de tal demanda al demandado. En la fórmula 'desestimación de la demanda' o 'absolución de la demanda', está implícita la negación de la acción. Si la sentencia niega la acción por falta de interés, niega simplemente el poder jurídico de pedir la actuación de la ley; si niega la acción por defecto de derecho o de calidad, niega la existencia de una voluntad de la ley que garantice un bien del actor". (Principios de derecho Procesal Civil. Tomo I. Pág. 308).

Explica Chiovenda que la sentencia desestimatoria contiene una declaración positiva a favor del demandado y hace actuar la ley que le reconoce y atribuye un bien como es la certidumbre de no estar sujeto a la acción del adversario.

Esta la razón por la cual el fallo que desestima la demanda por falta de legitimación en causa produce efectos de cosa juzgada sustancial. Así lo tiene admitido nuestra jurisprudencia. La Corte dijo a este respecto:

"Cuando el juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda, por carencia de legitimación en la causa del actor o del demandado, niega la acción por defecto de la titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción; bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene la calidad para responder de ella. El fallo produce entonces los efectos de la cosa juzgada sustancial entre las partes, de tal manera que éstas no pueden volver a controvertir su mismo derecho en otro juicio, a menos que posteriormente surja un nuevo hecho que dé calidad a quien carecía de ella para estar legitimado en la causa (cesión, sucesión, etc.)". (Casación, Agosto 19 de 1954).

Para entender mejor la anterior doctrina, conviene advertir que los procesalistas dividen en dos grandes grupos las sentencias definitivas o sea las resoluciones con que se pone término al juicio: 1º De fondo o sustantivas, cuando deciden sobre el derecho o la acción, caso en el cual producen los efectos de cosa juzgada sustancial; 2º Procesales o adjetivas, cuando no versan sobre lo principal del juicio y sus efectos son apenas de cosa juzgada en el sentido formal. Sobre esta distinción Guasp propone que la sentencia absolutoria de fondo o sustantiva se denomine 'sentencia desestimatoria de la demanda' y que la sentencia adjetiva o procesal que decide solamente sobre los presupuestos procesales se le llame 'sentencia absolutoria' simplemente. La sentencia desestimatoria del primer grupo libera al demandado definitivamente de la acción o sea de las pretensiones del actor, mientras que la del segundo sólo lo libera del proceso actual, esto es, de aquél en que se dicta el fallo. Tienen relación con las sentencias absolutorias del primer grupo los siguientes conceptos de la Corte:

"La sentencia desestimatoria puede negar la acción por dos causas: Primera. Porque el juez considere como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, niegue su idoneidad para producir los efectos jurídicos afirmados por el demandante; y Segunda. Porque el juez, aún admitiendo la existencia del hecho constitutivo de la acción, considera al mismo tiempo como existente un hecho impeditivo o un hecho extintivo. En el primer caso el juez desestima pura y simplemente la demanda; y en el segundo caso, desestima la acción porque reconoce el hecho impeditivo o extintivo que la paraliza, esto, una excepción". (Casación. Mayo 30 de 1938, G. J. Nº 1937 pág. 612).

En el segundo grupo quedan comprendidas las sentencias que se pronuncian sobre la falta de los presupuestos procesales. La Corte incorporó en la jurisprudencia nacional la teoría de los presupues-

tos procesales, que ha definido así: "Llámanse presupuestos procesales, 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. El Juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o no los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el juez debe inhibirse de fallar en fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal"

Aún cuando las dos clases de sentencias absolutorias de que se viene hablando son desestimatorias, su diferencia es patente porque las pruebas o sea las de fondo o sustantivas destruyen la acción, mientras las segundas, esto es las procesales o adjetivas, sólo la paralizan y terminan el juicio por motivos meramente procesales. La falta de legitimación en causa es elemento estructural de la acción y cuando por falta de ese elemento el juez desestima la demanda, se pronuncia sobre el fondo del negocio. Los presupuestos procesales: demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente, son requisitos para que se trabe formalmente la litis y cuando por falta de alguno de estos requisitos el juez desestima la demanda no hace otra cosa que inhibirse de fallar en el fondo del negocio.

El Tribunal, como se dijo al expresar los motivos que le sirvieron para fundamentar su fallo, encontró que los demandantes eran personas extrañas al convenio contractual celebrado entre las señoritas Molina y Soler y el Dr. Emilio Gómez y por tanto no tenían el interés necesario que los pudiera identificar con las personas a las cuales la ley concede la acción; y que como no hubo mandato faltaba el vínculo que ligara a las demandadas como responsables de la prestación que se les demandaba, es decir, la identidad de éstas con las personas contra las cuales la ley concede la acción. Halló que no estaban legitimados en causa ni los demandantes ni las demandadas y eso lo indujo a desestimar la demanda. El recurrente hecha de menos la expresión "absuelve" y por ello considera que el litigio quedó sin desatar. Pero ya se vio que la sentencia desestimatoria de la demanda implica la absolución del demandado. Por otra parte nuestro Código de Procedimiento Civil no exige vocablos especiales para el pronunciamiento que le corresponde al juez hacer en la sentencia. El artículo 471 del C. J. indica cómo deben formularse las sentencias y ordena que en la parte resolutiva debe hacerse, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, pero no exige que cuando la sentencia sea absolutoria deba pronunciarse la absolución de un modo expreso, sirviéndose del verbo "absolver", porque el pronunciamiento absolutorio puede hacerse con otros vocablos que lo indiquen inequívocamente. Ordinariamente y para mayor claridad se dice en estos casos que se absuelve al demandado de los cargos de la demanda, pero también hay otras fórmulas de absolución usuales, y aún cuando la fuerza obligatoria de la sentencia se encuentra en la parte resolutiva, ello no impide para su recta interpretación mirar las razones de orden objetivo que le sirvieron de fundamento.

Sólo resta rectificar el concepto del Tribunal de que la legitimación en causa sea uno de los presupuestos procesales. Ya se dijo que es elemento de la acción y no uno de los requisitos que la ley exige para que se constituya válidamente la relación jurídico-procesal.

De consiguiente se rechaza el cargo.

Segundo Cargo

Lo formula así: "Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia de segundo grado pronunciada en este juicio, por ser violatoria de los artículos 1505, 2142, 2146, 2150 y 2177 del Código Civil, por falta de aplicación al caso del pleito, cuando era procedente hacerlo, proveniente dicha infracción, del manifiesto error de derecho en que incurrió el sentenciador al desconocer la eficacia legal del contrato de mandato".

Glosa el concepto del Tribunal según el cual los demandantes son extraños al mandato que las señoritas Molina y Soler confirieron al doctor Gómez y que como la fuente de las obligaciones que se demandan la constituye tal mandato, no tienen derecho los actores para exigir el cumplimiento de las obligaciones de las demandas, y agrega: "Solamente por encontrar escrito en el

cuerpo de la sentencia este concepto, puede creerse que un Tribunal desfigure así las nociones que integran el mandato como figura jurídica, en relación con quienes lo suscriben, y con las consecuencias que para terceros emanan de los actos que el mandatario realiza con ellos. Más claro: El mandato como tal, vincula jurídicamente a quienes lo suscriben, para que los actos realizados por el mandatario en ejercicio de su cargo, se tengan como actos personales del mandante: **'Qui mandat ipse fecisse videtur'.** De consiguiente, cuando terceros contratan con un mandatario, las relaciones jurídicas consiguientes emanan o tienen como fuente, no el mandato propiamente dicho, sino el acto o contrato que el mandatario ejecutó a nombre del representado, y en el que el primero sólo actúa como vehículo o conducto del consentimiento que anticipadamente prestó dicho representado.

"En estas circunstancias, al demandar don Santos Miguel Barrera y compañeros, que contrataron con el Dr. Gómez, el cumplimiento de las obligaciones contraídas para las señoritas Molina Soler, no están reclamando prestaciones nacidas del mandato a que los primeros son extraños, como erradamente lo sostiene el Tribunal, sino las provenientes de la promesa de venta que Gómez acordó en ejercicio de los poderes y que —jurídica y naturalmente— no obligan sino a las mandantes".

Considera el recurrente que "igualmente erró el Tribunal, en el hecho y en el derecho, cuando —por haberse reservado las mandantes la facultad de solemnizar mediante escritura pública las ventas que Gómez prometiera en ejercicio del mandato— le negó a este contrato la eficacia jurídica de tal, mediante la consideración insólita de que, por virtud de tal reserva, quedaron anuladas y sin sentido ni efecto 'lo dicho antes para celebrar contratos', como lo confirma 'el hecho de que el contrato no se hubiera hecho constar por escritura pública'.

Expone las reglas que el Código Civil señala para la interpretación de los contratos; estima infundada la exigencia del Tribunal de que el mandato debiera constar en escritura pública, porque conforme al artículo 2149 del C. C. no es exigible esa solemnidad y afirma que si hasta el mandato tácito es eficaz para obligar al mandante por los actos del mandatario, no puede entonces sostenerse que el consignado en documento privado para promesas de venta no constituya un acto jurídico cuya eficacia garantiza la ley por encima del pensamiento equivocado del Tribunal.

Alega además que las demandadas concurrieron en la fecha señalada a la Notaría a solemnizar las ventas que el mandatario Dr. Gómez había prometido en su nombre y que si no se otorgaron las escrituras ello obedeció tan solo a algunos defectos de titulación que las señoras prometieron subsanar en breve plazo. Dice que también está demostrado que las demandadas recibieron el precio que los promitentes compradores pagaron de acuerdo con lo estipulado en la promesa y que para excusar su incumplimiento no alegan la ineficacia de los poderes de Gómez 'oficiosamente sostenidos por el Tribunal', sino que tratan de justificarse con una insólita lesión enorme, cuya acción proponen a través de la demanda de reconvención, de lo cual concluye que si los términos del mandato fueran ambiguos para fijar el objeto del contrato y la extensión de las facultades que por él se otorgaban al doctor Gómez, los términos como a través de estos actos de ejecución obraron las mandantes despejarían toda duda al respecto. Y puntualiza el cargo así;

"El Tribunal no apreció el mérito probatorio de las posiciones absueltas por la Sra. Molina, que obran a folios 21 a 24 del C. Nº 2, y en las que confiesa haber estado con la otra demandada, a solemnizar las ventas prometidas a su nombre por el Dr. Gómez; y haber así mismo recibido el dinero que como precio de las ventas prometidas le fué entregado por Gómez ni las declaraciones del Notario señor Miguel García Neira, Graco Zambrano, Manuel Caicedo Rubiano y Marcolino Camargo (fls. 24 a 33 ibidem), que ratifican estos hechos; ni el contenido de la demanda de reconvención con que las demandadas pretenden explicar, por razones distintas a la de falta de poderes de Gómez, el incumplimiento de las obligaciones que se demandan. Al obrar así el sentenciador, incurrió en error de hecho, en cuanto desconoció el hecho objetivo de su existencia en los autos; y consecuencialmente en error de derecho, al desconocer a esas pruebas el valor que la ley les asigna, para fijar el verdadero alcance de las facultades del mandatario, y la eficacia legal de los acuerdos de dicho mandatario con los actores, en conformidad con los artículos 593, 606 y 697 del Código Judicial que el fallo desconoce, y quebrantar así los artículos 1505, 2142, 2146, 2150 y 2177 del Código Civil".

Considera la Corte:

El Tribunal en el fallo recurrido estimó que la convención celebrada entre las señoritas María Susana Molina y María del Carmen Soler con el doctor Emilio Gómez no configura un contrato de

mandato. El concepto del Tribunal se refiere, pues, a una cuestión de derecho, susceptible de ser atacado en casación, porque la autonomía relativa que la doctrina reconoce al juzgador en cuanto a interpretación de los contratos se refiere siempre a las cuestiones de hecho y aún en estos casos la acusación es viable cuando se demuestra error evidente de hecho en la interpretación del contrato.

El documento suscrito por las demandadas y el doctor Gómez dice textualmente:

"Nosotros, Ma. Susana Molina y Ma. del C. Soler con tarjeta de identidad postal Nos. 2198-1902 de Duitama vecinas de Duitama y Emilio Gómez mayor de edad, vecino del Municipio de Paipa cedulado bajo el número 1643459 de dicho Municipio, hacemos constar que hemos celebrado el siguiente contrato bajo las cláusulas que pasan a expresarse: PRIMERA. Las dos primeras autorizan al segundo, para parcelar y celebrar contratos de compraventa sobre una finca situada en la vereda de 'Caños', jurisdicción de Paipa. El segundo se compromete para con las dos primeras a realizar todas las obras de parcelación, mensuras, celebración de contratos, confección de pólizas. El otorgamiento de los correspondientes títulos será función primitiva (sic) de los propietarios del inmueble. TERCERA. Los precios de las parcelas será de seiscientos pesos moneda corriente ($ 600.00) por fanegada una con otra. Los precios de los contratos que celebre Gómez y de acuerdo con lo ya estipulado, será obligatorio para las vendedoras. CUARTA. Gómez recibirá como honorarios y por las gestiones a que queda obligado el 10% sobre el valor total de las ventas. QUINTA: Si en el término de un año a partir de la fecha de este contrato, no se han realizado las ventas de la totalidad del inmueble arriba relacionado podrá prorrogarse el presente contrato a voluntad expresa de los contratantes. SEXTA: Se impone una multa de tres mil pesos ($ 3.000.00) a las dueñas del inmueble, en caso de que faltaren a alguna de las condiciones aquí estipuladas en este contrato. Para constancia se firma el presente por ante testigos en Paipa a los veintitrés (23) días del mes de enero de mil novecientos cincuenta y uno (1951).

"Las dueñas del inmueble, (fdo) María Susana Molina S. (Fdo.) María del Carmen Soler. Emilio Gómez S. el Contratante.

"Testigos, (Fdos.) Manuel Caicedo R. - Reinaldo Palacio.

"Otros si: Para facilitarle a los compradores, se les recibirá el cincuenta por ciento (50%) restante, se le dará un plazo de un año, reconociendo un interés del uno por ciento (1%) mensual, quedando hipotecado el lote para responder por dicho valor. Vale. Las propietarias se reservan un lote de dos y media fanegadas. (Fdos.) María Susana Molina S. María del Carmen Soler. Emilio Gómez S. (Fdos.) Testigos, Manuel Caicedo R. Reinaldo Palacios".

Por los términos en que está redactada la convención precisa recurrir a las reglas generales sobre interpretación de los contratos a efecto de hacer prevalecer la intención de las partes que es la norma suprema de tal interpretación.

A ese respecto ha dicho la Corte:

"La ley no reconoce palabras sacramentales, y la intención de las partes es la norma suprema para la interpretación de los contratos. Si las partes quisieron obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, que es cosa adjetiva". (Casación, 5 septiembre de 1930, Tomo XXXVIII, pág. 88).

"Siendo el negocio jurídico el instrumento de que disponemos para regular nuestras relaciones jurídicas conforme a nuestras necesidades y deseos, la interpretación que de él se haga tiene por objeto fijar el contenido de la declaración de voluntad, o sea su sentido decisivo para el derecho. Aún cuando por regla general lo que constituye un límite para el intérprete del negocio jurídico es la declaración misma, aquél debe tener en cuenta que para investigar la voluntad real de las partes, es indispensable en muchos casos no detenerse en el sentido literal de la expresión sino averiguar si el contenido querido por las partes se reconoce en la declaración misma, cualquiera que sea el signo mediante el cual se puede inferir la exteriorización del propósito. A veces es resultado de la interpretación de un negocio jurídico el de su integración, a fin de restringir o extender el sentido decisivo para el desarrollo de una declaración de voluntad. Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos de oscuridad o ambiguedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones y aún las mismas ideas de las partes carecen de claridad o exactitud, o bien porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas u omisiones que hubieren quedado en esta sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. Este

verdadero propósito latente de las partes lo desentraña el intérprete con ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan el negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida; consultando en cada ocasión los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo y justo". (Casación de 19 de junio de 1935. Tomo XLV, pág. 64).

"A estas directrices jurídicas indicadas por la doctrina y la jurisprudencia, a seguir en los casos de interpretación e integración de un contrato, agrégase la no menos importante de saber o determinar los fines económicos o sociales que los pactantes perseguían al contratar, pues el derecho ampara la consecución de esos fines. En tal virtud, el juzgador, para poder otorgar la debida protección del derecho a la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico de que se trata, debe comenzar por fijar previa y exactamente aquellos fines". (Casación, octubre 16 de 1952. Tomo LXXIII, pág. 282).

La cuestión planteada en este juicio se concreta en saber si las demandadas están obligadas a cumplir el contrato que a su nombre celebró el doctor Emilio Gómez con los demandantes y para ello han de seguirse las reglas sobre interpretación e integración de la convención pactada entre las señoritas Molina y Soler con el doctor Gómez. ....

Conforme al artículo 2142 del Código Civil, "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

El mandante, al celebrar el contrato de mandato, tiene en cuenta la competencia del mandatario en la realización de los negocios que le encomienda y es en atención a esa competencia que celebra la convención. La doctrina ha aceptado que el mandato puede ser representativo o sin representación. Cuando comporta representación, ésta puede ser directa o indirecta. Para la representación directa se requiere un contrato válido de mandato, que el mandatario acepte y que obre a nombre del mandante; de consiguiente, el mandatario al obrar debe entender que ejecuta el encargo o negocio que se le encomendó, en los términos convenidos.

El mandato, además, puede ser remunerado, según el artículo 2143 del C. C. circunstancia que lo hace coincidir con el contrato de prestación de servicios, pero estos dos contratos son fáciles de distinguir atendiendo a sus elementos esenciales que los individualizan convenientemente. La locación de servicios tiene por objeto hechos de orden material o inmaterial y quien los ejecuta obra en beneficio del patrono, ordinariamente bajo su dependencia y en función de un oficio o profesión. El objeto del mandato es siempre un acto jurídico y cuando implica representación se ejecuta por cuenta y riesgo del mandante. El mandato no siempre se da aisladamente, pues de ordinario suele integrarse con otro u otros contratos como los de sociedad, de obra, de servicio, etc.

Tal sucede en el caso que se estudia. Las señoritas Molina y Soler encargaron al doctor Emilio Gómez la parcelación de su finca situada en la vereda de "Caños", jurisdicción del municipio de Paipa y lo autorizaron para la venta de las parcelas, fijándole como precio por fanegada una con otra la cantidad de $ 600.00, comprometiéndose a que "los precios de los contratos que celebre Gómez y de acuerdo con lo ya estipulado, será obligatorio para las vendedoras". Otra de las estipulaciones fue la de que "el otorgamiento de los correspondientes títulos será función primitiva (sic) de los propietarios del inmueble". La cláusula final, escrita después de haber sido firmada la parte principal del documento, pero también suscrita por los contratantes y los testigos, faculta al doctor Gómez para recibir de los compradores el 50 por ciento del valor de cada parcela y otorgar plazo de un año para el resto del precio, con intereses del 1 por ciento mensual. Al doctor Gómez se le reconoció como honorarios por las gestiones a que quedaba obligado el 10 por ciento sobre el valor total de las ventas.

Interpretada en su integridad la convención, fácilmente se ve que contiene dos contratos: uno de arrendamiento de servicios, mediante el cual el ingeniero Gómez quedaba facultado para hacer las obras de parcelación de la finca; otro de mandato, por el cual se le encargó la venta de las parcelas, señalamiento de precios y recibo del valor o de una parte de éste. Ahora bien, la circunstancia de que las escrituras o títulos debieran ser otorgados por las dueñas del inmueble, más que una reserva debe entenderse como una obligación que las mandantes contrajeron para la efectividad de los negocios que realizara el mandatario, porque éste podía, como al efecto lo hizo en ejecución del mandato, comprometerlas en virtud de las promesas de venta que celebró en su nombre. Es verdad que el contrato de compraventa sólo se perfecciona con el otorgamiento de la correspondiente escritura, requisito que la ley exige como solemnidad del acto, pero no es menos cierto que pueden ocurrir actos jurídicos preliminares, tales como el de promesa de celebrar

el contrato, pacto de arras y otros celebrados con el propósito de llegar a la venta, para los cuales tenía poderes suficientes el doctor Gómez cuando se le autorizó para "celebración de contratos" tendientes al fin que se buscaba o sea el de las ventas de las parcelas. De no entenderse así el contrato en su integridad, se desatendería la verdadera intención de las partes y se procedería en contra de la regla de interpretación contenida en el artículo 1620 del C. C. según la cual el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.

El doctor Gómez al celebrar el contrato cuyo cumplimiento exigen los demandantes de las demandadas; expresó obrar debidamente autorizado por las señoritas Susana Molina y María del Carmen Soler de acuerdo con el contrato de mandato celebrado con ellas, y las obligó a otorgar a los compradores las correspondientes escrituras de compraventa, conforme a la obligación que ellas contrajeron en el documento otorgado con el mandatario Dr. Gómez. Entendió obrar, y así lo expresó, como mandatario de las demandadas.

También las demandadas entendieron que el mandato otorgado al doctor Gómez lo autorizaba para prometer las parcelas en venta, cuando se aprestaron o mejor estuvieron dispuestas a cumplir tales promesas, mediante su comparenencia a la Notaría, en la fecha acordada, a otorgar las escrituras a que estaban obligadas. Este hecho está demostrado con la propia confesión de una de las demandadas, con las declaraciones del Notario, de Graco Zambrano y otros testigos. Lo entendieron así también cuando recibieron del doctor Gómez las sumas que los compradores habían pagado como precio de las parcelas negociadas. Además, en la demanda de reconvención se pide que se rescindan los contratos o promesas de contratos celebrados por el doctor Emilio Gómez con los demandantes, por causa de lesión enorme, y en la súplica subsidiaria sólo se alega que las demandadas "no le dieron el visto bueno a dichas promesas, o sea, que no han dado su aceptación, y porque el mandatario no estaba facultado para formular promesas de contratos, sin la consulta y aprobación de las mandantes", consulta y aprobación que no están previstas en el contrato de mandato. En todo caso en esta pieza se reconoce por las demandadas el carácter de mandatario del doctor Gómez.

Desconocer el contrato de mandato por la imprecisión de los términos empleados, sería ir en perjuicio de terceros cuya buena fe es necesario proteger. Estos entendieron que el doctor Gómez obraba como mandatario de las demandadas, dueñas de los terrenos, por razón del contrato que con ellas había celebrado, y le entregaron su confianza. Luego vieron que éstas se disponían a cumplir su obligación mediante el otorgamiento de las escrituras, actos que no pudieron adelantarse por deficiencias de los títulos.

Por no haber atendido el Tribunal las reglas que han de seguirse en la interpretación e integración de los contratos, entendió que no se configuraba en el celebrado por las señoritas Molina y Soler con el doctor Gómez el contrato de mandato y esto lo llevó a desconocer el interés que tienen los demandantes para que se cumpla el contrato prometido por el mandatario a nombre de las demandadas y a considerar que éstas no estaban obligadas a perfecciosar las ventas prometidas. Dejó de aplicar el artículo 1505 del C. C. en cuanto dispone que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo. Dejó también de dar aplicación al artículo 2142 del mismo Código que define el contrato de mandato y los artículos 2146, 2150 y 2177, ibidem, que lo reglamentan y señalan sus efectos, entre ellos el de que el mandante queda obligado por los actos que a su nombre ejecute el mandatario dentro de los términos del mandato.

Debe, pues, casarse la sentencia recurrida y corresponde a la Corte dictar la sentencia de instancia que ha de reemplazarla. Como la sentencia se casa no hay lugar al estudio del tercer cargo.

Sentencia de Instancia

Además de las consideraciones anteriores que han servido para infirmar el fallo, y que sirven también de motivación a esta sentencia, y para declarar infundadas las excepciones propuestas por las demandadas, se hacen las siguientes:

Como el doctor Emilio Gómez aceptó y ejerció el encargo y contrató con los demandantes a nombre y por cuenta de las demandadas, estando autorizado para ello, éstas se encuentran obligadas a cumplir las estipulaciones contenidas en la promesa de contrato de compraventa que constan en el documento privado de fecha 20 de noviembre de 1951, a que alude la demanda. En consecuencia deben otorgar las escrituras de venta de los lotes relacionados en el mismo documento.

Los demandantes Santos Miguel Barrera y Luis F. Valderrama tienen pagado en su totalidad el precio estipulado. Esteban Fonseca debe pagar la

cantidad de cuatro mil ciento cincuenta pesos ($ 4.150.00), resto del precio. Pedro Fonseca debe pagar el resto del precio o sea la cantidad de un mil novecientos pesos ($ 1.900.00) y Marco A. Villate también debe pagar el resto del precio o sea la cantidad de un mil trescientos cincuenta pesos ($ 1.350.00). Estos pagos se harán a las vendedoras en el momento en que otorguen las escrituras de venta.

Los gastos del otorgamiento de las escrituras deberán ser cubiertos por partes iguales entre las vendedoras y los compradores.

No habrá lugar a condenar al pago de la multa a que se refiere la súplica D) de la demanda, porque los demandantes no tienen derecho a exigirla, ya que se trata de estipulación privada entre las demandantes y el mandatario, a la cual aquéllos son ajenos. Tampoco hay lugar a decretar las peticiones de la demanda de reconvención, por no haberse demostrado los hechos en que se fundó.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 29 de septiembre de 1955 en el presente negocio, REVOCA la de primera instancia, y en su lugar RESUELVE:

1º — Declárase infundadas y no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

2º — Declárase que las señoritas María Susana Molina y María del Carmen Soler, mayores y vecinas de Duitama, están obligadas a otorgar mediante el pago total del precio, en una de las Notarías del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, escritura de venta de los lotes o parcelas ubicadas en la vereda de "Caños" de la jurisdicción del Municipio de Paipa, que a continuación se indican y a favor de las personas siguientes:

A favor del señor Santos Miguel Barrera un lote denominado "El Desengaño" de cuatro (4) fanegadas, por la cantidad de DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS. ($ 2.800.00) alinderado así: Por un costado, con de las vendedoras, Marcos Villate y de las mismas vendedoras, calle pública al medio. Por otro costado, por mojones y cercas de alambre lindando con del comprador, señor Barrera. Por el pie, con de Esteban Fonseca por mojones fijos y cercas de alambre a dar al primer lindero y encierra.

A favor del señor Esteban Fonseca un lote de terreno denominado "San Isidro" de un área aproximada de ocho (8) fanegadas por valor de SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS. ($ 7.650.00) alinderado así: Por el pie a partir de un mojón de piedra clavado al pie de una cerca de alambre va en recta a otro mojón de piedra clavado en una planada, lindando con de Santos Miguel Barrera y terrenos de las vendedoras; de ahí vuelve a la izquierda a encontrar otro mojón clavado a la orilla de una callejuela, lindando con de Pedro Fonseca. Por la cabecera vuelve hacia la izquierda por el pie de la callejuela a encontrar un mojón clavado al pie de una cerca de alambre lindando con terreno de las vendedoras y de Santos Miguel Barrera, callejuela al medio y por el último costado yendo por todo el pie de la cerca a encontrar el punto de partida y encierra lindando con de Santos Miguel Barrera.

A favor del señor Pedro Fonseca un lote de terreno denominado 'San Pedro' de un área aproximada de ocho (8) fanegadas por valor de SEIS MIL SEISCIENTOS PESOS ($ 6.600.00), el cual está alinderado así: Por el pie, a partir de un mojón de piedra clavado en una planada va en recta a encontrar otro mojón clavado a la orilla de un camino, lindando con tierras de las vendedoras. Por un costado, vuelve la izquierda por toda la orilla del camino a otro mojón clavado en donde se encuentra este con una callejuela, linda con el camino público. Por la cabecera, vuelve por toda la callejuela a un mojón de piedra clavado a orillas de la misma y de ahí sube en recta, atravesándola a otro mojón de piedra clavado a orillas de otra callejuela; linda con de Santos Miguel Barrera y Marcos Villate y por el último costado vuelve la izquierda atravesando nuevamente la primera callejuela a dar al punto de partida y encierra, lindando con de Esteban Fonseca y de las vendedoras.

A favor del señor Marcos Villate, dos lotes de terreno denominados Nº 1 y Nº 2. Por un valor total de $ 3.070.00, con un área aproximada de cuatro fanegadas. El Nº 1, se llama, "La Playa" y el Nº 2 "El Tirol". Los linderos del Nº 1 son: Limita por un costado partiendo de un mojón de piedra situado a la orilla de una callejuela y sigue por ésta a encontrar otro mojón de piedra clavado a la orilla de la misma; linda con de Pedro Fonseca, callejuela al medio. Por un costado vuelve a la izquierda, en recta a dar a otro mojón clavado a la orilla de otra callejuela; linda con de Luis Valderrama. Por la cabecera, vuel-

ve a la izquierda por toda la callejuela a dar a otro mojón clavado a la orilla misma y por el último costado vuelve a la izquierda en recta a dar al punto de partida y encierra, lindando con de Pedro Fonseca. El Nº 2 limita, a partir de un mojón de piedra clavado a la orilla de una callejuela, va en recta a encontrar otro mojón clavado en una planada; linda con de las vendedoras. Por un costado, vuelve a la izquierda en recta, a encontrar otro mojón de piedra clavado a la orilla de la callejuela, deslindando con de las vendedoras. Por los otros dos costados, con de Santos Miguel Barrera, calle al medio y encierra.

A favor del señor Luis F. Valderrama, un lote denominado "El Carmen", de una fanegada y 4.549 mts. cuadrados, por valor de UN MIL SEISCIENTOS PESOS ($ 1.300.00), delimitado así: Por el pie y un costado, calle al medio con del comprador y Marcos Villate; por la cabecera, río "Chicamocha" al medio con del Dr. Francisco Galiano, y por el último costado cerca de alambre y postes al medio, deslindando con de Enrique Sanabria y encierra.

3º — Si dentro del mencionado plazo, las señoritas Molina y Soler no dieren cumplimiento a la obligación de que trata el punto anterior, el señor Juez del conocimiento procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 66 de 1945 a otorgar las escrituras de que se trata, con el cumplimiento de todos los requisitos legales.

4º — Los gastos que demande el otorgamiento de las escrituras serán sufragados, por partes iguales, entre las vendedoras y los compradores.

5º — No hay lugar a decretar el pago de la multa a que se refiere la súplica d) de la demanda inicial del juicio.

6º — Absuélvese a los demandantes de las peticiones de la demanda de reconvención.

Las costas de las instancias y del recurso de casación son de cargo de las demandadas.

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

Pablo Emilio Manotas — Daniel Anzola Escobar — Guillermo Garavito Durán — Enrique Giraldo Zuluaga — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V. — Jorge Soto Soto, Secretario.

VALIDEZ DE LAS ASIGNACIONES HECHAS PARA SER APLICADAS AL ALMA DEL TESTADOR. — ESTAS ASIGNACIONES NO IMPLICAN INSTITUCION DE HEREDERO. — INTERPRETACION DE ESTA CLAUSULA TESTAMENTARIA. — ASIGNACIONES MODALES

1.—Todo asignatario (regla general) debe ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, pero los testadores pueden establecer asignaciones en favor de su alma, como excepción a la norma que contiene el primer inciso del artículo 1113 del C. Civil.

2. — Si el testador, después de disponer muchos legados emplea la palabra REMANENTE, como para que nada se le quedara por fuera, y dice que se entregará al señor Cura sin concretar persona física, es decir, se le entregará a quien ejerza las funciones del cura, "para que lo destine a sufragios por mi alma y por la de mi madre", evidentemente que no ha favorecido en nada ni a la Parroquia, ni al señor Cura de ella. Ha hecho un encargo, pero las sumas, cantidades u objetos a que pueda referirse esa asignación van directamente a aprovechar a las almas de las dos personas mencionadas y nada más que a eso. Son estas almas y sus sufragios los entes favorecidos por la voluntad del testador. Esa voluntad, claramente expresada, es que tales intereses, cualesquiera que ellos sean en su forma, calidad y cantidad, sirvan para los sufragios en favor de las almas de su madre y de él.

Así, pues, el simple encargo de recibir unos bienes para dedicarlos a determinada finalidad que no envuelve para la persona encargada ningún beneficio, sino más bien una carga, no puede realizar el fenómeno de convertir en heredero a quien en tal forma ha sido señalado o mencionado en una asignación testamentaria, máxime, si como se ha dicho, la voluntad del testador no podía ser otra que la de que el remanente fuera exclusivamente para los sufragios de su alma y el de su señora madre.

3.—"La asignación modal debe hacerse a la persona a quien el testador encarga la ejecución del modo, en propiedad, para que la tenga como suya con la obligación de aplicarla al fin previsto. Es de la esencia, en esta clase de asignaciones, la entrega al instituido para que los bienes los haga suyos; el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas Vélez)

La Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de veinte y nueve de noviembre del año de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictada por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario que el Presbítero Samuel Alvarez Botero inició y siguió a la señora Elisa Herrera de Betancour.

Antecedentes

Por testamento cerrado otorgado por el señor Heliodoro Muñoz en el municipio de Sonsón, departamento de Antioquia, cuyas diligencias de apertura y publicación afirma el señor notario segundo del circuito de Sonsón fueron protocolizadas en su despacho por medio de la escritura pública número 49 de 9 de febrero de 1953, aparece que el testador al manifestar su última voluntad consignó una cláusula cuyo texto es el siguiente:

"El remanente de mis bienes, después de cumplirse mis disposiciones, como lo dejo indicado, se entregará al señor Cura Párroco de Sonsón para que lo destine a sufragios por mi alma y por la de mi madre Romualda Muñoz".

Por medio de la escritura pública número 1550

de 30 de diciembre de 1952, otorgada en la notaría primera del circuito de Sonsón, el mencionado señor Muñoz aparece vendiendo a la señora Elisa Herrera de Betancour un bien raíz determinado con precisión en el instrumento de compraventa. La operación tiene señalado como precio la suma de $ 8.500.00.

Heliodoro Muñoz murió en la población de Sonsón el día veintiocho de enero del año de mil novecientos cincuenta y tres.

El señor Cura Párroco de Sonsón, Presbítero doctor Samuel Alvarez Botero, por medio de apoderado, en libelo de 7 de junio del mismo año mencionado de 1953, hace las siguientes peticiones:

"1ª — Que es nulo el contrato de compraventa celebrado mediante la escritura número 1550 del 30 de diciembre de 1952, entre Heliodoro Muñoz y Elisa Herrera de B., nulidad por dolo en la compradora y falta de consentimiento en el vendedor si hubiera conocido la intención de la compradora y que debe decretarse a favor de la sucesión de Heliodoro Muñoz o del heredero único, el Cura Párroco de Sonsón, hoy Presbítero Samuel Alvarez Botero.

"2ª—Que como consecuencia de la declaración anterior, la demandada Elisa Herrera de B., está obligada a entregar la finca a que se refiere la demanda, dentro de los seis días después de ser ejecutoriada la sentencia, con todas sus mejoras, necesarias, útiles y voluntarias; a pagar los frutos percibidos desde la época del contrato y a entregarla con los pendientes; que si no la entregare dentro del tiempo dicho, debe ser entregada por la autoridad, aún valiéndose de la fuerza si fuere necesario, entrega que se hará al heredero, cura párroco de Sonsón.

"3ª—Que se ordene cancelar el registro de la escritura número 1550 de 30 de diciembre de 1952, pasada en la notaría 1ª de Sonsón.

"4ª—Que si se opone la demandada debe pagar las costas del negocio.

"En caso de no hacerse las declaraciones anteriores, pido se hagan las siguientes:

"1ª—Que queda resuelto el contrato de compraventa a que se refiere la escritura pública número 1550 del 30 de diciembre de 1952, pasada en la Notaría 1ª de Sonsón, por no haber cumplido la compradora con sus obligaciones, declaración a favor de la sucesión de Heliodoro Muñoz o de su heredero, el cura párroco de Sonsón y contra Elisa Herrera de B.

"2ª—Que como consecuencia de la declaración anterior, la demandada Elisa Herrera de B. está obligada a entregar la finca a que se refiere la demanda, con todos los frutos pendientes y el valor de los percibidos desde la época del contrato, dentro de los seis días después de ejecutoriada la sentencia y que si no lo hiciere, la autoridad la entregará, aún valiéndose de la fuerza. Entrega a favor de la sucesión de Heliodoro Muñoz.

"3ª—Que se ordene cancelar el registro de la citada escritura que contiene el contrato resuelto.

"4ª—Que si se opone al juicio sea condenada en costas.

Estas solicitudes tuvieron como base los siguientes hechos enumerados debidamente en el libelo de demanda, que se transcriben a continuación, en busca de la mayor claridad en esta exposición:

"**Primero.** — El treinta de diciembre del próximo pasado año (1952), el señor Heliodoro Muñoz, finado ya, vendió una finca raíz ubicada en el paraje de Aures, de este municipio, a la señora Elisa Herrera de B., mediante escritura número 1550, fechada el 30 de diciembre y pasada en la notaría 1ª de esta ciudad.

"**Segundo.**—Dicho lote de terreno se determina con los siguientes linderos: por el frente, con el camino de herradura que conduce a la carretera que va de Sonsón a Medellín; por uno de los costados, por una chamba que separa dos terrenos de propiedad de Basilio Arango; siguiendo chamba abajo hasta la quebrada El Guayabo; cruzando la quebrada y siguiendo por una chamba, hacia arriba, hasta un arado, también de propiedad de Basilio Arango; siguiendo de travesía y luego en curva, siempre lindando con los terrenos de Basilio Arango, hasta llegar a una pared de chamba; de esta pared de chamba hasta llegar a una cuchilla en donde empieza una chamba de esta chamba hacia abajo, hasta llegar a la quebrada de El Guayabo; de esta quebrada hasta su desembocadura en el río Aures; siguiendo luego río arriba, hasta el punto en donde desemboca la quebrada Morro Pelón; cruzando esta quebrada y siguiendo hacia arriba, a buscar una cuchilla, lindero con terreno de Jaime Orozco; siguiendo sobre la cuchilla anterior, a encontrar una pared de chamba, la cual pared de chamba sale hacia el camino de herradura y siguiendo luego por el camino de herradura, hasta el primer punto de partida.

"**Tercero.**—El precio del mencionado terreno fue pactado en la suma de ocho mil quinientos pesos ($ 8.500.00) m. l., que deberían pagarse con dos letras, firmadas, aceptadas por la compradora Eli-

sa Herrera de B., inmediatamente después de firmada la escritura, una por cuatro mil pesos, que se vencería el 30 de marzo del corriente año y la otra, por cuatro mil quinientos, que se vencería el 30 de diciembre del mismo año (1953).

"**Cuarto.**—La compradora Elisa Herrera de .B, una vez que fue firmada la escritura, se negó a firmar y a aceptar las letras mencionadas y no las aceptó ni firmó.

"**Quinto.**—El vendedor de la finca raíz, tantas veces mencionado, Heliodoro Muñoz, antes de hacer la escritura le recomendó al notario Buenaventura Pérez para que recibiera las letras que debería aceptar y firmar la compradora Elisa Herrera; pues el vendedor se encontraba en el lecho gravemente enfermo; al exigirle las letras el citado notario, la Herrera se negó a entregarlas.

"**Sexto.**—Aunque se expresó en la cláusula tercera de la escritura de venta que declaraba tener recibidos los ocho mil quinientos pesos en dos letras de cambio, firmadas en la fecha y recibidas a satisfacción, no es cierto, pues se presumió que la Herrera firmaría las letras y las entregaría, una vez que se firmara el contrato de compraventa, pero no aconteció así; se negó a entregarlas al notario Buenaventura Pérez, a quien le había conferido el encargo de recibirlas y exigirlas el vendedor Heliodoro Muñoz.

"**Séptimo.**—El vendedor de la finca, Heliodoro Muñoz, cumplió con las obligaciones contraídas por su parte, siendo la principal la entrega de la finca.

"**Octavo.**—La compradora de la mencionada finca raíz, Elisa Herrera de B., no cumplió con su obligación principal cual era la de aceptar, firmar y entregar las letras al notario Buenaventura Pérez, una por cuatro mil pesos con vencimiento al treinta de marzo del corriente año y la otra por cuatro mil quinientos que se vencería el 30 de diciembre del mismo (1953).

"**Noveno**—Heliodoro Muñoz murió el veintiocho de enero del corriente año (1953), dejó en su testamento como único heredero de sus bienes, fuera de algunos legados, al señor cura párroco de Sonsón, con la obligación de invertir el valor en sufragios por el alma de su finada madre Romualda Muñoz y de la suya".

Corrido el traslado de rigor a la parte demandada, el representante de la señora Elisa Herrera de Betancour aceptó unos hechos y negó asentimiento a otros y se manifestó en desacuerdo con las peticiones de la demanda, expresando, además, que proponía excepciones.

El juez de primera instancia dictó la sentencia respectiva cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Por lo expuesto, el Juzgado del Circuito de Sonsón, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA: Se declara resuelto, por falta de pago real y efectivo del precio pactado, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número mil quinientos cincuenta de fecha treinta de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, otorgada ante el Notario Primero de esta ciudad, mediante la cual el señor Heliodoro Muñoz dijo vender a la señora Elisa Herrera de Betancour y ésta comprar, por la suma de ocho mil quinientos pesos moneda legal ($ 8.500.00) m. l., la finca rural ubicada en la fracción Puertas Verdes de esta jurisdicción, a que se refiere el presente juicio.

"Como consecuencia de lo anterior, se condena a la demandada Elisa Herrera de Betancour, de las condiciones civiles expresadas, a devolver y entregar, materialmente dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a la Sucesión de don Heliodoro Muñoz, representada por el señor Cura Párroco de Sonsón, el bien raíz alinderado y especificado en la parte motiva de esta providencia y debidamente identificado a folios 35 y siguientes del cuaderno número 2; devolución que comprende los frutos pendientes y los percibidos por la demandada desde el momento en que entró en posesión del inmueble y no solamente los percibidos, sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado.

"Se ordena la inmediata cancelación de la antealudida escritura pública número mil quinientos cincuenta, de fecha treinta de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, otorgada ante el señor notario primero de este circuito y de la inscripción respectiva, para lo cual se librarán los correspondientes exhortos a dicho funcionario y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del circuito.

"Se condena a la demandada a pagar las costas del juicio, las cuales serán tasadas oportunamente por la secretaría".

Apelada ante el Tribunal Superior de Medellín tal determinación, por la parte demandada, dicha entidad profirió —una vez tramitada la segunda

instancia— fallo en el cual al desatar la litis se expresa así:

"Por lo expuesto, el Tribunal, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA íntegramente la sentencia apelada, y en su lugar DECLARA la ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.—Sin costas".

Contra la sentencia del Tribunal interpuso en su oportunidad recurso de casación la parte no favorecida con la providencia, es decir, el demandante.

Sustanciado sin vicio alguno ante la Corte el recurso interpuesto, es llegada la hora de resolverlo y para ello se procede en la forma siguiente:

Demanda de casación

Expresa el recurrente que hace cargos a la sentencia del Honorable Tribunal de Medellín "por errores de hecho en la apreciación del testamento de Heliodoro Muñoz, en la demanda y en las pruebas, a consecuencia de los cuales violó la ley sustantiva".

Y un poco adelante manifiesta:

"Quiere decir que me estoy apoyando en el motivo primero del artículo 520 del C. J., y en el curso de la siguiente exposición señalaré la razón por la cual infringió el Tribunal los preceptos sustantivos".

Divide el actor su importante estudio en dos capítulos. En el primero esboza cargos contra la sentencia del H. Tribunal en lo que atañe a la apreciación que dicha entidad jurisdiccional hizo del testamento del señor Heliodoro Muñoz. En el segundo, la demanda de casación formula un ataque al fallo recurrido en cuanto a juicio del recurrente se dejó de estudiar a fondo el problema de la resolución del contrato de compraventa que se dice celebrado entre el señor Heliodoro Muñoz y la señora demandada Elisa Herrera de Betancour.

El primer capítulo, o sea aquel que se contrae a los cargos por la manera como el Tribunal sentenciador apreció el testamento otorgado por el señor Heliodoro Muñoz, lo fracciona el actor o recurrente en dos partes:

A) "Error de hecho en la apreciación del testamento, de la demanda y de la declaratoria de heredero que obra a folio 16 del cuaderno de pruebas del actor".

Manifiesta, para sustentar este cargo, que cuando el testador dijo que el remanente "se entregará" al cura de Sonsón, no hizo sino declarar heredero al Párroco de esta ciudad para que cumpliera con el encargo de destinarlo para sufragios por el alma del testador y de su madre Romualda Muñoz.

Sostiene que "el heredero declarado fue la persona moral CURA PARROCO DE SONSON, porque según el canon 451, el Párroco es el Sacerdote o persona moral a quien se le ha concedido la Parroquia con título y cura de almas".

Expresa que "el Tribunal entendió que en la demanda se solicitaba para el Cura Párroco en su carácter personal y no paró la atención que éste pidió para la sucesión de Rudecindo (sic) Muñoz y sólo agregó "o su heredero Cura Párroco de Sonsón", empleando la disyuntiva "O" que no hace sino señalar que su petición era alternativa, es decir, para que el fallador optara entre los dos, porque bien podía pedir para la sucesión o para la persona moral Párroco. Las frases del Tribunal —continúa— no dejan duda de que estimó que quien ejercía el cargo de cura, doctor Alvarez Botero pedía para él".

Más adelante continúa la demanda de casación a este respecto, así:

"Fue que el Tribunal no pensó en la persona moral Párroco para pensar sólo en la persona física del cura párroco. Como la asignación fue para la persona moral, ésta estará siempre representada por quien ejerza el cargo de Párroco".

"El curato —dice el recurrente— es beneficio eclesiástico y es persona moral según el canon 1409 y el cura párroco nunca falta en la parroquia según el canon 102. Fue al cura de Sonsón con la jurisdicción y funciones de tal, fuera quien fuere, la persona física a quien el testador designó heredero para que, teniendo el remanente de sus bienes como suyo propio, lo invirtiera luego en sufragios por su alma y la de su madre. El párroco es persona moral perpetua y a él le asignó el remanente para que lo destine a sufragios, que es el modo determinado por el testador".

La Sala considera:

Se observa de las anteriores transcripciones y del conjunto de esa parte de la demanda de casación, que el recurrente plantea el problema como si el Honorable Tribunal en verdad hubiera confundido la persona moral de "el Párroco de Sonsón", con la persona física de quien en el momento en que fue intentada la demanda ejercía las funciones de cura de la parroquia de Sonsón.

El Tribunal, a juicio de esta Sala, no ha incurrido en tan deplorable confusión. Ha sostenido a todo lo largo de la exposición de la sentencia en la parte atacada por los conceptos anteriores, no

que la cláusula testamentaria tan llevada y traída por el recurrente, no se refiera ni al concepto abstracto de Cura de la Parroquia, ni al de la persona física de quien ejerce dichas funciones, sino que el texto mismo de la transcrita cláusula no entraña institución de heredero en la forma que lo pretende el demandante, ya sea a favor del Cura de Sonsón como persona moral o como institución, o para el mismo Cura como persona física.

Son estos los conceptos del Tribunal:

"Como se dijo, fue en atención a la transcrita cláusula testamentaria como se declaró el señor Cura Párroco de Sonsón heredero del señor Heliodoro Muñoz y es esta la calidad que invoca en el presente juicio. Sin embargo, la Sala —continúa el Tribunal— es de concepto que dicha cláusula no entraña una institución de heredero a favor del Párroco, por estas razones'.

Y continúa el Tribunal:

"Dicha cláusula constituye una asignación pía, a título universal, a favor de las almas del testador y de la madre de él, señora Romualda Muñoz. Esta clase de asignaciones son una excepción al principio general consignado en el artículo 1,113 del C. C., según el cual todo asignatario testamentario debe ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica. Pero como nuestra legislación es espiritualista, les dá validez en el inciso 4º, del mismo precepto, cuando dice: 'Lo que se deja al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia y se sujetará a la disposición del inciso anterior".

Más adelante, prosigue la sentencia recurrida:

"La asignación de que se trata fue en exclusivo provecho ultraterreno de las almas del testador y de su madre; en ella no hay transmisión sucesoral ni existe beneficio alguno para la Parroquia de Sonsón, ni para su Párroco; éste, en virtud de la cláusula que se interpreta, no es sino el mandatario póstumo de que habla el artículo 2195 del C. C. En efecto, el testador se limitó a conferirle el encargo de invertir en sufragios para su alma y la de su madre los bienes de que no dispuso a título singular en su última declaración de voluntad".

Para esta Sala ha sido muy claro y enfático el Tribunal que profirió la sentencia a la cual se le hacen los cargos, al determinar que no hubo transmisión sucesoral para la Parroquia de Sonsón ni para el Cura personalmente. Y esa simple y sencilla declaración o expresión de la sentencia la salva de los formulados en su contra por el recurrente. Porque, como se dijo, toda la argumentación del actor se desliza precisamente para demostrar que hubo de parte del Tribunal grave confusión entre lo que debe entenderse por "Parroquia de Sonsón", "Cura de Sonsón" y la "persona física del cura que ejerce funciones de párroco".

El Tribunal, como se observa, dio aplicación al artículo 1113 del Código Civil, y catalogó allí en forma precisa el caso a estudio, porque consideró que todo asignatario (regla general) debe ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, pero que los testadores pueden establecer asignaciones en favor de su alma, como excepción a la norma que contiene el primer inciso del mandato citado.

En realidad, el texto de la cláusula testamentaria, base de este pleito, no da para más, por mucho que se desee atemperar su interpretación a los anhelos del supuesto heredero demandante.

Si el testador, después de disponer muchos legados emplea la palabra **remanente**, como para que nada se le quedara por fuera, y dice que se entregará al señor Cura de Sonsón, sin concretar persona física, es decir, se le entregará a quien ejerza las funciones del cura, "para que lo destine a sufragios por mi alma y por "la de mi madre Romualda Muñoz", evidentemente que no ha favorecido en nada ni a la Parroquia de Sonsón ni al señor Cura de ella. Ha hecho un encargo, pero las sumas, cantidades u objetos a que pueda referirse esa asignación van directamente a aprovechar a las almas de las dos personas mencionadas y nada más que a eso. Son estas almas y sus sufragios los entes favorecidos por la voluntad del testador. Esa voluntad, claramente expresada, es que tales intereses, cualesquiera que ellos sean en su forma, calidad y cantidad, sirvan para los sufragios en favor de las almas de su madre y de él.

Esa frase testamentaria no puede alcanzar jamás el carácter que le quiere imprimir el demandante.

En efecto, si el artículo 1008 del Código Civil es la norma que reglamenta estas cuestiones, debemos atenernos a él, cuando expresa que "SE SUCEDE a una persona difunta a título universal o a título singular".

Y si dicha disposición emplea el término SUCEDE demuestra que lo cardinal en este fenómeno jurídico es la sucesión, es decir, el hecho de transmitirse los bienes de una persona a otra, que es uno de los modos de adquirir el dominio de las cosas, al tenor del artículo 673 del Código Civil.

Así, pues, el simple encargo de recibir unos bienes para dedicarlos a determinada finalidad que no envuelve para la persona encargada ningún beneficio, sino más bien una carga, no puede realizar el fenómeno de convertir en heredero a quien en tal forma ha sido señalado o mencionado en una asignación testamentaria, máxime, si como se ha dicho, la voluntad del testador no podía ser otra que la de que el remanente fuera exclusivamente para los sufragios de su alma y el de su señora madre.

El artículo 1008 citado, nos ayuda a salir verdaderos en esta emergencia interpretativa, si revisamos todas las palabras que contiene. Dice que se sucede a título universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

Esto quiere decir que el heredero, esto es, quien recibe a título universal, no es solamente quien recoge una herencia y goza de ella, quien se aprovecha de ciertos derechos y los ejercita en su favor, sino quien contrae obligaciones, todas las tranmisibles del finado, y quien por esta circunstancia tiene que salir al frente a atenderlas o cancelarlas.

Y por ello cabe preguntar: ¿la cláusula testamentaria argüida en favor de la parte demandante le impone alguna obligación a la Parroquia de Sonsón o al señor Cura de Sonsón, en el evento de que existan obligaciones en contra de la sucesión del señor Heliodoro Muñoz?

¿Podrían en alguna ocasión la Parroquia de Sonsón o el Cura de Sonsón ser demandados con base en dicha cláusula de última voluntad, por acreedores del finado? ¿Podrían los acreedores fundarse en tal cláusula testamentaria para responsabilizar al Cura o a la Parroquia mencionados? No. Porque la discutida cláusula apenas engendra el encargo para que sean pagados sufragios por unas almas. Y solamente eso. Luego si el Cura y la Parroquia carecen de las obligaciones de todo heredero, es porque no se ha configurado en ellos el carácter clásico de titulares universales del de cujus.

El establecimiento, ejercicio y goce de ciertos derechos traen anexas determinadas obligaciones, así como los derechos y obligaciones son por naturaleza correlativos.

El artículo 1155 del Código Civil es muy claro al preceptuar que los asignatarios a título universal con cualesquiera palabra que se les llame son herederos, representan la persona del testador y le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Dice más, que los herederos son obligados a las cargas testamentarias. La Parroquia ni el Cura Párroco de Sonsón, en el presente caso, tienen al respecto ninguna obligación. Carecen, pues, de esa característica del heredero.

No incurrió, pues, el Tribunal en error de hecho en la interpretación del testamento, ni de la demandada ni de la declaratoria de heredero y no violó, de consiguiente, ningún texto legal. Se atemperó, particularmente, al mandato del artículo 1113 y con fundamento en él desató la litis. Como no hubo institución de heredero a favor del actor, se imponía la declaratoria de ilegitimidad de su personería sustantiva.

En el aparte B) del primer capítulo de los dos en que dividió el recurrente su demanda, al referirse a los conceptos del Tribunal en cuanto expresó que la cláusula testamentaria transcrita no constituye una asignación modal, el actor se produce en estos términos:

"El Tribunal, dice, y dice bien, que la cláusula del testamento si se interpreta "como una institución de heredero a favor del señor Cura Párroco de Sonsón, tal asignación debería considerarse modal'. El principio es exacto, pero las consecuencias que el sentenciador dedujo son falsas. El modo puede establecerse en favor del testador y en tal caso lo único que puede ser a favor de él serán las oraciones y sufragios. Eso estableció y no podría ser justo que lo que él quiso, no se hiciera y quedaran los bienes de su herencia en manos de terceros inescrupulosos".

A renglón seguido prosigue el recurrente afirmando que no se interpretó debidamente la cláusula y de que no se ha tomado en cuenta la voluntad del testador, y concluye esa parte de los cargos en los siguientes términos:

"El Tribunal no tuvo en cuenta el artículo 1157 en relación con el 1155 del C. C., pues si la ley consagra como heredero universal al asignatario del remanente, en el caso de este pleito no cabe duda que este heredero es el cura párroco de Sonsón. También interpretó erróneamente el artículo 1147 del C. C. como consecuencia de la apreciación que hizo de que al interpretar la cláusula como una institución modal a favor del señor Cura Párroco sería contrariar la voluntad del testador, cuando precisamente lo que el testador quiso fue que su heredero fuera el cura párroco para que cumpliera religiosamente sus deseos".

El Tribunal adelantó disquisiciones al rededor del tema planteado por el demandante sobre estos particulares y llegó a la conclusión de que estudiado el punto a través de las asignaciones mo-

dales, tampoco alcanzaba el actor los objetivos apetecidos, porque "tal interpretación —son palabras del Tribunal— no encaja dentro del concepto de las asignaciones modales ni consulta la intención del testador".

En efecto, al desarrollar sus tesis se expresa así el Tribunal:

"La asignación debe hacerse (se refiere a la modal) a la persona a quien el testador encarga la ejecución del modo, en propiedad, para que la tenga como suya con la obligación de aplicarla al fin previsto. Es de la esencia, en esta clase de asignaciones, la entrega al instituído para que los bienes los haga suyos; el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante".

Y continúa el sentenciador:

"Por más que se examine y violente la cláusula testamentaria cuyo sentido se trata de esclarecer, de ella no surge, ni en su letra ni en su espíritu, que el testador hubiera querido dar en propiedad el remanente de sus bienes al señor Párroco para que los invirtiera en los predichos sufragios".

Sostiene que interpretar como modal esa asignación es contrariar la voluntad del testador, y concluye diciendo "que indudablemente lo que quiso (el testador) fue que sus valores los administrara siempre el Cura de la Parroquia, fuera quien fuere, a fin de que los aplicase en provecho espiritual de las dos almas".

Para la Sala y dados los conceptos emitidos por el Tribunal y que han venido transcribiéndose, no ha habido ni el error de hecho que se apunta ni la violación de las disposiciones citadas.

En realidad si alguna cosa aparece clara en esta actuación, es que la asignación de la cláusula testamentaria que ya se conoce, no otorga ni al Cura ni a la Parroquia de Sonsón dominio sobre bienes algunos. Es un simple encargo con destino señalado con manifiesta exactitud y claridad.

No pueden decirse violados los artículos recientemente citados, porque como se expresó y demostró arriba, no alcanzó en esta ocasión a configurarse la condición de heredero o el título universal que pretende el demandante. La sentencia, por ese otro aspecto, tampoco puede ser atacada victoriosamente por estos últimos cargos.

El capítulo segundo de la demanda se limita a la circunstancia de que el Tribunal no llegó a estudiar o plantear las cuestiones relacionadas en la demanda por la resolución del contrato de compraventa.

Pero es obvio que si la decisión del Tribunal ampliamente fundamentada en la sentencia, lo condujo a la declaratoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, el estudio posterior de otras cuestiones era una labor innecesaria y en desacuerdo con textos vigentes de nuestras disposiciones legales.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en el presente negocio por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario que el Presbítero Samuel Alvarez Botero promovió contra la señora Elisa Herrera de Betancour.

Costas en el recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase a la oficina de origen.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Guillermo Garavito Durán—Enrique Giraldo Zuluaga—Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V.—El Conjuez, Pedro Serna Botero.—El Secretario, Jorge Soto Soto.

CUANDO EL DEMANDANTE, PERJUDICADO EN LA EJECUCION DE UN CONTRATO, REUNE LAS CALIDADES DE CONTRATANTE Y DE TERCERO, PUEDE ESCOGER ENTRE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL O LA EXTRACONTRACTUAL, PERO SI SOLO TIENE UNA DE ESTAS CALIDADES, UNICAMENTE PUEDE EJERCITAR LA ACCION CORRESPONDIENTE. — ERROR DE DERECHO. — INSTRUMENTOS PUBLICOS. — REVERSION AL ESTADO DE OBRAS CONSTRUIDAS EN CALLES, PLAZAS, ETC., DE PROPIEDAD DE LA UNION

1. — No es aceptable, como tesis absoluta, la de que el demandante puede escoger y ejercitar la acción de responsabilidad civil que estime conveniente para la reparación del daño resultante de la ejecución de un contrato, cualquiera que éste sea, porque quedarían sobrando nuestras instituciones legales que regulan con características propias la culpa contractual y las consecuencias que de ésta dimanan.

La regla general es la contraria, aun cuando tampoco es absoluta. La violación del contrato acarrea a la parte incumplida las obligaciones propias de la convención. Pero puede ocurrir que el hecho sea causa de responsabilidad contractual y a la vez pueda causar responsabilidad extracontractual; tal sucede cuando en la ejecución de un contrato ocurre un hecho que lesione derechos de uno de los contratantes y también cause perjuicios a un tercero no ligado por el vínculo contractual e independiente de éste. Si en este caso especial se conjugan en una misma persona las dos calidades que le den derecho a exigir las indemnizaciones que corresponderían al contratante por el incumplimiento del contrato y las del tercero por los perjuicios que directa y personalmente se le han causado con el hecho, la doctrina y la jurisprudencia admiten que esa persona ejercite cualquiera de las dos acciones indemnizatorias, sin que pueda acumularlas, porque se produciría una injusta duplicación en la reparación del perjuicio.

Este derecho de escogencia de la acción ha sido reconocido por la Corte cuando con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte ocurre la muerte del pasajero por culpa o descuido imputable al transportador y el heredero ejercita la acción indemnizatoria. Este puede optar por demandar el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, demandando como sucesor del contratante muerto y para la sucesión de éste; o exigir la indemnización a que pueda tener derecho por el perjuicio recibido directamente motivado por la muerte de su pariente o benefactor. A este exclusivo caso se refieren las jurisprudencias de la Corte citadas tanto en la sentencia como en la demanda de casación.

Esta cuestión está puntualizada con toda claridad por la Corte en sentencia de casación de 23 de abril de 1954 (GACETA JUDICIAL número 2140, pág. 411).

Sólo en el caso de que en una misma persona se reúnan las calidades que la inviste del derecho para ejercitar la acción extracontractual y a la vez la contractual tendiente a la reparación del perjuicio ocasionado por un hecho, puede haber lugar a optar por la exigencia de una u otra responsabilidad. La calidad de que se habla no es otra que la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción por ser titular del derecho. El derecho del contratante proviene siempre de la convención y cuando de la ejecución del contrato reciba algún perjuicio, su acción será siempre la de responsabilidad contractual; el tercero que recibe perjuicios de un hecho, aun cuando ese hecho se hubiese ejecutado en el cumplimiento de un contrato, como no está ligado con ningún vínculo contractual con el culpable, sólo puede acudir a la acción de responsabilidad civil extracontratual.

Lo dicho es suficiente para aclarar la dualidad de derechos para exigir responsabilidades; pero se repite, no podrán ser acumuladas ni podrá obtenerse doble indemnización.

2.—Cuando se acusa el fallo por error de derecho, el examen debe concretarse a averiguar si el valor que le dio o le negó el juzgador a la prueba señalada está de acuerdo o no con el que le asigna el precepto legal respectivo, porque el sentenciador debe precisamente atender los preceptos legales que definen los medios de prueba y les asignan un determinado valor. De ese examen resulta si la valoración hecha en el fallo se ajusta a la señalada por la ley. Si no se ajusta, el juzgador ha incurrido en error de derecho que puede conducirlo, medinate la infracción de la ley sobre pruebas, a quebrantar la ley sustantiva que consagra el derecho cuya efectividad se persigue en el juicio.

3. — El término "instrumento público" es genérico y no sólo comprende las escrituras públicas o instrumentos que se pasan ante el Notario, sino los instrumentos que otorgan y expiden otros funcionarios.

4.—El artículo 682 del C. C. no es contrario a los preceptos constitucionales indicados por el recurrente, porque los interesados, al obtener la necesaria licencia para la construcción de obras en calles, plazas, etc., saben de antemano que a la expiración del tiempo por el cual se concede el permiso, las obras se restituyen, por ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión o al uso y goce general de los habitantes. Si las construyen toman sobre sí la carga de la restitución referida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve (29) de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

I. — Antecedentes

En demanda presentada el 16 de julio de 1951 y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 2º Civil del Circuito de Cúcuta, Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno, por medio de apoderado, pidieron que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se condenara al Municipio de Cúcuta al pago de las siguientes indemnizaciones:

"Por la ocupación de hecho de las siguientes redes de tubería: 1.200 metros de tubos de concreto de 8 pulgadas; 900 metros de tubos de concreto de 6 pulgadas; 1.200 metros de tubos de concreto de 4 pulgadas; 300 metros de tubos de hierro galvanizado de 2½ pulgadas; 1.000 metros de tubos de hierro galvanizado de 2 pulgadas; 300 metros de tubos de hierro galvanizado de 1½ pulgadas; 400 metros de tubos de hierro de tubos galvanizado de 1¼ de pulgada; 2.000 mts. de tubos de hierro galvanizado de 1 pulgada; 1.600 mts. de tubos de hierro galvanizado de ¾ de pulgadas y 1.100 mts. de tubos de hierro galvanizado de ½ pulgadas de diámetro, y más de 5.000 metros de tubería de hierro galvanizado instalados en las transversales de conexión de entrada a la casas, de diferentes diámetros, y demás elementos propios del Acueducto que don Pedro Felipe tuvo en esta ciudad, como tanques de distribución (uno instalado en la carrera cuarta (4ª) en un solar de la casa distinguida con el número 16-41) y accesorios de todo orden, inherentes a la misma empresa, la suma que fijen los peritos.

"2ª—Por la ocupación de hecho de las siguientes redes de tubería: 1.040 metros de tubería galvanizada de 1 pulgada; 1.000 metros de tubería de hierro galvanizado de 1½ pulgadas; 335 metros de tubería de hierro galvanizado de 2 pulgadas; 3.235 de tubería de hierro galvanizado de 4 pulgadas; 1.460 metros de tubería galvanizada o cemento de 6 pulgadas y 360 metros de tubos de cemento de 10 pulgadas de diámetro, y demás elementos propios del Acueducto que don Roberto Moreno tuvo en esta ciudad, como dos (2) tanques de distribución de cemento armado con sus correspondientes tapas de hierro, cada uno con una capacidad de 20.000 litros, y accesorios de todo orden, inherentes a la misma empresa, la suma que fijen los peritos.

"3ª—El valor del daño emergente de la explotación económica del acueducto que don **Pedro Felipe Lara** tuvo en esta ciudad, desde el mes de **octubre** de 1944, fecha en que se cumplió la ocupación de hecho y se ordenó a sus suscriptores efectuar la cancelación del canon mensual de dicho servicio en las Empresas Municipales, hasta que se verifique el pago ,según fijación pericial.

"4ª—El valor del daño emergente de la explotación económica del acueducto que don **Roberto Moreno** tuvo en esta ciudad, desde el mes de octubre de 1944, fecha en que se cumplió la ocupación de hecho y se ordenó a sus suscriptores efectuar la cancelación del canon mensual por dicho servicio en las Empresas Municipales, hasta que se verifique el pago, según fijación pericial.

"5ª—El valor del lucro cesante resultante a don **Pedro Felipe Lara**, a causa de la destrucción o

despojo del acueducto de su propiedad por el demandado, previa apreciación pericial.

"6ª—El valor del lucro cesante resultante a don Roberto Moreno, a causa de la destrucción o despojo del acueducto de su propiedad por el demandado, según apreciación pericial, y

"7ª — SUBSIDIARIAMENTE de las peticiones que preceden, pido que se condene al demandado a entregar todos los materiales y enseres de los acueductos referidos a los actores, junto con el pago de los deterioros y su uso y demás indemnizaciones que se estimen justas".

Como hechos fundamentales de la demanda se relataron los siguientes:

"1º—El Municipio de Cúcuta por un acto suyo autorizó a cualquiera persona natural o jurídica para que construyera o explotara acueductos particulares, con destino al abastecimiento de agua de los habitantes de Cúcuta.

"2º—El Concejo Municipal de Cúcuta dictó el Acuerdo número 23 de 1924, fijando las condiciones a que debían sujetarse las empresas de acueductos particulares existentes, o de aquellos que se construyeran.

"3º—El demandado se comprometió a garantizar, respetar y hacer respetar los derechos de tales personas, hasta que el demandado, Municipio de Cúcuta, hubiese construído 'formalmente la Empresa del Acueducto público de la ciudad'.

"4º—El Banco de la Mutualidad adquirió legalmente un acueducto público y transfirió su dominio y demás derechos inherentes de uso y goce a Pedro Felipe Lara, según consta en la escritura número 202, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito el dos (2) de julio de mil novecientos veintiuno (1921).

"5º—El señor Luis Vargas V. vendió al mismo Pedro Felipe Lara, mi mandante, los derechos que dicho señor tenía sobre las redes de acueductos de su propiedad en esta ciudad, según la escritura citada en el punto anterior.

"6º—Mi mandante, el señor Roberto Moreno, adquirió con sujeción a las normas establecidas por el demandado, un acueducto para su exclusiva propiedad, y lo amplió por construcción de nuevas redes y tanques y demás accesorios necesarios conforme a declaración de construcción según las voces de la escritura número 23, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito el diez (10) de enero de mil novecientos veintiocho (1928).

"7º—El demandado dictó el Acuerdo número 30 de 1944, cuyos artículos 9º y 10º declaran caducadas las licencias otorgadas a los propietarios de los acueductos particulares y dispuso que las tuberías y demás accesorios se incorporaran a las redes del acueducto moderno que construye el Municipio de Cúcuta.

"8º—El demandado expidió el Acuerdo número 32 de 1944, facultando (artículo 5º) al señor Personero Municipal para elaborar las providencias administrativas de caducidad de que trata el artículo 9º del Acuerdo número 30 de 1944 sobre los acueductos de propiedad particular existentes en el Municipio.

"9º—El demandado efectuó la ocupación de hecho sin indemnización previa de los acueductos de propiedad de los autores, mis mandantes, lo cual les acarreó la ruina de su negocio y considerables perjuicios materiales y morales.

"10.—El hecho anterior fue consumado por el demandado estando pendiente la condición resolutoria por cuanto en dicha época y todavía no **está formalmente terminado el acueducto moderno de la ciudad,** y cuando se encontraban los actores en pleno ejercicio de explotación y aprovechamiento de sus **empresas.**

"11.—El demandado procedió a ejecutar la ocupación de hecho de los mencionados acueductos por motivos enteramente ajenos a la realidad contractual.

"12. — Todos los rendimientos de los referidos acueductos entraron al fisco municipal, o como rentas del demandado, desde el momento mismo en que fue consumada la ocupación de hecho, arbitraria y por demás abusiva, lo cual trajo para el demandado un enriquecimiento sin causa, a costa del despojo de los actores.

"13.—Para obtener el enriquecimiento sin causea y efectuar el despojo de que tratan los hechos anteriores, el demandado se abstuvo de considerar la solicitud de mis mandantes, Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno, de permiso para extraer las redes de tubería de sus acueductos particulares de que eran propietarios.

"14.—Que el demandado nombró una comisión de su seno para que verificara un estudio detenido sobre una petición igual a la formulada por los actores y aprobó el informe favorable respecto a la tubería de acueducto de don Luis Alberto Marciales y concedió el permiso para extraer la tubería de su acueducto, como consta en las Actas números 44 y 51 de las sesiones del Concejo en 1944.

"15.—El Concejo autorizó al Personero Municipal para que transara y pagar a propietarios de acueductos particulares, explotados en la misma forma que los de mis mandantes, y al señor don Arturo Arocha le fueron reconocidas y pagadas

las indemnizaciones por el mismo acto que motiva la presente acción.

"16.—La justicia contencioso-administrativa declaró que el demandado estaba obligado a indemnizar los perjuicios que hayan sufrido los actores por el incumplimiento de las obligaciones contraídas expresamente por el Municipio de Cúcuta.

"17.—La misma justicia contencioso-administrativa declaró que la acción de indemnización era del resorte de la justicia ordinaria porque 'se tiene, en el caso concreto, que el Municipio ha obrado como persona privada, es decir, su acto es de simple gestión y por ello cae bajo la inmediata jurisdicción ordinaria, a la cual correspondería resolver la controversia, pronunciarse sobre el fondo de la contención y ordenar las reparaciones, imponiendo las sanciones de orden civil pertinentes al caso', y

"18. — El demandado voluntaria y arbitrariamente se puso en mora de cumplir sus obligaciones usurpando los acueductos de los actores, sin indemnización previa, lo cual lo hace responsable ante la ley".

Notificada la demanda, el Municipio constituyó apoderado, quien la contestó oponiéndose a las pretensiones de los demandantes y propuso la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción y las perentorias de carencia de acción y prescripción extintiva.

Previa decisión de la excepción dilatoria en el sentido de que el conocimiento del negocio correspondía a la justicia ordinaria y no a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y cumplidos los trámites de la primera instancia, separado del conocimietno el Juez a quien le había correspondido en el reparto, hubo de fallarlo el Juzgado 1º del mismo Circuito con sentencia de fecha 27 de agosto de 1954, en la cual condenó al Municipio de Cúcuta a pagar al demandante Lara la cantidad de $ 55.966.98 y al demandante Moreno la suma de $ 31.487.60 por concepto de indemnizaciones.

Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia de 28 de enero de 1955, revocó la del Juzgado y en su lugar declaró la existencia de la excepción perentoria formal de incompetencia de jurisdicción y absolvió al Municipio de Cúcuta de los cargos formulados en la demanda. Ese fallo fue recurrido en casación por la parte actora y la Corte, por sentencia de 4 de octubre de 1945, lo casó dándole entrada a la causal séptima y ordenó enviar los autos al Tribunal de Pamplona para que dictara nuevo fallo decidiendo en el fondo sobre las acciones incoadas.

En acatamiento a lo dispuesto por la Corte, el Tribunal de Pamplona dictó el nuevo fallo el 16 de noviembre de 1955, mediante el cual revoca la sentencia de primera instancia "y, en su lugar, desestima la demanda y, como consecuencia, absuelve ,ahora sí en el fondo, al Municipio de Cúcuta de todos los cargos en ella formulados".

Contra este fallo interpuso recurso de casación la parte actora, recurso que la Corte procede a decidir.

III. — Fundamentos del fallo recurrido

El Tribunal, en el propósito de establecer las cuestiones debatidas, hace un cuidadoso estudio del planteamiento de la demanda en sus súplicas y sus fundamentos de hecho y de derecho, como también de las alegaciones posteriores del actor, del cual concluye que no cabe otra alternativa que la de entender o interpretar su pensamiento en una de estas formas o hipótesis:

"O que ejercitó la acción de responsabilidad civil extracontractual simplemente;

"O promovió la misma acción pero dándole los fundamentos propios o específicos de la acción sobre responsabilidad civil contractual, involucrándolas ambas como si se tratara de una especie híbrida;

"O bien que intentó en un principio, en la demanda, la acción de responsabilidad civil extracontractual, para cambiarla luego por su opuesta, la acción de responsabilidad de y causa contractuales".

Estudia el fallador cada una de estas posibles acciones por todos sus aspectos y llega a la conclusión de que cualquiera que hubiera sido la instaurada no es viable por los motivos que en cada caso expresa. Para el mejor conocimiento de los fundamento del fallo, considera la Corte conveniente transcribirlos, aún con peligro de alargarse demasiado, pero en beneficio de la claridad que requiere la solución del recurso. Dijo el Tribunal:

"**Primera hipótesis.** — Si se trata del ejercicio puro y simple de la acción de responsabilidad civil extracontractual, ella no es viable u operante porque es lo cierto que entre los actores y el demandado existe y media o interviene un contrato por adhesión, hecho éste reconocido expresamente por aquéllos.

"En efecto: imposibilitado el Municipio de Cúcuta para prestar por sí mismo y en forma adecuada el servicio público de acueducto, estimuló, fomentó y facilitó el que los particulares lo hi-

cieran y explotaran con sujeción a determinadas condiciones que los concesionarios aceptaron expresa o tácitamente, entre ellas, la del carácter temporal de la licencia que habría de terminar o caducar cuando se construyera formalmente la empresa del Acueducto Público de la ciudad.

"Expidió así el Acuerdo número 23 de 1924 cuyo artículo 5º dispuso:

"'Los futuros dueños de acueductos o que aspiren a serlo, deben obtener los permisos no sólo mediante solicitud al Concejo, sino que dada por ésta la autorización, deberá otorgarse un instrumento público por el Personero en que se haga constar: a) El carácter temporáneo de la licencia, la cual terminará, tanto para los futuros dueños de acueductos, como para los que hayan obtenido el permiso, antes de este Acuerdo, cuando el Municipio construya formalmente la empresa del Acueducto Público de la ciudad; y b) Que el día que tal obra tenga lugar, todos los tanques surtidores pasarán a la exclusiva propiedad del Municipio'.

"Este Acuerdo implica un típico caso de contrato por adhesión.

"El Tribunal anterior, al resolver sobre la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción propuesta por el demandado, interpretó la demanda en el sentido de que se trataba del ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual.

"Más que en la demanda se fundó en la disposición transcrita del citado Acuerdo y dijo:

"De lo anterior resulta que el origen del presente litigio se halla en lo que Saleilles llamó 'contrato de adhesión', y otros expositores, quizá con más propiedad, denominan contratos por adhesión.

"'No fue un simple acto unilateral de donde nació la resolución (sic) jurídica cuya violación se acusa en este proceso; los actos reglamentarios del oferente no eran de sí solos susceptibles de producir consecuencias mientras no sobreviniera la aceptación de los demandantes, quienes, desde luego eran libres para darla o no.

"'En esa forma la cláusula esencial del Acuerdo en que el Municipio concretó los términos de su oferta, que atrás se transcribió, constituye de por sí el contenido de la estipulación contractual a la que las partes vincularon su voluntad. Aquélla como determinante absoluta de la voluntad del oferente, y la adhesión a ella por parte de los demandantes, como expresión de sus voluntades, crearon entre aquél y éstas un vínculo contractual ineludible, generador de los derechos y obligaciones emanadas de esta clase de contratos.

"'Por manera que es incuestionable que esta controversia tiene origen eminentemente contractual'.

"Esa interpretación de la demanda no es rigurosamente exacta porque tuvo en cuenta el modo como ha debido plantearse la controversia y no como lo fue en realidad, como el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual.

"Más de todos modos sirve para dejar en claro una vez más que entre los demandantes y el Municipio de Cúcuta median y existen ciertas e inequívocas relaciones contractuales.

"Ahora bien: existiendo entre el demandante y el demandado tales vínculos contractuales, jurídicamente no es posible ejercitar la acción de responsabilidad civil extracontractual porque ella es incopatible con la acción de responsabilidad contractual. Esta supone necesariamente la existencia de un contarto. Aquélla se basa en la ausencia o falta de todo contrato.

"No pueden promoverse de manera simultánea porque se destruyen recíprocamente puesto que son contradictorias.

"Por regla general, la primera ni siquiera puede proponerse como subsidiaria de la segunda toda vez que no le es dado a uno de los contratantes prescindir de sus vinculaciones contractuales para obligar al otro extracontractualmente porque se rompería la igualdad que debe presidir todas sus relaciones.

"Es verdad que la responsabilidad civil contractual y la extracontractual no se diferencian teóricamente en su esencia pues ambas obedecen al mismo principio y más antiguo deber moral, convertido en norma jurídica, de que nadie puede perjudicar a otro con un hecho voluntario o por culpa. 'Alterum non leadere', y si lo hace está obligado a reparar el daño, pero también lo es que en la práctica su origen inmediato es distinto, la una se produce como consecuencia de la violación de un contrato, un acuerdo de voluntades, y la otra fuera e independientemente de toda relación contractual.

"El Código Civil Colombiano las contempla y reglamenta aparte.

"El artículo 1494 señala como fuentes de las obligaciones los contratos o convenciones; el hecho voluntario de la persona que se obliga, o acto unilateral o de formación unilateral; los cuasicontratos; los delitos y cuasidelitos; y la ley.

"El título 12 del Libro 4º del C. C. reglamenta lo relativo al efecto de las obligaciones contrac-

tuales sobre la base de que los contratos se realizan para cumplirse de suerte que quien los viola y causa daño está obligado a repararlo indemnizando adecuadamente a su contraparte.

"El Título 34 versa sobre la responsabilidad civil extracontractual, 'responsabilidad común por los delitos y las culpas'.

"Si reglamenta separadamente esas dos especies de responsabilidad civil es porque las considera distintas de modo que no deben confundirse, ni puede aplicarse a la una el régimen de la otra.

"De aquí se deduce claramente que no puede demandarse la responsabilidad civil extracontractual sobre la base de la existencia de un contrato y conforme a las normas que regulan la responsabilidad civil contractual, ni tampoco puede procederse a la inversa.

"También se deduce que debiendo operar la una, la otra queda necesariamente descartada.

"Si interviene un contrato cuya violación por una de las partes ha causado perjuicios a la otra, es la responsabilidad civil contractual la que debe hacerse valer..

"Por el contrario, si no hay vínculo contractual alguno, es la responsabilidad civil extracontractual la que debe invocarse para obtener el resarcimiento del daño.

"Así lo ha dicho y resuelto la H. Corte Suprema de Justicia en muchas ocasiones y en distintos fallos.

"Para demostrarlo conviene transcribir algunos apartes de su jurisprudencia al respecto:

" 'No deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción híbrida, según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual, por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito' (G. J. Tomo XLVII, página 411).

" 'Las acciones, principal de petición de pago de perjuicios extracontractuales, y la subsidiaria que pide se declare no cumplido un contrato, son incompatibles entre sí. No pueden, pues, involucrarse en una misma relación jurídica la responsabilidad delictual y la contractual. Y es que autorizar al acreedor para que prescindiendo del contrato, acuda a la responsabilidad delictual, es tanto como negarle fuerza obligatoria a la convención, colocando al deudor en situación de manifiesta desigualdad frente a la contraparte'. (G. J. Tomo LX, pág. 430).

" 'La naturaleza del contrato, ampliamente reglamentada por la ley en todos los particulares que de ella se derivan, apareja una responsabilidad concreta a quienes infringen lo pactado que no es susceptible de ser mezclada o confundida con la resultante de otras fuentes como el hecho ilícito, por ejemplo. De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que le son propias, siendo errado o injurídico pretender que para unos aspectos de su eficacia legal se regule por aquéllas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, sustentar la posición de derecho de un contrato sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El C. C. destina el Título 12 de su Libro IV a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el Título 34 del mismo libro, a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacido del delito y de las culpas, según voces del código. Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico, ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio'.

" 'En ocasiones es necesario plantear con precisión cuál es la fuente de la responsabilidad que se invoca, si contractual o extracontractual. Cuando las consecuencias del daño cuya reparación se pretende han sido expresamente previstas y reguladas por contrato, la responsabilidad es indiscutiblemente contractual; el reclamante entonces no puede desplazarse del dominio del contrato al dominio de las disposiciones de la culpa aquiliana, sin caer en una inadmisible acumulación de dos formas de responsabilidad que podría llevar a proteger daños que fueron excluídos de lo pactado, o a abandonar las normas del contrato tocantes a la regulación de indemnizaciones. Empero sucede también con frecuencia que es indiferente en orden a deducir la responsabilidad por daños la consideración de que su fuente sea contractual o extracontractual. Ocurre ello en los casos en que aún sin contrato surge siempre la misma obligación de indemnizar como resultado de la consumación de un hecho manifiestamente violatorio del derecho de otro, por causa de haberse ejecutado con malicia o negligencia. En tales circunstancias no se consagra una acumulación de responsabilidades; únicamente se persigue la culpa en el campo en que se destaque con mejor re-

lieve. Se ha cometido una culpa; luego si no aparece con claridad que con ella se haya violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, no importa cuál sea el origen de la culpa'.

"La Corte ha aceptado el derecho de opción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual cuando interviniendo un contrato de transporte se causa la muerte en accidente de una persona según que la acción sea ejercitada por los herederos a nombre y para la sucesión de la víctima por los perjuicios sufridos por ella o por los que se causan a aquéllos directamente, diciendo:

"La jurisprudencia y la doctrina aceptan la posibilidad jurídica de que el heredero de quien falleció en un accidente ocurrido en la ejecución de un contrato de transporte, ejercite cualquiera de las dos acciones: la indemnizatoria por incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, emanada de éste, colocándose en el lugar y posición del contratante muerto, a cuyo patrimonio había ingresado, y demandado como sucesor y para la sucesión de la víctima, las reparaciones a que haya lugar dentro de los límites del contrato. O la indemnizatoria por culpa aquiliana, colocándose por fuera del contrato, con desvinculación de toda relación jurídica preexistente, demandado directamente y en propio interés la reparación del daño personal causado por el siniestro. Y el mismo hecho puede dar lugar a las dos acciones según sea el carácter y posición con que se presente la víctima en la acción indemnizatoria, y desde luego con las consecuencias diferentes que cada caso comporta en lo concerniente a la extensión y las pretensiones del actor y la manera de establecerlas en juicio. Lo que es improcedente es la acumulación y yuxtaposición de estas dos acciones diferenciadas de responsabilidad porque de ese modo se llegaría a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio como lo ha dicho la Corte'. (Casación, 12 de agosto de 1948, LXIV 697).

"Recientemente, en fallo de la Sala de Casación Civil, de fecha 23 de noviembre de 1954, G. J. T. LXXIX, número 2151, pág. 662, ha reafirmado su doctrina en estos términos:

" 'Reitérase la doctrina expuesta en fallos de la Sala de Casación Civil de 12 de agosto de 1948 (G. J. Tomo LXIV, pág. 697 y de 23 de abril de 1954, (G. J. Tomo LXXVII, págs. 411 y ss.), por la cual se dijo que los causahabientes de una persona fallecida en accidente ocurrido en el cumplimiento de un contrato de transporte, pueden ejercer la acción indemnizatoria por incumplimiento del contrato, demandado como sucesores y para la sucesión de la víctima las reparaciones a que haya lugar, o la indemnizatoria por culpa aquiliana, demandando directamente y en su propio interés la reparación del daño personal causado por el siniestro.

" 'De acuerdo con esta doctrina el damnificado puede elegir entre el ejercicio de la acción por responsabilidad contractual y el ejercicio de la acción por culpa extracontractual o aquiliana. Pero no le es dable involucrar las dos acciones o ejercitar una con peticiones consecuenciales correspondientes a la otra.

" 'En el caso presente, si se ejercita la acción derivada del incumplimiento de un contrato, son aplicables las normas del régimen contractual (artículos 1.613 y 1.614 del C. C.) que son precisamente las invocadas por el demandante; pero no las reguladoras de la responsabilidad por culpa aquiliana (arts. 2341 y ss.). Y a la inversa'.

"En el presente caso sub-judice, no obstante que el actor parte de la base del incumplimiento por el Municipio de Cúcuta de la condición resolutoria de la licencia para la explotación de los acueductos particulares, sinembargo, descarta en absoluto la tesis de la responsabilidad civil contractual toda vez que al exponer los fundamentos de derecho de la demanda dice, en síntesis y textualmente:

" **'Como los perjuicios de que trata esta demanda fueron causados por la ocupación de hechos de los acueductos, sin que mediara previa indemnización, la responsabilidad viene a ser extracontractual, que es la misma que los clásicos llaman 'acción aquiliana' y que cabe en muchos casos.'**

"Y lo confirma aún más con la cita que hace de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia y de manera particular del título 34 del Libro 4º del Código Civil que trata precisamente de la RESPONSABILIDAD COMUN POR LOS DELITOS Y LAS CULPAS.

"No menciona para nada las disposiciones que rigen la responsabilidad civil contractual.

"En estas condiciones, si se interpreta la demanda según la manifestación clara y explícita del actor, en el sentido de que ejercita la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, ella es francamente improcedente, no es viable ni puede prosperar o tener éxito porque existiendo una relación contractual entre los demandantes y el Municipio de Cúcuta, no era posible jurídicamente prescindir en absoluto de ella, sino que, por el contrario, era ineludible acogerse a las normas que regulan la responsabilidad civil contractual para pedir y obtener la in-

demnización de los perjuicios resultantes de la pretendida violación por oparte del demandado del contrato por adhesión de que se ha hablado.

"Incurrió el actor en un evidente desacierto tanto más injustificable cuanto que a manera de advertencia, era ostensible el insuceso que tuvo la acción indemnizatoria ejercitada ante la contencioso administrativo en forma opuesta, como de responsabilidad civil conotractual.

"Ya el Tribunal en su primera sentencia había anotado ese hecho diciendo:

"Resta observar que también ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se planteó la controversia en forma contraria al modo como ha debido serlo pidiendo la indemnización con base en la estipulación contractual por adhesión de que habla el artículo 5º del Acuerdo número 23 de 1924, violada por el Municipio al declarar caducadas las licencias para la explotación de los acueductos particulares según el artícculo 11 del Acuerdo número 30 de 1944, y no con fundamento en la ocupación de hecho de tales acueductos a causa de la construcción del Acueducto Moderno Municipal.

"En la parte motiva de la sentencia de fecha catorce de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal Seccional de lo Contencioso-Administrativo de Cúcuta transcribe las súplicas de la demnada así:

" 'El doctor Efraín Vásquez, en ejercicio del poder conferido por los señores Pedro Felipe Lara y Roberto Moreno solicita de este Tribunal las siguientes declaraciones:

" 'La nulidad del artículo 11 del Acuerdo Nº 30 de 1944 expedido por el H. Concejo Municipal de Cúcuta, a fin de que decretada la nulidad pedida, se restablezca a mis mandantes en el ejercicio de sus derechos lesionados por el Art. del Acuerdo citado.

" 'En subsidio, demando directamente al Municipio de Cúcuta, representado por su Personero, para que se ordenen y se fijen las indemnizaciones o prestaciones correspondientes a favor de mis mandantes como propietarios de acueductos particulares establecidos en esta ciudad, de conformidad con las normas señaladas en el Acuerdo Nº 23 de 1924 del Concejo Municipal de Cúcuta y cuyos derechos han sido lesionados por el artículo 11 del Acuerdo Nº 30 del Concejo Municipal de Cúcuta.

"Acertado estuvo el Tribunal al desechar la petición subsidiaria diciendo:

" 'Las prestaciones o indemnizaciones correspondientes a que se refiere el demandante, si las hubo, no corresponde pronunciarse sobre ellas a este Tribunal, por el hecho de que tales consecuencias tienen origen en un contrato, de carácter privado, celebrado entre el Municipio y personas privadas para la explotación de tal servicio, siendo por consiguiente incompetente este Tribunal para resolver tal petición.

" 'Que el Municipio cometió un acto arbitrario, violando las normas contractuales, al apropiarse de las tuberías etc. de que se dicen propietarios exclusivos los poderdantes Lara y Moreno, ya que el Acuerdo ordena su destinación al uso y goce común de los habitantes, sin las reparaciones debidas?

" 'Si este hecho se cumplió, es evidente que los derechos lesionados que tienen su origen en una convención, mejor en un contrato de adhesión, consagrado en el artículo 5º del Acuerdo número 23 de 1924, al cual voluntariamente adhirieron los demandantes, se tiene, en el caso concreto, que el Municipio ha obrado como persona privada, es decir, su acto es de simple gestión y por ello cae bajo la inmediata jurisdicción ordinaria, a la cual correspondía resolver la controversia, pronunciarse sobre el fondo de la contención y ordenar las reparaciones, imponiendo las sanciones de orden civil pertinentes al caso'.

" 'Tal fallo fué confirmado por el Concejo de Estado en sentencia de fecha treinta de octubre del mismo año que se limitó a copiar desde el principio hasta el fin el de la primera instancia.

" 'Tiénese, pues, que la acción indemnizatoria fracasó ante la jurisdicción contencioso-administrativa porque la responsabilidad del Municipio demandado fue planteada desde el punto de vista contractual cuando ha debido serlo en el extracontractual.

" 'Y no ha de tener éxito tampoco ante la justicia ordinaria porque se promovió en concepto de la responsabilidad civil extracontractual y no con base o fundamento en la violación de las relaciones contractuales que vinculaban al Municipio de Cúcuta con los demandantes'.

"En conclusión: según la primera hipótesis que se ha analizado, es inconducente e inoperante el ejercicio de la acción indemnizatoria sobre la base de la responsabilidad civil extracontractual cuando los demandantes y el demandado están ligados por indiscutibles vínculos contractuales cuya existencia está demostrada en autos y aquéllos son los primeros en reconocer e invocar.

"Segunda Hipótesis. — Si se interpreta la demanda en el sentido de que fué promovida la misma acción de responsabilidad civil extracontractual pero dándole los fundamentos propios de la acción sobre responsabilidad contractual, mez-

clándolas o involucrándolas ambas como si se tratara de una especie híbrida, tampoco sería viable y procedente porque esa extraña y absurda combinación no es posible ya que las dos acciones no sólo son distintas sino que son opuestas, la una, supone necesariamente la existencia de un contrato y la otra la excluye en absoluto, una y otra son especies diferentes de un mismo género y la ley civil las considera y reglamenta en forma separada según su naturaleza propia.

"No ha sido propuesta la una en subsidio de la otra y si así fuese tal cosa sería también inadmisible conforme a lo que se deja expuesto y porque, como ya se dijo, no le es dado a uno de los contratantes prescindir de sus vinculaciones contractuales para obligar al otro extracontractualmente.

"Ni siquiera se está en presencia de uno de los eventos en que, como lo sostiene la Corte, cabe el derecho de optar eligiendo una u otra acción, tanto más cuando que la ocupación de hecho de los acueductos particulares de los actores en que se funda el resarcimiento de los perjuicios demandados se hace depender de la violación por el Municipio de Cúcuta de la cláusula que contiene la condición resolutoria de la licencia concedida para explotar tales acueductos.

"Existiendo, pues, una estipulación contractual, así se trate de esa especie sui generis del contrato por adhesión, no había necesidad alguna de acudir a plantear el problema o la controversia en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual.

"En esta segunda hipótesis, contemplada solamente en gracia de discusión y de amplia y benévola interpretación de la demanda, tampoco sería admisible y procedente la acción ejercitada y debería ser desestimada.

"Tercera Hipótesis. — Queda por examinar la tercera hipótesis interpretativa de la demanda en el sentido de que se intentó en ella, en un principio, la acción de responsabilidad civil extracontractual y luego se cambió por su opuesta, la acción de responsabilidad de origen y causa contractuales.

"Ningún fundamento tiene este último supuesto porque es inútil hablar de corrección de la demanda, medida o recurso que aquí ni siquiera se ha intentado; y porque por amplia que sea la facultad del juzgador para interpretar la demanda aún con base en las posteriores y rectificadoras alegaciones del apoderado de la parte actora, no puede llegar hasta el extremo de cambiar su objeto subsitancialmente considerando una acción distinta, más aún, opuesta a la primera clara y expresamente ejercitada.

"Si se admite, también en gracia de discusión que ha sido promovida la acción de responsabilidad civil contractual, tampoco sería viable porque se demandaría la indemnización de perjuicios inmediata y directamente y no como consecuencia del cumplimiento o de la resolución del contrato que en su derecho de opción podía escoger al acreedor demandante según la norma del artículo 1.546 del C. C.

"Sobre este particolar la H. Corte Soprema de Justicia se ha pronunciado así:

" 'De acuerdo con la ley, la doctrina ha establecido que la acción de reparación de los perjuicios originados en el incumplimiento, por parte de uno de los contratantes, de lo estipulado en el contrato, tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que, por lo tanto, no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en el incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto, destruyendo el contrato, o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas". (Casación Civil, julio 10 de 1953, G. J. T. LXXV, Nº 2131 pág. 553).

"Todavía más: llevando hasta límites extremos la amplitud para interpretar la demanda y aceptando así que se pide la indemnización de perjuicios bien como consecuencia de la acción sobre cumplimiento o resolución del contrato, se llegaría a este resultado:

"Que según el artículo 5º del Acuerdo número 23 de 1924, expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta, la concesión para explotar los acueductos particulares era de carácter temporal y debía caducar cuando se construyera formalmente la empresa del Acueducto Público de la ciudad y no cuando tal obra estuviera completa y definitivamente terminada, lo cual es bien distinto.

"Por el Acuerdo número 30 de 28 de octubre de 1944 el Municipio consideró llegado ese evento y declaró 'caducadas todas las licencias concedidas a los particulares u otras entidades para la explotación, uso o usufructo de acueductos surtidos de la toma pública y, en consecuencia, ordenó la incorporación de todos sus elementos al Acueducto Moderno Municipal. Tal fué el origen

de la ocupación de hecho de que habla la demanda. .....

"No sería aventurado decir que cuando tal hecho se cumplió ya estaba formalmente construído el acueducto Moderno Municipal por cuanto ya se daba al servicio en aquellos sitios o sectores que ocupaban antes los acueductos particulares.

"Si así ocurrió, el Municipio obró en desarrollo del contrato por adhesión y ejercitó un derecho.

"Por este aspecto, si no hubo violación o incumplimiento del contrato no sería responsable ni estaría obligado a indemnizar los pretendidos perjuicios que hubieran podido sufrir los demandantes. oo

"Obsérvase que en el Acuerdo número 23 de 1924 se fijó como término de la licencia la construcción formal del acueducto moderno de la Ciudad de Cúcuta y no la terminación completa y definitiva de la obra aún no cumplida siquiera cuando el 22 de noviembre de 1952 le fue entregada al Municipio por el Instituto de Fomento Municipal.

"Cuando en virtud del Acuerdo número 30 de 28 de octubre de 1944 el Concejo decretó la caducidad de las licencias concedidas a los particulares y ordenó clausurar los orificios o tuberías de la toma pública por donde se surtían dichos acueductos particulares, sin duda no quiso privar del servicio a quienes se proveían de las aguas suministradas por los acueductos de propiedad de los señores Lara y Moreno sino que debe suponerse que el Acueducto Municipal ya estaba funcionando en esos sectores.

"Si por forma se entiende el modo o disposición de hacer una cosa, se deduce que al hablar el Municipio de la construcción formal de su Acueducto, se refería al modo como fué proyectada la obra y es obvio que obras de tal naturaleza siempre se construyen por etapas y no de una sola vez.

"Por este aspecto habría que concluír que no hubo violación alguna por parte del Municipio de las estipulaciones contractuales y aún suponiendo que la hubiera es la verdad que la indemnización de perjuicios no fué demandada como consecuencia del ejercicio de una de las acciones principales, de cumplimiento o de resolución del contrato.

"En su primera sentencia había observado el Tribunal:

" 'El señor Pedro Felipe Lara demostró la adquisición que hizo de unos acueductos por compra al Banco de la Mutualidad y al señor Luis Vargas V. en los términos de la Escritura Pública número 202 de fecha 2 de julio de 1921, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Cúcuta, esto es, antes de la expedición del Acuerdo número 23 de 1924.

" 'No demostró si la licencia para la explotación de los acueductos le fué renovada luego ni si sus antecesores la tenían ni tampoco si suscribió el instrumento público de que habla el Acuerdo sobre el carácter temporal de la licencia y la reversión al Municipio de los tanques surtidores.

" 'Nada de eso demostró el señor Roberto Moreno quien se limitó a presentar una copia debidamente registrada de la Escritura Pública número 23, de fecha 10 de enero de 1928, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Cúcuta y en la cual consta que celebró con el señor Justo Mansilla un contrato sobre construcción de un tanque de ladrillo con su correspondiente filtro y la colocación de una red de tubería de cemento y de hierro galvanizado'.

"Sobre este particular conviene advertir que la condición resolutoria o de caducidad de las licencias se producía de pleno derecho en virtud de la disposición del artículo 5º del Acuerdo número 23 de 1924 y que el otorgamiento de la escritura pública de que allí se habla era una simple formalidad o un medio de prueba.

"Si los señores Lara y Moreno no otorgaron ese instrumento no por ello dejaban de quedar sujetos a esa condición que en ningún caso el Municipio quiso dejar al solo arbitrio de ellos de suerte que de no hacerlo hubiera de entenderse que su licencia para explotar sus acueductos era de indefinida duración, sin término o límite alguno.

"El carácter temporal de la licencia y la caducidad consiguiente eran condiciones de la oferta del Municipio, de forzosa aceptación, que configuran precisamente el contrato por adhesión

"De admitir que al no otorgar esa escritura los señores Lara y Moreno era porque no aceptaban las condiciones fijadas por el Municipio, lógicamente había que concluír entonces que ellos estaban explotando de hecho y abusivamente sus acueductos particulares y haciendo uso indebido de las calles y de la toma pública, toda vez que no había obtenido la licencia o permiso del Municipio.

"En esas condiciones, como simples y evidentes usurpadores no pueden demandar la indemnización de perjuicios alegando la violación de un contrato que no existe ni tampoco extracontractualmente porque la ley ampara los derechos pero no los abusos

"En resumen: en esta tercera hipótesis, en el supuesto de que se hubiera ejercitado la acción

de responsabilidad civil contractual, tampoco podía ella prosperar en ninguna forma.

"La Petición Subsidiaria. — Acerca de ella dijo el Tribunal en la primera ocasión:

"Como el actor hace consistir la súplica subsidiaria de la demanda en la entrega de 'todos los materiales y enseres de los acueductos referidos de los actores, junto con el pago de los deterioros y su uso y demás indemnizaciones que se estimen justas', y la fundamenta en los mismos hechos, es claro que ella debe correr la misma suerte de la acción principal ya que se traduce en una forma de indemnización por la misma causa'.

"A esto hay que agregar hoy que esa restitución no puede decretarse, ni aún en el supuesto de que se ejercite una acción reivindicatoria en esa súplica subsidiaria de la demanda, porque a ello se opone el artículo 682 del C. C. concebido en estos términos:

" 'Sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad de la Unión, no tiene los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo.

"Abandonadas las obras o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concebida expresamente por la Unión'.

"Como se ve, este artículo establece que toda concesión para el uso de los bienes públicos de la Nación, como lo son las calles y las aguas de que se servían los acueductos particulares de los señores Lara y Moreno, lleva implícita y es obligatoria aunque no se pacte expresamente, la reversión al Estado por el solo ministerio de la ley.

"Quienes obtienen, pues, una concesión de ese género saben y deben saber que abandonan en favor de la Nación las obras que construyan dentro de los bienes de uso público.

"No implica ningún despojo esa disposición porque debe suponerse que el valor de las obras compensan la concesión del uso de los bienes públicos.

"Nótese que el señor Lara explotó su acueducto durante más de veinte años y el señor Moreno por un lapso de diez y seis años.

"Ellos como personas sagaces y avisadas que son, sin duda alguna hicieron durante todo ese tiempo reservas para la amortización del valor de las obras como suelen hacerlo previsivamente todos los comerciantes e industriales.

"Sólo se exceptúa de la disposición del artículo 682 del C. C. el caso en que la propiedad del suelo haya sido concedida pero es la verdad que de esa circunstancia no se trajo prueba alguna al expediente.

"No está por demás advertir que en el artículo 5º del Acuerdo número 23 de 1924 sólamente se habló de la reversión de los tanques surtidores, la cual se opera así contractualmente como se opera la de los demás elementos de los acueductos particulares de pleno derecho y por ministerio de la ley según antes se vio.

"Mas si se considera que los demandantes no obtuvieron la respectiva licencia del Musicipio de Cúcuta para explotar sus acueductos y hacer uso de las calles y las aguas públicas, por el sólo hecho de no haber otorgado la escritura pública de que trata el citado Acuerdo, la conclusión lógica entonces sería ésta: que estaban haciendo una explotación de facto y abusiva y por ello no tendría derecho para que se les restituyeran los elementos de que se sirvieron para realizarla.

"Ellos serían más bien los obligados a indemnizar a la Nación por el uso y aprovechamiento de los bienes públicos.

"En conclusión: por ningún aspecto puede prosperar tampoco la súplica subsidiaria de la demanda".

III — EL RECURSO

Dice el señor apoderado de la parte actora recurrente que como es una sola la causal invocada en este recurso, la primera del artículo 520 del Código Judicial, la presenta, siguiendo el mandato de la ley, en un capítulo único, pero dividido en diversas partes por ser diversos los cargos que formula contra la sentencia.

Bajo el título: CAPITULO UNICO. CAUSAL PRIMERA. PRIMER GRUPO DE CARGOS, y como planeamiento previo hace una espaciosa alegación tendiente a demostrar que el demandante Pedro Felipe Lara había adquirido su acueducto privado con anterioridad al Acuerdo Nº 23 de 1924 expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta; que ese Acuerdo no podía tener efecto retroactivo y sólo obligaba a los futuros dueños de acueductos; que los demandantes Lara y Moreno no otorgaron la escritura pública que el Acuerdo exigía; que el contrato por adhesión sólo pudo configurarse con los dueños de acueductos privados adquiridos con posterioridad a la vigencia del acuerdo y que hubiesen otorgado el mencionado instrumento; que con ejecución de los Acuerdos 23 de 1924, 30 y 32 de 1944 se verificó

en el año últimamente citado la incorporación de los acueductos de los demandantes a la red de acueducto público, no obstante que este sólo estuvo formalmente terminado el 22 de noviembre de 1952, con lo cual se realizó la ocupación de hecho que ha dado origen a la presente acción.

Dedica luego su alegación a demostrar que la acción ejercitada fué la de responsabilidad civil extracontractual y afirma que fué ésta la acción incoada.

Finalmente ataca el concepto del Tribunal de que no dable el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual cuando existe un vínculo contractual entre las partes, que califica de "yerro doctrinario", y transcribe algunas jurisprudencias de la Corte y un concepto tomado de las "Conferencias sobre Obligaciones" dictadas en el Externado de Derecho por el profesor Fernando Hinestrosa, en apoyo de la tesis que sostiene de que un mismo hecho puede dar origen a la doble acción, a opción del demandante, cuestión que resalta más nítidamente en la responsabilidad del transportador, pero sin acumulación de responsabilidades.

Y agrega: "Patentizado así exhaustivamente el yerro doctrinario en que incurrió el Tribunal, corresponde ahora en desarrollo de lo expuesto acusar la sentencia por la violación de las normas sustantivas".

Los cargos concretamente son:

A — Considera el recurrente violados los artículos 7º de la Ley 153 de 1887, 16, 30, 31, 33, 34 y 52 de la Constitución Nacional, indirectamente, por errores de derecho en la apreciación de las pruebas que señala.

B — Igualmente considera violados, por los mismos errores de derecho en la apreciación probatoria, los artículos 756, 762, 764, 946, 947, 950, 952, 2341, 2342, 2347 y 2558 del Código Civil.

C — Error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta las declaraciones testimoniales y los avisos de ocupación por parte del Municipio a los antiguos suscriptores de los acueductos privados, con violación de las mismas normas antes citadas, por falta de aplicación.

Como pruebas mal apreciadas señala las siguientes: ...

1ª — Las escrituras Nº 202 de 13 de junio de 1921 de la Notaría 2ª de Cúcuta y Nº 23 de 10 de enero de 1928 de la Notaría 1ª del mismo Circuito por medio de las cuales —dice— los señores Lara y Moreno adquirieron la propiedad de sendos acueductos privados.

2ª — El Acuerdo Nº 23 de 1924 expedido por el Cabildo de Cúcuta, especialmente en su artículo 5º "pues en esta regulación municipal vio el Tribunal configurado un contrato de adhesión, siendo así que sus normas no podían aplicarse retroactivamente al señor Lara quien había adquirido su acueducto desde 1921; ni a éste ni al señor Moreno por no haber otorgado o suscrito el instrumento público que aquél acuerdo exigía para los futuros dueños".

3ª — La inspección ocular, "en la cual quedó acreditada la existencia del acta de fecha 22 de noviembre de 1952 que contiene la entrega al Municipio de Cúcuta de la obra del acueducto público construído por el Instituto de Fomento Municipal".

4ª — La confesión de la parte demandada. "Tanto en la contestación de la demanda —especialmente en el hecho séptimo— como al través de sus diversas intervenciones, el personero de la entidad demandada reconoce que los acueductos eran de los señores Lara y Moreno, que fueron ocupados por la entidad de derecho público y 'legítimamente' revertidos por ésta en función del Acuerdo 30 de 1944 y del artículo 682 del Código Civil".

Examina el recurrente el contenido de las disposiciones que en su concepto fueron violadas por el Tribunal, al no aplicarlas, porque siendo los demandantes dueños de sus acueductos, fueron expropiados de ellos sin previa indemnización y cumplimiento de las disposiciones que protegen la propiedad y como con la ocupación de hecho el Municipio les causó el daño, tienen derecho a que los indemnice pagándoles el correspondiente valor de la propiedad y el lucro cesante. Termina su acusación así:

"Todos estos medios probatorios —confesión, escrituras públicas registradas, acuerdos municipales, inspección ocular, dictamen pericial—, tienen el valor de plenas pruebas (arts. 1757, 1758, 1769 del Código Civil y 604, 605, 606 607 630, 632, 721, 722 y 730 del Código Judicial". Y el no haberles asignado la sentencia a los hechos por ellas acreditados todas las consecuencias jurídicas correspondientes, han hecho incurrir al Tribunal en 'un yerro de valoración probatoria', como llama la Corte el error de derecho en la apreciación de la prueba. Y por esta violación de medio incidió en el quebrantamiento de los preceptos sustantivos de que se ha hecho mención en este primer grupo de cargos.

"También incurrió el Tribunal en las precitadas infracciones, por error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta las declaraciones

testimoniales y los avisos de ocupación por parte del Municipio a los antiguos suscriptores de los acueductos privados, pruebas que campean en el expediente y que la sentencia por completo ignoró. Este yerro aparece de manera ostensible en los autos.

"Todos los supuestos de hecho exigían la actuación de las normas constitucionales y legales invocadas, y sin embargo no fueron aplicadas, por lo cual han padecido quebranto".

Considera la Corte:

El planteamiento previo impone a la Corte referirse brevemente a la cuestión tratada, en su parte final, ya que las otras serán materia de estudio en el examen de los cargos.

No es aceptable, como tesis absoluta, la de que el demandante puede escoger y ejercitar la acción de responsabilidad civil que estime conveniente para la reparación del daño resultante de la ejecución de un contr to, cualquiera que éste sea, porque quedarían sobrando nuestras instituciones legales que regulan con características propias la culpa contractual y las consecuencias que de ésta dimanan.

La regla general es la contraria, aún cuando tampoco es absoluta. La violación del contrato acarrea a la parte incumplida las obligaciones propias de la convención. Pero puede ocurrir que el hecho sea causa de responsabilidad contractual y a la vez pueda causar responsabilidad extracontractual; tal sucede cuando en la ejecución de un contrato ocurre un hecho que lesione derechos de uno de los contratantes y también cause perjuicios a un tercero no ligado por el vínculo contractual e independiente de éste. Si en este caso especial se conjugan en una misma persona las dos calidades que le den derecho a exigir las indemnizaciones que corresponderían al contratante por el incumplimiento del contrato y las del tercero por los perjuicios que directa y personalmente se le han causado con el hecho, la doctrina y la jurisprudencia admiten que esa persona ejercite cualquiera de las dos acciones indemnizatorias, sin que pueda acumularlas, porque se produciría una injusta duplicación en la reparación del perjuicio.

Este derecho de escogencia de la acción ha sido reconocido por la Corte cuando con ocasión de la ejecución de un contrato de transporte ocurre la muerte del pasajero por culpa o descuido imputable al transportador y el heredero ejercita la acción indemnizatoria. Este puede optar por demandar el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, demandando como sucesor del contratante muerto y para la sucesión de éste; o, exigir la indemnización a que pueda tener derecho por el perjuicio recibido directamente motivado por la muerte de su pariente o benefactor. A este exclusivo caso se refieren las jurisprudencias de la Corte citadas tanto en la sentencia como en la demanda de casación.

Esta cuestión está puntualizada con toda claridad por la Corte en sentencia de casación de 23 de abril de 1954, (Gaceta Judicial Nº 2140, pág. 411), en los siguientes términos:

"La doctrina y la jurisprudencia extranjeras se han pronunciado generalmente contra la posibilidad de una opción de responsabilidades: la infracción de una obligación contractual —se dice—, da origen exclusivamente a la responsabilidad contractual; el acreedor cuyo derecho ha sido violado por culpa de su deudor dentro del cumplimiento del contrato, no puede demandar perjuicios por tal violación con fundamento en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil. (en apoyo de esta tesis, cita a Henry y León Mazeaud, Henry Lalou, René Savatier y Arturo Aleszandri Rodríguez.

"Pero la Sala considera que el caso sub-judice es ajeno a la debatida cuestión sobre el cúmulo u opción de responsabilidades que el recurrente ha examinado en su demanda de casación al funda el cargo de infracción del artículo 2341 del Código Civil.

"En efecto: las mismas doctrinas y jurisprudencia que rechazan el cúmulo u opción de responsabilidades, aceptan que los sucesores del pasajero fallecido en un accidente durante la ejecución del contrato de transporte, pueden tener a su alcance una doble acción:

"a) La de responsabilidad contractual que correspondería a la víctima del siniestro directa o inmediatamente al haber sobrevivido. En virtud de ella sus sucesores pueden demandar la indemnización de perjuicios a que el pasajero fallecido tenía derecho, por el incumplimiento del contrato de transporte. En este caso ejercen la acción no por derecho propio sino como causahabiente de la víctima y para la sucesión de ésta. Los herederos podrán intentar esta acción aunque no haya sufrido ningún daño personal;

"b) La de responsabilidad aquiliana que les corresponde personalmente por el daño material o moral que la muerte del pasajero les haya causado en su patrimonio o en sus afectos o sentimientos. En este caso ejercen la acción por derecho propio y no como sucesores de la víctima. Y

sólo podrán demandar la reparación si acreditan un perjuicio propio y personal.

"Naturalmente las normas sobre responsabilidad aplicables en uno o en otro caso, en cuanto a la prueba de los hechos en que se funda la acción ejercitada, serán bien diferentes.

"Cuando el demandante obra como sucesor del pasajero fallecido, ejercita la acción de responsabilidad contractual. Tendrá que acreditar su condición de heredero ab intestato o testamentario. Le bastará demostrar la existencia del contrato de transporte y el monto de los perjuicios irrogados a su causante; y el demandado para exonerarse de responsabilidad deberá probar su inculpabilidad. El transportador responderá de la culpa grave y leve, pero no de la levísima. (C. de C. art. 306). El transportador demandado podrá invocar a su favor las cláusulas de irresponsabilidad válidamente pactadas con el causante. La indemnización es un bien sucesoral y deberá distribuírse entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

"En cambio, cuando el demandante invoca el daño sufrido personalmente, la acción que ejercita es por responsabilidad extracontractual. El daño que se le ha irrogado no es por la violación de una obligación convencional. Fundará su demanda en la presunción de culpa consagrada en el inciso primero del artículo 2356 del Código Civil; deberá probar los perjuicios morales y materiales sufridos personalmente y la relación de causalidad entre la culpa y el daño. No necesitará acreditar su condición de heredero, ni el daño irrogado a su causante. El empresario de transporte responderá hasta de la culpa levísima: **in lege aquiliana et levissima culpa venit.** El demandado no podrá oponerle las cláusulas de irresponsabilidad válidamente pactadas con el difunto, pues el demandante actúa fuera del contrato. El monto de la indemnización le pertenecerá en su totalidad y si la acción ha sido promovida por varias personas la sentencia debe señalar lo que corresponda a cada uno proporcionalmente al daño individual. La indemnización en este caso no es bien herencial. Habrá lugar a compensación de culpas, de acuerdo con el artículo 2357 del C. C."

Sólo, pues, en el caso de que en una misma persona se reúnan las calidades que la invisten del derecho para ejercitar la acción extracontractual y a la vez la contractual tendiente a la reparación del perjuicio ocasionado por un hecho, puede haber lugar a optar por la exigencia de una u otra responsabilidad. La calidad de que se habla no es otra que la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción por ser titular del derecho. El derecho del contratante proviene siempre de la convención y cuando de la ejecución del contrato reciba algún perjuicio, su acción será siempre la de responsabilidad contractual; el tercero que recibe perjuicios de un hecho, aún cuando ese hecho se hubiese ejecutado en el cumplimiento de un contrato, como no está ligado con ningún vínculo contractual con el culpable, sólo puede acudir a la acción de responsabilidad civil extracontractual.

Lo dicho es suficiente para aclarar la dualidad de derechos para exigir responsabilidades; pero se repite, no podrán ser acumuladas ni podrá obtenerse doble indemnización.

Con relación a los cargos se considera:

El recurrente formula los cargos indicados en los apartes A y B por errores de derecho en la estimación de las pruebas que indica.

Cuando se acusa el fallo por este motivo, el examen debe concretarse a averiguar si el valor que le dio o le negó el juzgador a la prueba señalada está de acuerdo o no con el que le asigna el precepto legal respectivo, porque el sentenciador debe precisamente atender los preceptos legales que definen los medios de prueba y les asignan un determinado valor. De ese examen resulta si la valoración hecha en el fallo se ajusta a la señalada en la ley. Si no se ajusta, el juzgador ha incurrido en error de derecho que puede conducirlo, mediante la infracción de la ley sobre pruebas, a quebrantar la ley sustantiva que consagra el derecho cuya efectividad se persigue en el juicio. Debe, pues, procederse a ese examen.

Como pruebas mal apreciadas señala en primer término las escrituras por medio de las cuales los señores Lara y Moreno adquirieron la propiedad de sendos acueductos privados. De la transcripción que se hizo de los fundamentos del fallo del Tribunal se vio ya que éste aceptó que el señor Pedro Felipe Lara demostró la adquisición que hizo de unos acueductos por compra al Banco de la Mutualidad y al señor Luis Vargas V. en los términos de la escritura pública Nº 202 de fecha 2 de julio de 1921, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Cúcuta, esto es, antes de la expedición del Acuerdo Nº 23 de 1924. También dijo el Tribunal que el señor Roberto Moreno presentó una copia debidamente registrada de la escritura Nº 23 de fecha 10 de enero de 1928, otorgada en la Notaría del Circuito de Cúcuta y en

la cual consta que celebró con el señor Justo Mancilla un contrato sobre construcción de un tanque de ladrillo con su correspondiente filtro y la colocación de una red de tubería de cemento y de hierro galvanizado. No les negó a estos instrumentos el valor que les asigna la ley, ni alteró su contenido pues en ellos consta exactamente lo que el Tribunal dijo, luego no incurrió en error de derecho en su apreciación.

En segundo término señala como prueba mal apreciada el Acuerdo Nº 23 de 1924 expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta, especialmente en su artículo 5º Dice el recurrente que en esta regulación municipal vio el Tribunal configurado un contrato de adhesión. El cargo se hace por error de derecho, pero no se indica cual fué el valor que le dio o le negó el juzgador. El Tribunal en distintos pasajes de la sentencia atribuye a ese Acuerdo pleno valor probatorio y ese es el valor que le corresponde de acuerdo con la ley sobre pruebas (artículo 632 del C. J.), por tratarse de un documento auténtico, que se acompañó a la demanda, en copia legalmente expedida por el Secretario del Concejo Municipal de Cúcuta. La interpretación equivocada de ese documento no sería error de derecho, que es el cargo aquí formulado.

En tercer lugar se indica como prueba indebidamente apreciada la inspección ocular, en la cual quedó acreditada la existencia del acta de fecha 22 de noviembre de 1952, referente a la entrega al Municipio de Cúcuta del acueducto público construído por el Instituto de Fomento Municipal. Aún cuando el Tribunal no la cita, a esa prueba se refiere indudablemente, asignándole el valor que le corresponde, cuando dijo: "Obsérvese que en el Acuerdo Nº 23 de 1924 se fijó como término de la licencia la construcción formal del Acueducto Moderno de la ciudad de Cúcuta y no la terminación completa y definitiva de la obra aún no cumplida siquiera cuando el 22 de noviembre de 1952 le fué entregada al Municipio por el Instituto de Fomento Municipal". No dice el recurrente cuál fué el valor no ajustado a la ley que el Tribunal le dio o le negó a esa prueba, pero de lo transcrito se ve que la apreció correctamente.

Por último señala como prueba erróneamente apreciada la confesión de la parte demandada. Ya se vio que la sentencia en varias ocasiones habla y reconoce que los acueductos eran de los demandantes y que en virtud del Acuerdo Nº 30 de 1944 caducaron las licencias concedidas a los particulares y se ordenó clausurar los orificios de la toma pública por donde se surtían de agua tales acueductos; de suerte que no desconoce los hechos sobre los cuales dice el recurrente versó la confesión del personero de la entidad demandada, pero no menciona el Tribunal la pretendida confesión ni para apoyar en ella su fallo, no para demeritarla. La sentencia sólo dice que "admitida la demanda y ordenado su traslado, el Dr. Clemente Franco Galvis, con el poder que en debida forma le fue otorgado por el Personero Municipal de Cúcuta, la contestó aceptando algunos hechos y negando otros". Si el Tribunal no tuvo en cuenta la referida confesión, apenas atendió lo preceptuado en el artículo 170 del Código Judicial.

De consiguiente no aparece que el Tribunal hubiera incurrido en los terrenos de derecho de que se acusa el fallo y no infringió por ese motivo las disposiciones que el recurrente indicó como violadas.

En cuanto al error de hecho formulado, estima la Sala que no puede ser considerado, porque el recurrente no dice cuáles son los hechos que el Tribunal consideró inexistentes por no haber tenido en cuenta las declaraciones testimoniales y los avisos de ocupación por parte del Municipio a los antiguos suscriptores de los acueductos privados, y porque ni siquiera indica cuáles fueron las declaraciones testimoniales que el juzgador dejó de estimar.

En consecuencia de lo dicho, el primer grupo de cargos no prospera.

V — Segundo Cargo:

En la parte de la demanda que tiene este título, dice el recurrente:

"El artículo 682 del Código Civil es la norma que ha servido de pretexto al Municipio de Cúcuta para realizar la expropiación. Ella inspiró el Acuerdo número 30 de 1944, ha sido invocada por el personero de la entidad demandada desde la contestación del libelo y a través del dilatado litigio, y, finalmente, ha servido al Tribunal para sostener que no aparece demostrado que los demandantes hubieran cumplido las condiciones fijadas en el Acuerdo número 23 de 1924, en cuanto a la obtención de licencia para explotar el servicio de acueducto y a la firma de un instrumento público con el Personero en que se hiciera constar el carácter temporal de la concesión.

"Los documentos o requisitos que el Tribunal echa de menos están pregonando precisamente lo contrario, o sea que por no haber suscrito el instrumento público los señores Lara y Moreno,

ellos no estaban afectados con el carácter temporal de la concesión ni con la reversión.

"El artículo en cita de la ley civil ha sido indebidamente aplicado desde un doble punto de vista, bien que el derecho de mis mandantes estuviera limitado por el carácter temporal de sus licencias y obligados a la reversión, o nó.

"En el primer caso, el artículo 5º del mencionado Acuerdo de 124, dispone que las licencias terminarían "cuando el Municipio construya formalmente la empresa de acueducto público de la ciudad". Consta en el expediene —como se vio atrás en el primer cargo—, que el acueducto público no estuvo formalmente terminado sino el día 22 de noviembre de 1952, fecha en que el Instituto de Fomento Municipal le hizo entrega formal al Municipio, según el acta de dicha fecha verificada en la inspección ocular.

"Igualmente consta —la parte demandada lo acepta al contestar la demanda y trabarse la relación jurídico procesal que la incorporación de los acueductos privados al acueducto público la verificó el Municipio en octubre de 1944, es decir, ocho años antes del cumpimiento de la pretendida condición resolutoria que pendía sobre la licencia. Más aún: tal condición no se realizó sino después de la presentación de la demanda que ha dado origen al presente juicio, ya que esto tuvo lugar el 16 de julio de 1951.

"Y en el segundo caso, o sea que la condición si se hubiese cumplido cuando se consumó la ocupación por el Municipio, tenemos entonces que el artículo 682 no podía ser aplicable, por cuanto a ellos se oponen los artículos 30, 33 y 34 de la Constitución Nacional, ya que se trataría de la apropiación definitiva por el Municipio de un bien de propiedad privada, sin el procedimiento jurídico de la expropiación y equivaldría a una confiscación, lo que le está vidado a aquél, inclusive como pena".

Manifiesta luego el recurrente que en manera alguna sugiere que en los contratos administrativos no pueda estipularse la cláusula de reversión, sino que se requiere que ésta sea pactada expresamente. Que en este caso no aparece y que el Municipio como excepcionante le incumbía probar la existencia del permiso, licencia o concesión otorgado a los demandantes para explotar el servicio de acueducto, y que tal permiso, licencia o concesión estuviese condicionado por la cláusula de plazo temporal y por la cláusula de reversión. Que como esa prueba no existe, hay que presumir que las actividades de los demandantes en la explotación de sus acueductos era actividad normal y lícita, tolerada por el Municipio por lo menos hasta el año de 1944.

Repite que es inaplicable al caso sub-judice el artículo 682, como puede declararlo la Corte con base en el artículo 215 del Estatuto, por pugnar el texto legal con normas jurídicas de superior categoría, como son los artículos 30, 33 y 34 de la Constitución Nacional, y concreta el cargo en los siguientes términos:

"Y en esta infracción incurrió el Tribunal por un doble error de hecho en la apreciación de las pruebas: al dar por acreditado, no estándolo en manera alguna ya que no existe el más mínimo respaldo probatorio, que la pretendida licencia estaba condicionada por el plazo temporal y por reversión; y al dar por no acreditado, estándolo, que la condición no se había cumplido como quiera que en el expediente campean las piezas demostrativas de que la construcción del acueducto público sólo fue realizada formalmente en el año de 1952, con el acta de entrega (Cuaderno de pruebas de la primera instancia (folio 12 v. 13 y 13v), y con las declaraciones testimoniales, entre las cuales es singularmente valiosa la del doctor Emilio Gaitán Martín (Cuad. número 2, folios 9v y siguientes), por haber sido él 'el constructor del acueducto municipal' ".

"También incidió el Tribunal en errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas consistentes en los Acuerdos Municipales de 1924 y 1944, acuerdos en los cuales el sentenciador ve configurado un contrato por adhesión, lo cual es inexacto como se estudió en la formulación del cargo anterior, el cual en su fundamentación pertinente doy aquí por reproducido.

"En síntesis: el sentenciador dio por probados unos hechos inexistentes —contratos por adhesión y licencias condicionadas de mis mandantes—, y dio por no probados unos hechos existentes: que mis mandantess —especialmente el señor Lara— no fueron vinculados por el Acuerdo de 1924, y que la construcción del acueducto sólo fue formalmente terminada en el año de 1952.

"Al través de estos yerros probatorios, aplicó indebidamente el Tribunal el artículo 682 del Código Civil, y de reflejo lesionó los artículos 16, 30, 31, 33, 34 y 52 de la Constitución Nacional, el art. 7º de la Ley 153 de 1887 y los artículos 756, 762, 764, 946, 947, 950, 952, 2341, 2342, 2347 y 2358 del Código Civil, por violación indirecta, por no aplicación al caso controvertido, siendo así que los supuestos de hecho exigían la actuación de tales normas".

Considera la Corte:

Estudiado con atención el cargo se observa que es un tanto contradictorio, porque a tiempo que se niega la existencia de la licencia y el carácter temporal de ésta, se afirma que la condición no se había cumplido cuando fueron incorporados los acueductos privados al acueducto público. El argumento principal consiste en que por no haber suscrito los demandantes Lara y Moreno el instrumento público previsto en el artículo 5º del Acuerdo Nº 23 de 1924, no quedaron afectados con el carácter temporal de la concesión ni con la reversión.

Con referencia a la licencia para instalar y explotar los acueductos privados, se tiene lo siguiente: Como lo dice el Tribunal, el demandante Lara, quien ya era propietario de un acueducto cuando se expidió el Acuerdo Nº 23 de 1924, no demostró si la licencia para la explotación de su acueducto le fue renovada luego ni si sus antecesores la tenían. Tampoco el demandante Moreno demostró que se le hubiera otorgado la licencia para la instalación y explotación de acueducto, no obstante que las obras que demostró había ejecutado y de que dan cuenta la escritura Nº 23 de 10 de enero de 1928 otorgada en la Notaría 1ª de Cúcuta, fueron realizadas con posterioridad al Acuerdo 23 de 1924. Pero la licencia, expresa o tácita, debió existir, porque la instalación de los acueductos aludidos implica la ocupación de calles y plazas de la ciudad con tuberías, obras que la ley prohibe ejecutar sin el permiso especial de autoridad competente. El artículo 679 del Código Civil dice al respecto: "Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad de la Unión". De no existir esa licencia, habría que concluír, como lo dice el Tribunal, que los demandantes estaban explotando de hecho y abusivamente sus acueductos particulares y haciendo uso indebido de las calles y de la toma pública.

Pero los mismos demandados aceptan que el Municipio dió las licencias, pues no otra cosa es lo que se afirma en el hecho primero de la demanda, concebido así: "1º El Municipio de Cúcuta por un acto suyo autorizó a cualquier persona natural o jurídica para que construyera o explotara acueductos particulares, con destino al abastecimiento de agua de los habitantes de Cúcuta". La autorización de que aquí se habla no es otra cosa que el permiso de la autoridad competente que exige el artículo 679 antes citado.

Ahora bien: si cuando se instaló el acueducto del demandante Lara el permiso era indefinido, ese carácter lo perdió al entrar en vigencia el Acuerdo Nº 23 de 1924, porque este en su artículo 5º señaló término a las licencias, no sólo para las que se concedieran en el futuro, sino para las concedidas antes de ese Acuerdo. Al mismo tiempo impuso condiciones y cargas para quienes, en virtud de las licencias, explotaran acueductos. El señor Lara se sometió a esas disposiciones, pues de no haber sido así, hubiera reclamado contra esa regulación municipal y de ello no hay constancia. Luego se sujetó a su adquiescencia a las condiciones que se le imponían, es lo que configura el contrato por adhesión que el Tribunal dio por establecido.

Con referencia al demandante Moreno su sujeción a las disposiciones del Acuerdo 23 de 1924 es un hecho evidente, no solamente porque la instalación de su acueducto la verificó durante la vigencia de esas previsiones, sino porque así lo confesó expresamente en la demanda, según aparece del hecho 6º redactado en los siguientes términos: "Mi mandante, el señor Roberto Moreno, adquirió con sujeción a las normas establecidas por el demandado, un acueducto para su exclusiva propiedad, y lo amplió por construcción de nuevas redes y tanques y demás accesorios conforme a declaración de construcción según las voces de la escritura Nº 23, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito el diez (10) de enero de mil novecientos veintiocho (1928)".

Entonces, la circunstancia de no haberse otorgado por los demandantes una escritura pública en que declararan que se sometían a las disposiciones del Municipio, no impide que se hubieran sujetado a tales preceptos en la explotación de sus acueductos. Por lo demás, el Acuerdo no exigió que los beneficiarios de las licencias otorgaran instrumento público, pues los términos de la disposición son bien distintos. Quien debía otorgar el instrumento público era el Personero y era él quien estaba obligado a hacer constar en ese instrumento los términos de la licencia. El Acuerdo citado dice en su artículo 5º: "Los futuros dueños de acueductos o que aspiren a serlo, deben obtener los permisos no sólo mediante solicitud al Concejo, sino que deba por éste la autorización, deberá otorgarse un instrumento público por el Personero en que se haga constar: a) El carácter temporáneo de la licencia, la cual terminará, tanto para los futuros dueños de acueductos, como para los que hayan obtenido el permiso antes de este Acuerdo, cuando el Municipio construya formalmente la empresa del

Acueducto público de la ciudad; b) Que el día en que tal obra tenga lugar todos los tanques surtidores pasarán a la exclusiva propiedad del Municipio". Parece, pues, que lo que el Concejo se propuso al ordenar que el Personero otorgara el instrumento fué que no sólo constara el carácter temporáneo de la licencia y sus demás condiciones en los documentos que quedaran en el archivo del Concejo, sino que de ello se dejara expresa constancia en el instrumento público que otorgara el Personero. Debe observarse, además, que el término "instrumento público" es genérico y no sólo comprende las escrituras públicas o instrumentos que se pasan ante el Notario, sino los instrumentos que otorgan y expiden otros funcionarios. En esa consideración el incumplimiento de la formalidad que el Acuerdo exigía al Personero Municipal no puede implicar que los demandantes quedaran exonerados de las condiciones y obligaciones que se imponían para la instalación y explotación de acueductos privados.

Esas condiciones y obligaciones impuestas por el Acuerdo eran forzosas para quienes quisieran hacer uso de las licencias para explotar acueductos. De consiguiente tales permisos eran temporales y caducaban cuando el Municipio construyera formalmente la empresa de acueducto público de la ciudad. Los términos empleados por el Acuerdo: "cuando el Municipio construya formalmente la empresa del acueducto público de la ciudad", no pueden significar, como lo pretende el recurrente, la terminación completa y definitiva de la obra, sino el momento en que la empresa pudiera funcionar normalmente, por razón de obras ejecutadas, y ese momento había llegado cuando se dictó el Acuerdo 30 de 1944 que declaró caducadas todas las licencias otorgadas a los particulares u otras entidades para la explotación, uso o usufructo de acueductos surtidos de la toma pública, porque así se desprende de otras disposiciones del mismo Acuerdo que ordenan incorporar las redes de esos acueductos al Acueducto Moderno y reglamentan las nuevas instalaciones. Si podían conectarse las redes al Acueducto Moderno, era porque éste funcionaba ya normalmente. Por eso pudo decir, sin cometer error el Tribunal, que cuando la incorporación se cumplió "ya estaba formalmente construído el Acueducto Moderno Municipal por cuanto ya se daba al servicio en aquellos sitios o sectores que ocupaban antes los acueductos particulares".

El doctor Emilio Gaitán Martín, cuya declaración cita el recurrente, al folio 9 vuelto del cuaderno segundo, dice que la conexión del Acueducto Moderno con las redes de los acueductos de Lara y Moreno determinó "una gran ana quía en el suministro de agua, toda vez que presión del nuevo acueducto rompía con frecue cia las tuberías de los citados acueductos ant guos", con lo cual indica que cuando ese hec se cumplió funcionaba el Acueducto Modern con presión suficiente para romper las tuberí de que antes se servían los acueductos de los d mandantes, cuyas redes fueron conectadas moderno. Y este mismo testigo, en la declaraci que obra a los folios 4 y 5 del cuaderno 2º di que en el año de 1944 "desempeñaba por cue ta de los señores Lobo Guerrero y C. S. de Sa tamaría, ingenieros contratistas del acueducto Cúcuta, el cargo de Ingeniero residente y dire tor de los Trabajos, cargo que desempeñaba de de el año de 1938. Posteriormente, yo, persona mente, contraté otras etapas de la construcci del citado acueducto y, en tal posición me e cuentro ahora, es decir, como contratista d acueducto ante el Gobierno Nacional". Ello ind ca que por lo menos desde 1938, seis años ant del Acuerdo que caducó las licencias, estaban ejecución las obras del Acueducto Moderno, y q además del acueducto que construyó Lobo Gu rrero & C. S. de Santamaría, el declarante co trató otras etapas con el Gobierno Nacional.

Los testigos Luis A. Cáceres, Roberto Con Pacheco, Augusto Duplat, Luis Alberto Marci les y Patrocinio Villamizar hablan del acueduc Moderno al cual fueron conectadas las tuberí de los acueductos de los demandantes, de lo cu se infiere que existía el acueducto Moderno cua do se hicieron las conexiones dichas.

La terminación completa y definitiva de acueducto es cosa bien distinta de la construcci formal de la empresa del acueducto, pues é implica el funcionamiento normal de la emp sa, como ya se dijo, por razón de las obras co truídas y dadas al servicio, mientras que la t minación completa y definitiva del acueducto difícil precisarla, dado que esta clase de ob requieren permanentes ampliaciones, reparac nes, ensanches y modificaciones, que el mis desarrollo de la ciudad exige. Una de es obras de ampliación pudo ser la etapa o eta contratadas por el doctor Gaitán con el Gob no Nacional y éstas u otras las obras ejecuta por este ingeniero de cuya entrega, hecha po Instituto de Fomento Municipal al Munici quedó constancia en el acta de 22 de noviem de 1952. No se dejó copia de tal acta al practi se la inspección ocular en que fué presentad como sólo se habla de que contiene la entreg la obra ejecutada por el Dr. Emilio Gaitán

tín en la construcción de la red de distribución del Acueducto de Cúcuta, no es posible saber si comprendió toda la red, o una parte de ésta, o la construcción total del Acueducto aludido. El acta de inspección ocular viene hablando de documentos presentados por el Personero Municipal y dice: "Igualmente presentó el acta de fecha 22 de noviembre de 1952, que contiene la diligencia de entrega hecha por el Instituto de Fomento Municipal al Municipio de Cúcuta, de la obra ejecutada por el Dr. Emilio Gaitán Martín en la construcción de la red de distribución del Acueducto de Cúcuta, acta suscrita por los señores José Ignacio Sarmiento, Interventor Seccional de Fomento Municipal; César Castrillón Arboleda, Interventor Seccional Cundinamarca; Juan de la Rosa Luna, Personero Municipal y Emilio Gaitán Martín, Ingeniero Contratista. Dicha acta tiene al final un sello que dice 'Aprobado' y suscrito por el Interventor Nacional del Instituto, Dr. José Dulcey. Dicha acta queda igualmente en la Personería Municipal para información de los peritos".

El recurrente le dá a esta constancia de la inspección ocular una importancia que no tiene, al considerarla plena prueba de que la construcción del acueducto público sólo fué realizada formalmente en el año de 1952, y afirmar así que la condición no se había cumplido cuando el Concejo declaró caducadas las licencias otorgadas a los particulares para explotar acueducto privados. Ni la inspección ocular, ni la constancia que en ella se dejó referente al acta de entrega de obras de acueducto ejecutadas por el Instituto de Fomento Municipal por medio del contratista doctor Gaitán Martín, demuestran que el acueducto de Cúcuta sólo hubiera quedado formalmente construído en 1952, porque ya se vio que para 1944 funcionaba el Acueducto Moderno. Se trata, apenas de una discrepancia del criterio del recurrente con el concepto del Tribunal, cuestión sujeta a en que impera la estimación del juzgador, máxime cuando no se ha demostrado que hubiera incurrido en error de hecho evidente.

Sólo falta examinar lo referente a la reversión. esta cuestión es preciso distinguir o separar distintos elementos de que se componían los ueductos de los demandantes Lara y Moreno, que esos elementos estaban sometidos a dio régimen. Conforme al Acuerdo de 1924, los ues surtidores debían pasar a la exclusiva opiedad del Municipio al vencimiento del término de la licencia o permiso. Esto hacía parte el contrato por adhesión que ligaba a los propietarios de acueductos. La reversión de los tanques surtidores se operaba por razón del contrato, estuvieran estas obras construídas o no en terrenos de propiedad de la Unión. Ya se vio que los demandantes estaban sujetos a ese vínculo contractual.

Otros elementos de los acueductos de los demandantes eran las tuberías. Como éstas necesariamente ocupaban las calles, que son bienes de la Unión de uso público, a la terminación del tiempo por el cual se concedió el permiso, debían ser restituídas, por ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión, conforme a lo preceptuado en el artículo 682 del Código Civil. Esta disposición no es contraria a los preceptos constitucionales indicados por el recurrente, porque los interesados, al obtener la necesaria licencia para la construcción de obras en calles, plazas, etc. saben de antemano que a la expiración del tiempo por el cual se concede el permiso, las obras se restituyen, por ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión o al uso y goce general de los habitantes. Si las construyen toman sobre sí la carga de la restitución referida.

De todo lo dicho se concluye que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho a que se refiere el cargo y no violó el artículo 682 del C. C. por haberlo aplicado al caso del pleito, ni infringió las demás disposiciones indicadas por el recurrente, porque no eran aplicables. De consiguiente el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones 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 objeto del recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas — Daniel Anzola Escobar — Guillermo Garavito Durán — Enrique Giraldo Zuluaga — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V. — Jorge Soto Soto, Secretario.

VALIDEZ DE LA PROMESA DE CONTRATO QUE CONTENGA UNA CONDIC INDETERMINADA PARA LA CELEBRACION DEL CONTRATO.—PLAZO Y C DICION.—DIFERENCIAS ENTRE LA CONDICION QUE AFECTA UNA ASIG CION TESTAMENTARIA Y LA QUE AFECTA UNA OBLIGACION. — EXCEPC DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1. — Uno de los requisitos fundamentales para la validez de la promesa de contrato, es que el escrito contenga un plazo o una condición que fije la época en que deba celebrarse el contrato. Sin este elemento la promesa estaría afectada de nulidad, porque a las partes interesa fijar esa época, ya que, de lo contrario, existiría verdadera incertidumbre en relación con el cumplimiento. La promesa de contrato es un acto jurídico con reglamentación especial establecida en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 citada y sujeta como todo acto o declaración de voluntad a los requisitos generales establecidos por el artículo 1502 del C. C. Tanto los primeros como los segundos son muy claros en los textos citados.

En efecto, el artículo 89 contempla dos eventos: cuando las partes fijan un plazo dentro del cual debe cumplirse la promesa; o cuando indican un suceso futuro e incierto, llegado el cual, surgen para ambas partes las obligaciones recíprocas o mutuas que contrajeron las partes, al celebrar la convención. Ambos eventos son completamente diferentes y aunque tienen la común finalidad de determinar el momento en que las obligaciones prometidas deben ser cumplidas, son fundamentalmente distintos: el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación, la condición, en cambio, de acuerdo con el artículo 1530, es un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

2.—No debe confundirse la condición que afecta una asignación testamentaria, con la que se refiere a una obligación. La primera suspende, da validez o extingue una disposición del testador; la segunda, en cambio, aunque también suspende, hace surgir o resuelve una obligación, se diferencia de la primera en que se origina en una convención o en un acto voluntario unilateral para surtir efectos jurídicos en vida del declarante, mientras que la segunda está destina producirlo después de su muerte. Por aunque la naturaleza de la condición función suspensiva, extintiva o resolu opera de la misma manera en ambos c la condición que afecta una asignación tamentaria tiene una reglamentación cial, como se desprende del artículo 112 C. C.

3.—La apreciación de que la promes contrato no puede estar afectada de c ciones indeterminadas, porque ello equ dría a crear la incertidumbre entre las tes; o, si la condición no se cumple, a q pacto comisorio no llegue a surtir sus tos no es exacta y su aceptación quebra ría la naturaleza de las obligaciones c cionales es decir, aquellas cuyo surgimi o extinción dependen de un suceso futu incierto que puede suceder o no. El inci del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, blece claramente una finalidad comú indicación precisa de un momento pa cumplimiento de la promesa, en el cas plazo, o la indicación imprecisa de un s futuro o incierto para los mismos fine proposición O es disyuntiva en este c diferencia nítidamente la condición del zo.

Si en el derecho francés la promes venta puede estar expuesta a condici con el fin de determinar el momento cumplimiento, a pesar de que ello no expresamente consagrado, con mayor en nuestra legislación civil en la que glamentación del pacto comisorio es d ta, no sólo en cuanto se extiende a tod se de convenciones, sino en cuanto a lo mos requisitos que son esenciales pa validez.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Ca

Civil.—Bogotá, mayo dos (2) de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del demandante principal contra la sentencia pronunciada en el juicio ordinario doble de Maximiliano Catafio y otra contra Paulina Montoya C., por el Tribunal Superior de Manizales.

Antecedentes

El día 16 de agosto de 1942, los señores Maximiliano Catafio y María Luisa Trujillo, celebraron un contrato de promesa de compraventa con la señora Paulina Montoya C., sobre las dos terceras partes de un lote de terreno, descrito por sus linderos en el documento de promesa. Se estipuló un precio de un mil quinientos pesos, de los cuales los prometientes vendedores recibieron la mitad, o sea la cantidad de setecientos cincuenta pesos; y, la suma restante, cuando fuera otorgada escritura pública correspondiente.

Como elemento para la fijación de la época en que las partes deberían cumplir el pacto promisorio, se indicó un suceso futuro e incierto, es decir, una condición, consistente en la terminación del juicio hipotecario que la señora Trujillo adelantó contra los señores Antonio Montoya y Juan ., López. El juicio fue terminado en el año de 946, evento que no solamente habilitó a los prometientes vendedores para hacer la entrega material de las cuotas del inmueble, sino también para que ellos procedieran al otorgamiento del instrumento público correspondiente.

Posteriormente, los prometientes vendedores, con base en la supuesta mora por parte de la prometiente compradora para completar el pago del precio, por medio de apoderado, formularon demanda ordinaria contra Paulina Montoya de C., en que se hicieron las siguientes súplicas:

"1º—Resolución de la promesa de venta de contrato contenida en el documento privado de 16 de agosto de 1942.

"2º—Restitución del inmueble prometido en venta y entregado a la demandada.

"3º—Pago de los perjuicios causados por la demandada por incumplimiento de la promesa".

Notificada la demanda y evacuado el traslado la señora Montoya, por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones de los demandantes y manifestó que está lista al cumplimiento de la promesa, siempre y cuando los actores otorguen la escritura pública correspondiente. A su turno propuso demanda de reconvención, en la cual suplica el cumplimiento de la promesa.

Contestada la contrademanda por los demandantes principales, evacuaron el traslado, oponiéndose a las peticiones contenidas en ella; se tramitó el juicio con todas las formalidades del procedimiento y el Juez del Circuito de Supía puso fin a la primera instancia absolviendo a la demandada, de los cargos formulados en la demanda, como también a los demandados en reconvención. De esta sentencia apeló la demandada en la acción principal, habiéndose conformado los demandantes con el fallo de primer grado.

La sentencia del Tribunal

Tramitado el juicio en el Tribunal Superior de Manizales, esta Corporación puso fin a la segunda instancia, por medio de fallo de 27 de octubre de 1954, en el cual se hicieron las siguientes declaraciones:

"1º—Obligación por parte de Maximiliano Catafio y María Luisa Trujillo de otorgar la escritura pública prometida a la señora Paulina Montoya de C.

"2º—Obligación de la señora Montoya de C. de pagar a los prometientes vendedores el resto del precio del inmueble, una vez que éstos cumplan con la obligación anterior.

"3º—Condenación en costas a los demandados en reconvención".

Las razones de este fallo, se resumen de la siguiente manera:

"La litis se ha planteado propiamente porque la prometiente vendedora estima que la señora Montoya ha debido pagar el resto del valor que faltaba, previamente al otorgamiento de la escritura, mientras que la prometiente compradora opina lo contrario. Pero, como ya se ha realizado la condición suspensiva a que quedó sujeta la transmisión del dominio de lo prometido vender, según la diligencia de remate de dichos derechos y su correspondiente registro según la copia traída al juicio, la parte contrademandada quedó en mora de cumplir con su obligación. De manera que siendo que las obligaciones no se ejecutan simultáneamente, o sea dando y dando, la acción del cumplimiento del contrato, invocada por la señora Montoya, es viable, por este concepto.

"La parte demandada dice que ya cumplió su obligación y en ello se basó para pedir la resolución del contrato y aún para oponerse a la ejecu-

ción del mismo. Pero resulta que ella no demostró que hubiera cumplido con todas sus obligaciones".

Los cargos de casación

Como la parte demandante en el juicio no se conformó con la sentencia de segundo grado, interpuso recurso de casación que, admitido por la Corte, ya ha sido tramitado.

En la demanda de casación, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente formula dos cargos:

"1º—Violación directa, por aplicación indebida, al caso del pleito, del artículo 89 de la ley 153 de 1887.

"2º—Violación directa, por aplicación indebida, al caso del pleito, del artículo 1546 del C. C. También violación directa, por el mismo concepto, del artículo 1609 del C. C.

Examen de los cargos

Primero.—Acusa la sentencia el recurrente por violación directa, por aplicación indebida, al caso del pleito, del artículo 89 de la ley 153 de 1887, al darle valor de promesa de contrato al documento suscrito por las partes en Supía, el día 16 de agosto de 1942, cuando en dicho documento no se determina en forma cierta la época en que ha de celebrarse el contrato.

En la explicación del cargo, el recurrente sostiene que teniendo en cuenta los términos que en el particular trae el documento citado, la época en que debía celebrarse el contrato, era indeterminada, por no saberse que debía ocurrir dentro de cierto plazo. La argumentación principal la hace consistir el recurrente en que la condición estipulada y de acuerdo con la cual debería fijarse la época para el cumplimiento de la promesa es indeterminada, motivo por el cual la promesa es absolutamente nula.

La Corte considera:

Uno de los requisitos fundamentales para la validez de la promesa de contrato, es que el escrito contenga un plazo o una condición que fije la época en que deba celebrarse el contrato. Sin este elemento la promesa estaría afectada de nulidad, porque a las partes interesa fijar esa época, ya que, de lo contrario, existiría verdadera incertidumbre en relación con el cumplimiento. La promesa de contrato es un acto jurídico con reglamentación especial establecida en el artículo 89 de la ley citada y sujeta como todo acto o declaración de voluntad a los requisitos generales establecidos por el artículo 1502 del C. C. Tanto los primeros como los segundos son muy claros en los textos citados, de tal suerte que la confusión que pretende crear el recurrente, carece de fundamento.

En efecto, el artículo 89 contempla dos eventos cuando las partes fijan un plazo dentro del cual debe cumplirse la promesa; o cuando indican un suceso futuro e incierto, llegado el cual, surgen para ambas partes las obligaciones recíprocas o mutuas que contrajeron las partes, al celebrar la convención. Ambos eventos son completamente diferentes y aunque tienen la común finalidad de determinar el momento en que las obligaciones prometidas deben ser cumplidas, son fundamentalmente distintos: el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación, la condición, en cambio, de acuerdo con el artículo 1530 es un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

No debe confundirse, como lo pretende el recurrente, la condición que afecta una asignación testamentaria, con la que se refiere a una obligación. La primera suspende, da validez o extingue una disposición del testador; la segunda, en cambio, aunque también suspende, hace surgir o resuelve una obligación, se diferencia de la primera en que se origina en una convención o en un acto voluntario unilateral para surtir efectos jurídicos en vida del declarante, mientras que la segunda está destinada a producirlo después de su muerte. Por eso, aunque la naturaleza de la condición y su función suspensiva, extintiva o resolutoria opera de la misma manera en ambos casos la condición que afecta una asignación testamentaria tiene una reglamentación especial, como se desprende del artículo 1128 del C. C.

No obstante la autoridad científica de los tratadistas que cita el recurrente, en apoyo de su tesis, consistente en que el sentido del artículo 89 de la ley 153 de 1887 da a entender que se refiere a condiciones determinadas y que las indeterminadas afectarían la validez del contrato de promesa, esa interpretación no se compadece con el criterio amplio con que el legislador procedió a darle validez a las promesas de contrato, subrogando el artículo 1611 del Código que le negaba validez a esta clase de convenciones jurídicas. La promesa de celebrar un contrato engendra simplemente obligaciones de hacer, pero la convención sólo está en posibilidad de generarlas llegado el plazo previsto para su cumplimiento o el hecho futuro e incierto, es decir, la condición.

El recurrente argumenta que, de acuerdo con la opinión de ilustres tratadistas, aplicando reglas peculiares a las asignaciones condicionales, la promesa de contrato no puede estar afectada de condiciones indeterminadas, porque ello equivaldría a crear la incertidumbre entre las partes; o, si la condición no se cumple, a que el pacto promisorio no llegue a surtir sus efectos. Esta apreciación no es exacta y su aceptación quebrantaría la naturaleza de las obligaciones condicionales es decir, aquellas cuyo surgimiento o extinción dependen de un suceso futuro e incierto que puede suceder o no. El inciso 3º del artículo 89 de la ley 153 de 1887, establece claramente una finalidad común: la indicación precisa de un momento para el cumplimiento de la promesa, en el caso del plazo, o la indicación imprecisa de un suceso futuro o incierto para los mismos fines. La proposición O es disyuntiva en este caso y diferencia nítidamente la condición del plazo.

La reglamentación del pacto promisorio no es uniforme en las legislaciones de los estados, ni en la jurisprudencia de sus Tribunales. En efecto, el artículo 1589 del Código Civil Francés considera la promesa de venta como venta, cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio. Como se ve la legislación mencionada no admite el pacto promisorio sino en el caso de la compraventa y la simple promesa como un pacto unilateral que sólo liga al vendedor o al comprador, según los casos, confundiendo al primero con la simple opción. No obstante que el señor Bello, al redactar el proyecto de código chileno, se inspiró en el texto francés, le dio al pacto promisorio un carácter más amplio y general,al extenderlo a toda clase de contratos, cuando propuso en el artículo 1773 que "La promesa de celebrar un contrato especificándolo en todas sus partes, es una obligación de hacer, y está sujeta a lo dispuesto en el artículo precedente; a menos que el contrato sea de aquellos que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, en cuyo caso la promesa equivaldría al contrato mismo". Y el código de Chile, en el art. 1554, consagra la misma reglamentación que trae el artículo 89 de la ley 153 de 1887, sin modificaciones de ninguna especie. Y tanto el derecho francés como el chileno, admiten los pactos promisorios cuyo cumplimiento se determina, o por un plazo, o por un suceso futuro e incierto que puede suceder o no.

Comentando Josserand la simple promesa de venta que él confunde con la opción, se refiere a las condiciones que se fijan para el cumplimiento, por parte del vendedor, de la promesa:

"Se puede suponer: 1º que una persona tiene necesidad urgente de un terreno o de un local que desea adquirir y que corre el riesgo de que se le escape si espera demasiado, pero que no tiene actualmente los fondos necesarios para su adquisición; si obtiene del propietario actual una promesa de venta, conciliará dicha contradicción entre sus necesidades y sus recursos y le dará plena seguridad para el porvenir; 2º o bien el futuro adquirente querría no cerrar trato sino con conocimiento de causa; teme que la cosa o el departamento presenten inconvenientes que se habrán de revelar con el uso; comenzará, pues, por tomar el local en arrendamiento, haciéndose dar promesa de venta que él realizará, si a ello hay lugar, una vez hecha la experiencia; 3º Se puede suponer igualmente que la decisión del candidato a la adquisición esté subordinada a un acontecimiento futuro e incierto: un nombramiento, un matrimonio, un establecimiento cualquiera; por medio de una promesa de venta, tomará en cierto modo una seguridad que redundará en su provecho, más tarde, si el acontecimiento previsto llega a realizarse".

Si en el derecho francés la promesa de venta puede estar expuesta a condiciones, con el fin de determinar el momento de su cumplimiento, a pesar de que ello no está expresamente consagrado en el artículo 1589 del Código, con mayor razón en nuestra legislación civil en la que, como ya lo hemos visto, la reglamentación del pacto promisorio es distinta, no sólo en cuanto se extiende a toda clase de convenciones, sino en cuanto a los mismos requisitos que son esenciales para su validez; el artículo 89 habla expresamente de condiciones que difieren el cumplimiento de la promesa, mientras sucede o transcurre el suceso futuro e incierto que se ha previsto para su validez. Y porque, además, en el caso sub-judice es determinable el evento para el cumplimiento del contrato prometido.

No violó, pues, el Tribunal por aplicación indebida el artículo 89 de la ley 153 de 1887, motivo por el cual no prospera el cargo.

Segundo.—Sostiene el recurrente que el Tribunal violó directamente, por aplicación indebida al caso del pleito, el artículo 1546 del C. C. y también el 1609 de la misma obra. Lo primero, porque condenó a la parte contrademandada en el juicio al otorgar la escritura correspondiente, siendo así que el caso lo regula el artículo 1610 por tratarse de una obligación de hacer. Y, lo segun-

do, porque el texto violado establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla, por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

En la explicación del cargo, el recurrente afirma la distinción que existe entre las obligaciones que genera el pacto promisorio y las que se originan en el contrato mismo; para deducir de allí, de una manera confusa y antitécnica que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 1546 y no aplicó el art. 1610 que determina la forma como debe ordenarse judicialmente el cumplimiento de las obligaciones de hacer. Y en relación con la violación que alega del artículo 1609, afirma, también, que los prometientes compradores han incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación de pago de intereses, por trimestres vencidos.

La Corte considera:

El Tribunal se limitó a examinar correctamente uno de los extremos de la demanda de reconvención formulada por la señora Paulina Montoya de C. contra los demandantes principales, consistente en que se declara la obligación por parte de éstos de otorgar la escritura pública, conforme la cláusula del documento de promesa. E hizo esta declaración porque consideró que la prometiente compradora había cumplido con sus obligaciones sobre pago de parte del precio, conforme lo pactado y se allanó a cumplir el saldo, una vez hecha la escritura correspondiente.

Es verdad, como lo ha dicho la Corte en reiteradas ocasiones, que la "dinámica contractual en la promesa de compraventa, como en todos los negocios bilaterales, está regida por el principio de SIMULTANEIDAD: deben cumplirse al mismo tiempo las obligaciones recíprocas de las partes, a menos que en casos especiales la ley, el acuerdo de voluntades o la naturaleza misma de la cosa conforme a la equidad, prescriba el orden necesario para ser satisfechas las prestaciones de los contratantes". Pero en el presente caso, como quedó establecido en el pacto promisorio, la señora Paulina Montoya completaría el precio cuando se otorgara por los prometientes vendedores la escritura correspondiente. No tiene, pues, aplicación, en el presente caso, el principio de la simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones, porque las mismas estipularon en el documento de promesa la prioridad en favor de la prometiente compradora, es decir, que la obligación de completar el precio, sólo surgiría cuando se otorgara la escritura de compraventa. La aplicación que hizo el Tribunal del artículo 1546 fue correcta.

En relación con el segundo punto, es decir, con el que se refiere a la supuesta violación del artículo 1609 del C. C. debe tenerse en cuenta que la parte contrademandante al pedir el cumplimiento de la promesa y suplicar el otorgamiento de la escritura se capacitó suficientemente para el ejercicio de la acción, no sólo cuando cubrió la primera cuota del precio estipulado, sino, más tarde, cuando, sin obligación alguna, dio a los prometientes vendedores la suma de doscientos pesos más, a buena cuenta del precio. En cambio, la mora de los prometientes vendedores quedó suficientemente establecida, desde el mismo momento en que surgió para ellos la obligación de otorgar la escritura, y, sin embargo no la otorgaron. Esta fue la razón muy poderosa que tuvo en cuenta el Tribunal para no aplicar al caso del pleito el artículo 1609 del C. C., no declarando probada la excepción non adimpleti contractus y aceptando las súplicas de la contrademandada.

No procede, pues, tampoco, el segundo cargo, razón por la cual la Corte no va a infirmar el fallo acusado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales de fecha veintisiete de octubre de 1954.

En costas a la parte recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Enrique Giraldo Zuluaga — Guillermo Garavito Durán—Juan Manuel Pachón Padilla—Francisco de Paula Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

CONDICION RESOLUTORIA TACITA Y PACTO COMISORIO. — OPERANCIA DE LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO FRENTE A LA ACCION DE CUMPLIMIENTO Y A LA RESOLUTORIA.—EL HABER SIDO AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO NO LO INHABILITA PARA RENDIR TESTIMONIO SOBRE HECHOS DE QUE TUVO CONOCIMIENTO EN EJERCICIO DEL CARGO. — ENTREGA DEL INMUEBLE VENDIDO. — LOS TESOREROS Y CONTADORES MUNICIPALES EJERCEN CARGOS DE AUTORIDADES POR LO CUAL PUEDEN EXPEDIR CERTIFICACIONES. — CARACTER DE LAS NORMAS SOBRE REGIMEN PROBATORIO EN EL RECURSO DE CASACION. — ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

1. — El principio contenido en el artículo 1609 del C. C. es una norma general aplicable a toda clase de contratos bilaterales, e implica la consagración de la regla "Non adimpleti contractus", y que significa un amparo a la parte que ha sido reconvenida judicialmente para que cumpla lo pactado, alegando que la otra parte no ha cumplido con la prestación que le corresponde. Es una norma inspirada en la equidad y fue introducida por los canonistas, contra los rigores del derecho romano, que no perfeccionó doctrinas que protegieran la simetría contractual, el equilibrio de las prestaciones y que amparan el sentido económico de cambio de bienes o de servicios. Pero el principio, aunque de sólidos fundamentos morales, determinaba innovaciones trascendentales en otros aspectos de la institución contractual, razón por la cual fue susceptible de posteriores modificaciones, con la intención de acomodarla a los diferentes tipos de convenciones.

La introducción en el régimen contractual de la regla "non adimpleti contractus" si implicaba para cada una de las partes comprometidas con la convención un instrumento de seguridad jurídica, el "Do ut des", o "dando y dando", suscitaba problemas de orden práctico, uno de los cuales consistió en que se le quitaba firmeza al vínculo contractual, ya que las partes vivían en expectativa de que la una o la otra cumpliera lo pactado. En estas condiciones los efectos jurídicos del contrato se dilataban indefinidamente y la regla "Pacta sunt servanda", sufría serios quebrantos. A estas urgencias prácticas atendieron los canonistas, ideando un nuevo medio de seguridad jurídica, consistente en la acción resolutoria que, alternativamente, dio a los contratantes o la facultad de pedir el cumplimiento de la prestación pactada o la extinción o termimación del vínculo contractual, con lo cual no sólo se consulta a la firmeza de los contratos, sino, también, la urgencia que tenían o podían tener las partes de definir su situación frente a la convención o contrato celebrados.

Sin embargo, y con una inspiración moral muy distinta a la idea de los canonistas, sobrevivió la idea del pacto comisorio del derecho romano, consistente en que expresamente se pactaba la resolución, fuera de la cual el contrato era rígido, e inspirado en la noción de condición pactada. Esta innovación, traída de los textos romanos, fue la que inspiró la reglamentación de la acción resolutoria en los códigos clásicos, entre ellos el nuestro, que calcó esa reglamentación del código de Napoleón y bajo la forma de un pacto comisorio tácito. Lo que en un principio fue, y por obra de los juristas que elaboraron el derecho intermedio, una regla de equidad, en los textos modernos llegó a ser la expresión de la voluntad de las partes, o condición implícita en todos los pactos o convenciones bilaterales. De tal suerte que, si la acción resolutoria fue desde un principio una institución inspirada en la equidad y sobrevive esa idea aún en los expositores que la fundamentan en la idea de causa, en la de equilibrio o simetría contractual, porque estas nociones están fundadas en aquel criterio supremo, en las legislaciones modernas se basa en la regla de la autonomía de la voluntad, de una manera expresa o tácita, con lo cual las aplicaciones jurisprudenciales, no pueden tener un criterio uniforme.

Pero debe tenerse en cuenta que las partes, al celebrar una convención, y aportar todos los ingredientes naturales, psíquicos y económicos que forman el presupuesto de hecho de todo contrato, expresan y tienen una intención firme de vincularse contractualmente: la convenciones se celebran es para que surtan efectos jurídicos y se cumplan realmente. Su mora o incumplimiento son fenómenos anormales a la vida del contrato y la reglamentación jurídica de éstos tiene fundamentos muy distintos a los que pueden encontrarse en la autonomía de la voluntad. La sabiduría de los canonistas al proponer la acción resolutoria se inspira en ideas morales que como la de equidad interfiere todas aquellas ventajas que la voluntad de las partes quieran sacar de las rigurosas fórmulas contractuales. Es por esto por lo que la Corte considera ahora que aunque el pacto comisorio y la acción resolutoria pueden confundirse, aún con fundamento en textos expresos de la ley positiva, son diferentes: el primero se funda en la voluntad expresa de los contratantes; y, el segundo, en cambio, en claras y sólidas reglas de equidad.

2. — En reiteradas ocasiones ha dicho la Corte que, por la importancia fundamental que para el estudio de los cargos de casación tienen las dos clases de "violaciones medio", el error de derecho y el error de hecho, se hace necesario diferenciarlos nítidamente y que no es aceptable que en los cargos se diga que se admitió por el Tribunal un hecho, sin que en los autos exista prueba de ninguna especie; y, luego, se impugne la sentencia por el concepto de que se le reconoció valor pleno a un medio probatorio, sobre ese mismo hecho. La infirmación de su fallo de instancia es un acto trascendentalísimo del poder jurisdiccional y es por esto por lo que quien lo impugna en recurso de casación, debe tener una convicción plena, por lo menos, de que la conducta del juez de instancia no estuvo ajustada a derecho por violación directa, por interpretación errónea, no aplicación o indebida aplicación, o que llegó a estas infracciones por caminos indirectos, como los errores de hecho y de derecho en las apreciaciones de las pruebas, para no mencionar sino la causal 1ª del artículo 520 del C. J., sin que en el ánimo del recurrente existan vacilaciones sobre un aspecto de acusación contra el fallo de instancia.

3.—El medio defensivo consagrado en el artículo 1609 del C. C., tiene en nuestro derecho positivo una significación como también alcances y contornos muy precisos. Sus efectos jurídicos en la litis no impiden propiamente el pronunciamiento de un fallo resolutorio, sino que crea una situación indefinida entre las partes, que suspende o define la acción resolutoria, rompiendo el vínculo contractual entre ellas; lo que indica, claramente, que no pueden confundirse de ninguna manera, porque la acción de cumplimiento prospera es en el caso en que, en lugar de demandar la resolución se suplica el cumplimiento de las prestaciones, súplica que se interfiere precisamente con dicha excepción. En la acción resolutoria, en cambio, se pide es la terminación del contrato, con fundamento en dicho incumplimiento, porque la parte desfavorecida con el incumplimiento prefiere liberarse del nexo convencional. El medio defensivo adecuado en la acción de cumplimiento es la excepción "Nón adimpleti contractus"; en la acción resolutoria, en cambio, no es este mismo medio, porque aún en el supuesto que la parte que demanda hubiese incurrido también en el incumplimiento, lo que se pide es la terminación de toda vinculación jurídica.

4.—El recurrente ha confundido los alcances del artículo 170 del C. J., cuando prohibe a los agentes del Ministerio Público absolver posiciones, con otra circunstancia muy distinta, en relación con la capacidad testimonial, es decir, cuando una persona que ejerció dicho ministerio y ya no lo ejerce, es llamado a declarar sobre hechos de los que tuvo conocimiento en cumplimiento de su cargo. En el primer caso la prohibición de absolver posiciones tiene fundamento en que su confesión podría compromcter situaciones jurídicas de las entidades que representa, por ligereza, descuido y aún dolo, suministrando a la contraparte una prueba de tanta calidad como la confesión. En el segundo, en cambio, se trata es de obtener un testimonio sobre hechos que dentro del proceso pueden tener una gran significación pero que tiene que ser completado con otros testimonios o con otros hechos demostrados dentro del proceso. Dentro de las inhabilidades para ser testigos que establecen los ar-

tículos 668 y 669 del C. J. no está incluída la de tener o haber tenido la calidad de agente del Ministerio Público, precisamente con fundamento en que la prueba testimonial y la de confesión son muy diferentes.

5.—En determinados casos la entrega real de un inmueble no exige la ejecución de hechos positivos distintos de la omisión de aquellos que pueden interferir o desvirtuar dicha entrega, cuando la naturaleza misma de los inmuebles, por falta de edificaciones, de plantaciones, o de explotación económica, o su condición misma los destina a esos mismos actos. En este caso, la omisión de esos actos de interferencia, son por sí mismos suficientes para demostrar que la entrega material se efectuó realmente.

6.—Los principios del derecho probatorio tienen un carácter eminentemente técnico, en el sentido de que se utilizan para demostrar los hechos que supone todo surgimiento de una situación jurídica determinada. Y si los hechos no tienen por sí mismos la virtud suficiente para crear una relación de derecho, mucho menos los medios lógicos que se usan para su demostración en un proceso judicial de cualquier orden. Los medios de prueba están inspirados principalmente en las reglas de la lógica, parte de la filosofía práctica que implica un conjunto de normas para llegar a la verdad y su contenido no es jurídico, ni siquiera ético, sino estrictamente técnico, en el sentido de que no incide en ninguno de los aspectos de la conducta social del hombre. Esa ausencia de juridicidad en los principios sobre pruebas y su contenido normativo tan diferente de la ética y del derecho, hacen que los principios de derecho probatorio tengan su fuerza obligatoria en la ley y no en su propia esencia. Y si los principios del procedimiento, a pesar de tener un contenido jurídico, porque regulan la conducta del juez y de las partes en el proceso, no tienen el carácter de reglas sustantivas de derecho, mucho menos podrían tener ese mismo carácter unas normas que si se hacen obligatorias para el juez y para las partes en el proceso, operan es como simples auxiliares de ellos para que la relación jurídica procesal tenga una feliz culminación, en la solución jurisdiccional de toda relación jurídica litigiosa entre las partes.

Inaceptable es, pues, para la Corte, la tesis de pretender formular un cargo de violación directa de los principios de derecho probatorio contra la sentencia del Tribunal; porque la infracción de estos preceptos es apenas un medio indirecto de quebrantamiento de la ley sustantiva. Por estas razones el cargo no prospera.

7.—En opinión del recurrente, los Tesoreros y Contralores municipales no ejercen cargo de autoridad pública, concepto que es completamente infundado. Bastaría para demostrarlo que dichos funcionarios tienen medios compulsivos jurídicos, para el cumplimiento de sus soluciones, como por ejemplo la actividad jurisdiccional que de una manera coactiva pueden ejercer los primeros; y las funciones de fiscalización que ejercen los segundos sobre los empleados de manejo. Unos y otros ejercen la actividad pública con el carácter de potestad administrativa, en el sentido que esa actividad les confiere el derecho público. Unos y otros son simples colaboradores materiales de la administración sin órganos de ésta con pleno poder que implican las tres etapas del acto administrativo, y que son: la deliberación, la decisión y la operación externa, no sólo en el orden disciplinario sobre sus subalternos, sino, también en lo que se refiere al impulso administrativo que la ley le ha otorgado con facultades plenas.

8.—Las certificaciones de paz y salvo que los tesoreros expiden a los contribuyentes, el poder jurisdiccional que tienen los contralores para dictar autos de fenecimiento de las cuentas que rinden sobre quienes ejercen la función fiscalizadora, son motivos más que suficientes para considerar que están incluídos dentro de lo dispuesto por el artículo 632 del C. J.; es decir, que por ejercer autoridad, pueden expedir certificaciones y que éstas tienen el carácter de instrumentos públicos, con valor probatorio pleno sobre los hechos acreditados en esos documentos. Lo contrario sería negarle a los particulares y cerrarles el paso en la obstención de prueba de hechos, sobre los cuales ellos pueden deducir situaciones jurídicas determinadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo tres (3) de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal de Cali, en el juicio ordinario instaurado por los señores Emigdio y Miguel Cortés Holguín contra el mismo Municipio, para obtener la resolución del contrato de compraventa de un inmueble, celebrado entre las partes.

Antecedentes

Los señores Emigdio y Miguel Cortés Holguín, como dueños de un lote de terreno, situado en el Barrio Saavedra Galindo del municipio de Cali, quisieron, en un principio, hacer una donación de ese lote al mismo municipio, para que esta entidad lo destinara a la construcción de una plaza de mercado, para el servicio de las clases pobres.

En efecto, el día 30 de julio de 1948, por escritura pública de la misma fecha, número 1117, de la Notaría Segunda del Circuito de Cali, Emigdio Cortés Holguín y su hermano Miguel donaron al mismo municipio el lote mencionado y cuyos linderos están descritos en el punto primero de los hechos de la demanda, con la representación legal del distrito favorecido, doctor Alfonso Barberena. Pero como en este acto jurídico se omitió el requisito de la insinuación judicial, la donación fue resuelta por medio de la escritura pública número 1622 de fecha 29 de agosto de 1949.

Posteriormente, los señores Cortés Holguín y el Municipio de Cali, quisieron legalizar otro acto jurídico diferente, un contrato de compraventa; y, al efecto, por medio de la escritura pública número 1623, de 29 de agosto de 1949, pasada en la misma Notaría Segunda del Circuito de Cali, los mismos señores vendieron al municipio el lote mencionado, por la cantidad de $ 4.513.50, suma que en una cláusula del mismo instrumento público declararon recibida del municipio los vendedores.

Como los vendedores sostienen que realmente no recibieron el precio, y que era falsa la declaración contenida en la escritura sobre recibo del precio, intentaron algunas gestiones ante la Personería de Cali para obtener el pago, el que, según los demandantes no obtuvieron, por razones que ellos exponen en el libelo de la demanda.

En esas condiciones los señores Cortés Holguín resolvieron formular demanda contra el municipio de Cali, en ejercicio de la acción resolutoria por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el municipio como comprador, libelo en el cual solicitan las siguientes declaraciones:

"1º—Resolución por falta de pago del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1623 del 29 de agosto de 1949.

"2º—Cancelación de la escritura antes mencionada.

"3º—Inscripción de la sentencia que acoja las dos peticiones anteriores.

"4º—Condenación al municipio de Cali a pagar a los demandantes los perjuicios ocasionados con el incumplimiento.

"5º—Restitución a los demandantes del lote objeto de la compraventa".

Notificada la demanda al señor Personero de Cali y descorrido por éste el correspondiente traslado, negó los hechos fundamentales de la demanda, que crearon la situación litigiosa planteada, propuso las excepciones de petición antes de tiempo, la de prescripción ordinaria y extraordinaria y la genérica de que habla el artículo 329 del C. J.

Rituado el juicio de acuerdo con todos los requisitos procesales, el señor Juez 3º Civil del Circuito de Cali, condenó al municipio a todas las súplicas de la demanda. Como el señor representante legal de la entidad demandada no se conformó con el fallo, interpuso el recurso de apelación, el que fue resuelto por el Tribunal Superior de Cali, confirmando en todas sus partes el de primera instancia.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal aceptó todos los motivos expuestos por el fallador de la primera instancia, y reconoció que la parte compradora se hizo acreedora a la sanción prevista en el artículo 1546 del C. C., porque el municipio de Cali no cumplió con la obligación pertinente de pagar el precio convenido, ya que no se dio por entendido de los mandatos contenidos en las leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, en lo concerniente al pago de las cuentas en los municipios cabeceras de departamento.

Resume así los fundamentos de su providencia confirmatoria:

"Lo anterior es aceptable como norma en el caso de que se trata, porque en realidad, del juicio y de las aseveraciones de los demandantes aparece claramente establecido que la entidad compradora, municipio de Cali, incumplió el contrato contenido en la escritura número 1623 de 29 de agosto de 1949 de la Notaría segunda de Cali, en cuanto que incurrió en la mora desde entonces hasta el momento actual, en el pago del precio de $ 4.513.50 fijado como precio de compraventa.

"Estuvo, pues, el juez de primer grado acertado en sus conclusiones y en la decisión que aparece

en el fallo ya comentado, pues las circunstancias y modalidades estudiadas de todas las piezas que obran en el expediente contentivo de la actuación judicial, no daban asidero a conclusión diferente".

Los cargos de casación

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente formula cuatro cargos contra el fallo del Tribunal, que se resumen en la siguiente forma:

'1º—Violación de los artículos 1609, 1880, 1882, 1926, por falta de aplicación y los artículos 1930, 1546, por aplicación indebida, por errónea interpretación de las pruebas que obran en el juicio.

"2º—Violación directa de los artículos 170, 179, 607 y 696 del C. J.

"3º—Violación del artículo 1934 del C. C., por falta de aplicación; y violación, por el camino indirecto de la apreciación de las pruebas de modo erróneo, y por aplicación indebida de los artículos 1546, 1608, 1930 del C. C.

"4º—Violación indirecta por falta de aplicación, a través de las pruebas, del artículo 1934 del C. C. y del artículo 179 del C. J., por falta de aplicación.

Examen de los cargos de casación

Primero.—Violación de los artículos 1609, 1880, 1882, y 1920, del C. C., por falta de aplicación y los artículos 1930 y 1556 del C. C. por aplicación indebida, por errónea interpretación de las pruebas.

En la fundamentación que del cargo hace el recurrente, sostiene que, a pesar de que el demandante en el juicio afirmó que los vendedores habían hecho la entrega material del inmueble, sin embargo, el representante legal del municipio de Cali lo negó, y, por consiguiente hubo un desplazamiento de la carga de la prueba en contra del actor, de que en realidad se había efectuado dicha entrega. Cita una doctrina de la Corte que establece, que cuando el vendedor demanda la resolución de la compraventa, con base en que el comprador no ha pagado el precio, pero éste niega la entrega, es al vendedor demandante a quien incumbe probar que esa entrega se ha verificado realmente.

Sostiene, además el recurrente, que la principal obligación del vendedor es entregar la cosa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1880 del C. C.; entrega que no consiste solamente en la tradición jurídica, sino la material, que es la que, en último término, pone al comprador en condiciones de disfrutar y gozar de la cosa, propósito jurídico y económico que ha sido el principal móvil del contrato. Que el municipio de Cali ha negado de una manera indefinida dicha entrega; y que, por lo mismo, ocurrió un desplazamiento de la carga de la prueba, que el Tribunal no estimó, incurriendo en graves errores de hecho y de derecho. Por haber dado por bien probado el Tribunal el hecho de la entrega, sin que ello hubiera ocurrido en el proceso, violó, a través de errónea interpretación de la prueba, las disposiciones sustantivas mencionadas.

La Corte considera:

El principio contenido en el artículo 1609 del C. C. es una norma general aplicable a toda clase de contratos bilaterales, e implica la consagración de la regla "Non adimpleti contractus", y que significa un amparo a la parte que ha sido reconvenida judicialmente para que cumpla lo pactado, alegando que la otra parte no ha cumplido con la prestación que le corresponde. Es una norma inspirada en la equidad y fue introducida por los canonistas, contra los rigores del derecho romano, que no perfeccionó doctrinas que protegieran la simetría contractual, el equilibrio de las prestaciones y que amparara el sentido económico de cambio de bienes o de servicios. Pero el principio, aunque de sólidos fundamentos morales, determinaba innovaciones trascendentales en otros aspectos de la institución contractual, razón por la cual fue susceptible de posteriores modificaciones, con la intención de acomodarla a los diferentes tipos de convenciones.

La introducción en el régimen contractual de la regla "non adimpleti contractus", si implicaba para cada una de las partes comprometidas con la convención un instrumento de seguridad jurídica, el "Dot ut des", o "dando y dando", suscitaba problemas de orden práctico, uno de los cuales consistió en que se le quitaba firmeza al vínculo contractual, ya que las partes vivían en la expectativa de que la una o la otra cumpliera lo pactado. En estas condiciones los efectos jurídicos del contrato se dilataban indefinidamente y la regla "Pacta sunt servanda", sufría serios quebrantos. A estas urgencias prácticas atendieron los canonistas, ideando un nuevo medio de seguridad jurídica, consistente en la acción resolutoria que, alternativamente, dio a los contratantes o la facultad de pedir el cumplimiento de la prestación pactada o la extinción o terminación del vínculo contractual, con lo cual no sólo se consulta a la fir-

meza de los contratos, sino, también, la urgencia que tenían o podían tener las partes de definir su situación frente a la convención o contrato celebrados.

Sin embargo, y con una inspiración moral muy distinta a la idea de los canonistas, sobrevivió la idea del pacto comisorio del derecho romano, consistente en que expresamente se pactaba la resolución, fuera de la cual el contrato era rígido, e inspirado en la noción de condición pactada. Esta innovación, traída de los textos romanos, fue la que inspiró la reglamentación de la acción resolutoria en los códigos clásicos, entre ellos el nuestro, que calcó esa reglamentación del código de Napoleón y bajo la forma de un pacto comisorio tácito. Lo que en un principio fue, y por obra de los juristas que elaboraron el derecho intermedio, una regla de equidad, en los textos modernos llegó a ser la expresión de la voluntad de las partes, o condición implícita en todos los pactos o convenciones bilaterales. De tal suerte, que si la acción resolutoria fue desde un principio una institución inspirada en la equidad y sobrevive esa idea aún en los expositores que la fundamentan en la idea de causa, en la de equilibrio o simetría contractual, porque estas nociones están fundadas en aquel criterio supremo, en las legislaciones modernas se basa en la regla de la autonomía de la voluntad, de una manera expresa o tácita, con lo cual las aplicaciones juriprudenciales, no pueden tener un criterio uniforme.

Pero debe tenerse en cuenta que las partes, al celebrar una convención, y aportar todos los ingredientes naturales, psíquicos y económicos que forman el presupuesto de hecho de todo contrato, expresan y tienen una intención firme de vincularse contractualmente: las convenciones se celebran es para que surtan efectos jurídicos y se cumplan realmente. Su mora o incumplimiento son fenómenos anormales a la vida del contrato y la reglamentación jurídica de éstos tiene fundamentos muy distintos a los que pueden encontrarse en la autonomía de la voluntad. La sabiduría de los canonistas al proponer la acción resolutoria se ispiró en ideas morales que como la de equidad interfiere todas aquellas ventajas que la voluntad de las partes quieran sacar de las rigurosas fórmulas contractuales. Es por esto por lo que la Corte considera ahora que aunque el pacto comisorio y la acción resolutoria pueden confundirse, aún con fundamento en textos expresos de la ley positiva, son diferentes: el primero se funda en la voluntad expresa de los contratantes; y, el segundo, en cambio, en claras y sólidas reglas de equidad.

La Corte, en sentencia de 23 de septiembre de 1938 dijo:

"En los códigos civiles modernos el derecho legal de resolver un contrato no está relacionado a la teoría de la condición resolutoria a la manera del nuestro que supone como el acontecimiento objeto de la condición la inejecución por una de las partes de sus obligaciones. Este error de técnica no impone la admisibilidad en doctrina y jurisprudencia del concepto del legislador, porque el análisis de la intención de las partes en el contrato conduce a rechazar la idea de una condición tácita para el caso de que una de ellas no ejecute su prestación. Y, de otro lado, tampoco se puede afirmar que al respecto exista una condición presunta, porque ello equivaldría a desconocer la noción jurídica misma de voluntad. Además, los efectos de una condición resolutoria convenida se producen de pleno derecho; y, el juez, cuando se suscita una controversia sobre este punto entre las partes, no la decreta sino que la reconoce. En cambio, como el simple retardo en el cumplimiento de la obligación no importa fatalmente la resolución del contrato, ésta debe ser siempre demandada. La acción de resolución legal de un contrato es, por lo tanto, constitutiva, y sus efectos, de acuerdo con la naturaleza de éstos, son ex nunc, esto es, desde el día de la sentencia o desde la contestación de la demanda; o ex-tunc, esto es desde el día de la celebración del contrato".

Lo anterior no quiere decir que la Corte se oponga a que se pacte expresamente la condición resolutoria, porque, al fin y al cabo, es muy clara la doctrina contenida en el artículo 1609 del C. C.; y, más aún, tratándose del pacto resolutorio o comisorio, con reglamentación especialísima, como lo consagra el artículo 1935 del C. C. Es poco técnico el legislador, como ya lo dijo la Corte en doctrina antes citada, pero es la expresión de la voluntad de éste. E insiste la Sala, ahora, en que es antitécnico el principio consagrado en ese texto, porque se relaja en cierta manera el vínculo contractual; y las relaciones jurídicas que éste implica no tienen el vigor que al contrato le da aquella otra regla que es básica en la institución contractual "Pacta sunt servanda", "los contratos son leyes para las partes".

En el caso sub-judice, el recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho, al aceptar la entrega del inmueble por parte de los demandantes, cuando en realidad no existe ninguna prueba de este hecho; y que, por este medio,

llegó a la violación del artículo 1880 y de los otros preceptos sustantivos enumerados en la formulación del cargo. Este texto establece claramente que la principal obligación del vendedor es la entrega jurídica y material del bien, objeto de la compraventa, precepto que el Tribunal no aplicó, por la causa mencionada.

En la formulación del cargo, el recurrente incurre en un visible error de técnica. En efecto, imputa al Tribunal un error de hecho, al haber aceptado la entrega del inmueble, sin que en los autos exista ninguna prueba de este hecho. Y, luego, impugna la sentencia por error de derecho, consistente en que el Tribunal le dio el valor de plena prueba a la declaración del doctor Alfonso Barberena, quien declara que el municipio entró en posesión del inmueble. En reiteradas ocasiones ha dicho la Corte que, por la importancia fundamental que para el estudio de los cargos de casación tienen las dos clases de "violaciones medio", el error de derecho y el error de hecho, se hace necesario diferenciarlos nítidamente y que no es aceptable que en los cargos se diga que se admitió por el Tribunal un hecho, sin que en los autos existe prueba de ninguna especie; y, luego, se impugne la sentencia por el concepto de que se le reconoció valor pleno a un medio probatorio, sobre ese mismo hecho. La infirmación de un fallo de instancia es un acto trascendentalísimo del poder jurisdiccional y es por esto por lo que quien lo impugna en recurso de casación, debe tener una convicción plena, por lo menos, de que la conducta del juez de instancia no estuvo ajustada a derecho por violación directa, por interpretación errónea, no aplicación o indebida aplicación, o que llegó a estas infracciones por caminos indirectos, como los errores de hecho y de derecho en las apreciaciones de las pruebas, para no mencionar sino la causal 1ª del artículo 520 del C. J., sin que en el ánimo del recurrente existan vacilaciones sobre un aspecto de acusación contra el fallo de instancia.

En el caso sub-judice el Tribunal admitió la entrega del inmueble por parte de los demandantes en el juicio, con fundamento en elementos probatorios; y, además, porque no encontró en los autos ningún otro que lo desvirtuara. En el planteamiento de la litis quedó claramente establecida dicha entrega, por cuanto el representante legal del municipio de Cali, en la contestación de la demanda, expresó claramente que había pagado el precio y no impugnó ni negó la afirmación de haber entregado el inmueble como se hizo en la demanda. Fue posteriormente, cuando el representante legal de dicho municipio, propuso como medio defensivo e impugnativo de la acción resolutoria, la excepción "Non adimpleti contractus", fundada en el artículo 1609 del C. C., cuando el planteamiento inicial fue muy diferente: el pago del precio, como consta en una de las cláusulas de la escritura correspondiente.

El medio defensivo consagrado en la disposición citada, tiene en nuestro derecho positivo una significación como también alcances y contornos muy precisos. Sus efectos jurídicos en la litis no impiden propiamente el pronunciamiento de un fallo resolutorio, sino que crea una situación indefinida entre las partes, que suspende o define la acción resolutoria, rompiendo el vínculo contractual entre ellas; lo que indica, claramente, que no pueden confundirse de ninguna manera, porque la primera prospera es en el caso en que, en lugar de demandar la resolución se suplica el cumplimiento de las prestaciones, súplica que se interfiere precisamente con dicha excepción. En la acción resolutoria, en cambio, se pide es la terminación del contrato, con fundamento en dicho incumplimiento, porque la parte desfavorecida con el incumplimiento prefiere liberarse del nexo convencional. El medio defensivo adecuado en la acción de cumplimiento es la excepción "Non adimpleti contractus"; en la acción resolutoria, en cambio, no es este mismo medio, porque aún en el supuesto que la parte que demanda hubiese incurrido también en el incumplimiento, lo que se pide es la terminación de toda vinculación jurídica.

En el caso que estudia ahora la Corte, no existe el error de hecho que sostiene el recurrente, porque la admisión de la entrega por parte de los demandantes en el juicio, tiene fundamentos en los medios de prueba; sin que, como ya se dijo, existan medios de la misma índole que los desvirtúen.

En relación con la impugnación del fallo del Tribunal consistente en que incurrió en error de derecho por haberle reconocido el valor de plena prueba a la declaración del doctor Alfonso Barberena sobre la entrega del inmueble, la Corte considera:

"El recurrente ha confundido los alcances del artículo 170 del C. J., cuando prohibe a los agentes del Ministerio Público absolver posiciones, con otra circunstancia muy distinta, en relación con la capacidad testimonial, es decir, cuando una persona que ejerció dicho ministerio y ya no la ejerce, es llamado a declarar sobre hechos de los que tuvo conocimiento en cumplimiento de su cargo.

En el primer caso la prohibición de absolver posiciones tiene fundamento en que su confesión podría comprometer situaciones jurídicas de las entidades que representa, por ligereza, descuido y aún dolo, suministrando a la contraparte una prueba de tanta calidad como la confesión. En el segundo, en cambio, se trata es de obtener un testimonio sobre hechos que dentro del proceso pueden tener una gran significación pero que tiene que ser completado con otros testimonios o con otros hechos demostrados dentro del proceso. Dentro de las inhabilidades para ser testigos que establecen los artículos 668 y 669 del C. J. no está incluída la de tener o haber tenido la calidad de agente del Ministerio Público, precisamente con fundamento en que la prueba testimonial y la de confesión son muy diferentes.

El Tribunal, al dar por demostrada la entrega del inmueble al municipio de Cali, con fundamento en el testimonio del doctor Alfonso Barberena, no violó el artículo 622 del C. J., sino que aceptó dicha entrega, con base en dicho testimonio y en otros medios de prueba. No estimó esa declaración como única prueba, sino que consideró que era una presunción que contribuía a formar su convencimiento, por la autoridad indiscutible de quien como representante legal del municipio conoció todos los pormenores de la operación jurídica celebrada entre el distrito de Cali y los demandantes en el juicio. De suerte que, la afirmación del recurrente de que la sentencia es violatoria del principio probatorio que se deja citado, por error de derecho, carece de fundamento.

Tanto el artículo 664 del C. J., como el último inciso del artículo 1768 del C. C., facultan al juez para presumir la verdad de un hecho, por haberse formado una presunción racional plena de su existencia. Las bases de estas presunciones consisten en hechos, que en el proceso están debidamente demostrados; o en un solo hecho que por sí mismo es de tanta significación, por los nexos lógicos y causales con el que se presume. En los autos está suficientemente demostrada la negociación jurídica entre el municipio de Cali y los demandantes en el juicio, el deseo de éstos de favorecer a las clases pobres del distrito de Cali, particularmente a los habitantes del barrio "Saavedra Galindo", pues en un principio se le dio la configuración jurídica de una donación; ninguna oposición en la contestación de la demanda sobre la no entrega del inmueble; la ubicación de éste y la ausencia de actos positivos por partes de los demandantes que interfirieren la posesión y el dominio por parte del municipio; y, la misma naturaleza del predio, listo para la edificación proyectada, son hechos que hilvanados lógica y causalmente, fundan de una manera suficiente la presunción del Tribunal de que el inmueble fue realmente entregado.

En el caso sub-judice, el recurrente plantea el problema que la obligación de entregar la cosa, impuesta por el artículo 1880 del C. C., no debe limitarse a la tradición jurídica sino también a la entrega material, dándole a la primera el carácter de entrega simbólica que, sin la material, resultaría completamente ineficaz. Pero debe tenerse en cuenta, que, en concepto de la Corte, en determinados casos la entrega real de un inmueble no exige la ejecución de hechos positivos distintos de la omisión de aquellos que pueden interferir o desvirtuar dicha entrega, cuando la naturaleza misma de los inmuebles, por falta de edificaciones, de plantaciones, o de explotación económica, o su condición misma los destina a esos mismos actos. En este caso, la omisión de esos actos de interferencia, son por sí mismos suficientes para demostrar que la entrega material se efectuó realmente.

No existe en los autos ninguna prueba que desvirtúe dicha entrega, si se tiene en cuenta que la entidad demandada no demostró la ejecución de actos positivos por parte de los demandantes del juicio, que interfirieran o estorbaran la pacífica posesión del municipio de Cali sobre el inmueble mencionado. Por el contrario, fue la persona que ejerció la representación legal del municipio en la operación jurídica la que afirma que el inmueble fue entregado y que hasta fue objeto de muchos homenajes populares de los habitantes del Barrio "Saavedra Galindo", con motivo de la negociación y de la entrega. El Tribunal, pues, al encontrar prueba plena de la entrega, no lo hizo solamente en lo afirmado por el doctor Alfonso Barberena, sino en una serie de hechos, establecidos en el proceso, todos ellos graves, precisos y concordantes. No violó, por consiguiente, ningún principio de derecho probatorio, no incurrió en error de hecho, razón por la cual la Corte declara infundado el cargo.

Segundo.—Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal de Cali viola directamente los artículos 170, 179, 607, 632 y 696 del C. J.

Es verdad, como dice el recurrente, que la Corte ha dicho en repetidas ocasiones, que ni todas las disposiciones que están en el C. C. son sustantivas, ni todas las del código procedimental son adjetivas. Pero deducir de allí que los principios

del derecho probatorio son sustantivos, es una impropiedad técnica y científica.

En efecto, y de acuerdo con una clasificación adecuada de las ciencias jurídicas, entendidas éstas como ordenamientos jurídicos teóricos, y los sistemas jurídicos positivos que se inspiran en éstos, hay principios sustantivos, porque crean entre los sujetos cuya conducta regulan vínculos jurídicos de derecho y de deber que se traducen en prestaciones y contraprestaciones de orden afectivo, espiritual o económico; y, también principios o reglas que determinan situaciones de derecho y de deber, pero de un carácter estrictamente técnico como auxiliares y supuestos puramente adjetivos de aquellas situaciones. Los principios del derecho civil forman parte de la primera categoría; los segundos, en cambio sirven de auxiliares o medios técnicos, son de derecho procesal y de derecho probatorio. Es cierto que, la ubicación de una regla en un ordenamiento positivo no le confiere el carácter de sustantiva, adjetiva o técnica, sino su contenido intrínseco y su función reguladora de determinada categoría de relaciones jurídicas.

Principalmente, en concepto de la Corte, los principios del derecho probatorio tienen un carácter eminentemente técnico, en el sentido de que se utilizan para demostrar los hechos que supone todo surgimiento de una situación jurídica determinada. Y si los hechos no tienen por sí mismos la virtud suficiente para crear una relación de derecho, mucho menos los medios lógicos que se usan para su demostración en un proceso judicial de cualquier orden. Los medios de prueba están inspirados principalmente en las reglas de la lógica, parte de la filosofía práctica que implica un conjunto de normas para llegar a la verdad y su contenido no es jurídico, ni siquiera ético, sino estrictamente técnico, en el sentido de que no incide en ninguno de los aspectos de la conducta social del hombre. Esa ausencia de jurisdicidad en los principios sobre pruebas y su contenido normativo tan diferente de la ética y del derecho, hacen que los principios de derecho probatorio tengan su fuerza obligatoria en la ley y no en su propia esencia. Y si los principios del procedimiento, a pesar de tener un contenido jurídico, porque regulan la conducta del juez y de las partes en el proceso, no tienen el carácter de reglas sustantivas de derecho, mucho menos podrían tener ese mismo carácter unas normas que si se hacen obligatorias para el juez y para las partes en el proceso, operan es como simples auxiliares de ellos para que la relación jurídica procesal tenga una feliz culminación, en la solución jurisdiccional de toda relación jurídica litigiosa entre las partes.

Inaceptable es, pues, para la Corte, la tesis del recurrente, al pretender formular un cargo de violación directa de los principios de derecho probatorio contra la sentencia del Tribunal; porque la infracción de estos preceptos es apenas un medio indirecto de quebrantamiento de la ley sustantiva. Por estas razones el cargo no prospera.

Tercero.—Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por violación indirecta de los artículos 1934 y por aplicación indebida de los artículos 1546, 1608, 1930 del C. C. y el artículo 179 del C. C., infracción determinada por errores en la apreciación de las pruebas.

Sostiene el recurrente que el señor Personero Municipal de Cali, solicita la certificación de tres funcionarios municipales, Secretario de Hacienda, Tesorero y Contralor, sobre si con posterioridad al 29 de agosto de 1949 los señores Cortés Holguín presentaron cuentas de cobro o hicieron gestiones para este pago; y que los tres funcionarios a uno, certifican negativamente, que ni presentaron cuentas ni se hicieron gestiones de pago; que este hecho era evidente, porque con posterioridad a esta fecha no podían hacerse gestiones para el pago si éste se había verificado con anterioridad a dicho día, según la escritura. Que la errónea apreciación de estas pruebas por parte del Tribunal de Cali lo llevó a violar por vía indirecta, y por falta de aplicación, el art. 1934 del C. C., en cuanto el Tribunal conceptuó estar probado un hecho negativo que evidentemente no lo está, o sea, el no pago del precio; y que no está probado este hecho negativo por cuanto al tenor de la escritura el pago ocurrió con anterioridad al 29 de agosto de 1949 .Que esta errónea apreciación hizo incurrir al sentenciador en la causal de casación invocada, por violación del artículo 1934 del C. C. y por la indebida aplicación de los artículos 1546, 1608, 1930 del C. C.

La Corte considera:

El Tribunal aceptó el no pago del precio, a pesar de la cláusula de recibo de la escritura de compraventa, no con fundamento en las tres certificaciones oficiales que se dejan mencionadas en el aparte anterior, sino en los comprobantes expedidos por el Tesorero Municipal de Cali, el día 29 de abril de 1953 como también de la Con-

traloría del Distrito, en el que se hace la misma afirmación. Y en relación con la gestión de los vendedores para que se efectuara dicho pago, el doctor Alfonso Barberena declara que con posterioridad a la negociación eran frecuentes las visitas a su despacho de Personero por parte de los vendedores para que se les pagara el precio estipulado en la escritura correspondiente; que el cobro sí fue formulado en su despacho, pero que por las circunstancias difíciles en que se hallaba la administración por existir deplorables pugnas entre los altos funcionarios de ella, que determinaron actos de oposición e interferencia a sus gestiones oficiales, no se llevó a cabo.

La violación que a través de las pruebase sostiene el recurrente, del artículo 1934 del C. C., no es fundada, porque el error de hecho que le imputa al Tribunal, consistente en que admitió el no pago del precio, sin elementos probatorios de ninguna especie, está desvirtuado con la existencia de tres certificaciones que se dejan mencionadas. La condición oficial indiscutible de los funcionarios que las expidieron les confiere el carácter de documentos públicos y la misma naturaleza de los hechos que ellos afirman, les confiere también especialísima autoridad. Si el fallador de instancia no estimó, como pruebas del no pago del precio, las certificaciones producidas por la parte demandada, fue porque, en realidad, carecen de fuerza demostrativa sobre el pago que es el hecho fundamental del litigio.

La doctrina sobre los alcances del artículo 1934 del C. C. ya ha sido esclarecida reiteradas veces por la Corte, en el sentido de que, a pesar de la cláusula sobre el pago del precio en una escritura pública de compraventa, las partes pueden demostrar la falsedad de esas declaraciones. En el caso sub-judice esa prueba es abundante para demostrar que no obstante la declaración sobre recibo del precio que consta en la correspondiente escritura de compraventa, su pago no se efectuó realmente, como se desprende de la declaración del doctor Alfonso Barberena, representante legal del municipio en la operación jurídica mencionada y en las certificaciones solicitadas y presentadas por el apoderado de la parte demandante, suficientes por sí mismos para demostrar la falsedad de dicha afirmación.

No es, pues, procedente el cargo.

Cuarto.—Sostiene el recurrente que el Tribunal violó indirectamente, por falta de aplicación a través de las pruebas, el artículo 1934 del C. C., y, por aplicación indebida los artículos 1546, 1608 y 1930 del C. C. y el artículo 179, por falta de aplicación.

Dice el recurrente, además, que de acuerdo con el artículo 179 del C. J., la representación judicial de los municipios corresponde a los personeros municipales; y, por consiguiente, las vocerías de estas entidades de derecho público sólo puede llevarla el agente del Ministerio Público, careciendo, por consiguiente, de todo valor las certificaciones que obran a hojas 7 y 8 del cuaderno principal, dadas por los señores Tesorero y Contralor Muinicipal, sin la representación jurídica del municipio sobre actos que debía ejecutar este mismo municipio.

En opinión del recurrente, los Tesoreros y Contralores Municipales no ejercen cargo de autoridad pública, concepto que es completamente infundado. Bastaría para demostrarlo que dichos funcionarios tienen medios compulsivos jurídicos, para el cumplimiento de sus resoluciones, como por ejemplo la actividad jurisdiccional que de una manera coactiva pueden ejercer los primeros; y las funciones de fiscalización que ejercen los segundos sobre los empleados de manejo. Unos y otros ejercen la actividad pública con el carácter de potestad administrativa, en el sentido de que a esa actividad les confiere el derecho público. Unos y otros son simples colaboradores materiales de la administración sin órganos de ésta con pleno poder que implican las tres etapas del acto administrativo, y que son: la deliberación, la decisión y la operación externa, no sólo en el orden disciplinario sobre sus subalternos, sino, también en lo que se refiere al impulso administrativo que la ley le ha otorgado con facultades plenas.

Es absurdo, en concepto de la Corte, negarle a dichos funcionarios de recaudación y de control la facultad de expedir certificaciones sobre hechos de los cuales han tenido conocimiento precisamente en el ejercicio de sus funciones propias. Las certificaciones de paz y salvo que los tesoreros expiden a los contribuyentes, el poder jurisdiccional que tienen los contralores para dictar autos de fenecimiento de las cuentas que rinden sobre quienes ejercen la función fiscalizadora, son motivos más que suficientes para considerar que están incluídos dentro de lo dispuesto por el artículo 632 del C. J.; es decir, que por ejercer autoridad, pueden expedir certificaciones y que éstas tienen el carácter de instrumentos públicos, con valor probatorio pleno sobre los hechos acreditados en esos documentos. Lo contrario sería negarle a los particulares y cerrarles el paso en la obtención de prueba de hechos, sobre los cuales

ellos pueden deducir situaciones jurídicas determinadas.

La apreciación que hizo el Tribunal de los documentos mencionados fue correcta y no incurrió en errores de hecho ni de derecho al darles pleno valor probatorio. Y, por esta circunstancia, no incurrió en las violaciones indirectas a la ley sustantiva por los conceptos y motivos que sostiene el recurrente.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal de Cali de fecha 28 de marzo de 1955.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Sin costas.

Pablo Emilio Manotas—Daniel Anzola Escobar. Guillermo Garavito Durán—Enrique Giraldo Zuluaga—Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de Paula Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL SOBRE APLICACION DEL SISTEMA PROBATORIO DE LA LEY 45 DE 1936 PARA RECONOCIMIENTO DE LA FILIACION NATURAL A LOS NACIDOS ANTES DE LA VIGENCIA DE DICHA LEY. — RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS FIRMADOS A RUEGO. — APRECIACION DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS O RECONOCIDOS COMO AUTENTICOS. — TECNICA DE CASACION

1 — La ley 45 de 1936 dio lugar en su interpretación doctrinal a indistintas tesis que, —en relación con su alcance, extensión y tiempo en que pueden producir efecto probatorio los hechos alegados por el hijo natural en orden a obtener la declaratoria judicial de la filiación de que quedó investido desde el momento de su nacimiento—, vino a quedar consagrada en forma definitiva en sentencia de 7 de abril de 1953, doctrina a la que antecedieron éstas:

1ª — La Ley 45 solo es aplicable a actos y hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia porque no es retroactiva.

2ª — La ley solo es aplicable e invocable por personas nacidas antes de su vigencia pero que pueden probar que los hechos que configuran la filiación natural han sucedido cuando la ley entró a regir; o que aduzcan prueba que, si es anterior a ella, sea de las que admitía la ley antigua tales como escritura pública o testamento.

Es la imperante, la consagrada en la sentencia en cita que establece que la ley 45 de 1936 creó la acción de investigación de la paternidad natural y señaló los medios de probar el estado civil de hijo natural antes no permitidos con el fin de poner en evidencia un estado civil existente pero no declarado o reconocido, porque tal acción y tal medio probatorio, agrega la doctrina, "es derecho que en todo tiempo asiste a toda persona tutelada por ellos sin consideración al tiempo en que ocurrieron los hechos". Y precisándola, desde el punto de vista de la prueba, la sintetiza el fallo así: "En materia probatoria de estado civil, la ley vigente en el momento del juicio es aplicable en cuanto consagra nuevos medios de prueba".

La aludida sentencia de 7 de abril de 1953 corre publicada en la Gaceta Judicial (Nº 2127 Tomo LXXIV Pág. 642); en ella explica la Corte, por qué razones, "si no se interpretara el estatuto en la forma indicada ocurriría que vendría a ser inoperante la reforma consagrada por la ley 45 en beneficio de los hijos naturales".

Cierto que en materias jurídicas y en especial en las del recurso no podrá decirse que la materia ha sido agotada; pero no puede negarse que el estudio de fondo realizado por la Corte con ocasión del fallo precitado no ha tenido hasta el momento contradicciones aceptables, y al punto, que son varios los casos en que la doctrina en relación ha sido aplicada sin recelo, entre otros en los muy recientes fallos de la actual Sala de la Corte de Casación.

2 — Es doctrina de la Corte que "cuando el documento privado está suscrito por el otorgante basta que el signatario confiese ser suya la firma para que se tenga por reconocido; cuando fue suscrito a ruego, aunque el que aparece como otorgante confiese que se otorgó a su orden y que pidió a otra persona que firmase por él, no se tiene por reconocido el documento ni hace fé mientras el otorgante no agregue que es cierto su contenido". (Gaceta Judicial. Tomo XXX Pág. 283). Ahora, si vivo el presunto otorgante es indispensable PARA QUE EL DOCUMENTO PRESTE FE que éste agregue o manifieste en el acto del reconocimiento que es cierto su contenido, con tanto mayor razón es necesaria esa su declaración si el otorgante no sabe firmar y aparece que rogó a otro que lo hiciera por él.

3 — Si bien es cierto que, los documentos privados admitidos por las partes contendientes como legítimos y auténticos por alguno de los medios expresamente señalados por la ley de procedimiento civil, tienen fuerza probatoria y han de producir sus naturales y jurídicos efectos, sin que

sea lícito prescindir de ellos al hacer la apreciación de las pruebas ni dejar de reconocerles su natural alcance, conforme a los propios términos en que se hallan concebidos, tal como lo indican los artículos 1761, 1763, 1764 del Código Civil y 645 del Código Judicial, y que marcan normas al juzgador para que, conforme a ellas, conceda el debido valor de los documentos privados y a la confesión judicial que pueda estar contenida en ellos, cuando se utilizan como medios de probar las alegaciones de las partes; no es menos cierto, en derecho probatorio, que tales normas no le privan —al juzgador— de la facultad de inquirir la verdadera naturaleza y realidad de su contenido y de su texto y de condicionar su resultado al examen general de las demás probanzas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente Dr. Daniel Anzola Escobar

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán de fecha 15 de noviembre de 1955, en el juicio ordinario iniciado por Bárbara Quijano de Chaux contra Rubén, Feliciano, Hortensia, María del Rosario y Arcelia Cuéllar, en su calidad de causahabientes de Pedro Cuéllar y Ulpiano Lerma M., cesionario de éstos, para que se declare que la demandante es hija natural de Pedro Cuéllar.

Antecedentes

Encarnación de los Dolores Quijano dio a luz el 22 de octubre del año de 1897 una niña a quien se le dio el nombre de María Bárbara, hecho que tuvo lugar en el Municipio de Florida del Departamento del Valle. El señor Pedro Cuéllar quien para la época del nacimiento de María Bárbara tenía su domicilio en aquel lugar falleció el 6 de febrero de 1945 a la edad de 79 años, soltero y sin herederos forzosos de ninguna clase.

El juicio de sucesión intestada de este señor se radicó en el juzgado promiscuo del Circuito de Puerto Tejada y en él se reconoció como sus herederos, a Hortensia, María del Rosario, Rubén, Arcelia y Feliciano Cuéllar en representación de su padre Casiano Cuéllar hermano legítimo del causante. Por instrumentos públicos debidamente legalizados los herederos cedieron sus derechos hereditarios a Delfín Salazar R. quien los traspasó a Ulpiano Lerma; por auto del juzgado fechado el 18 de abril de 1949, se reconoció a éste como subrogatorio de Salazar y como tal el derecho de intervenir en el juicio de sucesión correspondiente. De ahí la razón de estar Lerma en posesión de los bienes que dejó el causante.

Así las cosas, ante el juez de la sucesión de Cuéllar, María Bárbara Quijano hoy señora de Chaux, por medio de apoderado, propuso demanda ordinaria contra los indicados herederos reconocidos y los respectivos cesionarios en orden a obtener "la declaración judicial de que es hija natural de Pedro Cuéllar con derecho a la totalidad del haber herencial.

Son de este tenor las peticiones:

"Primera: María Bárbara Quijano de Chaux es hija natural de Pedro Cuéllar, quien falleció en el sitio de "El Llanito", Municipio de Florida (Valle), el 5 de febrero de 1945;

"Segunda: María Bárbara Quijano de Chaux es heredera universal de Pedro Cuéllar, con exclusión de los demandados Rubén, Félix o Feliciano, Hortensia, María del Rosario y Arcelia Cuéllar, como consecuencia de la declaración anterior, y tiene derecho a recoger la herencia conforme al orden y proporción legal.

"Tercera: Como consecuencia de lo anterior condénase al señor Ulpiano Lerma M. a restituír a la sucesión intestada de Pedro Cuéllar, representada por su heredera universal María Bárbara Quijano de Chaux, todos los bienes inmuebles, muebles y semovientes que a dicha sucesión pertenecen, y que son los siguientes..."

"En el caso de que Ulpiano Lerma M. haya dispuesto de parte de los bienes enunciados anteriormente, restituirá a mi poderdante el valor equivalente de los mismos, conforme a los respectivos valores señalados en las diligencias de inventarios y avalúos practicadas dentro del juicio de sucesión supradicho.

"La restitución comprenderá los frutos civiles y naturales de los bienes objeto de la misma.

"Cuarta: Que se condene en costas a los demandados".

Como hechos fundamentales de la demanda, se relacionan los siguientes:

"1ª — Con anterioridad al año de 1898, en el sitio de "El Espejuelo", hoy Miranda, lugar donde residían y de donde eran vecinos el señor Pedro Cuéllar y la señora Encarnación de los Do-

lores Quijano, ambos solteros, iniciaron relaciones íntimas entre sí, viviendo bajo un mismo techo como marido y mujer y prestándose mutua ayuda, todo lo cual se prolongó, sin interrupción alguna hasta el año de 1905, más o menos, y fué conocido por todo el vecindario que frecuentaba el trato de ambos;

"2º — Durante el tiempo a que el hecho anterior se refiere, la señora Encarnación de los Dolores Quijano, guardó completa fidelidad al señor Pedro Cuéllar, cumpliendo respecto de éste con todas las obligaciones que la vida marital que hacían le imponían, y sin que nadie hubiera podido tacharle hecho alguno que manchara la aludida fidelidad;

"3º — En día veintidós (22) de octubre de mil ochocientos noventa y nueve (1899), y como consecuencia de sus relaciones sexuales con el señor Pedro Cuéllar, la señora Encarnación de los Dolores Quijano, en el "Espejuelo", dió a luz una niña que el día tres (3) de junio de mil novecientos (1900), fué bautizada con el nombre de "María Bárbara Quijano", en la parroquia de Florida;

4º — Tanto Pedro Cuéllar como Encarnación de los Dolores Quijano prodigaron permanentemente desde su nacimiento a María Bárbara Quijano todas las atenciones y cuidados que corresponden al padre y a la madre respecto del hijo, proveyendo todo lo necesario para su manutención hasta la edad en que ella pudo bastarse así misma, atendiendo a todas sus necesidades respecto a educación, alojamiento, etc. todo ello en forma permanente y en proporción a la respectiva necesidad por un término mucho mayor de diez años continuos, pues auncuando María Bárbara Quijano salió del cuidado directo de sus padres, que siempre la habían presentado a sus amigos y relacionados y al vecindario en general como su hija natural, continuaron respecto de ésta los mismos trato y cuidado de parte de Pedro Cuéllar y de Encarnación de los Dolores Quijano. Respecto de Pedro Cuéllar el trato que dio permanentemente a María Bárbara Quijano como su hija natural se prolongó desde el nacimiento de ésta hasta la fecha en que dejó de existir Cuéllar, o sea el cinco (5) de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945);

"5º — Fué tan visible y notorio, por espacio mucho mayor de diez (10) años continuos, el trato de padre que Pedro Cuéllar daba a María Bárbara Quijano, que para todos los amigos, relacionados y vecinos del lugar de residencia de aquéllos, María Bárbara Quijano siempre ha sido y es reputada como hija natural de Pedro Cuéllar;

"6º — Pedro Cuéllar no solamente presentaba a María Bárbara Quijano a sus relacionados y amigos como su hija natural o hacía diversas manifestaciones en tal sentido, sino que haciendo reconocimiento expreso de tal circunstancia y con la confianza que un padre deposita en su hija, le endosó varios documentos de crédito, y también le dirigió comunicaciones escritas, endosos y comunicaciones que hacía firmar de terceros, por cuanto él no sabía hacerlo. Asimismo y para otorgar Pedro Cuéllar a tercera persona una escritura pública, por alguna imposibilidad que tuvo él para hacerlo directamente, aquél le otorgó a su hija María Bárbara Quijano un poder que se encuentra protocolizado en la Notaría de Miranda. Algunos de estos documentos presentó con esta demanda;

"7º — María Bárbara Quijano contrajo matrimonio católico con el señor Luis S. Chaux y a partir de entonces y hasta que Pedro Cuéllar dejó de existir, éste depositó toda su confianza para toda clase de negocios en su yerno, pues desde entonces fué su apoderado en gran número de éstos llegando hasta otorgarle el poder general de que da cuenta la escritura Nº 53 de 14 de junio de 1919, de la Notaría de Miranda. Cabe anotar que el matrimonio Chaux-Quijano, atendió permanentemente a Pedro Cuéllar, especialmente cuando éste enfermaba y fué así que hasta última hora fué atendido por su hija natural María Bárbara Quijano, y el esposo de ésta, señor Luis S. Chaux, que de la copia del registro civil de la defunción de Pedro Cuéllar, aparece que hasta las diligencias necesarias para la inhumación del cadáver, una de las cuales, esencial, es dicho registro fueron hechas personalmente por el señor Luis S. Chaux;

"8º — Pedro Cuéllar murió siendo soltero, no dejó ascendencia y tampoco dejó descendencia legítima. En su despacho cursa actualmente el juicio de sucesión intestada de Pedro Cuéllar y en él figuran como sus herederos universales: Hortensia, María del Rosario, Rubén, Arcelia y Félix o Feliciano Cuéllar, en representación de su padre Casiano Cuéllar, hermano del causante;

"9º — Los herederos mencionados en el hecho anterior cedieron a título de venta, al señor Delfín Salazar R. los derechos que pudieran tener en la sucesión intestada de Pedro Cuéllar y dentro del respectivo juicio, su despacho ha reconocido tal cesión. A su vez Delfín Salazar R. cedió, también a título de venta, tales derechos a Ulpiano Lerma M. varón, mayor de edad, vecino

de Cali, quien ya fue reconocido dentro del referido juicio como cesionario de dichos derechos hereditarios por auto de 18 de abril de 1949.

"10º — Al dejar de existir Pedro Cuéllar quedaron bienes inmuebles, muebles y semovientes, de su exclusiva propiedad, los cuales se encuentran inventariados en el juicio de sucesión respectivo, que cursa, como ya antes lo he dicho, en su Despacho, y que tiene en su poder actualmente el señor Ulpiano Lerma M. por ser éste el cesionario o subrogatorio de los derechos hereditarios de todos los herederos universales reconocidos en el aludido juicio".

Sustanciada la primera instancia el juzgado le puso fin mediante fallo de 29 de enero de 1955, cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO: La señora MARIA BARBARA QUIJANO DE CHAUX, tiene la calidad legal de hija natural del señor Pedro Cuéllar, fallecido en el sitio de "El Llanito", Municipio de Florida (Departamento del Valle) el 5 de febrero de 1945;

"SEGUNDO: MARIA BARBARA QUIJANO DE CHAUX, en la calidad dicha, tiene derecho a recibir por herencia la cuota que le corresponde, o la totalidad, en el haber sucesoral partible de Pedro Cuéllar, con exclusión de Rubén, Félix o Feliciano, Hortensia, María del Rosario y Arcelia Cuéllar, sin perjuicio de terceros; y,

"TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condena al señor Ulpiano Lerma M. a restituír a la sucesión intestada de Pedro Cuéllar todos los bienes muebles, inmuebles y semovientes que a dicha sucesión pertenecen y que son hasta ahora:..."; y,

"CUARTO: Condénase en las costas del juicio a la parte demandada representada en este debate por el Dr. Alfredo Muñoz Acosta (art. 2º Nral. 1º del Decreto Ejecutivo Nº 0243 de 1951), las cuales serán liquidadas oportunamente".

Contra esta providencia interpuso apelación el apoderado de la parte demandada, recurso que resolvió el Tribunal Superior de Popayán en sentencia de 15 de noviembre de 1955, así:

"A mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley REVOCA la sentencia apelada proferida en este negocio por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Tejada el 29 de enero del año que corre y en su lugar RESUELVE:

"1º — No hay lugar a hacer ninguno de los pronunciamientos solicitados en el libelo de demanda con que se inició este juicio.

"2º — En consecuencia se absuelve a los demandados Rubén, Félix o Feliciano, Hortensia María del Rosario y Arcelia Cuéllar, así como también al señor Ulpiano Lerma M. todos mayores y de las condiciones civiles que constan en autos, de todos los cargos que en el juicio les fueron formulados.

"3º — Sin costas".

Recurrió en casación la parte actora, recurso que admitido y debidamente tramitado por la Corte es la oportunidad de resolver.

Las sentencias de instancia

En relación con la solicitud sobre "declaración de filiación natural de la demandante" luego de precisar el juez del conocimiento que para este fin se señalan en la demanda las causales 3ª, 4ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, estudia singularmente los elementos de convicción aducidos —prueba escrita y testimonios— frente a cada una de las causales invocadas.

Refiriéndose el juzgado a la primera causal —hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad—, manifiesta "que en los documentos relacionados se encuentra contenida en forma reiterada, una confesión inequívoca de paternidad en la que, Pedro Cuéllar, en forma espontánea, se ha reconocido como padre de la demandante, inequívocamente".

Confrontando la segunda —relaciones sexuales estables y notorias así como el hecho de la posesión notoria de hija natural de la demandante en relación con el citado Cuéllar—, luego de examinar la prueba y de hallarla hábil para el fin propuesto, concluye: "De todo lo anterior se desprende en forma irrefragable que Bárbara Quijano de Chaux es hija natural del extinto Pedro Cuéllar, muerto en febrero de 1945. En consecuencia, tiene derecho a recibir por herencia la cuota que le corresponda en el haber sucesoral partible, sin perjuicio de terceros".

De su lado, la Sala sentenciadora del Tribunal, previa advertencia de que disiente de la doctrina de la Corte que en forma reiterada tiene establecido que procede la declaración judicial de filiación natural en favor de hijos nacidos antes de la vigencia de la ley con base en elementos probatorios ocurridos o consumados con anterioridad a la vigencia de la misma ley, estudia, sin embargo el caso sub-lite en su contenido y fondo y resuelve luego "que aún aceptando como doctrina legal más probable la que expuso la H. Corte Suprema de Justicia en su citado fallo de 7 de abril de 1953 en razón de haberse acogido en otros posteriores y admitiendo en consecuencia la plena retroactividad del artículo 4º de la

ley 45 de 1936, se tiene que en el caso sub-judice no puede hacerse la declaración de filiación natural solicitada en la demanda por deficiencia de las pruebas que para establecerla se han aducido". Estas las razones:

a) Refiriéndose a la prueba testimonial aducida para demostrar el estado de relaciones sexuales estables y notorias, dice en la sentencia: "Las declaraciones que se dejan analizadas no permiten deducir, en sana lógica probatoria, la existencia de las relaciones sexuales entre Pedro Cuéllar y Dolores Quijano que se aducen como una de las causales para la declaración de filiación natural materia de este juicio. Y antes por el contrario las graves contradicciones en que incurren los testigos sobre la existencia misma de esas relaciones y especialmente sobre la época en que tuvieron lugar obligan a tenerlas como sospechosas y como ineficaces porque la ley priva de fuerza probatoria al dicho de un testigo que se contradice a sí mismo. Pero, aún aceptándolas, de ellas no se desprende que por lo menos 180 días antes del nacimiento de Bárbara Quijano, hubieran existido las sedicentes relaciones sexuales entre Pedro Cuéllar y Dolores Quijano. Los testigos nada saben sobre la fecha y ni siquiera sobre la época en que comenzaron esas relaciones. Se concluye así que los hechos constitutivos de esta primera causal no han sido legalmente probados y por tanto no puede reconocerse el estado civil de hija natural de Bárbara Quijano de Chaux con respecto a Pedro Cuéllar con base en las relaciones íntimas que se dice existieron entre el dicho Pedro Cuéllar y Dolores Quijano "desde antes de 1898".

b) Cuanto al hecho de la posesión notoria de hija natural de la demandante en relación con el pretenso padre, advierte: "En el caso que aquí se estudia se ha tratado de demostrar la posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante con respecto a Pedro Cuéllar con los testimonios que antes se han citado los cuales sobre este particular se limitan a manifestar que en verdad Pedro Cuéllar trató a Bárbara Quijano de Chaux como su hija natural pero sin explicar en qué forma proveyó a la educación, subsistencia y establecimiento de su hija ni determinar la época en que ellos hubieran ocurrido. En tales circunstancias estos testimonios resultan completamente inválidos para demostrar que Bárbara Quijano de Chaux estuvo en posesión, durante diez años continuos por lo menos, del estado civil de hija natural de Pedro Cuéllar".

c) La prueba escrita la comenta así: "Como se ve no se ha producido una prueba testimonial idónea para demostrar que Bárbara Quijano de Chaux estuvo en posesión notoria del estado civil de hija natural de Pedro Cuéllar, en los términos que a este respecto reclama el artículo 6º de la ley 45 de 1936 y por un lapso de tiempo (sic) no menor de diez años como lo requiere el artículo 398 del C. Civil. Por tanto la declaración judicial de filiación natural tampoco podrá hacerse con fundamento en esta segunda causal que se alega".

d) En cuanto a la tercera causal que se invoca referente al reconocimiento expreso que, se dice, hizo Pedro Cuéllar, en documentos privados, de ser la demandante su hija natural, explica el Tribunal: "Se han traído a los autos los cuatro documentos a que atrás se hizo referencia. Pero ya se explicó, al estudiar el valor probatorio de 14 de tales documentos, que ellos no pueden ser tenidos como documentos auténticos por cuanto, habiendo sido todos firmados a ruego de Pedro Cuéllar, quien no sabía firmar, no se ha establecido por los medios legales el mandato para la firma. Lo que atrás se dijo sobre la ineficacia probatoria de ese cuarto documento deberá entenderse dicho también sobre los otros tres para concluír que todos estos documentos no constituyen prueba de que Pedro Cuéllar hubiera confesado allí ser el padre natural de Bárbara Quijano de Chaux ni dan base para hacer la declaración de filiación natural que solicita la demanda con apoyo en el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Estos documentos, por no haber sido reconocidos ni expresa, ni tácitamente (C. J. arts. 642, 645 y concordantes) no pueden constituír plena prueba de una "confesión inequívoca de paternidad". Por lo demás resulta extraño —porque no es lo corriente y usual— que en endosos de documentos comerciales se hagan afirmaciones sobre paternidad natural en favor del endosatario".

Y termina: "Se concluye así, que no existe base jurídica ninguna para declarar judicialmente que la demandante sea en realidad hija natural de Pedro Cuéllar y que en tal carácter tenga mejor derecho a su herencia que los demandados de apellido Cuéllar".

La demanda de casación

Con fundamento en la causal 1ª de casación el apoderado de la recurrente formula a la sentencia del Tribunal estos cargos:

1º) "La sentencia viola **directamente, por interpretación errónea,** los artículos 1º y 4º (en sus numerales 3º y 4º) 7, 8, 20 y 28 de la ley 45 de

1936 por cuanto circunscribió su eficacia temporal dándoles una restricciós que no tienen y su alcance respecto de las personas a quienes tales disposiciones amparan". Anota también como violado el artículo 1325 del C. C. que dice, "otorga a los herederos la acción reivindicatoria sobre las cosas reivindicables".

2º) "El fallo acusado viola directamente, por falta de aplicación indebida las disposiciones de los artículos arriba citados por cuanto no los aplicó al caso controvertidos debiendo aplicarlos, ya que esas normas fueron dictadas para que regularan casos como el sometido a la litis".

3º) "La sentencia viola indirectamente, por error de hecho y de derecho en la apreciación de unas pruebas y por la falta de apreciación de otras, los artículos 1757, 1761, 1762, 1763, 1764, 1765, 92 y 1325 del C. C. y primero, 4º (numeral 3º y 4º) 7º, 8º, 20 y 28 de la ley 45 de 1936, y 19 de la ley 92 de 1938; y directamente los artículos 603, 637, 645, 647, 649 y 697 del Código Judicial, por modo manifiesto y evidente".

Estudio de los cargos

La Corte habrá de examinar conjuntamente los dos primeros cargos porque uno y otro aparecen fundados en las mismas razones de fondo como lo evidencia su simple enunciado "la sentencia viola directamente por interpretación errónea los artículos..." "El fallo viola directamente por falta de aplicación y por aplicación indebida los artículos... (los mismos)

En su orden, la acusación la fundamenta el recurrente en estas consideraciones:

a) "El Tribunal a sabiendas de que existía la ley 45 de 1936 manifestó expresamente que no era aplicable sino cuando se invocan hechos nuevos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la ley a los hijos naturales nacidos con anterioridad a la misma aunque no concurran con los descendientes legítimos..." "Al restringir el juzgador la aplicación de la ley 45 de 1936 sólo al caso de que los hechos nuevos que puedan generar la declaración judicial de la filiación natural hayan ocurrido con posterioridad a su vigencia, la recortó en sus límites temporales, puesto que ella es aplicable en cualquier circunstancia a los hijos naturales nacidos antes de la existencia de la ley cuando no concurren con hijos legítimos, como lo dispone la regla general implícita en el artículo 28 de la ley 45 de 1936, y lo tiene establecido la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos. (Primer cargo).

b) "El Honorable Tribunal al afirmar en su fallo que los artículos 1º, 4º (numerales 3º y 4º) 7º, 8º, 20 y 28 de la ley 45 de 1936, solo puede aplicarse a los hijos naturales nacidos antes de la ley cuando hay "hechos nuevos" generadores de la declaratoria de filiación acaecidos después de entrar a regir la ley, dejó de aplicar tales preceptos o los aplicó indebidamente y, consecuencialmente, violó en forma directa tales preceptos legales sustantivos, alcanzando a herir de esa misma manera los artículos 92 y 1325 del Código Civil, y esa violación debe acarrear como consecuencia la infirmación del fallo". (Segundo cargo)

Considera la Corte:

La ley 45 de 1936 dio lugar en su interpretación doctrinal a indistintas tesis que, —en relación con su alcance, extensión y tiempo en que pueden producir efecto probatorio los hechos alegados por el hijo natural en orden a obtener la declaratoria judicial de la filiación de que quedó investido desde el momento de su nacimiento—, vino a quedar consagrada en forma definitiva en sentencia de 7 de abril de 1953, doctrina a la que antecedieron éstas:

1ª La Ley 45 solo es aplicable a actos y hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia porque no es retroactiva.

2ª La ley sólo es aplicable e invocable por personas nacidas antes de su vigencia pero que pueden probar que los hechos que configuran la filiación natural han sucedido cuando la ley entró a regir; o que aduzcan prueba que, si es anterior a ella, sea de las que admitía la ley antigua tales como escritura pública o testamento.

Es la imperante, la consagrada en la sentencia en cita que establece que la ley 45 de 1936 creó la acción de investigación de la paternidad natural y señaló los medios de probar el estado civil de hijo natural antes no permitidos con el fin de poner en evidencia un estado civil existente pero no declarado o reconocido, porque tal acción y tal medio probatorio, agrega la doctrina, "es derecho que en todo tiempo asiste a toda persona tutelada por ellos sin consideración al tiempo en que ocurrieron los hechos". Y precisándola, desde el punto de vista de la prueba, la sintetiza el fallo así: "En materia probatoria de estado civil, la ley vigente en el momento del juicio es aplicable en cuanto consagra nuevos medios de prueba".

La aludida sentencia de 7 de abril de 1953 corre publicada en la Gaceta Judicial (nº 2127 Tomo LXXIV pág. 642); en ella explica la Corte,

por qué razones, "si no se interpretara el estatuto en la forma indicada ocurriría que vendría a ser inoperante la reforma consagrada por la ley 45 en beneficio de los hijos naturales".

Cierto que en materias jurídicas y en especial en las de la trascendencia de la que en materia del recurso no podrá decirse que la materia ha sido agotada; pero no puede negarse que el estudio de fondo realizado por la Corte con ocasión del fallo precitado no ha tenido hasta el momento contradicciones aceptables, y al punto, que son varios los casos en que la doctrina en relación ha sido aplicada sin recelo, entre otros en los muy recientes fallos de la actual Sala de la Corte de Casación no publicados aún en la Gaceta pero que vieron la luz pública el 27 de marzo de 1957.

Son del fallo de 7 de abril y que contiene la doctrina prevalente estos apartes:

"Basta leer los antecedentes de la ley, los informes, exposición de motivos, etc. para ver de manera incontrastable lo siguiente: **Que la ley se dictó no porque pudieran nacer después hijos naturales, sino porque existían en el país multitud de ellos;** fue, casualmente, para los hijos naturales existentes que, en primer término, se dictó la ley.

"La tesis opuesta conduce a dejar por fuera de la ley casi la totalidad de los hijos naturales nacidos hasta hoy, pues la violación, la seducción, las relaciones sexuales coexistentes con la concepción, serían en muchísimos casos hechos anteriores a ella. Y la posesión de estado desaparecería casi seguramente para los hijos mayores de edad alejados del padre, así como para los menores cuando el padre murió antes de haber transcurrido diez años posteriores a la ley. Pero hay más: la proposición en sentido contrario a lo expuesto llevaría a rechazar totalmente la investigación aún por hechos posteriores a la ley si el hijo nació antes, pues la nueva solemnidad probatoria es, en realidad, la sentencia pronunciada mediante juicio controvertido, y tal solemnidad no existía al tiempo de ejecutar el padre el acto creador del hijo. Entonces podía decirse que el hijo tenía la situación jurídica de hijo legítimo ya constituída y que ella no puede ser modificada por ley posterior. La tesis, pues, resulta inadmisible.

"Ya se expuso cómo en Francia la jurisprudencia unánime y constantemente le ha dado aplicación a la ley de 1912 en favor de los hijos naturales nacidos con anterioridad a su vigencia, no sólo admitiendo los medios de prueba allí establecidos y que son los mismos que consagra el artículo 4º de nuestra ley 45 de 1936, sino incluso reconociéndoles derechos herenciales a aquéllos, aun en sucesiones abiertas antes de iniciar su imperio la citada norma legal.

"En Colombia puede decirse que la jurisprudencia ha sido uniforme en este sentido. Si bien, durante los años de 1940 a 1946 se sostuvo la tesis de que la acción debía intentarse en vida del padre, ella fue revaluada totalmente a partir de esta última fecha; y si por otra parte en el fallo de 1943, atrás mencionado, se pronunció la Corte contra la validez de los medios nuevos de reconocimiento voluntario previstos en el artículo 2º de la ley 45 de 1936, cuando el acto haya tenido lugar antes de su vigencia, la tesis no afecta en absoluto la cuestión que ahora se estudia.

"En sentencia de la Sala de Negocios Generales, fechada el 29 de marzo de 1941, dijo la Corte: "En efecto el empleo de los medios nuevos de pruebas consagradas por la ley posterior no desconoce el derecho de las partes a usar del régimen probatorio vigente al tiempo de trabarse la litis, sino que es el ejercicio de la autorización contenida en el artículo 39 de la ley 153 de 1887. Este artículo dispone que los contratos o actos válidamente celebrados bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación, es decir, no obliga a usar de los medios probatorios que la antigua ley establecía sino que es simplemente potestativo y en consecuencia se puede hacer uso de la ley nueva para acreditar hechos verificados en épocas en que las leyes establecían medios distintos para su comprobación. Esta interpretación es la misma dada por el doctor Angarita en sus comentarios a la ley 153 de 1887 y por la comisión revisora del Código Civil en las actas publicadas en la aclaración que hace del artículo 39 comentado". (S. C. 29 marzo 1941, C. G. J. Nº 1973 O pág 746)"

"Y en sentencia de Casación Civil, fechada el 10 de junio de 1948, dijo la Corte: "La ley 153 de 1887 es en gran parte reglamentaria del efecto retroactivo de las leyes y está destinada a resolver los conflictos que se originan en la aplicación de las dictadas en distintas épocas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos. En su artículo 2º en que primordialmente se asienta la acusación que se estudia, reproduciendo el principio del artículo 23 del C. C. estatuye que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida..." Pero acontece que en el cargo que se está considerando no se trata de un estado civil adquirido sino de uno no adquirido aún al tiempo de la variación legislativa. Aún aceptando que

los dos L. C. A. y C cuya situación de hijos naturales de su madre se enfoca particularmente en este cargo no tuvieran al tiempo de su nacimiento extra matrimonial, por el solo ministerio de las leyes entonces vigentes, la calidad de hijos naturales, nada obsta jurídicamente para que después adquirieran ese estado civil de acuerdo con las nuevas leyes que establecieron condiciones diferentes de las exigidas por la ley anterior. La ley nueva es la que se aplica precisamente porque se trata de una situación jurídica no constituída, y en esta ocurrencia ningún papel juega el concepto del efecto retroactivo de las leyes en materia de estado civil. La circunstancia de que a la fecha de su nacimiento no hubiera tenido la aludida condición por presunción legal no significa en ninguna forma la imposibilidad de llegar a tenerla, y es innegable que luego la adquirieron, cuando entró a regir la ley 95 de 1890 cuyo artículo 7º volvió a consagrar el status jurídico de hijo natural respecto de la madre por el efecto de una presunción de la ley con base en el hecho del nacimiento, que opera por su propio y solo ministerio, como si hubieran sido reconocidos por instrumento público". También pueden verse las sentencias de 10 de diciembre de 1930, G. J. XXXVIII. pág. 376, y de 5 de agosto de 1942, G. J. Nº 1987, pág. 781 citadas por el doctor Antonio Rocha".

Ahora bien: Dado que los magistrados que actualmente integran la Sala de Casación Civil ya tuvieron oportunidad de ratificar la doctrina por compartir las tesis, conceptos, puntos de vista y opiniones de los que consagraron las tesis propugnadas en el citado fallo de 7 de abril de 1953, con base en ella corresponde determinar para este otro caso, que no es jurídica la tesis de la sentencia recurrida y sobre la cual recaen los dos primeros cargos de la demanda de Casación, ya que en el fallo se sostiene que el estado de hijo natural no puede acreditarse en juicio si los hechos en que se apoya la demanda se consumaron con anterioridad a la vigencia de la tan citada ley 45 de 1936.

No solo desde el punto de vista simplemente teórico sino también por razón de sus posibles consecuencias prosperan los dos cargos que debieron estudiarse conjuntamente, porque la Sala encuentra inobjetable el razonamiento básico de la acusación en cuanto mediante ella se rechazan, por su contenido y fondo, las determinaciones que el Tribunal anota en su sentencia relativas a la no operancia de la ley 45 de 1936 al caso de autos, toda vez que ello llevaría a destruír en su base esencial la confutación de las pruebas si ellas refieren a hechos acaecidos antes de la vigencia de la ley. Es obvio que por ese medio indirecto pero decisivo empleado por el Tribunal, quedaría sin razón lógica la estimación probatoria que dio luego a los elementos de convicción traídos al proceso.

Pero como el sentenciador, aunque para mayor abundamiento, es decir, sin retirar la tesis central de la sentencia y la crítica que hace a la doctrina de la Corte en relación con la materia, estudia sin embargo los elementos probatorios para concluír, que ni aún con base en ellos procederían las súplicas de la demanda, corresponde el estudio del cargo formulado en último término, tanto más cuanto que la eficacia de los dos primeros no incide en la parte resolutiva del fallo recurrido como que apenas dan base para rectificar la doctrina que propugna el Tribunal.

Se explica:

El cargo lo fundamenta el recurrente en que el Tribunal sin olvidar la tesis errónea de que la ley 45 de 1936 "no da lugar a que el hijo natural demuestre judicialmente su filiación mediante la prueba de hecho ocurridos con anterioridad a la vigencia del estatuto", incurrió en el error de desechar la prueba resultante de tres documentos privados extendidos de orden de Cuéllar donde existe una confesión inequívoca de paternidad por parte de éste en favor de María Bárbara Quijano de Chaux, arguyendo equivocadamente que los tales escritos no podían considerarse por haber sido producidos antes de la vigencia de la citada ley 45 de 1936".

Los documentos son los siguientes:

"1º — Un pagaré suscrito por Daniel G. Torres, el 15 de julio de 1928, en Cali a favor de Pedro Cuéllar y endosado por éste en la ciudad de Miranda el 20 de mayo de 1930 "a la señora Bárbara Quijano de Chaux para que cobre su valor como hija natural que es y que he reconocido desde que nació por ser así";

"2º — Un documento de deber suscrito por Juan Antonio Salazar el 20 de agosto de 1917 a favor de Pedro Cuéllar y por éste cedido y traspasado en la misma población de Miranda el 10 de octubre de 1928 "mi hija Bárbara Quijano de Chaux".

"3º — Un documesto de crédito suscrito por Miguel Gómez en Miranda el 15 de mayo de 1934 a favor de Pedro Cuéllar y cedido por éste, el 15 de abril de 1935 "a su hija Bárbara Quijano de Chaux".

Considera la Corte:

No resulta comprobado el cargo en cuanto en

él se afirma que el sentenciador dejó de apreciar y estimar los citados documentos. Con efecto, comentando el sentenciador otro documento —la carta que se dice dirigida desde El Llanito el 3 de marzo de 1941 por Pedro Cuéllar a Bárbara Quijano de Chaux, producida ella sí con posterioridad a la vigencia de la ley— hace en la sentencia expresa referencia a toda la prueba documental como se desprende de estos pasajes del fallo que dicen:

"Considera el juez que este documento, como los otros presentados, es auténtico por cuanto Arquímedes Tovar, quien aparece firmándolo a ruego de Pedro Cuéllar, declaró bajo juramento haberlo suscrito por orden y ruego de Pedro Cuéllar y ser cierto su contenido. Sin embargo esa conclusión es inexacta..." Y adelante agrega el fallo: "En cuanto a la tercera causal que se invoca referente al reconocimiento expreso que, se dice, hizo Pedro Cuéllar, en documentos privados, de ser la demandante su hija natural, se han traído a los autos los cuatro documentos a que atrás se hizo referencia. Pero ya se explicó, al estudiar el valor probatorio del 4º de tales documentos, que ellos no pueden ser tenidos como documentos auténticos por cuanto, habiendo sido todos firmados a ruego de Pedro Cuéllar, quien no sabía firmar, no se ha establecido por los medios legales el mandato para la firma. Lo que atrás se dijo sobre la ineficacia probatoria de ese cuarto documento deberá entenderse dicho también sobre los otros tres para concluír que todos estos documentos no constituyen prueba de que Pedro Cuéllar hubiera confesado allí ser el padre natural de Bárbara Quijano de Chaux ni dan base para hacer la declaración de filiación natural que solicita la demanda con apoyo en el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Estos documentos, por no haber sido reconocidos ni expresa, ni tácitamente (C. J. arts. 642, 645 y concordantes) no pueden constituír plena prueba de una "confesión inequívoca de paternidad". Por lo demás resulta extraño —porque no es lo corriente y usual— que en endosos de documentos comerciales se hagan afirmaciones sobre paternidad natural en favor del endosatario".

Evidencia lo anterior, que el Tribunal sí estudió los referidos documentos y que los apreció a su entender aunque con resultado adverso a los fines de la demanda. Pero advierte la Corte, que no ataca el recurrente las razoses que tuvo en cuenta el sentenciador para desestimarlos; dice al particular y únicamente, que como tales documentos no fueron tachados de falsedad debió el Tribunal fundarse en ellos para hacer la declaración de paternidad solicitada. Son estas sus palabras: "Todos estos documentos fueron presentados al juicio, y ordenados tener como pruebas, y no hay constancia de que se haya tramitado articulación alguna sobre tacha o falsedad de los mismos, y como los demandados representan como herederos y subrogatario al señor Pedro Cuéllar, cuya personería tienen, tales documentos prueban en su contra al tenor de los artículos 645 del C. Judicial y 1761, 1763 y 1764 del Código Civil, y eran medios autorizados por el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 para demostrar la filiación natural".

Lo que consideró el sentenciador fué que los documentos privados aludidos no aparecen reconocidos por Pedro Cuéllar "porque como éste no sabía firmar, para poder estimarlos como tal debió haber declarado Cuéllar que los documentos se extendieron por su orden, que rogó a otro firmar por él y que su contenido es cierto, diligencias, agrega, que no se demostró haberse cumplido en relación con los escritos precitados".

Cuanto al hecho de que el testigo rogado por el testador es el que aparece declarando en el proceso, se lee en la sentencia: "La firma a ruego no es sino un mandato mediante el cual el que no sabe o no puede firmar autoriza a otro para que firme en su nombre. Por consiguiente y para establecer ese mandato es necesario, por lo general y como lo dice el artículo legal que se viene comentando, acudir a la confesión del mandante. Si éste ha muerto y no puede por consiguiente obtenerse su confesión, ello no releva de la necesidad de probar el mandato por cualquiera otro medio legal idóneo. Pero la declaración única y exclusiva del mandatario o sea del que firmó a ruego, no establece por sí sola la existencia del mandato. Ella es un testimonio solitario y no completamente desinteresado, que no alcanza a constituír plena prueba sobre el hecho a que se refiere, es decir sobre el mandato para la firma".

A la consideración que en el desarrollo del cargo hace el recurrente, de que por no haber sido objetados ni redarguidos los documentos aludidos siendo que fueron presentados al juicio en la oportunidad legal prestan por ello el mérito probatorio que corresponde al documento auténtico, se observa:

Es doctrina de la Corte que "cuando el documento privado está suscrito por el otorgante basta que el signatario confiese ser suya la firma para que se tenga por reconocido; cuando fue suscrito a ruego, aunque el que aparece como otorgante confiese que se otorgó a su orden y que pi-

dió a otra persona que firmase por él, no se tiene por reconocido el documento ni hace fé mientras el otorgante no agregue que es cierto su contenido". (Gaceta Judicial Tomo XXX pág. 283) Ahora, si vivo el presunto otorgante es indispensable para que el documento preste fé que éste agregue o manifieste en el acto del recosocimiento que es cierto su contenido, con tanto mayor razón es necesaria esa su declaración si el otorgante no sabe firmar y aparece que rogó a otro que lo hiciera por él.

Los documentos comentados, vista la circunstancia de haberse presentado al proceso en oportunidad legal y figurado en él sin objeción de los herederos del presunto padre, deben tenerse como tácitamente reconocidos por éstos, pero no por ello hacen fé contra los mismos o prestan el mérito de plena prueba porque por ningún modo legal aparece establecido que el Sr. Cuéllar hubiera manifestado ser cierto el contenido de las cesiones. Por lo demás, éstas no aparecen que fueron autorizadas por testigos ni tercero alguno declara que oyó voz alguna de parte del cedente relacionada con el hecho de ser cierto el contenido de las declaraciones adicionales que allí constan. Siendo lo anterior así, apenas prestan los expresados documentos el valor de prueba sumaria, y entonces, en forma alguna demuestran de manera inequívoca el hecho de la paternidad que se discute en el proceso.

Es más: "Cuando la paternidad consta en carta u otro escrito privado del pretendido padre, se trata de una confesión extrajudicial que aunque en el fondo equivale al reconocimiento, por su naturaleza original tiene que ser calificada para el juez en la sentencia con que finalice el juicio ordinario para deducir si da o no base de certidumbre para la declaración jurisdiccional de paternidad ya en cuanto debe ser una confesión escrita, emanada del pretenso padre y precisa e inequívoca, esto es, concebida en términos no susceptibles de inteligencia contradictoria". (Casación Civil, marzo 9 de 1949. T LXV, 2070 2071).

Ahora bien: Calificó el Tribunal los aludidos documentos en donde corren las constancias de las que deduce la parte actora que contienen una confesión inequívoca de paternidad por parte de Cuéllar en favor suyo, y lo hizo en contra de las pretensiones de la demanda dando razonamientos que por ningún medio impugna el recurrente en la demanda de casación; en estas condiciones, no habiéndose siquiera insinuado que tales apreciaciones son resultado de errores evidentes y manifiestos en que incurrió el Tribunal al formularlas, se han hecho intocables en este recurso extraordinario, que como se hará notar más adelante, no tiene por objeto hacer nueva valoración de los elementos de prueba del proceso.

En síntesis: Si bien es cierto que, los documentos privados admitidos por las partes contendientes como legítimos y auténticos por alguno de los medios expresamente señalados por la ley de procedimiento civil, tienen fuerza probatoria y han de producir sus naturales y jurídicos efectos, sin que sea lícito prescindir de ellos al hacer la apreciación de las pruebas ni dejar de reconocerles su natural alcance, conforme a los propios términos en que se hallan concebidos, tal como lo indican los artículos 1761, 1763, 1764 del Código Civil y 645 del Código Judicial, para no citar sino los invocados por el recurrente como violados, y que marcan normas al juzgador para que, conforme a ellas, conceda el debido valor de los documentos privados y a la confesión judicial que pueda estar contenida en ellos, cuando se utilizan como medios de probar las alegaciones de las partes; no es menos cierto, en derecho probatorio, que tales normas no le privan —al juzgador— de la facultad de inquirir la verdadera naturaleza y realidad de su contenido y de su texto y de condicionar su resultado al examen general de las demás probanzas. Si el Tribunal sentenciador en este caso, ha ejercitado ese derecho para declarar que el documento, si nó reconocido tácitamente, apreciación equivocada, como se ha explicado anteriormente, no es tal documento, por no hallarse firmado personal y directamente por el obligado, sino a ruego, ni por sus causahabientes y por las otras circunstancias concurrentes que se expresan en el fallo que se revisa en casación, no es posible admitir que haya incurrido en los errores que se le imputan y mucho menos infringido los preceptos que se dejan citados. Cuando, por otra parte, utiliza una facultad de relativa soberanía en la apreciación de los elementos de juicio, en cuya contra no debe prevalecer una rigorista interpretación, que no puede invocarse cuando de deducción de presunciones se trata, tal como acontece en las situaciones contempladas en el artículo 4º de la ley 45 de 1936, donde simplemente se autoriza la investigación de la paternidad natural con base en aquellos medios de prueba.

No prospera el cargo por el aspecto o motivo comentado.

El otro motivo viene fundado en el hecho de no haberse apreciado en la sentencia el documento inserto en la escritura visible al folio 46 del proceso "por cuya razón en su fallo el Tribunal sacó conclusiones adversas al contenido de dichos

instrumentos, violando con ello los artículos 603, 630, y 636 del Código Judicial e indirectamente los artículos 1757, 1758, 1759, 1765 y 1325 del Código Civil, y por ende los artículos 1º y 4º en su numeral 3º, 7º, 8º, 20 y 28 de la ley 45 de 1936, y la infirmación de' fallo se impone por esta razón".

La referencia dice relación a la escritura pública Nº 57 de fecha 9 de abril de 1957 de la Notaría de Miranda que corre al cuaderno de pruebas de la parte demandada.

En el cuerpo de este instrumento se lee: "comparecieron la señora Clementina Morera, la señora Bárbara Quijano de Chaux y el señor Jaime Caicedo Cabal, mayores de edad... y manifestaron:

La señora Morera: "Que dando cumplimiento a la última voluntad y mandato del extinto señor Pedro Cuéllar, muerto en el sitio de "El Llanito" jurisdicción del Municipio de Florida, el cinco (5) de febrero del presente año; mandato que se haya (sic) confirmado en la cláusula tercera del documento privado de fecha veinte (20) de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), suscrito entre el citado Cuéllar y el compareciente Caicedo C. que se presenta para su inscripción en la presente escritura, el que colaboró (sic) en sus últimos momentos de vida ante testigos, por medio del presente público instrumento viene a dar cumplimiento de dicho mandato, y por consiguiente, por este instrumento transfiere a título de venta real y enajenación perpetua, desde hoy, sin reservas de ninguna especie, al compareciente señor Jaime Caicedo Cabal es a saber: la propiedad inmueble denominada "La Isla"..."

La señora Bárbara Quijano de Chaux: "que a título de hija natural y heredera de su extinto padre, señor Pedro Cuéllar y cumpliendo el mandato contenido en el documento privado de que se ha hablado en la cláusula primera de esta escritura, por este mismo instrumento, transfiere a título de venta real y perpetua enajenación al compareciente Caicedo C. los derechos de dominio y posesión real material que le corresponden como tal, en la propiedad que se ha descrito y delimitado en la cláusula primera del presente contrato..."

Al final del instrumento se encuentra inserto el documento privado de la referencia que contiene un contrato de promesa de venta que se dice convenido entre Cuéllar y Clementina Morera en el que se lee:

"El promitente vendedor Cuéllar, hace constar, en caso de faltar él antes del vencimiento del año escriturado para el perfeccionamiento del contrato de compraventa de que trata este documento, faculta por medio del presente, a la señora Clementina Morera para el otorgamiento del respectivo título escriturario y a su hija natural, Bárbara Quijano de Chaux siendo expresa condición que del valor de la venta del inmueble dos mil quinientos pesos ($ 2,500.00) se hagan los gastos que demande su entierro y el saldo de dinero que quede, como es natural, debe ser entregado a su ya nombrada hija Bárbara Quijano de Chaux de lo cual le hace donación gratuita, como herencia;..."

"Testigo rogado por Pedro Cuéllar que no sabe firmar — Dimas Morales". Ciertamente en la sentencia no aludió el Tribunal a esta escritura, pero tal deficiencia no es suficiente a obtener la infirmación del fallo por esta simple razón:

En la escritura Nº 57 de 9 de abril de 1945 de la indicada Notaría se insertó un documento que, se dice, fué otorgado por Pedro Cuéllar a favor de Jaime Caicedo. Para que tal documento sea tenido como auténtico debería contener el reconocimiento a que alude el artículo 642 del C. J. No constando ese reconocimiento el instrumento solo tendría la fuerza de prueba sumaria de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 647 del C. J. si los testigos, ante quienes se dice fué otorgado, hubieran declarado en la forma ordinaria que vieron firmar a Pedro Cuéllar o que éste les pidió lo hicieran como testigos. Pero no hay constancia del reconocimiento ni del testimonio de los testigos y, por eso, a esta prueba no le es atribuíble el valor exigido por los documentos a que alude el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Siendo lo anterior así, no puede alegarse válidamente que el documento en cita emane del citado Cuéllar. Por lo demás, si aparece protocolizado en la Notaría, tal hecho, la protocolización, no le ha agregado ninguna fuerza probatoria al instrumento. Conocidas y obvias son las razones de este acerto que no es el caso de repetirlas. Tampoco prospera el cargo por razón de este motivo.

En la parte final de la demanda de casación sostiene el recurrente que el Tribunal "incurrió en errores de hecho y de derecho al apreciar la prueba testimonial, yerros que lo llevaron a pronunciarse por la negativa de la demanda".

Explica la Corte:

Cuando se acusa una sentencia por error en que ha incurrido el sentenciador al apreciar la fuerza probatoria de testimonios relativos a la finalidad de la demanda, como se argumenta en el cargo, es necesario indicar el error, demos-

trarlo, hacer notar su incidencia en la violación de determinada ley sustantiva y demostrar que la violación se refleja en la parte resolutiva de la sentencia.

En el caso, debió entonces demostrar el recurrente, que las declaraciones de los deponentes que cita fueron apreciadas por el Tribunal desconociendo que demostraban el hecho de las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre Cuéllar y Encarnación para los días en que pudo tener lugar la concepción de la demandante; debieron indicarse las razones, modo, manera y forma como se llegó a ese error; la incidencia de éste en la violación de determinada norma sustantiva y su consecuencial reflejo en la resolutiva del fallo.

Revisado cuidadosamente el escrito de casación observa la Sala que el recurrente concretó su actividad a transcribir en lo principal el texto de las declaraciones y a expresar que según su criterio, los testimonios, contra el criterio del sentenciador, demuestran las relaciones sexuales y estables entre Cuéllar y Encarnación para los días en que pudo tener lugar la concepción de la demandante, así como la posesión notoria de hija en relación con el citado Cuéllar; el recurrente se limitó a oponer al criterio del Tribunal el suyo, como si este proceder fuese posible medirlo en casación. Sabido es que "la consideración de que la apreciación de las pruebas revele o no buen criterio en el sentenciador o que ese criterio no debe compartirlo el fallador, son cuestiones extrañas al recurso de casación".

Tiene repetido la Corte "que se debe respetar la apreciación que el Tribunal haya hecho de las pruebas porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias ni a provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni a rectificar el criterio del juez de la causa sobre las cuestiones de hecho. Lo único que a la Corte le incumbe averiguar, al examinar el cargo que se estudia, es si hubo una contravención a la ley resultante de un error de hecho manifiesto en los autos".

De lo anterior puede concluírse, que lo que hubiera resultado procedente examinar en el caso, si el cargo hubiera sido formulado en adecuada técnica, era si resultaba demostrado que el sentenciador incurrió en violación de la ley sustantiva como consecuencia de haber apreciado con manifiesto error las declaraciones aducidas, probanza esta última que está ausente de los autos.

Finalmente: tres causales fueron invocadas por la demandante para configurar el estado civil de hija natural en relación con el citado Pedro Cuéllar:

"1º — Las relaciones íntimas entre Pedro Cuéllar y Encarnación de los Dolores Quijano en los dos últimos años del siglo pasado, las que causaron se dice, la concepción de Bárbara Quijano de Chaux.

"2º — La posesión notoria del estado civil de hija natural de la actora con relación a Pedro Cuéllar; y

"3º — El reconocimiento que, se dice, hizo Pedro Cuéllar de su calidad de padre natural de Bárbara Quijano de Chaux en varios documentos".

La apreciación hecha por el Tribunal sentenciador en relación con todas las pruebas aducidas se ha hecho intocable por la Corte dado el alcance y planteamiento de la demanda de casación pues vuelve a repetirse, el recurrente descuidó demostrar en qué consistieron los errores en que pudo haber incurrido el Tribunal al hacer la valoración de los elementos de juicio para fijar su mérito probatorio.

En relación con el anterior paso doctrinal, ha dicho la Corte:

"El Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas. La Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera".

"Ha dicho la Corte que cuando se alega error en la apreciación de las pruebas y aún llega a demostrarse, pero no se hace ver luego que tal

error indujo a una violación indirecta de la ley sustantiva, el recurrente en casación que así procede se ha quedado en mitad del camino, su recurso no ha culminado y, por consiguiente, no puede prosperar".

Este cargo como los anteriores debe rechazarse.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casaciós Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

No se hace condenación en costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA EN RELACION CON LA PARTE MOTIVA DEL FALLO.—VALOR PROBATORIO DE UNA SENTENCIA, ADUCIDA EN UN NUEVO JUICIO ENTRE LAS MISMAS PARTES, RESPECTO DE LOS HECHOS EN QUE SE BASO DICHA DECISION.— EFECTOS DE LA COSA JUZGADA. — ERROR DE DERECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

Se resuelve por la Corte el recurso de casación interpuesto y oportunamente formalizado por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 9 de noviembre de 1955, en el juicio ordinario de Isabel Góngora v. de Rodríguez y otros contra Luis Rodríguez y otros, sobre pago del valor de una edificación.

Antecedentes

Isabel Góngora v. de Rodríguez, como cónyuge sobreviviente de Oliverio Rodríguez y en representación de sus hijos menores Humberto, Carlos A., Ana Cecilia e Isabel Rodríguez Góngora, obrando todos en nombre de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por los citados Isabel y Oliverio, formuló demanda ordinaria ante el Juzgado del Circuito del Espinal contra Luis Rodríguez, María Emma Rodríguez, Rafaela Rodríguez de Sánchez, Rosendo Rodríguez, Vicenta Rodríguez "en su calidad de herederos de Vicenta Suárez de Rodríguez y de Isidoro Rodríguez, cónyuges entre sí y padres legítimos de los demandados, y en sus propios nombres y también como representantes de las sucesiones acumuladas de aquéllos y de la sociedad conyugal que se formó entre los mismos", para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que los demandados, en sus enunciadas condiciones, deben pagar a los demandantes, en sus calidades de cónyuge supérstite y herederos del señor Oliverio Rodríguez, en representación de la sociedad conyugal Rodríguez-Góngora, el valor de la edificación con todos sus anexos y demás mejoras útiles que fueron levantadas por el causante Oliverio Rodríguez, dentro del matrimonio con la señora Góngora, sobre un lote de terreno ubicado en Espinal, en la carrera 5ª —antes carrera 2ª—, cuyos linderos se determinan luego, y que les fue adjudicado en la partición material verificada en la doble sucesión acumulada de Vicenta Suárez de Rodríguez y de Isidoro Rodríguez, en común entre ellos; o el mayor valor que con tales edificación y mejoras, ha adquirido dicho inmueble; para poder hacer suyos tales edificación y mejoras. A menos que opten por reclamar el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo en que ha estado en poder del causante Oliverio Rodríguez y de sus sucesores y cónyuge; precio que debe ser el que tenía al tiempo de la edificación quedando el terreno de propiedad de la sociedad conyugal Rodríguez-Góngora junto con tales edificación y mejoras.

"Segunda.—Que si pasados seis días a partir de la ejecutoria de la sentencia definitiva, los demandados no optan expresamente mediante escrito presentado ante el juez de la causa, por abandonar el terreno y reclamar su valor e intereses en la forma dicha, se entiende que desisten de tal derecho y quedan con la obligación de que trata la primera parte de la anterior petición.

"Tercera. — Que los actores tienen derecho a conservar la posesión material del inmueble mencionado, mientras no se les pague la indemnización que se les reconozca, de conformidad con las anteriores peticiones.

"Cuarta.—Que si se oponen los demandados, paguen las costas del juicio".

Como hechos en que se funda la demanda se expusieron los siguientes:

"1) — El señor Oliverio Rodríguez construyó a sus expensas, una edificación de ladrillo, cemento, baldosín, tejas de barro, madera, zinc, etc., con sus instalaciones de agua, luz, fuerza, constante de diez piezas y servicios higiénicos, en un lote de terreno que pertenecía a Vicenta Suárez de Rodríguez, madre legítima de los demandados y del mismo señor Oliverio Rodríguez, en la ciudad del Espinal, en la carrera 5ª —antes carrera 2ª—, y

cuyos linderos generales son: 'Por el norte con la carrera 5ª —antes carrera 2ª—; por el oriente con propiedad de la sucesión o herederos de la misma Vicenta Suárez de Rodríguez; por el sur con solar que fue de Pedro Ochoa, de Sacramento Cortés v. de Ochoa y que hoy pertenece a Miguel Rodríguez; por el occidente con propiedad que fue de Eugenio Pava, hoy sus herederos, y antes de Pedro Ochoa'.

"2)—Este inmueble es el mismo que se inventarió en la partida segunda de los inventarios de la sucesión de Vicenta Suárez de Rodríguez, en el juicio seguido ante el juzgado del circuito del Espinal, acumulado luego al de su esposo Isidoro Rodríguez; y es también el mismo que se determinó en la demanda del juicio seguido por Oliverio Rodríguez, en el mismo juzgado, y respecto al cual recayó la sentencia definitiva de la Corte Suprema de fecha 5 de septiembre de 1952 (G. J. 2119 y 2120, pág. 172).

"3)—Tal construcción y mejoras anexas, fueron levantadas por cuenta de Oliverio Rodríguez y para sí.

"4.—En la aludida sentencia de la Corte Suprema, se declaró como probado el hecho anterior.

"5)—Esas edificación y mejoras se levantaron con el consentimiento y la autorización tanto de don Isidoro Rodríguez, como de su esposa doña Vicenta Suárez de Rodríguez, y a ciencia y paciencia de los mismos.

"6)—Por consiguiente, el señor Oliverio Rodríguez fue un constructor de buena fe, y debe considerársele como poseedor de buena fe para efectos de lo dicho por el artículo 739 del C. Civil.

"7)—Por defectos en la prueba en el juicio anterior, no fue posible que la Corte reconociera que Oliverio Rodríguez había construído con el consentimiento del dueño del terreno.

"8)—Pero la Corte encontró demostrado que sí se había construído con la autorización y consentimiento de don Isidoro Rodríguez.

"9)—La falta de prueba también de que el bien era de la sociedad conyugal Rodríguez-Suárez, impidió que la autorización de don Isidoro diera al actor los derechos que consagra el inciso 2º del artículo 739 (a pesar de que sí era bien social).

"10)—Pero la Corte dejó expresamente a salvo el derecho a la indemnización de que trata el inciso primero del artículo 739 del C. C., pág. 185, G. J. citada.

"11)—La sociedad conyugal disuelta e ilíquida Rodríguez-Góngora está en tenencia material del inmueble.

"12)—El inmueble se inventarió en la sucesión de Vicenta Suárez de Rodríguez, y en la partición verificada en ella y en la acumulada de Isidoro Rodríguez, se adjudica en forma indivisa y por iguales partes a todos los demandados y a Oliverio Rodríguez.

"13)—Dicha partición fue aprobada por sentencia de 14 de diciembre de 1953, y se declaró ejecutoriada por auto de 4 de febrero de 1954; pero no ha sido registrada en la fecha".

Los demandados se opusieron a las pretensiones de la parte actora y negaron los hechos principales en que se funda la acción incoada.

Resolución del Juzgado

La sentencia de primera instancia, pronunciada el 22 de febrero de 1955, desató la litis en sentido favorable a la parte actora. Dice en su parte resolutiva:

"Por lo expuesto **el Juzgado Civil del Circuito de Espinal**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

"A) — Los demandados deben pagar a los demandantes, el valor de la edificación con todos sus anexos y demás mejoras útiles existentes y puestas hasta la fecha de la iniciación de este juicio, sobre un lote de terreno situado en el área urbana de esta ciudad de Espinal, en la carrera 5ª y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el norte, carrera 5ª; por el oriente, con propiedades de los herederos de Vicenta Suárez e Isidoro Rodríguez; por el sur, con solar hoy de Miguel Rodríguez; y por el occidente con propiedades de los herederos de Eugenio Pava, conforme al valor que tengan dichas mejoras en la actualidad, si optan por hacerlas suyas, haciendo uso del derecho que les da la ley.

"B)—En caso contrario, o sea que los demandados resuelvan ceder en venta el dicho lote a quienes en él levantaron las mejoras referidas en el punto anterior, tendrán derecho a que por los demandantes les sea pagado el valor del inmueble en cuestión, teniendo en cuenta también el valor actual.

"C)—Tanto demandantes como demandados tienen como opción diez días después de la ejecutoria de esta sentencia para definir su situación en la forma anotada antes, con la salvedad de que si en dicho plazo los demandados no hicieren ninguna manifestación al respecto y por escrito ante el juez, se entenderá que están dispuestos a recibir el valor del terreno.

"D)—Quedan en la forma anterior resueltas las peticiones primera y segunda. Se niegan por consiguiente las excepciones.

"E)—Se hace la tercera declaración en la forma como allí aparece.

"No hay lugar a condenación en costas".

Sentencia recurrida

Apelada por los demandados la sentencia del Juzgado, el Tribunal Superior de Ibagué la revocó en providencia de 9 de noviembre de 1955, que absolvió a la parte demandada de todos los cargos formulados en la demanda y condenó a la parte actora en las costas del juicio.

El sentenciador examina la acción incoada y concluye que el actor persigue el efecto contemplado en el caso del inciso 1º del artículo 739 del Código Civil.

Para el Tribunal la prueba allegada a los autos demuestra que no fue Oliverio Rodríguez el edificador a sus expensas de la casa motivo del litigio y que la obra fue ejecutada por su padre Isidoro Rodríguez. Examina dos cuestiones jurídicas relacionadas con la prueba aducida por el actor, a saber: a) el mérito probatorio de los juicios o conceptos emitidos por el juzgador en una sentencia anterior; b) el valor que corresponda a las pruebas trasladadas de otros procesos. Del estudio de la primera cuestión llega a la conclusión de que los juicios elaborados por la Corte en la sentencia que puso término al primer juicio ventilado entre las mismas partes que intervienen en este y por los mismos objeto y causa, carecen de la eficacia de la cosa juzgada, en atención a que la afirmación sobre que Oliverio Rodríguez construyó para su patrimonio y a sus expensas no es premisa lógica necesaria para las conclusiones de ese fallo. En cuanto al segundo punto acepta que las pruebas trasladadas del juicio mencionado producen efectos en este juicio y deben ser apreciadas por el juzgador.

El recurso

El fallo de segunda instancia ha sido recurrido en casación por la parte actora y cumplidos los trámites correspondientes, la Corte debe pronunciarse sobre la demanda formalizada en oportunidad.

Relata el recurrente que Oliverio Rodríguez construyó una edificación en un lote de terreno situado en la ciudad de Espinal, perteneciente el terreno a Vicenta Suárez de Rodríguez, madre legítima de Oliverio y de los demandados, por lo cual reclamó, en juicio ya concluído por fallo de la Corte, las prestaciones que como constructor le correspondían por haber levantado la edificación con conocimiento del dueño del terreno; pero que la Corte, al casar la sentencia del Tribunal y dictar en instancia resolución, dijo que no obstante ser constructor para sí y por sus medios propios no tenía el demandante derecho a la prestación reclamada por no haber probado que lo hizo con conocimiento de la dueña del terreno, y que le quedaba libre al actor su derecho a reclamar en nuevo juicio la prestación como constructor sin conocimiento de la dueña.

Acusa la sentencia del Tribunal por errores de derecho y de hecho en dos cargos, el primero de los cuales está formulado así:

"Error de derecho en la apreciación de la prueba consistente en la copia auténtica de la sentencia proferida en el juicio anterior entre las mismas partes, por la H. Corte Suprema de Justicia, con violación de los artículos 473, 474, 632 del Código Judicial, e indirectamente por falta de aplicación del inciso primero del artículo 739 y artículos 966 y 970 del Código Civil".

Para fundamentarlo dice el recurrente que al juicio se allegó como prueba copia auténtica de la sentencia de fecha 5 de septiembre de 1952 proferida por la Corte Suprema de Justicia en el juicio de Oliverio Rodríguez contra los mismos demandados, sobre el mismo inmueble y la misma edificación. Que en dicha sentencia la Corte llegó a la siguiente conclusión:

"Se probó que el demandante fue quien construyó a sus expensas el edificio. Luego, hubiera sido el caso de aplicar el inciso primero del artículo 739, al no haberse limitado la acción al inciso 2º de él...

"El demandante, sin embargo, queda con derecho a reclamar en nuevo juicio el pago de la indemnización que le corresponde por haber construído sin el consentimiento del dueño del terreno, al tenor del inciso primero del artículo 739 del C. C., ya que este punto no ha sido objeto de la presente litis. Naturalmente en tal juicio se debatirá la cuestión de la buena o mala fe del constructor, para el efecto de determinar las prestaciones que le correspondan de acuerdo con las normas contenidas en el capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil".

Dice el recurrente que este párrafo es el último de las motivaciones, en el cual la Corte explica el alcance de lo que va a resolver, y que cuando la Corte a continuación de lo transcrito

entra a decidir que niega las peticiones de la demanda, tal resolución se debe relacionar con los párrafos anteriores en los cuales quiso dejar bien en claro sus conclusiones y el sentido y alcance de su fallo. "Se trata de consideraciones inseparables de lo resuelto, que conforman lo resuelto, que precisan su alcance y contenido". Que tal es el contenido de la cosa juzgada que se prueba con esa sentencia y que la Corte dice que en el nuevo juicio se discutirá únicamente la buena o mala fe del constructor, dando por sentado que quedaba resuelto que había construído a sus expensas.

Agrega que el Tribunal de Ibagué consideró estaba simplemente en presencia de "juicios históricos" sobre la prueba examinada por la Corte como fallador de instancia, incurriendo así en grave error de interpretación de la cosa juzgada al desconocer que es cosa ya resuelta que Rodríguez construyó a sus expensas. Cita algunas jurisprudencias de la Corte, de las cuales, dice, se concluye que cuando los motivos ligados a la parte resolutiva son como "el alma y nervio de la sentencia", constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta. Resume su alegación así:

"No es que exista aquí, en el caso presente, un simple juicio sobre la prueba dado por la Corte en su fallo anterior. No. Se trata de que resolvió el punto, de manera inseparable con lo dicho en parte resolutiva, en los párrafos que antecedieron a ésta, pues incluso determinó que sería lo que se podría discutir en el nuevo juicio: la buena o mala fe del constructor. Pues de lo contrario no habría dicho esto último, ya que en el nuevo juicio, de no haber quedado resuelto ya que Rodríguez había construído a sus expensas, era obvio que se discutiría en forma general su situación y sus pretensiones".

Considera la Corte:

El cargo que se estudia plantea el debatido problema de si los efectos de la cosa juzgada abarca los motivos del fallo y si los hechos que la sentencia estima probados deben darse por tales en otro proceso entre las mismas partes, sobre el mismo objeto y por la misma causa.

Estas cuestiones fueron ampliamente estudiadas por la Corte en sentencia de casación de fecha 6 de abril de 1956, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2167, páginas 549 y siguientes. En esa oportunidad dijo:

"La voluntad de la ley no se manifestaba entre los romanos, sino a través de la decisión, es decir, en la parte dispositiva de la sentencia, razón por la cual la cosa juzgada comprendía sólo esa parte y nada más.

"La tesis contraria se impuso más tarde, dando la preeminencia, según palabras de Chiovenda, al 'elemento lógico del proceso y al silogismo que es el esqueleto de la sentencia, más que a la afirmación de la voluntad que se deriva de la conclusión'. Savigny fue en su tiempo quizá el más decidido partidario de esta tesis, seguida luego por la generalidad de los juristas.

"Se observa ahora un empeño de revaluación de esta tesis, pero sin resultados definitivos, como puede verse en el autor citado ('Principios de Derecho Procesal', Tomo 2º, Parágrafo 78, pág. 415. Trad. de José Casais y Santalo); en Calamandrei ('Estudios sobre el Proceso Civil', pág. 588 y ss. Trad. de Santiago Mentís Melendo); en Ugo Rocco ('Derecho Procesal Civil', pág. 362 y ss. Trad. de Felipe de J. Tena). Niegan que la cosa juzgada se proyecte sobre los elementos del fallo, Jaime Goldschmidt (Derecho Procesal Civil', parágrafo 63, pág. 389. Trad. de Leonardo Prieto Castro); W. Kisch ('Elementos de Derecho Procesal Civil', parágrafo 53, pág. 260. Trad. L. Prieto C.), entre otros. Afirman lo contrario, Eduardo Pallares, en su 'Diccionario de Derecho Procesal' (pág. 123), y Ugo Rocco, quien hace una importante distinción entre las premisas lógicas y las resoluciones integrantes del fallo.

"Dice:

" 'Los resultados a que hemos llegado en la resolución del problema de la esencia y fundamento jurídico de la cosa juzgada, constituyen el punto de partida para pasar a otras investigaciones, referentes a los límites, subjetivos y objetivos, de la autoridad de la cosa juzgada.

" 'Este problema, singularmente arduo y complejo, no ha tenido hasta hoy en la doctrina, soluciones de carácter general, que permitan reducir a un concepto único y fundamental la disciplina de las innumerables controversias que en la teoría y en la práctica del proceso civil, se agitan día a día.

" '. . . . . .

" 'Vengamos ahora al problema de los límites objetivos de la cosa juzgada.

" 'Hemos visto que la cosa juzgada, precisamente por ser tal, no pudiendo juzgarse de nuevo, constituye un obstáculo y un límite frente a las decisiones posteriores de los órganos jurisdiccionales.

" 'Esta influencia puede llegar hasta el punto de excluir la posibilidad de un nuevo juicio, y, por

ende, de una nueva sentencia, sobre el tema de la relación jurídica que ha sido ya declarada, y esto ocurre cuando el objeto de la sentencia dictada y el objeto de la acción ejercitada de nuevo, vienen a coincidir por completo.

" 'Pero puede también importar únicamente una limitación en la órbita de las posteriores decisiones pedidas a los órganos jurisdiccionales, y esto se verifica cuando el objeto de la sentencia pronunciada no coincide completamente con el objeto de la acción ejercitada de nuevo, sino que se verifica tan sólo una coincidencia parcial.

" 'En tal caso, todo lo que hay de común entre el objeto de la primera acción y el objeto de la segunda, y por lo tanto, entre el objeto de la sentencia dictada y el de la sentencia por dictar, escapa a una nueva decisión del juez ante quien se promovió la segunda acción.

" 'El problema de los límites objetivos se presenta singularmente interesante en relación con tres aspectos particulares:

" 'a) Relativamente a la cuestión de si se forma la cosa juzgada única y exclusivamente sobre la parte resolutiva de la sentencia, o también sobre la parte que constituye sus considerandos.

" 'Quien trató primero esta cuestión fue Savigny, el cual sostuvo que la cosa juzgada comprende también los motivos de la sentencia. La doctrina ha estado muy dividida en este particular, pero la opinión que por lo general ha prevalecido es la de que la cosa juzgada se forma únicamente con respecto a la parte resolutiva, porque sólo en esta parte se da conocer la decisión del juez.

" 'Sin embargo, tal solución ha sufrido ciertas restricciones, juzgándose por algunos que, puesto que los motivos constituyen la base de la sentencia y la razón justificativa de la decisión judicial, no es posible prescindir de ellos por completo.

" 'Nosotros opinamos que para resolver el problema es necesario precisar antes qué se entiende por motivos de la sentencia.

" 'Si por tales se entienden únicamente las premisas lógicas que por sí mismas no constituyen resoluciones autónomas de cuestiones de hecho o de derecho, resulta evidente que la cosa juzgada no puede extenderse a los motivos.

" 'Si, por el contrario, por motivos de la sentencia entendemos no sólo las premisas lógicas, sino también las resoluciones integrales de las cuestiones, aunque sólo tiendan a resolver la cuestión principal sobre la cual se polariza la actividad del juez, entonces la cosa juzgada puede comprender aún los llamados motivos.

" 'Creemos, pues, que no puede establecerse una regla absoluta que valga para todos los casos, sino que es menester observar cada uno para ver si la decisión contenida en la parte dispositiva puede, por la naturaleza de la relación o por otras razones, abarcar eventualmente hasta los considerandos'. (Ob. cit. p. 349 y 362).

"No ha sido extraña la jurisprudencia de la Corte a este problema:

"A) Casación de 21 de marzo de 1916.

" 'La cosa juzgada se halla por lo general en la parte dispositiva de la sentencia; los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, son simples elementos de convicción del Juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan sin embargo la decisión misma. Pero cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del Juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo, y son como el alma y nervio de la sentencia, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que éste tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo con la parte resolutiva, ésta sería incomprensible e inejecutable". (XXV, 250).

"Esta doctrina fue reproducida en fallo de casación de fecha 9 de julio de 1928 (XXXV, 550).

"B) Casación de 31 de agosto de 1918:

" 'El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resuelta de modo expreso se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con los motivos y razones consignados en los considerandos del mismo'. (XVII, 62).

"C) Casación de 31 de octubre de 1936:

" 'La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia, a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa'. (XLIV, 461).

"D) Casación de 27 de octubre de 1938:

" 'Si la excepción de cosa juzgada para que sea procedente sólo se relaciona con la parte resolu-

tiva o dispositiva del fallo y no con la motiva, es, sin embargo, de tenerse en cuenta que el criterio formal o de estructuración de la sentencia sirve para determinar en estos casos qué corresponde a la parte motiva de ella y qué a la decisión. La decisión o resolución de una sentencia comprende, para los fines dichos, todo lo que ha sido materia de la decisión judicial definitiva y firme, sea cualquiera la forma que revista y el lugar que ocupe en la sentencia. Para los referidos efectos se denominan motivos de la sentencia las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha apoyado la solución del litigio y que sirve de medios de control de la decisión adoptada, sin que contengan esta decisión'. (XLVII, 330).

"De estas doctrinas se sigue:

"1º—Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta;

"2º—Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha apoyado la solución de la litis;

"3º—Que, en consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquél o aquéllos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen; y

"4º—Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo aquello que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual; así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la primera.

"Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto.

"2º—Cuestión.

"Visto que, la motivación puede quedar protegida por la autoridad de la cosa juzgada, débese saber si comprende el juicio del juez sobre la prueba, juicio que está forzado a formular puesto que debe motivar la decisión.

"Uno de los elementos más importantes de lo que componen la sentencia, es la prueba, o mejor, el juicio del juez sobre la prueba de los hechos: v. gr. en una litis de reivindicación, la prueba de la propiedad del actor, de la posesión del demandado o de la identidad de la cosa; en un litigio sobre petición de herencia, la prueba de carácter de heredero del demandante; en un juicio de nulidad del matrimonio, la prueba del enlace o del hecho generador de la nulidad; en uno de divorcio, la prueba del hecho causante, etc. Tal juicio no es la decisión, pero sí es su fundamento, su premisa necesaria en materia de hecho, ya que con frecuencia se tratará de hechos constitutivos de la acción.

"Juzgada esa prueba como buena y suficiente en el respectivo proceso, debe respetarse tal pronunciamiento del juez, o puede modificarse en otra litis, entre las mismas partes? O empleando las palabras de un notable autor, la cuestión es la siguiente: "Si estos juicios históricos sobre hechos concretos, pueden ser arrancados del razonamiento en que se encuentran incluídos, y utilizados en sí mismos, por su exclusivo valor de juicios históricos, en un proceso diverso, en el que se discuta de nuevo la verdad de aquellos mismos hechos a los que se refieren esos juicios'. (Calamandrei. 'Estudios sobre el Proceso Civil'. Trad. de Santiago Mentis Melendo, p. 588). Este autor demuestra que la doctrina jurisprudencial viene aceptando entre las mismas partes, y aún entre partes distintas, la sentencia pronunciada en litigio anterior, como prueba de los hechos que el Juez halló acreditados entonces y sirvieron de fundamento a su decisión, y después de analizar varios casos de su experiencia personal, agrega:

" 'De esta decisión parece, pues poderse derivar este principio: que cuando en la motivación de una sentencia se encuentran enunciados juicios de hecho atinentes a las circunstancias concretas de la causa, estos juicios históricos deben, en virtud de la cosa juzgada, valer como verdades de hecho y de derecho en un nuevo proceso que se abra entre las mismas partes sobre una causa diversa, en la cual las mismas circunstancias aparezcan con trascendencia en relación a fines jurídicos diversos'. (Ob. cit. 956).

"Se ha hablado en la doctrina general, para explicar estos fenómenos, de los efectos indirectos o reflejos de la cosa juzgada, tanto en lo subjetivo como en lo objetivo, de suerte que la inmutabilidad del fallo proteja igualmente los motivos, los elementos o juicios sobre cuestiones de hecho o de derecho que lo integran, de la misma manera que la decisión misma.

"Una corriente doctrinaria discute esta concepción, niega tales efectos y concluye que la sentencia no prueba, por sí sola, en otro juicio, ni aún entre las mismas personas, los hechos que el fallo considera debidamente comprobados, o acepta a lo sumo, que es mero elemento de prueba que el

Juez del nuevo proceso puede valorar libremente. (V. ob. cit. p. 592 y ss.).

"Los efectos de la sentencia en un nuevo proceso, entre los mismos litigantes y en lo que respecta a la prueba de los hechos admitidos, encuentran, sin duda, un mejor acomodo en las teorías clásicas de la presunción absoluta de la verdad de la decisión, de Pothier (res judicata pro veritate habetur), a que ha hecho referencia la Corte en algunos fallos (XLIX, 103 y LVIII, 537), o de la ficción de la verdad y justicia de la sentencia, de Savigny, puesto que apenas se trata de proyecciones naturales de la verdad presumida o ficta del fallo, contemplado en su integridad. Revaluadas aquéllas por el acopio de nuevas teorías, no pierde terreno, sin embargo, la tesis de la secuela indirecta del fallo, en lo atinente a los hechos demostrados según el mismo.

"Mas, si en el agotamiento del derecho de acción y la consecuencial extinción de la potestad jurisdiccional del Estado (Ugo Rocco), está, para una teoría muy en boga, a veces invocada por la Corte (LXIV, 85), el fundamento de la cosa juzgada, no se ve la razón para que tal agotamiento se realice en forma fragmentaria, esto es, para desatar el nudo, pero no para resolver sobre la prueba, apoyo esencial del desenlace. O en la necesidad de que los procesos no se reabran indefinidamente, para seguridad de las relaciones jurídicas (teoría romana avivada por Chiovenda, para mencionar otra muy generalizada, que también cita la Corte (LXII, 398), esa necesidad exige que el debate sobre la prueba quede igualmente cerrado entre unas mismas partes, porque la carga de probar pesa sobre actor y reo y constituye la parte más delicada y áspera de la lucha forense.

"El Derecho consagra ciertas figuras encaminadas a dar firmeza a los vínculos humanos, figuras que al realizarse clausuran etapas de incertidumbre e inseguridad. Tales son, v. gr. en el campo procesal, la preclusión, y en el derecho sustancial, la prescripción y la cosa juzgada. En la compleja materia de esta última, esa finalidad se cumple mejor, sin duda, mediante los efectos relativos a la motivación de los fallos, en lo que atañe al juicio sobre la prueba de los hechos relacionados con la decisión, a resoluciones conducentes a esta misma y a cualesquiera cuestiones vinculadas a la parte decisoria, elementos éstos integrantes de la sentencia que, como ejercicio de la función jurisdiccional, ha de aparecer una e indivisible.

"Siendo así que según la doctrina de la Corporación, los motivos del fallo son las razones de hecho y de derecho sobre las cuales descansa la resolución; que la parte motiva forma un todo con la parte resolutiva, cuando aquélla es 'como el alma y nervio' de la sentencia, y la decisión puede hallarse en una y otra parte, pues no depende del lugar ni de la forma que le haya correspondido, constituyendo de esta suerte la decisión y los motivos una sola estructura, ya que éstos no pueden faltar en la sentencia, por imperativo mandato constitucional y legal, es bastante obvio que la inmutabilidad de la sentencia puede comprender no sólo la resolución de fondo, sino también los motivos fundamentales de ella, y por tanto, las cuestiones de hecho, cuya presencia en el juicio obedece al correspondiente régimen probatorio.

"Así, pues, la Corte considera que el juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido la base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio, entre las mismas partes y aun cuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis, como lo destacan las casaciones de 31 de octubre de 1926 (XLIV, 461) y 27 de octubre de 1938 (XLVII, 330)).

"Se predica lo anterior de los hechos fundamentales, a cuya verdad en el proceso obedece de manera necesaria la decisión, porque la cosa juzgada sustancial reposa en lo que se resuelve, y sólo de manera indirecta sobre las motivaciones del fallo. La sentencia se aduce en un nuevo proceso, no como prueba documental de unos hechos, sino como prueba de haberse dictado una sentencia que contiene el juicio del Juez sobre las pruebas aducidas para acreditarlos. Por esto, el punto de si lo probado una vez, queda probado por todas, entre unas mismas personas, no es en rigor asunto de prueba documental de los hechos, sino de cosa juzgada en relación con un fallo que da fe de esa prueba. En otras palabras: la sentencia no es en puridad de verdad el documento que prueba los hechos, sino el documento que acredita que se profirió un fallo, en el cual el poder jurisdiccional calificó la prueba entonces aducida, y ello debe bastar entre unas mismas partes, ya que tuvieron la oportunidad y los medios para probar y contraprobar en relación con unos mismos hechos.

"Por lo mismo, es evidente que la inmutabilidad del fallo al respecto no dimana directamente de la prueba suministrada en el primer pleito, sino del juicio del juzgador de ese primer pleito, sobre la prueba, esto es, de la función misma jurisdiccional del Estado. Y, por tratarse de mate-

ria ligada, directa o indirectamente a la decisión, se explica que la fuerza de la cosa juzgada se proyecte sobre dicha materia.

"Se comprende que al admitirse los efectos indirectos, en lo que respecta a la motivación de los fallos, y concretamente a la prueba de los hechos, una nueva derivación de la cosa juzgada se cumple, ya que la importancia de cobijar con ella el juicio del juez sobre la prueba no resulta de que el fallo pueda aducirse con eficacia solamente en un nuevo juicio idéntico, sino también en otro, entre las mismas partes, y en el cual se trate de lograr el reconocimiento de una consecuencia distinta. Así ocurre, por ejemplo, en la citada sentencia de 27 de octubre de 1938 (XLVII, 330), no obstante la diversidad de acciones, de división de una comunidad, la una, y de oposición a la ejecución de la sentencia de división, la otra".

Entre el juicio que terminó con la sentencia de 5 de septiembre de 1952, proferida por la Corte como tribunal de instancia, y el en que se dictó el fallo recurrido existe la triple identidad a que se refieren los artículos 473 y 474 para efectos de la cosa juzgada. Se trata de unas mismas partes, pues en el primero actuó como demandante Oliverio Rodríguez y ahora demandan sus herederos, siendo los demandados las mismas personas en ambos juicios; la demanda tiene el mismo objeto o sea el reconocimiento de indemnización y por la misma causa esto es como constructor de un edificio en terreno ajeno. Se está, por tanto, en el caso contemplado en la anterior doctrina de la Corte, y como el Tribunal sentenciador negó al fallo aducido la eficacia que le corresponde, incurrió en el error de derecho de que se le acusa con infracción del artículo 632 del C. J. que señala el mérito de los documentos auténticos, a la vez que infringió los artículos 473 y 474 del mismo Código por haber negado a dicho fallo uno de los efectos de la cosa juzgada, vale decir, el hecho que en él se consideró demostrado, esto es, que el demandante fue quien construyó a sus expensas el edificio. Por estos motivos la sentencia recurrida debe ser infirmada y corresponde a la Corte, como tribunal de instancia, dictar la que debe reemplazarla, a lo cual se procede.

Sentencia de instancia

El señor Juez del conocimiento, en la sentencia de primera instancia, hizo el estudio pormenorizado de las excepciones propuestas por los demandados y de ese estudio llega a la conclusión de que carecen de fundamento. Ningún reparo puede hacerse al concepto del juzgado por ser del todo acertado.

En el fallo que puso término al primer juicio hizo la Corte un detenido estudio de la prueba allegada y que en copia se trajeron a éste. El juzgador de la primera instancia reconoce a esa prueba todo su valor y acoge el análisis que de ella hizo la Corte en la primera ocasión.

Ahora bien, como de acuerdo con la doctrina de la Corte, que se transcribió en el estudio del cargo, "el juicio del juzgador sobre la prueba de los hechos que han sido base de la decisión, demuestra esos mismos hechos en un nuevo litigio, entre las mismas partes y aun cuando se trate de obtener el reconocimiento o declaración de un efecto, consecuencia o resultado distinto del que se persiguió en la primera litis", preciso es tener aquí como demostrados los hechos que en la sentencia aducida se tuvieron como probados, entre los cuales el fundamental es que "se probó que el demandante fue quien construyó a sus expensas el edificio".

Ese hecho no fue desvirtuado en el nuevo juicio. En éste la parte demandada obtuvo las declaraciones de Santos Méndez, Isaac Arce, Marco Antonio García Carvajal y Paulo E. Rodríguez. Se examinan estas declaraciones.

Santos Méndez, luego de manifestar que conoció el lote en que fue construído el edificio de que se trata y que intervino como ayudante en la edificación de éste por haber sido buscado por Joaquín Vega como compañero para esa obra, dice: "Es cierto que durante el tiempo que duró la edificación, en el año de 1943, pude darme cuenta de que el señor Oliverio Rodríguez obraba como mandatario o representante de su padre Isidoro Rodríguez, pues éste iba a ver allí la obra a medida que se iba haciendo, y también Joaquín Vega me dijo, cuando me contrató como compañero para ese trabajo, que quien lo había contrato (sic) para el efecto lo había sido don Isidoro Rodríguez". Este mismo testigo había declarado ya en el primer juicio y entonces había dicho a ese respecto: "Como lo he dicho anteriormente, yo fui a trabajar en la construcción de la casa a que me vengo refiriendo contratado por Joaquín Vega, quien fue la persona que se encargó de la construcción de ese inmueble, por tanto no sé si el contrato fue celebrado directamente por Oliverio Rodríguez y el maestro Vega o entre don Isidoro y el mismo Vega o entre los tres de común acuerdo". Y adelante agrega: "Por no haber sido yo la persona que contrató la construcción de la casa

sino el maestro Joaquín Vega, no sé qué persona fue o fueron los que lo buscaron para ese fin". De las razones que este testigo da para afirmar que pudo darse cuenta de que Oliverio Rodríguez en la construcción de la casa obraba como mandatario o representante de su padre Isidoro Rodríguez, la primera o sea que éste iba a ver la obra a medida que se iba haciendo, carece de fuerza para la conclusión a que llega el testigo, pues no se requería que fuera el dueño de la obra para que fuera a verla, ya que también podía interesarle la obra que su hijo adelantaba; y en cuanto a la segunda razón, es evidente la contradicción con lo que antes había dicho que ignoraba quién había contratado a Joaquín Vega para la construcción de la casa. Por tanto esta declaración carece de valor para demostrar que fue Isidoro Rodríguez el constructor a sus expensas.

Isaac Arce, afirma que Isidoro Rodríguez le dijo que estaba construyendo una casa, pero no supo dónde.

Marco Antonio García Carvajal, dice que por insinuación suya edificó Isidoro Rodríguez la casa a que se refiere el juicio, que Isidoro le manifestó que para la administración de esa obra tendría que seguramente comisionar a su hijo Oliverio y que personalmente le consta que en varias ocasiones, en la oficina del declarante, Isidoro Rodríguez entregó a su hijo Oliverio cantidades de dinero para el pago tanto de peones como de materiales de la casa aludida, por lo que puede afirmar con seguridad absoluta, que Oliverio pagaba los peones que construían la casa, así como los materiales que en ella se utilizaron, con dineros que Isidoro le entregaba para tal efecto. Pero además de ser declaración única sobre esos hechos, ocurre que está en contradicción con lo confesado por el propio Isidoro Rodríguez, quien, según aparece de la sentencia que decidió el primer juicio, aceptó al contestar la demanda todos y cada uno de los hechos fundamentales de ésta, en el primero de los cuales se afirmó que el demandante Oliverio Rodríguez construyó la casa para sí y con dineros de su exclusiva propiedad, y en el segundo, que el valor de los materiales, de la mano de obra y todos los gastos invertidos en la construcción fueron sufragados por el demandante con dineros de su exclusivo peculio personal. Ante esa confesión carece de fuerza la declaración de García Carvajal, que se repite, es única sobre los hechos que con ella quisieron demostrarse.

Pablo E. Rodríguez, dice que fue perito en la sucesión de Vicenta Suárez y en tal condición asistió a la diligencia de inspección de bienes a la cual también asistieron Isidoro Rodríguez, cónyuge sobreviviente y Oliverio Rodríguez, y que entre los bienes materia de la inspección figuró la casa del pleito. Preguntado este testigo de acuerdo con el punto 4º del interrogatorio concebido así: "Si en esa diligencia el señor Isidoro Rodríguez le manifestó que él (Isidoro) había suministrado el dinero para la construcción de la casa identificada en el punto anterior, pero que deseaba que en la partición se le adjudicaran a su hijo Oliverio, por haber dirigido los trabajos", contestó: "No me consta lo preguntado en este punto. Ahí no hubo ninguna manifestación de nada". De la sentencia del primer pleito aparece que este testigo ya había declarado y se observa que lo que ahora dice no está en un todo conforme con lo que entonces dijera.

No existe, pues, prueba suficiente para desvirtuar el hecho de que Oliverio Rodríguez fue quien construyó a sus expensas el edificio, y como por otra parte el Juez de la primera instancia llegó a la conclusión de que los demandantes son poseedores de buena fe, sin que ese concepto merezca ser rectificado, su providencia debe ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio el 9 de noviembre de 1955 por el Tribunal Superior de Ibagué, y en su lugar falla:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Espinal el veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, en el presente juicio, con la aclaración contenida en auto de 16 de marzo de 1955.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Guillermo Garavito Durán—Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas—Juan Manuel Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas V.—Jorge Soto Soto, Secretario.

REQUISITOS DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS. — DIFERENCIA ENTRE TACHA O EXCEPCION Y OBJECION DE FALSEDAD DE UN DOCUMENTO PRIVADO. — FUERZA PROBATORIA Y OBLIGATORIA DEL INSTRUMENTO.—APRECIACION DE PRUEBAS EN JUICIOS DE FILIACION NATURAL. — ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. — MEDIO NUEVO EN CASACION. — TESTIMONIOS OPUESTOS O CONTRADICTORIOS.—LOS FUNCIONARIOS DE SOCIEDADES CREADAS POR LA LEY NO SON EMPLEADOS PUBLICOS

1.—Una cuestión no planteada a los sentenciadores de instancia en ningún momento del juicio presentada por primera vez ante la Corte, no como problema meramente jurídico sino ligada a la apreciación de la prueba, es constitutiva de un medio nuevo en casación.

2.—Las expresiones "competente funcionario" y "funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones", usadas en los artículos 1758 del Código Civil y 632 del Código Judicial, respectivamente, están limitadas en su alcance y sentido por el concepto técnco-administrativo que el Código de Régimen Político y Municipal da, en su artículo 5º a la expresión "empleados públicos".

En ninguna de las categorías establecidas por este artículo, como ya se dijo, bajo concepto técnico-administrativo, específico, puede catalogarse la modalidad de las funciones que corresponden a los directores representantes de la Nación, ni a los de los subalternos, en una sociedad anónima o de otra naturaleza, que si bien es creada y fomentada por la ley, está regida estrictamente por preceptos de derecho privado o común.

3.—Del artículo 1758 del C. C. ha de deducirse la regla general de que tres son los requisitos que debe reunir un instrumento, o documento, o en general un escrito para que sea público o auténtico: que esté autorizado; que lo esté con las formalidades legales, y por un funcionario público.

"La autorización es la firma del funcionario, sea como autor del instrumento, por ejemplo el Presidente de la República que con el Ministro del Ramo suscribe una resolución de adjudicación de un baldío o de una mina a favor de un particular; o sea que el acto haya pasado ante él, como las declaraciones que los particulares hacen ante el Notario, quien firma la copia autorizándola; sea firmado por él, tal como la Contraloría que deduce un alcance líquido contra un deudor o responsable del erario".

Entonces, un documento extendido ante funcionario público puede no tener valor como público: a) por incompetencia del funcionario; b) por incapacidad del mismo; y c) por defecto de forma propia del instrumento.

Con relación a la competencia, ésta es de dos clases: por razón del lugar, y por razón de la materia. La falta de una cualquiera de estas competencias, hace perder al instrumento el carácter de público, pero le queda valor como privado. La incapacidad del funcionario conduce a dos situaciones jurídicas distintas según la clase de interés que aquél tenga en el acto. Si directo, el acto es nulo; si consanguíneo o afín, el acto puede valer como privado o constituir un principio de prueba por escrito.

La ausencia de forma propia del instrumento tiene solución más práctica en estos casos. Si falta la firma del funcionario, el instrumento vale como privado, si la idoneidad de un testigo, o una fecha, entonces también vale el documento como privado, siempre y cuando que la falta de la formalidad no esté sancionada por la ley con la nulidad del acto.

Estas últimas situaciones de derecho probatorio están previstas en el inciso final del artículo 1760 del Código Civil.

4.—El instrumento público no es sólo el

auténtico, pues el artículo 1758 del Código Civil hace sinónimos estos términos para los solos fines de definir el primero. Este siempre es auténtico, pero un instrumento auténtico no siempre es público. De aquí, que la autenticidad de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, "se refiere al hecho de haberse otorgado realmente un documento por la persona y la manera que en él se expresa, es decir, a que es cierto que lo firmó y autorizó quien aparece suscribiéndolo o prohijándolo, o que su existencia es cierta. En cambio, la publicidad, alude al conocimiento del documento, como que pierde el carácter de reservado entre los firmantes para convertirse en otorgado para todos. "De allí, también, que el documento privado adquiere el carácter de auténtico al ser reconocido por la parte obligada o por uno de los medios que para tal efecto prevé el Código Judicial".

Así las cosas, tanto dá, contra los directamente interesados y sus sucesores a título universal o singular, y para los efectos de su obligatoriedad probatoria, que el documento sea privado, pero reconocido, como que sea público, esto es, auténtico. Porque difieren solo en cuanto a su alcance probatorio: el público prueba contra todos en cuanto a su existencia y otorgamiento, no así el privado reconocido que sólo alcanza a probar contra los obligados directamente y sus causahabientes. De donde nace, a la vez, la diferencia entre fuerza probatoria y fuerza obligatoria; la primera se dirige al juzgador, y la segunda a las relaciones entre partes, pero ambas concurren entre ellas, pero para los terceros el acto público tiene eficacia probatoria pero no obligatoriedad.

5.—En pura doctrina, distinguen los autores de derecho procesal entre los medios de defensa, la objeción de la excepción propiamente dicha; "y entienden por la primera la negación del derecho pretendido por el demandante, sea en cuanto su nacimiento o únicamente en cuanto a su ejercicio; y por excepción la afirmación de hechos distintos para desvirtuar los efectos del derecho invocado por el actor, no su existencia, cuya prueba y alegación le corresponde al demandado. En cambio, como la objeción se limita a una negativa, sin plantear nuevas cuestiones, no es necesario que el oponente o demandado tenga a su cargo la prueba de esas negaciones, sino que el demandante lleva la de sus afirmaciones.

Nuestra legislación procesal civil no acepta aquel criterio diferencial de la doctrina, pero en algunos casos, implícitamente, lo autoriza, como en el de la tacha de falsedad civil de un documento. En efecto, si éste está revestido de autenticidad, instrumento público o privado legalmente reconocido, su tacha constituye una verdadera excepción e impera la regla: "reo excipiendo fiat actor". Si se trata de un mero documento privado en las circumstancias del artículo 645 del Código Judicial, su tacha constituye una objeción, y entonces la parte que lo presentó carga con la prueba de su legitimidad, bastando para que cree esta situación la sencilla manifestación de inconformidad, al Juez de la causa por la parte obligada o por su apoderado, respecto a la autenticidad de la firma o del contenido del documento.

6.—Puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le dá determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata entonces de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley. O bien puede suceder que el sentenciador se haya fundado en la mala apreciación de una determinada prueba o en la falta de apreciación de elementos que obren en el proceso y que fueron producidos legal y oportunamente. Cuando la equivocación en que incurrió el sentenciador fue de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas que obran de autos se observó que la apreciación hecha por él pugna en forma evidente y manifiesta con la realidad de los hechos, entonces se dirá que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

7.—El sistema de investigación de la paternidad natural autorizado por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es el de que ella puede declararse con base en las presunciones a que dan origen las distintas situaciones a que alude la mencionada norma, con adopción del criterio de derecho probatorio denominado de persuasión racional, en el

cual el Juzgador cuenta con un amplio margen de libertad en la apreciación del valor o fuerza de la prueba.

8.—Si un Tribunal en presencia de testimonios opuestos que no le permiten deducir una conclusión evidente, en un sentido o en otro, se halla perplejo en duda, como en el caso en estudio, puede prescindir de la prueba testimonial, por ser ineficaz en ese caso, y absolver con aplicación de los mandatos contenidos en los artículos 601 y 702 del Código Judicial, que autorizan la adopción del sistema de la sana crítica jurídica y de la persuasión racional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

La señora **Carola Orozco,** como representante legal de su hijo Henry o Enrique Orozco, inició ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Manizales juicio ordinario contra los herederos de don **Roberto Valencia Meza,** señores Luis Carlos, Manuel y Concepción Valencia Meza, para que con audiencia de éstos se declare el estado civil de hijo natural de su representado, así como promovió la acción de petición de herencia y la correspondiente a la restitución de los bienes relictos.

Como causales relativas a la filiación natural demandada se invocaron la tercera, cuarta y quinta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y como fundamentos de hecho de aquellas súplicas se alegaron:

Que la señora **Carola Orozco,** casada con el señor Jorge Zaraza tuvo un hijo natural siendo ya viuda de éste, el veintiseis de enero de 1948, al cual se le puso el nombre de Henry. Que entre Carola Orozco y Carola Valencia Meza existieron relacionse sexuales estables y notorias, a partir del año de 1934 hasta el de 1951, cuando el último falleció, época dentro de la cual nació Henry. Que Valencia Meza trató a Henry como su hijo, ya que proveyó a su subsistencia y establecimiento, pero no a su educación por no estar en edad escolar y que en virtud de ese tratamiento los deudos, amigos y el vecindario han aceptado a Henry como hijo de Roberto Valencia Meza. Los demandados suministraron la suma de seis mil pesos a Henry para la adquisición de una casa, lo cual hizo Carola Orozco como representante de su hijo. Que existen pruebas escritas provenientes de Roberto Valencia Meza de las que se desprenden una confesión inequívoca de paternidad en relación con el menor Henry Orozco.

Que Roberto Valencia Meza otorgó testamento en 1941, antes del nacimiento de Henry, testamento que fue abierto en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, diligencias protocolizadas bajo la escritura pública número 959 de 1951 de la Notaría Segunda del Circuito de dicha ciudad. Que en dicho testamento Roberto Valencia Meza instituyó como sus herederos universales a sus hermanos Manuel, Luis Carlos y Concepción Valencia Meza, y el respectivo juicio de sucesión fue tramitado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad, reconociéndose en él como herederos a los nombrados hermanos del causante, adjudicándose los bienes relictos a la heredera Concepción Valencia Meza, como tal y como subrogataria de los derechos de los otros herederos y quien actualmente está en posesión de aquellos bienes herenciales.

Los demandados contestaron la demanda oponiéndose a las súplicas impetradas, negando la mayor parte de los hechos y manifestando atenerse en los otros a lo que se probara en el juicio.

El Juez del conocimiento, que lo es el Primero Civil del Circuito de Manizales, dictó sentencia de primer grado con fecha 9 de noviembre de 1954, declarando no probadas las excepciones propuestas; reconociendo los caracteres de hijo natural al menor Henry Orozco en relación con su pretenso padre Roberto Valencia Meza, fallecido, y el de heredero de éste con exclusión de los demandados, ordenando tomar nota, al margen de la partida de nacimiento, del estado civil de hijo natural de Henry Orozco, el registro de la sentencia, y negando las otras peticiones de la demanda, con costas a cargo de los demandados.

Las partes apelaron de esta decisión. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que conoció del recurso de apelación profirió, con fecha 18 de enero de 1956, sentencia de segundo grado revocando la revisada y consecuencialmente absolviendo a los demandados, con costas a cargo del actor.

Para llegar a esa decisión absolutoria el Tribunal estudia separadamente las causales primera, segunda y tercera, invocadas en la demanda, y que corresponden a la tercera, cuarta y quinta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, respectivamente, y analiza las pruebas relativas a cada una de esas causales. De ese estudio y análisis sacó la conclusión en cuanto a la primera causal invoca-

da en el libelo de que: "las pruebas aportadas por el demandante son en este caso insuficientes para dar por establecida, sin lugar a dudas, la existencia de una confesión inequívoca de paternidad".

En cuanto a la segunda causal dijo el Tribunal: "Es preciso admitir, que se encuentra probada en este juicio la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Roberto Valencia Meza y Carola Orozco durante un largo tiempo dentro del cual está comprendido el período del 26 de marzo al 26 de junio de 1947, que es en el que presuntivamente debió ocurrir la concepción de Henry Orozco, ya que éste nació el 26 de enero de 1948". Pero, por otra parte, el Tribunal encontró demostrado el extremo a que alude la parte final del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

En relación con la causal quinta invocada, posesión notoria del estado civil de hijo natural, el sentenciador se atuvo a las razones expuestas en la sentencia revisada en grado de apelación para no admitirla.

El recurso de casación

En el libelo de casación, formulado por el apoderado de la parte demandante recurrente, se hacen a la sentencia del Tribunal cinco cargos con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, aun cuando ésta no ha sido invocada expresamente, los cuales se consideran en su orden de presentación.

Cargo primero.—"Error de derecho en la apreciación del carácter de documento público o privado, que se encontró en la Caja Colombiana de Ahorros y en el cual se contiene una confesión inequívoca y expresa de paternidad".

Sustenta el recurrente el cargo así: Que "el Tribunal calificó 'la cuenta' que se encontró en la Caja Colombiana de Ahorros de Manizales, como documento privado, en forma implícita pero evidente, al exigirle a la parte actora la prueba de su autenticidad en cuanto a la firma del causante señor Valencia, so pretexto de una objeción que dizque se le hizo".

Para el recurrente el documento en referencia conforme a los artículos 632 del Código Judicial y 1758 del Civil, "es un instrumento público y por ende auténtico", como que es originario de un funcionario que ejerce el cargo por autoridad pública, ya que la Caja Colombiana de Ahorros es una entidad oficial o pública descentralizada; "su origen se encuentra en la Ley (1ª 57 de 1931) y su organización y funcionamiento depende exclusivamente de la Ley (actualmente se encuentra vigente el decreto —Extraordinario 1472 de 1955— que la reforman); sus funcionarios son pues oficiales o públicos exactamente lo mismo que los del Consejo Nacional de Ferocarriles Nacionales; en ejercicio de sus funciones abren las cuentas de las personas que allí concurren, autorizan las tarjetas correspondientes, identifican al interesado, manejan esos documèntos; y cada uno ejerce esas funciones en la respectiva sucursal".

"Estas dos normas fueron violadas por el Tribunal, incurriendo así en error de derecho, al apreciar la calidad del documento que analiza; porque conforme a ellas, y a su sana interpretación como de las jurisprudencias transcritas aparecen, se deduce sin la menor duda que se trataba de documento público.

"Ese error de derecho, por violación de los artículos 632 del C. J. y 1758 del C. C. y de la Ley 57 de 1931, artículos 40 a 45 y del Decreto Extraordinario 1472 de 1955, artículo 3º, especialmente, como consecuescia al no darle el carácter de entidad oficial a la Caja, condujeron al Tribunal a la violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 1759, 1765 del C. Civil, conforme a los cuales hace plena fe ese documento en cuanto al hecho de haberse otorgado, su fecha y sus enunciaciones o contenido, por ser entre partes; y finalmente a la violación por falta de aplicación del ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 y de los artículos 1º, 8º, 20, 18, 23 y 24 de la misma ley. Porque ha debido aplicarlos y reconocer la filiación impetrada y el derecho de herencia consecuente. Y por lo mismo vino a violar indirectamente los artículos 1321 a 1326 del C. Civil, pues ha debido aplicarlos y acceder a las peticiones de restitución de los bienes herenciales o de las cuotas tres partes de ellos en subsidio, en favor del heredero de mejor derecho y legitimario forzoso sobre las tres cuartas partes de la herencia".

Considera la Corte:

1º—La Corte habida consideración a la índole y peculiaridades del recurso extraordinario de casación se ha inhibido de aceptar en él los calificados de medios nuevos. Vale decir, los que se presentan por primera vez ante ella, "ex post facto", sin reparo, objeción ni contienda anterior, esto es, en instancia. "Otra cosa no acontece en el cargo que se estudia, porque acusada en él la sentencia del Tribunal de Manizales, por haber tomado en cuenta un elemento probatorio que como tal no

tuvo observación alguna en los trámites de instancia, es problema que se halla en oposición con él "en su singularidad, finalidades e idiosincrasia". Considerar en este recurso extraordinario un cargo de tal naturaleza, clase y circunstancias sería tanto como desoír las voces del artículo 519 del Código Judicial que señala su finalidad inicial.

En el presente litigio el instrumento aducido por el demandante recurrente fue admitido por la contraparte en una forma que implicaba su aceptación, como simple elemento de prueba, pero "no en su ser probatorio, ni en su calidad de tal". De allí, que el recurrente en forma vedada le advierta a la Sala la novedad del medio, al afirmar en el desarrollo del cargo que, "por ahora atacó simplemente la calificación del documento como privado", porque lo relativo a la autenticidad "será materia de cargo separado esta última apreciación".

El cargo no versa pues sobre la autenticidad del instrumento, cuestión ampliamente discutida en las instancias, sino que él alude directamente a la calificación implícita de documento privado en vez de instrumento público, que el Tribunal le dio a la "cuenta" encontrada en la Caja Colombiana de Ahorros, Sucursal de Manizales, cuestión ésta no planteada a los sentenciadores de instancia en ningún momento del juicio y cuya presentación por primera vez ante la Corte, no como problema meramente jurídico sino ligado a la apreciación de la prueba, es constitutivo de un medio nuevo en casación.

Al respecto ha dicho la Corte:

"Un recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal de violatoria de la ley. La violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas. Cuando no proviene de esto no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el recurso de ellas el problema o problemas netamente jurídicos en que la acusación consiste o se basa. El recurrente se presenta como defensor de la ley y a más de que la ignorancia de ésta no sirve de excusa (C. C., artículo 9º), mal podría pretender el opositor que se desoyesen argumentaciones de orden estrictamente legal y mal podría la Corte negarse a considerarlas, a pretexto de que en las instancias no se debatieron. Ni sensato sería exigir discusión previa en instancia acerca de un fallo que dentro de ellas no puede conocerse y que es sólo después de dictado cuando las partes pueden saber en qué sentido se dicta y por qué camino ha llegado a pronunciarlo el Tribunal. No así cuando la violación de la ley sustantiva de que se acusa un fallo proviene de error en la apreciación de prueba. En estos cargos de orden mixto la situación es diferente, porque ya no se está en el amplio y aún limitado campo jurídico de que acaba de hablarse, en el cual en defensa de la ley violada no hay posibles recortes a esta acción tutelar, ni temor de sorpresas o asechanzas de una de las partes litigantes para con la otra, sino que se está en terreno distinto en que la intervención del elemento de hecho cambia la faz procesal fundamentalmente, ya que el levantamiento de pruebas y su estudio sí es algo circunscrito, dentro de cada litigio por la calidad y marcha del mismo, de suerte que todo lo atañedero a ellas tiene su ciclo preciso dentro de las instancias y naturalmente en períodos anteriores a la sentencia del Tribunal. Estas reflexiones sencillas hacen ver con claridad cómo y por qué sin necesidad de expresa disposición legal y con sólo estar atenta a la índole y peculiaridades del recurso de casación, la Corte se ha guardado de aceptar en él los justamente llamados **medios nuevos,** esto es, los que vienen a presentarse por primera vez ante ella, **ex post facto,** sin reparo, objeción ni contienda anterior, esto es, en instancias. Acusar en él una sentencia porque tomó en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, es algo reñido con él en su singularidad, finalidad e idiosincrasia. Entrar a considerar en él cargos de esa clase y circunstancias, sería olvidar, por otra parte, a qué se encamina según la indicación inicial del artículo 519 del C. J. (Casación, 12 de marzo de 1936, XLIII, 731).

2º—Pero, aún en el supuesto de darle entrada al cargo para estudiarlo en sí mismo, él carece de eficacia suficiente para quebrantar la naturaleza del fallo recurrido. Porque, él no tiene sino visos de juridicidad y no corresponde a una verdadera realidad jurídica y procesal, y, en el caso de ser ese fallo infirmado por la Sala, ya ésta en instancia, tendría que llegar a la misma conclusión a que se llegó en aquella decisión, por estas razones:

a) Las expresiones "competente funcionario" y "funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referten al ejercicio de sus funciones", usadas en los artículos 1758 del Código Civil y 632 del Código Judicial, respectivamente, están limitadas en su alcance y sentido por el concepto técnico-administrativo que el Código de Régimen Político y Municipal da, en su artículo 5º a la expresión "empleados públicos", contenido

en los siguientes términos: "Son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos por las leyes. Los son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber: 1ª Los Magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad; 2ª Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen sino en su calidad de empleado: y 3º Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aún sin tener la calidad de empleado".

En ninguna de estas tres categorías establecidas, como ya se dijo, bajo concepto técnico-administrativo, específico, puede catalogarse la modalidad de las funciones que corresponden a los directores representantes de la Nación, ni a los de los subalternos, en una sociedad anónima o de otra naturaleza, que si bien es creada y fomentada por la ley, está regida estrictamente por preceptos de derecho privado o común.

Cabe transcribir en esta oportunidad, el concepto del opositor en el recurso de casación a este respecto, y que la Corte acoge por acertado y en el cual se dice:

"El Banco de la República, la Caja Colombiana de Ahoros, la Caja Agraria, el Central Hipotecario, etc., instituciones a las cuales el Estado está vinculado con fuertes aportes de accionistas, y que tiene origen en la ley, que las mandó establecer, imprimiéndoles su orientación primaria, son instituciones bancarias de las llamadas de economía mixta, algunas de las cuales el Estado les hace inclusive concesiones de servicios públicos, sobre todo de servicios de carácter económico. Con esas instituciones se ha querido armonizar el sistema de explotación del servicio exclusivamente por el Estado, lo que tiene el inconveniente de la reconocida inferioridad de la burocracia oficial para la gestión financiera; y el de prestación de tal servicio por entidades totalmente privadas, lo que tendría el grave inconveniente de que, moviéndose éstas sólo por consideraciones de lucro, estarían inclinadas a subordinar el interés público al suyo privado.

"La ley orgánica de dichas instituciones siempre dispone la constitución de un Banco en forma de sociedad anónima cuyas acciones deben ser suscritas por el Estado y por entidades privadas o semi-oficiales, en la proporción que fije la ley. De esta manera mediante un contrato queda constituída la persona jurídica de economía mixta, resultando de ahí una persona jurídica de derecho privado. Pues las sociedades comerciales se rigen en efecto por las disposiciones del C. de Comercio (artículo 634 del C. Civil).

"En los estatutos de estas instituciones de economía mixta se establece un régimen de gobierno y de dirección interna.

"Son los llamados órganos indirectos de ejercicio privado de la función pública de que hablan los tratadistas. El ente respectivo que es de puro derecho privado ejerce sus actividades en nombre propio, no en nombre del Estado, del cual no es órgano. Sin embargo, como también por su intermedio el Estado alcanza algunos de sus fines se les considera como órganos "indirectos" del mismo Estado, utilizando la expresión en el sentido amplio o impropio".

Lo anterior no acontece en el caso de los Ferrocarriles Nacionales, porque éstos constituyen un bien del Estado administrado por representantes directos de éste, no en la forma de sociedad anónima con aportes de aquél, sino que la integridad de ese patrimonio le pertenece desde la fecha de su nacionalización.

b) Anotan los doctrinantes y la jurisprudencia que, el artículo 1758 del Código Civil dice que "instrumento público o auténtico es el autorizado por las solemnidades legales por el competente funcionario". De donde ha de deducirse la regla general de que tres son los requisitos que debe reunir un instrumento, o documento, o en general un escrito para que sea público o auténtico: que esté autorizado; que lo esté con las formalidades legales, y por un funcionario público.

"La autorización es la firma del funcionario, sea como autor del instrumento, por ejemplo el Presidente de la República que con el Ministro del Ramo suscribe una resolución de adjudicación de un baldío o de una mina a favor de un particular; o sea que el acto haya pasado ante él, como las declaraciones que los particulares hacen ante Notario, quien firma la copia autorizándola; sea firmado por él, tal como la Contraloría que deduce un alcance líquido contra un deudor o responsable del erario".

Entonces, un documento extendido ante funcionario público puede no tener valor como público; a) por incompetencia del funcionario; b) por incapacidad del mismo; y c) por defecto de forma propia del instrumento.

Con relación a la competencia, ésta es de dos clases: por razón del lugar, y por razón de la materia. La falta de una cualquiera de estas competencias, hace perder al instrumento el carácter

de público, pero le queda valor como privado. La incapacidad del funcionario conduce a dos situaciones jurídicas distintas según la clase de interés que aquél tenga en el acto. Si directo, el acto es nulo; si consanguíneo o afín, el acto puede valer como privado o constituir un principio de prueba por escrito.

La ausencia de forma propia del instrumento tiene solución más práctica en estos casos. Si falta la firma del funcionario, el instrumento vale como privado; si la idoneidad de un testigo, o una fecha, entonces también vale el documento como privado, siempre y cuando que la falta de la formalidad no esté sancionada por la ley con la nulidad del acto.

Estas últimas situaciones de derecho probatorio están previstas en el inciso final del artículo 1760 del Código Civil.

En resumen: Si se aplican las anteriores reglas de derecho probatorio con vista de la realidad procesal existente en el caso sub-judice, se pone de relieve lo inválido, jurídicamente hablando, del cargo que se estudia. Porque, a prima facie, se observa la falta de la forma propia del documento, la autorización del funcionario, esto es, su firma en el acto extendido por él: la apertura de la "cuenta" de ahorros, a que alude el recurrente. Entonces, su calificación de documento privado por el Tribunal, no es errada en estricto derecho, porque así lo prevé el citado artículo 1760 del Código Civil al ordenar que, "el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes".

Las consideraciones expuestas son suficientes para rechazar el cargo estudiado, como en efecto se rechaza.

Cargo segundo.—"Error de derecho, por violación de los artículos 645 y 649 del Código Judicial, al estimar el Tribunal que hubo objeción contra la autenticidad del documento encontrado en la Caja Colombiana de Ahorros, por haber manifestado el apoderado de la parte demandada que "no se identificó la persona de Roberto Valencia para saber si el individuo que en ella se menciona es el mismo hermano de los demandados".

Califica el recurrente en el desarrollo del cargo de equivocada la apreciación del Tribunal al estimar, en su sentencia, como objetado de falta de autenticidad el documento a que el reparo se refiere, para deducir de esas consideraciones y de las expuestas en el salvamento de voto al fallo recurrido, el error de derecho en la apreciación de la prueba y el cual se concreta en los siguientes términos:

"Como consecuencia de este error de derecho en la apreciación del valor de tal prueba, el Tribunal violó indirectamente el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y los artículos 8º, 18, 20, 23 y 24 de la misma Ley, al no aplicarlos para acceder a las peticiones de la demanda sobre filiación y derecho herencial consecuente; lo mismo que los artículos 1321 a 1326 del C. Civil, al no acceder a las peticiones de restitución de bienes, con accesorios y frutos".

Considera la Corte:

a) El instrumento público no es sólo el auténtico, pues el artículo 1758 del Código Civil hace sinónimos estos términos para los solos fines de definir el primero. Este siempre es auténtico, pero un instrumento auténtico no siempre es público. De aquí, que la autenticidad de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, "se refiere al hecho de haberse otorgado realmente un documento por la persona y la manera que en él se expresa, es decir, a que es cierto que lo firmó y autorizó quien aparece suscribiéndolo o prohijándolo, o que su existencia es cierta. En cambio, la publicidad, alude al conocimiento del documento, como que pierde el carácter de reservado entre los firmantes para convertirse en otorgado para todos". "De allí, también, que el documento privado adquiere el carácter de auténtico al ser reconocido por la parte obligada o por uno de los medios que para tal efecto prevé el Código Judicial".

Así las cosas, tanto dá, contra los directamente interesados y sus sucesores a título universal o singular, y para los efectos de su obligatoriedad probatoria, que el documento sea privado, pero reconocido, como que sea público, esto es, auténtico. Porque, difieren sólo en cuanto a su alcance probatorio: el público prueba contra todos en cuanto a su existencia y otorgamiento, no así el privado reconocido que sólo alcanza a probar contra los obligados directamente y sus causahabientes. De donde nace, a la vez, la diferencia entre fuerza probatoria y fuerza obligatoria; la primera se dirige al juzgador, y la segunda a las relaciones entre partes, pero ambas concurren entre ellas, pero para los terceros el acto público tiene eficacia probatoria pero no obligatoriedad.

b) Dadas las anteriores consideraciones generales sobre instrumentos públicos, privados reco-

nocidos y los efectos de su autenticidad y publicidad; aclarados suficientemente en el estudio del cargo primero que la calificación del documento privado, al glosado en ese reparo, implícitamente dada por el Tribunal en el fallo recurrido en casación no fue errada, pues tal estimación está expresamente autorizada por la ley, y dada también la circunstancia de que el recurrente así reconoce esa situación en el texto y desarrollo del cargo objeto de este estudio, no sobra y, antes bien, es oportuno hacer estas otras consideraciones:

"Es obvio, que con la tacha de falsedad civil se persigue un resultado práctico, que es impugnar un documento que ya de por sí tiene una eficacia probatoria. Ninguno se molestaría en atacar lo que carece de valor, lo inocuo, lo inerte. Por consiguiente, la tacha de falsedad se endereza contra el documento auténtico, así sea público o privado que haya adquirido la categoría de auténtico. La tacha va contra lo que vale, tiene por objeto destruir la fuerza que de no tacharlo procuraría el documento. El artículo 655 del Código Judicial habla de "incidente contra la autenticidad del instrumento o sobre suplantaciones hechas en él".

"A todo documento público lo acompaña el peso de dos graves presunciones. La de autenticidad, por ser obra de un funcionario a quien la ley deposita la fe pública; y la de verdad, por la sinceridad de su origen y fidelidad en la custodia, de modo que excluye las posteriores adulteraciones. De ahí que el incidente de falsedad civil se dirija contra la autenticidad y contra la suplantación, según el artículo 655.

"No hay dificultad pues, en entender la razón y finalidad de la querella de falsedad civil contra un documento público, ni tampoco contra un documento privado reconocido por atestación o inscripción, aún fictamente. Tampoco lo habría respecto del documento reconocido expresamente por juramento, aunque sería raro el caso de que no se tachara éste desde un principio, pero sí es posible que el incidente de tacha se presente en este caso por los herederos. En cuanto al documento que lleva vía de un reconocimiento tácito, requiere una explicación:

"Es ese el caso del artículo 645 del Código Judicial, como se recordará. 'Un documento privado se tiene por reconocido, dice, cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüído de falso para que quien lo presente pruebe su legitimidad'. Este documento no se lleva al juicio atestado ni registrado ni hay requerimiento para su reconocimiento jurado. Si el obligado guarda silencio, el silencio vale por aceptación tácita. Para que no se produzca la aceptación tácita es necesario que la parte obligada proteste contra la autenticidad de la firma o del contenido, que lo objete o redarguya de falso. Y aquí es donde deseamos aclarar que la redargución de falso de que habla el artículo 645 no es la querella de falsedad, no es el incidente o articulación de autenticidad, no. Simplemente es una manifestación expresa dirigida al Juez de la causa en que la parte que pudiera quedar obligada por el documento hace presente al Juez que no le reconoce autenticidad. En tal forma sencilla se suspende por el manifestante el reconocimiento tácito que de otra manera se consumaría con su silencio.

"Hay otra manera de explicar la diferencia entre la tacha o querella de falsedad y la mera expresión de inconformidad que suspende el reconocimiento tácito. Cuando un documento privado se lleva a los autos sin reconocimiento expreso, tal documento no tiene ninguna fuerza probatoria contra quien se produce; la protesta de inconformidad de la parte contra quien se produce, la del artículo 645, respecto de la firma y contenido del documento, obliga a quien lo presenta a probar su legitimidad En cambio, si el documento está ya reconocido o es un documento público, puesto que ya obliga, coloca al obligado en la forzosa circunstancia de impugnarlo mediante la querella de falsedad. Es entonces cuando se aplica el artículo 649 y se abre la articulación de falsedad civil". ("De la Prueba en Derecho", págs. 193 y 194, autor Profesor Antonio Rocha y sobre la tacha de falsedad civil).

c) La tacha, objeción o redargución de falsedad del documento glosado, la manifestó y puso de presente en tiempo oportuno el apoderado del demandado en los siguientes términos:

"a) No se identificó la persona de Roberto Valencia para saber si el individuo que en ella se menciona es el mismo hermano de los demandados. Este requisito es indispensable para que la prueba que pudiese surgir de allí tuviera algún valor". En derecho lo que no se prueba no existe".

Como se observa, a primera vista, se está en presencia de la situación procesal contemplada por el artículo 645 del Código Judicial, no ante la querella de falsedad civil propiamente dicha, sino simplemente en la de la manifestación expresa al Juez de la causa en que la parte obligada por el documento hace presente a aquél que no le reconoce autenticidad, y es suficiente esta forma sen-

cilla de formular la objeción para suspender el reconocimiento tácito que de otra manera se hubiera consumado con su silencio.

Esto, también, porque fuera de lo que se dejó expresado en la primera parte del estudio del cargo, en pura doctrina, distinguen los autores de derecho procesal entre los medios de defensa, la objeción de la excepción propiamente dicha; "y entienden por la primera la negación del derecho pretendido por el demandante, sea en cuanto su nacimiento o únicamente en cuanto a su ejercicio; y por excepción la afirmación de hechos distintos para desvirtuar los efectos del derecho invocado por el actor, no su existencia, cuya prueba y alegación le corresponde al demandado. En cambio, como la objeción se limita a una negativa, sin plantear nuevas cuestiones, no es necesario que el oponente o demandado tenga a su cargo la prueba de esas negaciones, sino que el demandante lleva la de sus afirmaciones.

Nuestra legislación procesal civil no acepta aquel criterio diferencial de la doctrina, pero en algunos casos, implícitamente, lo autoriza, como en el de la tacha de falsedad civil de un documento. En efecto, si éste está revestido de autenticidad, instrumento público o privado legalmente reconocido, su tacha constituye una verdadera excepción e impera la regla: "reo excipiendo fiat actor". Si se trata de un mero documento privado en las circunstancias del artículo 645 del Código Judicial, su tacha constituye una objeción, y entonces la parte que lo presentó carga con la prueba de su legitimidad, bastando para que se cree esta situación la sencilla manifestación de inconformidad, al Juez de la causa por la parte obligada o por su apoderado, respecto a la autenticidad de la firma o del contenido del documento. En estos principios doctrinales se inspira la jurisprudencia nacional al decir: "La parte contra la cual se produce un documento privado no revestido de autenticidad, no está siempre obligada a tacharlo de falso, para evitar que se consume su reconocimiento tácito, pues a este fin le basta que —como la ley lo permite— lo objete, reconozca o rechace en cualquier forma que signifique su propósito de no reconocerlo, y entonces corre a cargo de la parte que lo aduce la obligación de probar su legitimidad, si es que aspira a que se le asigne un pleno valor probatorio. Por consiguiente, cuando se formula una objeción con aquella finalidad o intención, no puede darse el reconocimiento tácito de que habla el artículo 645 del Código Judicial, porque es de pasividad, silencio o aquiescencia implícita de la parte obligada, de donde la ley infiere su voluntad de reconocer, lo cual sería antinómico o absurdo pretender encontrar cuando media una manifestación expresa de no reconocimiento". (G. J. Tomo LXIII. Casación 26 de septiembre de 1950, pág. 107).

Cargos tercero y cuarto

3º—"Error de hecho manifiesto al afirmar que no se probó la identidad de la persona que firmó ese documento en la Caja Colombiana de Ahorros". Por cuanto el Tribunal "no vio, o no atendió en absoluto, la parte final de la manifestación hecha por el Gerente de la Institución, en la inspección ocular sobre el documento' Que "el Tribunal no vio o pasó por alto, que la identificación del firmante Roberto Valencia M., se hizo por la cédula de ciudadanía tal como exigen nuestras leyes; y que el número de la cédula que se exhibió y quedó anotada al pie de la firma, es: 260892; e igualmente no vio o pasó por alto, que la cédula del causante, con la cual se identificó para otorgar el testamento que obra en autos, es la misma: 260892 (C. 1, fol. 6 vuelta); y que igualmente la cédula con la cual se identificó el mismo causante ante el Banco Central Hipotecario, en la solicitud que elevó para suscribir una cédula y que se copió en la inspección ocular (fl. 101, C. 2), es la misma: 260892, y que esta última firma por no haber sido objetada ni rechazada en manera alguna, se presume reconocida y auténtica, despejando toda duda acerca de que es la misma persona quien se identificó ante las dos entidades".

"Y estos errores manifiestos de hecho llevaron al Tribunal, en su Sala mayoritaria, a violar indirectamente y por falta de aplicación los artículos 4º, ordinal 3º, 8º, 18, 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936, al no reconocerle el carácter de hijo natural al actor, con sus derechos herenciales, y los artículos 1321 a 1326 del C. Civil al no acceder a su acción de petición de herencia con sus consecuencias de restitución de bienes y frutos, etc. A lo que cabe sumar la violación del artículo 645 del C. J. al ser llevado el Tribunal a considerar que había quedado sin reputación una objeción a la "legitimidad", vale decir a la autenticidad en sí, del documento, cuando apenas se había sostenido que faltaba la prueba de la identidad del firmante, sin rechazar la legitimidad de la firma que allí apareció".

4º—"Error de derecho al estimar el Tribunal que las inspecciones procesalmente válidas eran

las últimas y que las primeramente practicadas carecían de mérito".

Porque, "el Tribunal implícitamente consideró, al no darle mérito a las primeras inspecciones, que se suspende la jurisdicción cuando se otorga la apelación por recurrir de hecho, desde que se comunica al inferior; cuando la suspensión sólo opera desde la ejecutoria del auto de éste que dispone remitir el expediente al superior; pues de lo contrario sería desde la ejecutoria del auto del Tribunal. Tiene que buscarse la ejecutoria de uno de los dos autos, porque en parte alguna se refiere el legislador a la comunicación al inferior. Y sería absurdo pensar en la del auto del Tribunal porque operaría sin que la actuación del Juzgado hubiera quedado paralizada, y se pecaría contra la economía procesal, ya que habría nulidad de esa actuación".

Con lo cual "violó el Tribunal el artículo 147 citado y los artículos 724 y 730 del C. J. al no aplicarlos los últimos y al aplicar indebidamente, en su ordinal 1º a aquél, por no reconocerle mérito a tales diligencias. Y ese error lo llevó a darle valor a las segundas diligencias decretadas de oficio en auto de 7 de septiembre de 1954 (folio 100 vuelta, C. 2), en vez de reconocérselo a las primeras. Y como en éstas la manifestación del Gerente, es clarísima: "Manifestó el Gerente por averiguación previa que le hizo el Juez, que los datos consignados en dicha Tarjeta, como los pormenores dejados al reverso de la misma, fueron suministrados por la persona que abrió la cuenta, es decir, por el señor Roberto Valencia M., tal como allí consta y tal como se acostumbra en estas entidades. (Fol. 89 v. C. 2).

"Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta esta diligencia habría reconocido la plena identidad de la persona firmante, por su identificación ante el funcionario de la Caja para estos efectos. Y al no hacerlo, por el aludido error de derecho, incurrió indirectamente en violación de los artículos 4º, ordinal 3º, 8º, 18, 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936 al no reconocerle la filiación impetrada al actor, con sus consecuencias herenciales, y de los artículos 1321 a 1326 C. Civil al no acceder a la petición de herencia con sus restituciones, todos ellos por falta de aplicación.

Considera la Corte:

1º—Todo lo relativo a la calificación del documento, como a su autenticidad son temas o cuestiones estudiadas exhaustivamente en el estudio de los cargos anteriores. En tal virtud la Sala se remite a ese estudio para los efectos de estudiar los cargos que se consideran y deciden.

Por otra parte, un simple examen comparativo entre lo que se expresa en la diligencia de inspección ocular por el Gerente del Banco, el contenido de la sentencia recurrida en casación y el concepto del recurrente, es suficiente para concluir que el cargo está formulado fuera de la realidad procesal. En efecto, el sentenciador sí consideró la primera parte de la declaración del Gerente al consignar en su fallo que: "El segundo documento, o sea el observado por el Juez en la oficina de la Caja Colombiana de Ahorros de esta ciudad, sí contiene manifestaciones inequívocas de paternidad hechas por quien solicitó la apertura de la cuenta de ahorros para el menor "Henry Valencia Orozco', pues la firma que dice "Roberto Valencia M." puesta al pie de las indicaciones y "Pormenores" de dicha cuenta, implica que quien la estampó fue la misma persona que dijo ante el empleado de aquella entidad que los padres de Henry eran "Roberto Valencia y Carola Orozco de Valencia". Pero observa el Tribunal en relación con esta prueba "que al ser preguntado el señor Gerente de la Caja por el apoderado de los demandados sobre la autenticidad de la firma de Valencia M., hubo de manifestar que, por no ser él el encargado de la apertura de esta clase de cuentas, apenas "presume que la manifestación sí la hizo el señor Roberto Valencia M., aunque puede suceder el caso de que los datos que figuran en la Tarjeta los haya dado persona distinta".

Agrega el Tribunal, a renglón seguido, "que el hecho 6º de la demanda fue expresamente negado por el apoderado de los demandados: y, sobre todo, que éste objetó o puso en duda la autenticidad de ese documento, en la primera oportunidad que tuvo para ello después de la inspección ocular practicada el 16 de septiembre de 1954".

Como se vio en el estudio de los cargos primero y segundo el soporte jurídico de la sentencia consiste en que el documento fue objetado, es suficiente, para mantener la sentencia, aún en el remoto supuesto de éxito del cargo estudiado, y máxime si se tiene en cuenta que la diligencia en donde se consignan las expresiones como dichas, en forma de informe, por el Gerente no aparece firmada por éste, como tampoco que hubiera prestado juramento legal de rigor. Entonces no alcanza a vislumbrarse, los errores de hecho con las características de evidencia que exige la ley para la prosperidad de un cargo de esta naturaleza.

2º—Son nociones lo suficientemente divulgadas

las que: puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le dá determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata entonces de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley. O bien puede suceder que el sentenciador se haya fundado en la mala apreciación de una determinada prueba o en la falta de apreciación de elementos que obren en el proceso y que fueron producidos legal y oportunamente. Cuando la equivocación en que incurrió el sentenciador fue de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas que obran de autos se observó que la apreciación hecha por él pugna en forma evidente y manifiesta con la realidad de los hechos, entonces se dirá que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

El cargo está formulado bajo la consideración básica de que el Tribunal no tuvo en cuenta las primeras diligencias de inspección ocular, sino las segundas, esto es, por falta de apreciación de una determinada prueba. Entonces, de acuerdo con las nociones que se han transcrito, debió ser formulado por el motivo de error de hecho evidente en los autos y no por el derecho en la apreciación de la prueba, ya que el Tribunal no le atribuyó a la analizada ninguna fuerza, ni tampoco le asignó valor mayor o menor del que la ley le otorga, simplemente no la tuvo en cuenta. Este aspecto técnico de la formulación del reparo sería suficiente para rechazarlo.

Pero, estudiado el cargo por sus dos aspectos alegados: el de la competencia y el del mérito probatorio del documento se sigue:

Que el documento reproducido en copia tomada de la primera diligencia de inspección ocular, es el mismo reproducido también en al misma forma en la segunda y, en esas circunstancias su autenticidad queda sujeta a la objeción que se le hizo por el apoderado de la parte demandada en el juicio; en consecuencia, su valor probatorio no cambia por el hecho de que se estime la primera o la segunda copia, con la primera o la segunda declaración del Gerente del Banco, porque tanto en una diligencia como en la otra, aparece el documento sin la autorización del empleado que lo extendió, lo mismo que las declaraciones de aquél, esto es, sin las firmas respectivas y sin la constancia de haber prestado el dicho Gerente el juramento legal de rigor. Y que esta situación procesal hace innecesario el estudio de la cuestión de la competencia o incompetencia del Juez del conocimiento para practicar las primeras diligencias de inspección ocular estando pendiente la decisión del recurso de hecho impetrado contra la providencia que decretó la práctica de tales pruebas, recurso que, por otra parte, prosperó y que la providencia que concedió la apelación en el efecto suspensivo fue comunicada y transcrita oportunamente al inferior, lo que lo inhibía para seguir conociendo del juicio.

Se rechaza el cargo.

Quinto cargo.—"Error de derecho al estimar el Tribunal que por simples indicios y declaraciones aisladas, que no forman plena prueba, se estructura el medio exceptivo consagrado en el inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para destruir la presunción que en el ordinal 4º se consagra".

Desarrolla el cargo el recurrente manifestando que las relaciones sexuales de Carola Orozco con personas distintas de Roberto Valencia M., en la época de la concepción del menor Henry, no están probadas plenamente, conforme lo exige el inciso final del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Que el Tribunal contrapone a la prueba plena de las relaciones sexuales estables y notorias, que así acepta, la de tres declaraciones: La carta firmada por la madre del menor Henry, las aisladas de Darío Valencia y Arturo Echeverri.

Que al darle mérito a esas declaraciones, "que afirman esas relaciones por deducción, el Tribunal violó el artículo 702 del C. J., además por qué existen once (11) declaraciones de testigos, vecinos, compañeros, con conocimiento perfecto y explicación clara y lógica de los hechos y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que afirman que mientras fue concubina de Valencia, o vivió con éste, la Orozco jamás recibió hombres con fines amorosos, ni la visitaba más que Valencia y los peones de la finca de éste en misiones del mismo; contradicción que aplicando el artículo 702 tiene que resolverse en favor de este grupo de 11 declarantes, tanto por el número, como por la concordancia entre ellos y la razón de sus dichos, frente a los que declaran cada uno sobre hechos separados, sin concordancia, sin fundamento de sus dichos y en contradicción consigo mismo el uno y con otros testigos los dos".

En síntesis, el cargo se hace consistir en error de derecho en la apreciación de la prueba e indicios, con el cual se produce la "violación por

aplicación indebida del inciso final y por falta de aplicación indirectamente del ordinal 4º, del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; y consecuentemente violación por falta de aplicación de los artículos 8º, 18, 20, 23 y 24 de la misma Ley, y 1321 a 1326 del C. Civil, que consagran los derechos herenciales del menor y las restituciones consiguientes de bienes, frutos y productos".

Considera la Corte:

El sistema de investigación de la paternidad natural autorizado por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es el de que ella puede declararse con base en las presunciones a que dan origen las distintas situaciones a que alude la mencionada norma, con adopción del criterio de derecho probatorio denominado de persuasión racional, en el cual el Juzgador cuenta con un amplio margen de libertad en la apreciación del valor o fuerza de la prueba.

El Tribunal de Manizales empleando el sistema o criterio antes anotado, aceptó con deducción de la prueba testimonial aducida por el demandante la existencia de la causal de las relaciones sexuales estables y notorias entre Roberto Valencia Meza y Carola Orozco, durante una época dentro de la cual "está comprendido el período del 26 de marzo al 26 de julio de 1947, que es en el que presuntivamente debió ocurrir la concepción de Henry Orozco, ya que éste nació el 26 de enero de 1948". Pero, a la vez, al estudiar el medio exceptivo consagrado en la parte final del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, encontró que la prueba testimonial presentada por la parte demandada, "se opone fundamentalmente a las consecuencias legales de lo dicho por todos aquellos declarantes, y que es contraria por tanto en este caso a la mencionada presunción de la ley. Y es así como el mérito que sin esta circunstancia tendrían todos esos testimonios, se encuentra desvirtuado o por lo menos disminuído, hasta el punto de que el Tribunal se ha visto asaltado por una tremenda duda sobre el origen paterno del menor Henry Orozco, duda o vacilación que necesariamente habrá de resolver en favor de la parte demandada".

Si un Tribunal en presencia de testimonios opuestos que no le permiten deducir una conclusión evidente, en un sentido o en otro, se halla perplejo en duda, como en el caso en estudio, puede prescindir de la prueba testimonial, por ser ineficaz en ese caso, y absolver con aplicación de los mandatos contenidos en los artículos 601 y 702 del Código Judicial, que autorizan la adopción del sistema de la sana crítica jurídica y de la persuasión racional.

Esto, porque "si el Juzgador está autorizado por la ley y por la ciencia de las pruebas judiciales, en caso de declaraciones encontradas, contradictorias o incongruentes, para apreciarlas en sus condiciones intrínsecas antes que en su cantidad, no es dable imputarle un error manifiesto de hecho ni un error de derecho, porque con razones satisfactorias se atenga a los dichos de los testigos en menor número, pero que tienen más notas de credibilidad; y mucho menos será oportuno acusarlo de errores cuando, a través de las divergencias aparentes de aquellos grupos de declaraciones, establece compaginación entre ellas. He aquí, por qué había sentado la jurisprudencia de casación, respecto del artículo 75 de la Ley 105 de 1890, que traía doctrina análoga a la del artículo 702 del Código Judicial, que él le abría suficiente campo al recto criterio del Juez para decidir lo más conforme a la verdad cuando se hallaba en presencia de declaraciones contradictorias y que dicho artículo no se prestaba, por tanto, para tomar pie en el contenido de su disposición, con el fin de corregir, en vía de casación, y por error de derecho la manera como el Tribunal estimó las pruebas testimoniales del proceso. (Gacetas Judiciales. Tomos XXI y XLI-bis, pág. 263). En tal virtud, se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales de fecha 18 de enero de 1956.

Costas a cargo del recurrente.

Guillermo Garavito Durán—Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas—Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

COSTAS JUDICIALES. — SANCION DE NO SER OIDO EL LITIGANTE CONDENADO EN COSTAS MIENTRAS NO PAGUE O CONSIGNE SU VALOR. — NECESIDAD DEL REQUERIMIENTO PARA HACER EFECTIVA ESTA SANCION. — QUIEN DEBE APLICARLA. — LA ACTUACION SURTIDA POSTERIORMENTE, OYENDO A LA PARTE QUE NO HA CANCELADO LAS COSTAS; NO SE INVALIDA, POR LO CUAL EL SUPERIOR ADQUIERE JURISDICCION PARA CONOCER DEL RECURSO INTERPUESTO POR DICHA PARTE.—CAUSAL 7ª DE CASACION

La justicia es impartida gratuitamente por el Estado, pero los litigantes deben pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que soliciten y otros que están contemplados en el Capítulo primero, Título XVI, Libro 2º del Código Judicial. También es de cargo de éstos suministrar el papel sellado oficial necesario para las actuaciones judiciales. Estos gastos llegan a ser finalmente de cargo de la parte que sucumbe en el juicio, incidente o recurso, la cual debe ser condenada al pago de las costas. La justificación de esta condena, según Chiovenda, "encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la que se realiza".

En el sistema que consagraba el Código Judicial, para la condenación en costas se atendía a la temeridad y a la malicia del litigante. El Decreto Extraordinario 243 de 1951 cambió de criterio y acogió la tendencia generalizada en las legislaciones modernas en las cuales el fundamento de la condena en costas es el hecho objetivo del vencimiento. Este decreto manda que se condene en costas al litigante vencido; al que promoviere un incidente o al que se opone a él cuando la decisión le es desfavorable; al que pierde el recurso de apelación que ha interpuesto; al que deja caducar la instancia y al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente o recurso, e impuso para el litigante condenado en costas, una vez ejecutoriado el auto aprobatorio de la liquidación respectiva, la sanción de no ser oído es el juicio mientras no presente el recibo de pago o no consigne su valor.

Esa sanción de no ser oído el litigante la aplica también el Código Judicial en sus artículos 351 y 571, y su alcance ha sido determinado por la doctrina y la jurisprudencia. La parte colocada bajo esa sanción no puede aprovechar los trámites del juicio, tales como el de petición de pruebas, ni podrá repreguntar a los testigos de la contraparte, ni pretender que sus solicitudes le sean resueltas, puesto que el Juez no debe oírlo, pero nada más. No queda sometida a perder el pleito ni a que el juzgador, prescindiendo de las pretensiones deducidas en el juicio, pueda dictar un fallo que sea desfavorable a la parte sancionada, con base solamente en que no puede ser oída. Ninguna sanción puede hacerse más gravosa ni debe hacérsele producir mayores efectos de los contemplados en la norma que la establece. La sanción procedimental de no ser oída la parte morosa en el pago de las costas, debe hacerse efectiva en iguales términos y producir los mismos efectos que la idéntica sanción de no ser oída la parte renuente en el reembolso de lo que su contraparte pagó por gastos que correspondía atender a la primera, a que alude el art. 571 del C. J. y que la misma sanción impuesta por el art. 351 ibídem para la parte que dejó de suministrar el papel sellado que le correspondía y que el Secretario suplió con papel común, porque en los tres casos se trata de apremio para que el moroso y renuente cumpla su obligación procedimental.

Esta Sala de Casación Civil, en auto de 26 de junio de 1956, publicado en la Gaceta Judicial, Tomo LXXXIII, pág. 82, interpretó el artículo 351 del C. J. en el sentido de que es necesario requerir al renueste en el suministro del papel sellado para que presente las estampillas necesarias para revalidar el papel común empleado en la actuación, como requisito previo para aplicarle la sanción de no ser oído, por razones de equidad y conveniencia procesal que se ex-

pusieron allí ampliamente. Por las mismas razones, en auto de 12 de diciembre próximo pasado, que aparece publicado en la Gaceta Judicial Nº 2174 y 2175, pág. 891, se estimó necesario el requerimiento previo sobre pago de costas liquidadas, .para .hacer efectiva la sanción de no ser oído que establece el art. 2º del Decreto Extraordinario 243 de 1951.

Pero además, cuando la condenación en costas ocurre en incidente tramitado en la primera instancia, es el juez quien debe hacer efectiva la sanción de no oír a la parte condenada en ellas mientras no las pague. Y si por inadvertencia u otro motivo no la aplica y oye a la parte que se ha colocado en tan anómala situación, la actuación que se adelante no será por ello nula ni dejará de producir sus efectos. Esto por lo que hace a la actuación dentro de la instancia. Porque en lo relativo a la aplicación de la sentencia, el Juez debe proceder como lo disponen los artículos 495 y 496 del Código Judicial, disposiciones que, en concepto de la Sala, no han sido modificadas ni suspendidas por el Decreto Extraordinario 243 citado. Según ellas, interpuesta en tiempo la apelación contra la sentencia, el Juez la concede si es procedente; y si la apelación es interpuesta por la parte que ha sido condenada en costas por auto ejecutoriado, sin haberlas pagado, el Juez la requiere para que haga el pago y si pasan cinco días después de la notificación del auto de requerimiento y la parte no paga, el Juez le deniega el recurso.

En todo caso, concedida que sea por el Juez la apelación que se haya interpuesto contra su sentencia, el Tribunal adquiere jurisdicción para conocer del negocio en segunda instancia. El artículo 497 del C. J. le señala al Tribunal el procedimiento para el caso de que el Juez conceda la apelación sin que el recurrente haya pagado las costas a que antes fue condenado. En este caso, a petición de la parte contraria, el Superior se abstiene de conocer y ordena que se devuelva la actuación al juzgado de su procedencia. Pero se repite, es necesario que medie petición de la parte contraria.

En el caso actual se observa que el Tribunal sólo a petición de la contraparte podía abstenerse de conocer del recurso, y como esa petición no se formuló, indebidamente se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia, declarándolo así es el fallo.

Se está, pues, en el caso contemplado en la causal 7ª de casación señalada por el artículo 520 del Código Judicial, alegada por el recurrente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, mayo veintiocho (28) de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Guillermo Garavito Durán).

Por escritura Nº 933 de 13 de octubre de 1948, de la Notaría Primera del Circuito de Neiva, Mario Silva y Matías Cerquera Torres constituyeron la sociedad comercial denominada "Talleres Unidos de Silva & Cerquera", con domicilio en la ciudad de Neiva. Luego por escritura Nº 89 de fecha 30 de enero de 1952, de la Notaría 2ª del Circuito de Neiva los socios Silva y Cerquera transformaron dicha sociedad en una de responsabilidad limitada bajo la razón social de "Talleres Unidos Ltda". con domicilio en Neiva y duración hasta el 30 de enero de 1955.

Mediante la escritura Nº 959 de 11 de octubre de 1952, otorgada ante el Notario Primero de Neiva, el socio Cerquera cedió a favor del socio Mario Silva la totalidad del interés que tenía en la sociedad "Talleres Unidos Ltda". por la cantidad de $ 25.000, de los cuales el cedente Cerquera recibió $ 5.000 y otorgó plazo de dos años al cesionario Silva para el pago del resto. En el mismo instrumento el adquirente Silva, diciendo obrar en su condición de administrador de "Talleres Unidos Ltda" para garantizar a Cerquera el pago del resto del precio, constituyó a favor de este hipoteca sobre un inmueble perteneciente a la aludida sociedad, a la vez que declara que por ser dueño de la totalidad del interés social de la firma "Talleres Unidos Ltda". y existir imposibilidad legal para que continúe funcionando, ha resuelto disolverla, como al efecto lo hace, sin perjuicio del crédito hipotecario de que antes se habló.

La escritura 959 antes mencionada sólo fue registrada en el Libro Número Segundo de la oficina de Registro del Circuito de Neiva y su extracto en la Cámara de Comercio.

Cerquera inició contra Silva juicio ejecutivo para el pago de la deuda que se hizo constar en la escritura 959 citada, previa solicitud de embargo y secuestro preventivos del inmueble a que se refirió la hipoteca, pero el secuestro no pudo

efectuarse porque Silva había vendido el inmueble a Joaquín Perdomo Ospina, según la escritura Nº 40 de 20 de enero de 1953, pasada en la Notaría Primera de Neiva.

Con base en estos hechos que son los fundamentales, Matías Cerquera, por medio de apoderado, en libelo presentado el 15 de julio de 1953 y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, promovió demanda por la vía ordinaria contra Mario Silva y Joaquín Perdomo Ospina, tendiente a obtener a favor de "Talleres Unidos Ltda". declaraciones de que esta sociedad es dueña de los bienes que la demanda relaciona y que fueron incorporados a su patrimonio como aportes de los socios; que es nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 40 de 20 de enero de 1953 de la Notaría Primera de Neiva; que deben restituírsele a la sociedad tales bienes, y otras declaraciones y condenas.

Tramitado el juicio, el Juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia con la sentencia de fecha 21 de mayo de 1955, en la cual decretó las peticiones de la demanda. Este fallo fue apelado por el apoderado del demandado Mario Silva y por el apoderado del demandante Cerquera. El Juzgado, por auto de 18 de junio del mismo año, concedió el recurso.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva dio al negocio los trámites propios de la segunda instancia, cumplidos los cuales, dictó la sentencia de fecha 14 de noviembre de 1955, que limitó a decidir la apelación de la parte demandante, absteniéndose de tomar en consideración el recurso de apelación interpuesto por el demandado Silva, por no haber pagado éste unas costas a que fue condenado en la primera instancia en el incidente de excepciones, costas que estaban liquidadas, estimando que por ello no podía ser oído.

El apoderado del demandado Silva interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal, recurso que se procede a decidir por haber sido fundado oportunamente.

La demanda de Casación

La acusación se dirige contra el siguiente pasaje del fallo recurrido:

"EL PARAGRAFO del artículo 2º del Decreto Extraordinario 243 de 1951 dice a la letra:

" 'El litigante que ha sido condenado en costas, una vez ejecutoriado el auto aprobatorio de la liquidación respectiva no será oído en juicio mientras no presente el recibo de pago o no consigne su valor'.

"Ahora, al fallar las excepciones propuestas por el demandado, el Juez del conocimiento condenó a éste en costas (folio 60 del cuaderno principal), las cuales fueron liquidadas, y aprobada la liquidación por auto de 3 de mayo de 1954, que quedó debidamente ejecutoriado.

"No hay constancia alguna de que el demandado haya hecho el pago de las costas a que se le condenó. De tal manera que no pudiendo ser oído en el juicio por esta causa, el Juez del conocimiento ha debido negarle el recurso interpuesto. Y aun cuando haya sido concedido, el Tribunal debe abstenerse de tomarlo en consideración. Lo contrario sería incidir en el mismo error en que incurrió el Juez a-quo.

"Esta sentencia habrá de limitarse, pues, a la apelación interpuesta por el apoderado del demandante, 'en cuanto la parte resolutiva del fallo no esté de conformidad con las peticiones formuladas en el libelo' ".

Los cargos

El recurrente acusa el fallo con base en las causales primera, segunda y séptima del artículo 520 del Código Judicial. Por la primera considera violados directamente el artículo 2º del Decreto Ley 243 de 1951 por errada interpretación; el artículo 26 de la Constitución Nacional, incorporado al Código Civil, por falta de aplicación, y los artículos 494 y 497 del Código Judicial también por falta de aplicación. Por la causal segunda formula el cargo por falta de concordancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandada al contestar la demanda y al recurrir ante el Tribunal en apelación de la sentencia del Juzgado del Circuito. Por la causal 7ª formula el cargo contra la sentencia del Tribunal, por haberse abstenido de conocer del recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia del Juzgado del Circuito, asunto de su competencia, habiéndolo declarado así en su fallo.

La Sala estudia el cargo formulado por la última causal o sea la séptima, no sólo porque el orden lógico indica estudiar en primer término los errores **in procedendo** del juzgador, sino porque estima que la acusación por esa causal es fundada y debe procederse conforme al artículo 540 del Código Judicial, para que las partes puedan obtener del Tribunal la sentencia a que tienen derecho, por la apelación concedida contra el fallo de la primera instancia.

El recurrente fundamenta el cargo así:

"Escuetamente expresada, la parte motiva de la sentencia acusada no es más que esto: como no hay constancia procesal de que el demandado haya pagado las costas a que se le condenó al decidir el incidente de excepciones dilatorias, el Tribunal, con aplicación del Decreto Extraordinario 243 de 1951, art. 2º se abstiene de tomar en consideración el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y se limita a considerar y decidir la apelación del demandante en lo desfavorable.

"Sobre este esquema, que coincide exactamente con la causal 7ª del art. 520 del C. J. en la totalidad de los elementos y condiciones que la integran, acuso también la sentencia de segunda instancia del Tribunal de Neiva por haberse abstenido de conocer del recurso de apelación de la parte demandada contra la sentencia del Juzgado del Circuito, asunto de su competencia, habiéndolo declarado así en su fallo.

"La doctrina jurisprudencial de esa Sala de Casación fue en un principio vacilante sobre la calificación de las causas y alcance de la abstención en que se funda este motivo de casación, que los expositores de derecho procesal consideran de especial importancia por ser recurso contra una forma de 'exceso de poder', y por fundarse, como lo dice la Corte, 'en una razón de orden público, por equivaler a la denegación de justicia'. En sentencias visibles en la Gaceta Judicial Tomo LIV, pág 52 y Tomo LVI pág 311, pareció inclinarse a la aceptación y procedencia de esta causal en todos los eventos en que un Tribunal Superior del Distrito Judicial se abstuviera ilegalmente de resolver negocios sometidos a su decisión aunque el motivo de la abstención no fuera cuestión de competencia. Ultimamente, como está claramente explicado en sentencia publicada a la pág. 475 del Tomo LXXXI de la G. J. se ha estatuído que 'lo esencial para la procedencia del motivo 7º de casación, es que e Tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata".

"Estimo que dentro de esta estricta doctrina de la jurisprudencia de casación la procedencia del recurso que sustento no tiene ninguna objeción valedera. Sobre la abstención de conocimiento y consideración los términos de la declaración del Tribunal son explícitos y terminantes. La carencia de base legal que legitimara la abstención es incuestionable según quedó demostrado en el capítulo fundamental de la acusación por la causal primera. Y respecto del requisito de que la abstención se apoye en razón de competencia o jurisdicción tampoco hay duda de que fue el motivo del fallo elusivo, porque invocar la prohibición de oír, no es más, en el fondo y doctrinariamente considerada la cuestión, que alegar una causa y caso de suspensión legal de la jurisdicción que dura mientras se cumple la exigencia prevista con fines fiscales o pago a la contraparte de costas judiciales. La explicación que en derecho procesal corresponde a esta situación no puede ser otra que una suspensión de la jurisdicción para efectos y en las condiciones que determina la ley.

"En este caso, en que evidentemente no ha debido abstenerse el Tribunal de Neiva de considerar y decidir el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, lo procedente, no existiendo en realidad sentencia de segunda instancia y no pudiéndose pretermitir esta pieza procesal dentro del recurso extraordinario de casación, cualquiera que sea la causal que prospere según lo ha establecido la Corte, no es pronunciar o dictar la sentencia sustitutiva de la casada, sino la devolución del expediente al Tribunal de origen para que determine lo procedente con arreglo a derecho, esto es, para que profiera una sentencia completa, no deficiente".

Considera la Corte:

La justicia es impartida gratuitamente por el Estado, pero los litigantes deben pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que soliciten y otros que están contemplados en el Capítulo primero, Título XVI, Libro 2º del Código Judicial. También es de cargo de éstos suministrar el papel sellado oficial necesario para las actuaciones judiciales. Estos gastos llegan a ser finalmente de cargo de la parte que sucumbe en el juicio, incidente o recurso, la cual debe ser condenada al pago de las costas. La justificación de esta condena, según Chiovenda, "encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la que se realiza".

En el sistema que consagraba el Código Judicial, para la condenación en costas se atendía a la temeridad y a la malicia del litigante. El Decreto Extraordinario 243 de 1951 cambió de criterio y acogió la tendencia generalizada en las legislaciones modernas en las cuales el fundamento de la condena en costas es el hecho objetivo del vencimiento. Este decreto manda que se condene en costas al litigante vencido; al que promoviere un incidente o al que se opone a él

cuando la decisión le es desfavorable; al que pierde el recurso de apelación que ha interpuesto; al que deja caducar la instancia y al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente o recurso, e impuso para el litigante condenado en costas, una vez ejecutoriado el auto aprobatorio de la liquidación respectiva, la sanción de no ser oído en el juicio mientras no presente el recibo de pago o no consigne su valor.

Esa sanción de no ser oído el litigante la aplica también al Código Judicial en sus artículos 351 y 571, y su alcance ha sido determinado por la doctrina y la jurisprudencia. La parte colocada bajo esa sanción no puede aprovechar los trámites del juicio, tales como el de petición de pruebas, ni podrá repreguntar a los testigos de la contraparte, ni pretender que sus solicitudes le sean resueltas, puesto que el Juez no debe oírlo, pero nada más. No queda sometida a perder el pleito ni a que el juzgador, prescindiendo de las pretensiones deducidas en el juicio, pueda dictar un fallo que sea desfavorable a la parte sancionada, con base solamente en que no puede ser oída. Ninguna sanción puede hacerse más gravosa ni debe hacérsele producir mayores efectos de los contemplados en la norma que la establece. La sanción procedimental de no ser oída la parte morosa en el pago de las costas, debe hacerse efectiva en iguales términos y producir los mismos efectos que la idéntica sanción de no ser oída la parte renuente en el reembolso de lo que su contraparte pagó por gastos que correspondía atender a la primera, a que alude el art. 571 del C. J. y que la misma sanción impuesta por el art. 351 ibidem para la parte que dejó de suministrar el papel sellado que le correspondía y que el Secretario suplió con papel común, porque en los tres casos se trata de apremio para que el moroso y renuente cumpla su obligación procedimental.

Esta Sala de Casación Civil, en auto de 26 de junio de 1956, publicado en la Gaceta Judicial, tomo LXXXIII, pág. 82, interpretó el artículo 351 del C. J. en el sentido de que es necesario requerir al renuente en el suministro del papel sellado para que presente las estampillas necesarias para revalidar el papel común empleado en la actuación, como requisito previo para aplicarle la sanción de no ser oído, por razones de equidad y conveniencia procesal que se expusieron allí ampliamente. Por las mismas razones, en auto de 12 de diciembre próximo pasado, que aparece publicado en la Gaceta Judicial Nº 2174 y 2175, pág. 891, se estimó necesario el requerimiento previo sobre pago de costas liquidadas, para hacer efectiva la sanción de no ser oído que establece el art. 2º del Decreto Extraordinario 243 de 1951.

Pero además, cuando la condenación en costas ocurre en incidente tramitado en la primera instancia, es el juez quien debe hacer efectiva la sanción de no oír a la parte condenada en ellas mientras no las pague. Y si por inadvertencia u otro motivo no la aplica y oye a la parte que se ha colocado en tan anómala situación, la actuación que se adelante no será por ello nula ni dejará de producir sus efectos. Esto por lo que hace a la actuación dentro de la instancia. Porque, en lo relativo a la apelación de la sentencia, el Juez debe proceder como lo disponen los artículos 495 y 496 del Código Judicial, disposiciones que, en concepto de la Sala, no han sido modificadas ni suspendidas por el Decreto Extraordinario 243 citado. Según ellas, interpuesta en tiempo la apelación contra la sentencia, el Juez la concede si es procedente; y si la apelación es interpuesta por la parte que ha sido condenada en costas por auto ejecutoriado, sin haberlas pagado, el Juez la requiere para que haga el pago y si pasan cinco días después de la notificación del auto de requerimiento y la parte no paga, el Juez le deniega el recurso.

En todo caso, concedida que sea por el Juez la apelación que se haya interpuesto contra su sentencia, el Tribunal adquiere jurisdicción para conocer del negocio en segunda instancia. El artículo 497 del C. J. le señala al Tribunal el procedimiento para el caso de que el Juez conceda la apelación sin que el recurrente haya pagado las costas a que antes fue condenado. En este caso, a petición de la parte contraria, el superior se abstiene de conocer y ordena que se devuelva la actuación al juzgado de su procedencia. Pero se repite, es necesario que medie petición de la parte contraria.

En el caso que se estudia, la parte demandada fue condenada al pago de costas por auto de 25 de enero de 1954 que resolvió las excepciones propuestas por dicha parte. Esas costas fueron liquidadas y la liquidación aprobada por auto de 3 de mayo del mismo año. Se dictó por el Juzgado la sentencia de 21 de mayo de 1955, de la cual apelaron el demandante y el apoderado del demandado Mario Silva, y el Juez, sin requerir a éste para que pagara las costas de que antes se habló, de cuyo pago no hay constancia, concedió la apelación. Llegada la actuación al Tribunal de Neiva, se tramitó la segunda instancia sin que mediara solicitud alguna del demandante para que el superior se abstuviera de conocer de la

apelación del demandado Silva, ni se requiriera a éste para el pago de las costas pendientes, ni se esbosara siquiera la prohibición de oírlo. Por el contrario, el Tribunal aparece dispuesto a oír a las partes, ya que ordenó fijar el negocio en lista con el objeto de que éstas, con sujeción a la ley, pudieran pedir la apertura del juicio a prueba; luego ordenó entregar el expediente a las partes, por seis días a cada una, para que alegaran, y después las citó para sentencia, señalando dí para celebrar la audiencia.

Fue sólo en la sentencia en donde decidió abstenerse de tomar en consideración el recurso interpuesto por el demandado Silva, para no incidir, según dice, en el mismo error en que incurrió el Juez a-quo, quien en concepto del Tribunal ha debido negarle la apelación porque no podía ser oído como deudor moroso de costas.

Ya se vio que el Tribunal sólo a petición de la contraparte podía abstenerse de conocer del recurso, y como esa petición no se formuló, indebidamente se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia, declarándolo así en el fallo.

Se está, pues, en el caso contemplado en la causal 7ª de casación señalada por el artículo 520 del Código Judicial, alegada por el recurrente. De consiguiente es el caso de infirmar la sentencia recurrida y con aplicación del artículo 540 del citado Código, ordenar que se envíen los autos al Tribunal de origen, para que dicte nuevo fallo tomando en consideración la apelación del demandado Silva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 14 de noviembre de 1955 en el juicio propuesto por Matías Cerquera contra Mario Silva y Joaquín Perdomo Ospina, y ordena remitir los autos al mismo Tribunal Superior de Neiva para que dicte nuevo fallo.

No hay lugar a condenación en costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial y cúmplase.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla Francisco de P. Vargas V. — Jorge Soto Soto, Secretario.

LA FE DEBIDA A LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS. — PRUEBA DEL NO PAGO DEL PRECIO QUE APARECE COMO RECIBIDO EN LA ESCRITURA.—CONFESION DEL APODERADO JUDICIAL. — APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL.—LEGITIMACION EN CAUSA. — CAUSAL 2ª DE CASACION. — ERROR EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA.— LOS ARTICULOS 601 Y 604 DEL CODIGO JUDICIAL SON DISPOSICIONES SUSTANTIVAS PARA EFECTO DEL RECURSO DE CASACION

1. — Cuando la sentencia es absolutoria, como en el caso presente, no puede entenderse que quedó sin decidir ningún extremo de la controversia porque al negarse todas las peticiones de la demanda se ha fallado sobre la totalidad del pleito. Así lo ha sostenido la Corte constantemente en numerosas sentencias.

2.—Es evidente que el Juez al estimar la demanda debe considerar no solamente la existencia del derecho que se ejercita sino también si éste corresponde precisamente a la persona del actor. Asimismo debe comprobar si la persona contra quien se dirige es el sujeto de la obligación. Si se considera la identidad de la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley, la legitimación es activa. Si se trata de la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se hace valer la voluntad de la ley, la legitimación es pasiva.

Este concepto, llamado por algunos procesalistas LEGITIMATIO AD CAUSAM y por otros "cualidad para obrar" o "legitimación para obrar" (expresión puesta en boga por Hugo Rocco), es lo que entre nosotros se ha conocido con el nombre de "personería sustantiva", término empleado por la Corte y los Tribunales desde hace muchos años.

3.—El error en que incurre un Tribunal en la interpretación de la demanda "sólo es susceptible de ser atacado en casación por error de hecho", ha dicho insistentemente la Corte. Además, el error de hecho debe aparecer de un modo manifiesto en los autos y es necesario que se alegue por el recurrente.

4. — Son sustantivas las disposiciones de los artículos 601 y 604 del C. J. y 1769 del C. C. que tratan, en su orden, de la manera como se aprecian las pruebas, de la confesión judicial y la extrajudicial y de los efectos de la confesión hecha en juicio, personalmente o por medio de apoderado, y la transgresión de estas normas por el Tribunal sentenciador es acusable por vía de la causal primera.

5.—Según el artículo 607 del C. J. la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante y sólo se presume para los escritos de demanda y excepciones y las respuestas correspondientes.

6.—A los instrumentos públicos se les debe dar crédito contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas. Por tal motivo, el artículo 1934 del C. C. dispone que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura. Esta regla sólo tiene la excepción, consagrada por la jurisprudencia, de que entre las partes contratantes es admisible la prueba en contrario. Empero, aún entre éstas, no todas las pruebas son eficaces para destruir el contenido de una escritura "dada la seguridad que debe rodear tales instrumentos".

7.—"La comprobación del pago de precio cuando se ejercita la acción de simulación (en este caso falsedad) no es carga que corresponda al demandado, ya que éste está amparado con la declaración de pago que contiene la escritura, la que hace fe contra los otorgantes en virtud del artículo 1759 del C. C. Es al denunciante a quien corresponde demostrar la falta de pago si quiere aprovechar el no pago como indicio de la simulación del contrato, tanto más si se ha demandado subsidiariamente la resolución del contrato por tal motivo. (GACETA JUDICIAL, Nos. 2174 y 2175, pág. 869).

8.—La Corte estima que, por regla general, no es posible desechar, en tratándose de

avalúos, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado, porque a ello se opone el artículo 721 del C. J., que es suficientemente claro y explícito, conforme lo ha sostenido esta Corporación en otras ocasiones. Pero no es menos cierto que es al juzgador a quien corresponde apreciar ese dictamen y examinar si los razonamientos deducidos por los peritos "tienen un firme soporte legal".

Es a él a quien libremente la ley le atribuye esta tarea y si considera que el dictamen no está debidamente fundamentado o sea una fundamentación que, a su juicio sea satisfactoria, esta apreciación no puede ser variada por el Superior "sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos".

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

(Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla)

En escrito de 2 de octubre de 1950, Rafael María Charry y Mercedes Verástegui v. de Charry, por medio de apoderado, instauraron demanda ordinaria contra Francisco Albornoz en el Juzgado Civil del Circuito de Girardot para que se declare lo siguiente:

"Primera. — Que el demandado, señor doctor Francisco Albornoz, no entregó en dinero efectivo, ni en ninguna otra especie, a la señora Elena Verásetgui (q. e. p. d.) la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), que dicha señora declara haber recibido, de manos del doctor Francisco Albornoz, como precio de la venta que ella le hizo de la casa, que se ubicará y alindará más adelante, por medio del instrumento público número 1.233, otorgado en la Notaría de Girardot, el día primero (1º) de septiembre del corriente año, de mil novecientos cincuenta (1950), y, que por tanto, la cláusula sexta del contrato contenido en la mencionada escritura, que dice: 'Que el precio de esta venta es la cantidad de veinticinco mil pesos moneda legal ($ 25.000.00), que la exponente declara haber recibido de manos del comprador a su entera satisfacción', es falsa, ideológica e intelectualmente —como mejor proceda en derecho— porque adulteró lo sustancial del contrato, o como dicen los autores "Se incurrió en un FALSO ATESTADO, QUE ES LA FALSEDAD IDEOLOGICA", o sea, que en el contrato contenido en el instrumento citado, se hizo constar un hecho falso, que no existió, cual fue el pago del precio asignado por las partes, al inmueble, que la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.), dijo vender al doctor Francisco Albornoz y éste dijo comprar.

"Segunda. — Que como consecuencia de la petición anterior, o independientemente de éste, se declare, que la cláusula sexta del contrato contenido en la escritura 1.233 otorgada en la Notaría de Girardot, el día primero de septiembre del corriente año de mil novecientos cincuenta, es nula, por vicio en el consentimiento de la señora Elena Verástegui, cláusula que dice: 'Que el precio de esta venta es la cantidad de veinticinco mil pesos moneda legal ($ 25.000.00), que la exponente declara haber recibido, de manos del comprador a su entera satisfacción'.

"Tercera.—Que, en subsidio, de la petición segunda, se declare que la tantas veces citada cláusula sexta del contrato contenido en la escritura número 1.233 de primero de septiembre de mil novecientos cincuenta, otorgada ante el Notario de Girardot, ha sido falsificada ideológicamente o intelectualmente, porque todo lo que es falsificado es falso y viceversa.

"Cuarta.—Que, como consecuencia de cualquiera de las peticiones anteriores, se declare que el demandado doctor **Francisco Albornoz**, no pagó a la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.), el precio convenido entre las partes, como valor del inmueble, cuyo dominio le transmitió la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.), al doctor Francisco Albornoz, por medio de la escritura pública número 1.233, otorgada ante el Notario de Girardot, el primero de septiembre de mil novecientos cincuenta o sea, que el demandado, no cumplió con la obligación que impone, a todo comprador, el artículo 1.928 del Código Civil.

"Quinta.—Que como consecuencia de todas las peticiones o una de ellas, se declare resuelto, por falta de pago del precio de la cosa vendida, el contrato de compraventa de la casa ubicada en la ciudad de Girardot, área urbana, distinguida en sus puertas de entrada con los números 9-20,9-28 y 9-32 de la calle 11, junto con el lote en el cual está edificada, inmueble actualmente determinado por los siguientes linderos: "por el frente o sur, en una extensión de 20 varas, con la calle 11; por el fondo o norte, en extensión de 20 varas, con propiedad de los señores Leonidas Lara e Hijos; por el Este, en una extensión de 40 varas, con casa de propiedad de la Sra. Mercedes Verástegui v. de

Charry; y por el Oeste, en una extensión de 40 varas, con casa de propiedad de la Sra. Leomina Salazar viuda de Devis". Este contrato fue celebrado entre el Dr. Francisco Albornoz, como comprador, y la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.), como vendedora, por medio de la escritura pública número 1.233 de primero de septiembre de mil novecientos cincuenta, otorgada ante el Notario de Girardot.

"Sexta. — Que en consecuencia de la petición anterior, se condene al doctor Francisco Albornoz, a entregar a los señores Rafael María Charry y Mercedes Verástegui viuda de Charry, a quienes la señora Elena Verástegui (.q e. p. d.) legó en su testamento, la casa, demarcada en la cláusula anterior, entrega que el doctor Albornoz, debe hacer a los citados señores como legatarios, a título singular, de la mencionada casa, de acuerdo con lo establecido en el testamento de la citada señora Elena Verástegui, con todos sus frutos civiles, desde el día primero de septiembre de mil novecientos cincuenta, hasta la fecha de la entrega, o sean diez días después de ejecutoriada la sentencia que tal cosa ordene, pues la citada casa la ha ocupado el doctor Albornoz, a título de arrendatario de la señora Elena Verástegui, desde hace varios años.

"Séptima.—Que se condene al doctor Francisco Albornoz a pagar, a los señores Rafael María Charry y Mercedes Verástegui viuda de Charry, los perjuicios que le ha ocasionado, por lucro cesante y daño emergente, por el hecho de no haber pagado el precio de la casa que djo comprarle a la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.), y que ésta dijo venderle, por medio del contrato contenido en el instrumento público número 1.233, de primero de septiembre de mil novecientos cincuenta, otorgada ante el Notario de Girardot, y en el cual hizo el doctor Albornoz, insertar la cláusula sexta, según la cual, la señora Elena Verástegui, había recibido de manos del doctor Francisco Albornoz, la suma de veinticinco mil pesos, cosa falsa totalmente, pues el demandado no ha entregado a la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.) ni un solo centavo como precio de la cosa vendida. Estos perjuicios serán estimados en este juicio, o en otro, especial de la ejecución de la sentencia, en el cual no se discutirá, la obligación de pagar perjuicios, sino su cuantía, al tenor de lo establecido en el artículo 553 del Código Judicial.

"Octava.—En subsidio de las peticiones quinta, sexta y séptima, y para el caso, también improbable, que se estimase que los señores Rafael María Charry y Mercedes Verástegui viuda de Charry, no tuviesen las acciones de que tratan las tres peticiones que acabo de citar, no obstante que con la muerte de la señora Elena Verástegui, quien legó en su testamento el inmueble, a que esta demanda se refiere, y que por tanto la herencia ya está diferida, reemplazando los asignatarios, a la causante, en todos sus derechos y obligaciones, en relación con el citado inmueble, asignado en el testamento, lo que dá a los asignatarios citados, "La propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla", pido que las tres peticiones anteriores, se hagan a favor de la sucesión testada, aún ilíquida, de la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.).

"Novena.—En subsidio de la acción resolutoria, que establezco por medio de las peticiones anteriores, y, para el caso improbable, de que el doctor Francisco Albornoz, comprobase que le entregó a la señora Elena Verástegui (q. e. p. d.) **veinticinco mil pesos** ($ 25.00.000) y que por tanto, es real y no falsa la declaración contenida en la cláusula sexta de la escritura número 1.233 de primero de septiembre de mil novecietnos cincuenta, otorgada ante el Notario de Girardot, pido que se declare por usted lo siguiente:

"a) Que la señora Elena Verástegui, como vendedora sufrió lesión enorme, en el contrato de compraventa de la casa ubicada en la ciudad de Girardot, área urbana, distinguida en sus puertas de entrada con los números 9-20, 9-28, 9-32 de la calle 11, junto con el lote sobre el cual está edificada, inmueble actualmente determinado por los siguientes linderos: 'Por el frente o sur, en una extensión de 20 varas, con la calle 11, por el fondo o norte, en extensión de 20 varas, con propiedad de los señores Leonidas Lara e Hijos; por el Este, en una extensión de 40 varas, con casa de propiedad de la señora Mercedes Verástegui viuda de Charry; y, por el Oeste, en una extensión de 40 varas, con casa de propiedad de la señora Leomina Salazar viuda de Davis', contrato celebrado con el doctor Francisco Albornoz, como comprador, que se hizo constar en la escritura pública número 1.233 ,otorgada ante el Notario de Girardot el 1º de septiembre de 1950.

"b) Que como consecuencia de la anterior petición, se declare RESCINDIDO dicho contrato, y, por tanto, se condene al doctor Francisco Albornoz, a devolver a los señores Rafael María Charry y Mercedes Verástegui viuda de Charry, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, siempre que el demandado no opte por el completo del precio en la forma prescrita por el artículo 1.948 del Código Civil, la casa que

queda individualizada y alinderada en el ordinal anterior, junto con sus frutos civiles, desde la fecha de la demanda, hasta el día de la entrega.

"Décima.—En subsidio de la petición anterior, y para el caso, improbable que se estimare que los Sres. Rafael María Charry y Mercedes Verástegui vda. de Charry, no tuviese acción, personalmente considerados, para pedir la RESCISION del contrato de compraventa, por LESION ENORME, no obstante haber sido ya diferida la herencia, y por consiguiente, los asignatarios reemplazan a la causante, en todos sus derechos y obligaciones, en relación con el inmueble asignado, y, tienen 'la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla', pido que se condene al doctor Francisco Albornoz, a devolver a la sucesión testada y aún ilíquida, de la señora Elena Verástegui, el inmueble individualizado y alinderado en la cláusula novena, con todos sus frutos civiles, desde el día primero de septiembre de mil novecientos cincuenta hasta la fecha de la entrega, en el estado que tenía en la fecha en que se celebró el contrato contenido en la escritura número 1.233, de primero de septiembre de mil novecientos cincuenta otorgada en Girardot ante el Notario, cuya RESCISION se demanda, y, que ha ocupado el doctor Albornoz desde hace varios años, a título de arrendatario de la señora Elena Verástegui.

"Undécima.—Ya sea que triunfe la acción principal de resolución del contrato, o la subsidiaria de RESCISION POR LESION ENORME, que se libre oficio a la Notaría del Circuito de Girardot y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito, para la cancelación de la escritura pública número 1.233, de primero de septiembre de mil novecientos cincuenta, otorgada en Girardot ante el Notario, ya tantas veces mencionada y para la cancelación de la respectiva inscripción en el Libro Número Primero.

"Duodécima.—Si el demandado se opone a esta demanda, pido que se le condene en costas".

El Juzgado del conocimiento, por sentencia de 13 de agosto de 1952 dio fin a la primera instancia negando "todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda".

Apelado este fallo por la parte actora, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó por sentencia de 17 de noviembre de 1952.

Contra esta sentencia han acudido en casación en demandas separadas, los representantes de los demandantes, las cuales se estudiarán en el orden en que fueron presentadas.

Primera demanda de casación

Esta demanda corresponde a la señora Mercedes Verástegui v. de Charry y contiene catorce cargos dispersos en cincuenta y siete páginas sin ningún orden ni precisión. Trece de estos cargos se formulan con apoyo en la causal primera y el restante en la segunda. Se estudia primeramente este último, por imponerlo así el orden lógico ya que de existir vicios esenciales en el procedimiento resultaría innecesario el examen de cualquier otro defecto de la sentencia. "Cuando el recurrente alega la primera y la segunda de las causales que señala la ley, la Corte debe principiar por estudiar la segunda si ella consiste en incongruencia por deficiencia en el fallo". (Casación de 30 de junio de 1919).

Causal segunda

El recurrente lo formula así:

"La sentencia no estudia la figura jurídica de la falsedad ideológica, nada expresa en concreto sobre la acción de falsificación y apenas se ocupa muy poco de la nulidad sin expresar por qué la niega", es decir, que hay inconsonancia entre las peticiones deducidas en la demanda y lo resuelto por el Tribunal.

Se considera:

Cuando la sentencia es absolutoria, como en el caso presente, no puede entenderse que quedó sin decidir ningún extremo de la controversia porque al negarse todas las peticiones de la demanda se ha fallado sobre la totalidad del pleito. Así lo ha sostenido la Corte constantemente en numerosas sentencias. Basta citar las siguientes:

"Siendo absolutoria la sentencia recurrida, mal puede decirse que se haya abstenido el Juzgador de fallar algo de la controversia o excedídose por fallar ultra o extra petita". (Casación de 3 de octubre de 1936).

"La causal segunda no puede prosperar cuando la sentencia es sencillamente absolutoria". (Casación de 15 de febrero de 1940).

"Se ha repetido hasta el exceso que cuando el fallador decide, afirmativa o negativamente, las peticiones de la demanda, la sentencia que así lo hace, guarda consonancia con las pretensiones aducidas por las partes en el litigio". (Casación de 8 de julio de 1943).

Por consiguiente, el cargo no prospera.

Causal primera

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia de 'ser violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea'. La violación de la ley proviene de apreciación errónea y de falta de apreciación de la mayor parte de las pruebas, pues el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar las pocas pruebas que tuvo en cuenta y en error de derecho que no apreció (sic) y en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos. Todo esto lo demostraré en capítulos separados llamados motivos'.

Después, al final de su escrito advierte:

"Pero si la Corte cree que el recurrente en casación ha de escoger entre infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea de la ley sustantiva y entre apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba o entre el error de derecho o el error de hecho en las pruebas, es manifiesto que mi acusación a la sentencia es por infracción directa de la ley sustantiva en las disposiciones legales que he citado a todo lo largo y ancho de esta demanda y podéis tener como retiradas las frases de errónea interpretación de la ley sustantiva y error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas así como la de falta de aplicación de la ley sustantiva y falta de apreciación de las pruebas, pero únicamente en estas frases, teniendo el razonamiento de los motivos que a ellas se refiere como razonamiento de violación de ley sustantiva".

Primer cargo

Lo formula así:

"Acuso la sentencia de haber aplicado una figura jurídica inexistente cual es la de la personería sustantiva".

Lo sustenta afirmando que el Tribunal violó el art. 328 y siguientes del Código Judicial por no haberlos aplicado y después de transcribir tal artículo, el 329 y el 343 de la misma obra, agrega: "Tenía pues obligación el Tribunal, si consideraba, como consideró, que los legatarios, no tenían acción, se declara (sic) probada la excepción perentoria correspondiente y no confundir como confunde la sentencia a los legatarios que establecen una acción principal con los herederos que establecen una acción subsidiaria".

Se considera:

El Tribunal creyó pertinente que ante todo debía estudiar si las partes que concurren al litigio "tienen realmente el derecho de intervenir y si están autorizadas por la ley para adelantar la acción, es decir, si tienen la personería sustantiva en el pleito, pues a pesar de la opinión expresada por el señor apoderado de los demandantes en el alegato de conclusión ante el Tribunal, opinión concebida en los siguientes términos: 'Hoy nadie ignora que no existe la figura jurídica de personería sustantiva sino simplemente de personería adjetiva' es lo cierto que lo que nadie ignora hoy, es que sí existe el fenómeno jurídico de la personería sustantiva, y que es lo primero que el Juez debe estudiar, para saber si las partes tienen derecho a figurar en el pleito".

Es evidente que el Juez al estimar la demanda debe considerar no solamente la existencia del derecho que se ejercita sino también si éste corresponde precisamente a la persona del actor. Asimismo debe comprobar si la persona contra quien se dirige es el sujeto de la obligación. Si se considera la identidad de la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley, la legitimación es activa. Si se trata de la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se hace valer la voluntad de la ley, la legitimación es pasiva.

Este concepto, llamado por algunos procesalistas **legitimatio ad causam** y por otros "cualidad para obrar" o "legitimación para obrar", (expresión puesta en boga por Hugo Rocco) es lo que entre nosotros se ha conocido con el nombre de "personería sustantiva", término empleado por la Corte y los Tribunales desde hace muchos años.

Así en sentencia de 18 de mayo de 1923 decía la Corte:

"No debe confundirse la personería adjetiva de un litigante, que es inobjetable pasado el tiempo que indica el artículo 332 del Código Judicial, con la personería sustantiva, fundada en no tener el demandante, por una u otra causa, el derecho que alega". (Fernando Garavito, Jurisprudencia de la Corte). Y en casación de 19 de noviembre de 1923, repite: "Si los jueces de instancia no tuvieron ocasión para considerar y decidir acerca de la personería sustantiva del demandante o demandantes ni su representación legal en el juicio, y antes bien, ellas fueron consentidas por el demandado, una vez que no los objetó, la ilegitimidad de tal personería no puede considerarse en casación, puesto que constituiría un medio nuevo". (Fernando Garavito, obra citada).

Desde entonces es familiar en el lenguaje forense colombiano la figura jurídica llamada personería sustantiva. Precisamente, hace poco, esta

Sala, integrada con el mismo personal que ahora suscribe este fallo, se pronunció sobre el particular en la forma siguiente:

"El presupuesto ausente de los autos, anota el fallo, es el designado con el nombre de 'Legitimación en causa', fenómeno jurídico que sustancialmente equivale al de 'Personería sustantiva', locución empleada frecuentemente por la Corte para designar la falta de identidad entre el actor y el titular de la acción o entre el demandado y el que en derecho debe en cada caso reunir las características de tal". (Casación de 15 de octubre de 1956).

Por lo tanto, el cargo es inocuo y se rechaza.

Segundo cargo

Se refiere a errónea interpretación del artículo 1193 del Código Civil. Lo plantea así:

"Es cierto que el artículo 1193 del Código Civil expresa lo que el Tribunal dice, pero aquí no se trata de nulidad ni de venta válida, sino de falsedad o falsificación de la escritura relacionada con su precio que es lo esencial. Si el Tribunal iba a negar como negó todas las peticiones de la demanda no tenía por qué ocuparse ni de personería sustantiva, ni de carencia de acción sino de estudiar la falsedad o la falsificación".

Se considera:

Los demandantes promovieron la acción, en primer lugar como legatarios de Elena Verástegui en la casa objeto del pleito, y subsidiariamente como herederos de la misma. El Tribunal consideró que como legatarios no tenían ningún derecho para pedir, porque el legado había dejado de existir por voluntad de la misma testadora al enajenar la casa; lo que implica una revocación del legado, el cual no reviviría aunque la enajenación hubiere sido nula, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 1193 del Código Civil.

El recurrente afirma que esta interpretación del sentenciador es errónea, pero no expresa ni explica ni mucho menos demuestra en qué consiste el error, lo que ha debido hacer de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 531 del C. J.

Así, pues, el cargo no ha sido fundamentado y se rechaza.

Tercero y cuarto cargos

Se estudian conjuntamente por referirse ambos a error del Tribunal en la interpretación de la demanda, aunque en el cuarto no se expresa con claridad el motivo de la acusación.

Afirma el Tribunal que los términos de la demanda son confusos, pues parece que se tratara de iniciar una acción de simulación del contrato celebrado entre Elena Verástegui y Francisco Albornoz, pero como más adelante se pide que se declare resuelto el contrato por falta de precio, entonces la acción no es de simulación. Y agrega que como en el alegato de conclusión se dice que el pleito contiene dos grandes acciones, "la de resolución del contrato por cualquiera de las peticiones pertinentes, acción principal, y la rescisión del mismo, por lesión enorme", a estas dos acciones debe concretarse el fallo.

El recurrente dice en su tercer motivo o cargo de casación que en la demanda propuso tres acciones: "Falsedad, nulidad consecuencial o falsificación, ésta última en subsidio" y que el Tribunal "ha debido fallar primero sobre las acciones principales y si las encontraba todas infundadas proceder a fallar sobre las acciones subsidiarias, pero no decir que la acción era de simulación, porque en primer término la figura jurídica como acción de simulación no existe".

En el cuarto motivo, después de una larga disquisición sobre la falsedad material, falsedad intelectual, falsedad ideológica, falsificación y nulidad, dice lo siguiente:

"La relación que la sentencia hace de la demanda está completamente equivocada y carente de toda técnica jurídica. Mis acciones son: a) Falsedad ideológica (petición primera); b) Nulidad, como consecuencia de la falsedad e independientemente de ella (petición segunda); y c) Subsidiariamente falsificación ideológica o intelectual (petición tercera)". Y agrega: "En la especie de resumen de la demanda que hace el Tribunal confunde las acciones principales con las subsidiarias de tal modo que quien lee ese resumen, introducción de la sentencia, cree realmente que es una demanda de un loco. La técnica jurídica indica que debe fallarse petición por petición en el orden que (sic) están en la demanda y no refundirlas todas para hacer creer que el autor de la demanda confundió la resolución con la rescisión y que tampoco hizo petición en concreto".

Se considera:

El error en que incurre un Tribunal en la interpretación de la demanda "sólo es susceptible de ser atacado en casación por error de hecho", ha dicho insistentemente la Corte. Además, el error de hecho debe aparecer de un modo manifiesto en los autos y es necesario que se alegue por el recurrente. En el presente caso, el demandante no solamente no lo ha alegado como fun-

damento del recuros sino que, como ya se ha visto, expresamente ha manifestado al final de su escrito que la acusación a la sentencia es por infracción directa y que se deben tener por retiradas "las frases de errónea interpretación de la ley sustantiva y error de derecho y error de hecho en la apreciación de las pruebas".

De consiguiente, no prosperan estos cargos.

Quinto cargo

Consiste en violación, por no aplicación del artículo 595 del C. J. El recurrente lo sustenta así:

"El doctor Albornoz ha dicho que los veinticinco mil pesos que sostiene haberle entregado a la señora Elena Verástegui en billetes los tenía en su casa particular en una caja de seguridad, pero no intentó siquiera probar la existencia de esa caja. Es absurdo que un hombre ilustrado que se dice de negocios y que tiene cuentas en tres bancos de Girardoet, conservara veinticinco mil pesos en una caja personal de él. Fíjense bien, señores Magistrados en los extractos de las cuentas corrientes y allí se verá que a la propia Elena Verástegui que estaba enferma le pagaba en cheques los arrendamientos, cuando realmente el canon mensual es una suma de bolsillo que no necesitaba molestar a la arrendadora para firmar y mandar a cobrar el cheque. Tampoco ha dicho el doctor Albornoz en qué lugar y en presencia de quién hizo la entrega de los veinticinco mil pesos que nunca estuvieron en poder de la señorita Elena Verástegui".

Se considera:

Como se ve, la fundamentación anterior no va dirigida directamente contra la sentencia, sino a rebatir un hecho aducido por el demandado. Conforme lo ha venido advirtiendo la Corte constantemente, la naturaleza extraordinaria de este recurso, encaminado principalmente a unificar la jurisprudencia nacional, no permite debatir en él, libremente, todos los aspectos de la litis, como si se tratara de otra instancia. "El constituye apenas un procedimiento legal extraordinario, se confronta la sentencia recurrida con la ley para considerar, no la totalidad de las cuestiones debatidas en el pleito y decididas en aquélla, sino de las que contienen las acusaciones o cargos que con arreglo o sometimiento a las normas que gobiernan la técnica del recurso plantea concretamente contra la sentencia el recurrente en su demanda, que es la que traza y circunscribe la pauta para el estudio que debe hacerse en casación". (Sentencia de 20 de agosto de 1947).

Por tanto, se rechaza el cargo.

Sexto cargo

Se formula así:

"Ha incurrido el Tribunal sentenciador en error de derecho al no apreciar las pruebas que se relacionan con el documento y en todas las cuales aparece también el contrato de compraventa; pero lo más curioso es que ni siquiera cumplió con la ley sobre impuesto de timbre, pues el documento carece de estampillas. Indudablemente si el Tribunal analiza las pruebas citadas llega a la conclusión de que existió la falsedad ideolgica en cuanto al precio se refiere de la primera petición de la demanda".

Se refiere el recurrente al siguiente pasaje de la sentencia:

"Se ha querido vincular el contrato de compraventa que se ataca por los demandantes, con otro contrato, o compromiso, o convenio, celebrado entre Elena Verástegui y Francisco Albornoz y mediante el cual la primera entregó al segundo la cantidad de veinticinco mil pesos para que el segundo hiciera una determinada obra de carácter social. Estos dos actos jurídicos son absolutamente distintos e independientes el uno del otro. En efecto: el contrato por el cual Elena Verástegui vende a Francisco Albornoz, la casa ubicada en Girardot, por la cantidad de veinticinco mil pesos, que la vendedora declara recibida a su satisfacción de manos del comprador, se hizo constar en el instrumento público marcado con el número 1233 otorgado ante el señor Notario de Girardot el día 1º de septiembre de 1950, y el convenio a que alude el documento privado suscrito por Elena Verástegui y Francisco Albornoz de construir un pabellón de tuberculosos en el Hospital de San Rafael en Girardot, invirtiendo en dicha obra la cantidad de veinticinco mil pesos que Albornoz declara recibido de la señorita Verástegui, y pagando él de su propio peculio el excedente que llegue a tener el valor de la construcción, aparece de un documento suscrito entre las dos partes citadas y que lleva fecha 6 de septiembre de 1950, documento privado a que no se hace alusión en la demanda y que se refiere a un asunto totalmente distinto del contrato de compraventa. No se ha traído a los autos ninguna demostración en contrario de lo que se deja expuesto".

Se considera:

Se entra a estudiar este cargo, por espíritu de amplitud, no obstante que el recurrente manifiesta, como se vio, que los razonamientos que aparecen en su demanda de casación relativos a error de derecho y error de hecho de la sentencia se deben tener por no escritos.

En efecto, el Tribunal no estimó como prueba el documento privado suscrito entre Elena Verássegui y Francisco Albornoz el 6 de septiembre de 1950, por considerar que se refiere "a un asunto totalmente distinto del contrato de compraventa" materia de la litis. Ahora bien, si por desechar esa prueba el Tribunal incurrió en error de derecho, como lo afirma el recurrente, y se aspiraba a invalidar la sentencia por tal motivo, era menester, para que la Corte pudiera estimar el cargo, en primer lugar indicar las disposiciones legales de carácter sustantivo que resultaron violados como consecuencia del error, y en segundo lugar, presentar los fundamentos jurídicos de la acusación, lo que no se hizo.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"Es doctrina establecida invariablemente por la Corte la de que un recurso de casación que no se funda no se puede estudiar ni resolver porque no hay materia sobre qué recaiga la decisión". (Auto de 18 de mayo de 1904).

"Si el recurrente en casación, se limita a designar las causales de la ley en que se funda el recurso, pero omite expresar con claridad y precisión los motivos en que se apoya cada causal, como sin conocer esos motivos la Corte no puede juzgar de la legalidad o ilegalidad de la sentencia recurrida, ella tiene que reconocer que el recurso está mal interpuesto y que no hay lugar a considerarlo". (Auto de 18 de septiembre de 1907).

"Las causales de casación de una sentencia de segunda instancia están señaladas taxativamente en la ley (artículo 520 del C. J.). De ahí que el mismo Código establezca, artículo 531, las condiciones formales que debe reunir una demanda de casación: contendrá el resumen de los hechos materia de la controversia (parte accidental), expresando en seguida la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo con indicación en forma clara y precisa de los fundamentos de ella y cita de los textos legales que el recurrente estimó infringidos (parte sustancial)". (Casación, 15 de marzo de 1939).

Así, pues, como el recurrente no fundamentó su acusación y ni siquiera cita las disposiciones legales que considera violadas, el cargo debe rechazarse. Además este mismo cargo también aparece formulado en el motivo noveno donde habrá ocasión de estudiarlo más detenidamente.

Séptimo, octavo y noveno cargos

En estos cargos se acusa la sentencia de haber violado los artículos 601 y 604 del C. J. y 1769 del C. C. por no haber tenido en cuenta como prueba el documento de 6 de septiembre de 1950, suscrito por Elena Verástegui y Francisco Albornoz, las inspecciones oculares realizadas por el Juez de primera instancia en los extractos de las cuentas bancarias del doctor Albornoz y la confesión hecha por el apoderado judicial del demandado en el alegato de segunda instancia.

Se considera:

Son sustantivas las disposiciones de los artículos 601 y 604 del C. J. y 1769 del C. C. que tratan, en su orden, de la manera como se aprecian las pruebas, de la confesión judicial y la extrajudicial y de los efectos de la confesión hecha en juicio, personalmente o por medio de apoderado, y la transgresión de estas normas por el Tribunal sentenciador es acusable por vía de la causal primera, como se ha hecho.

En el primero de los cargos que se estudian en este capítulo (motivo octavo de la demanda de casación) se plantea nuevamente la acusación de la sentencia por no haberse apreciado en ella, como prueba, el documento de 6 de septiembre de 1950 por medio del cual el doctor Francisco Albornoz declara haber recibido de la señorita Elena Verástegui la cantidad de veinticinco mil pesos para construir un pabellón de tuberculosos en el Hospital de San Rafael de Girardot que se llamaría "Pabellón Elena Verástegui".

Para fundamentar el cargo, el recurrente dice que el Tribunal no podía abstenerse de analizar el documento porque "una vez decretada una prueba y practicada tiene el juzgador que decidir algo sobre ella, porque la prueba cuesta dinero y no se ha pedido para abultar un expediente" y porque con tal documento "se comprueba plenamente que el doctor Albornoz no había pagado el primero de septiembre de 1950 en dinero efectivo a la señora Elena Verástegui la suma de veinticinco mil pesos".

Es evidente, como lo sostiene el Tribunal que el documento en cuestión es un acto jurídico "absolutamente distinto e independiente" del contrato de compraventa celebrado entre las mismas partes y que consta en escritura pública número 1233 de 1º de septiembre de 1950, de la Notaría de Girardot. Basta leer el documento para com-

probar que no contiene anulación, ni modificación, ni aclaración alguna de la escritura. Ni siquiera una simple referencia a ella.

En su cláusula primera, el doctor Albornoz declara que recibió "de la señora Helena Verástegui la cantidad de $ 25.000.00 moneda corriente para construir en el hospital de San Rafael de esta ciudad, un pabellón tuberculosos (sic) que se llamará Pabellon Helena Verástegui". En la segunda, que contratará los planos y dirección de la construcción con el ingeniero interventor del hospital. En la tercera, que los materiales serán comprados por la interventoría y que los jornales y demás gastos serán pagados por la Sindicatura del Hospital. En la cuarta, que se obliga a invertir la totalidad de la suma recibida en la construcción del mencionado pabellón y que si tal suma no alcanzare, él sufragará el excedente, "sin que pueda reclamar tal exceso a la señora Helena Verástegui". Y en la quinta, que a medida que se hayan ejecutado las obras, las construcciones levantadas quedarán de inmediato como de propiedad exclusiva del hospital de San Rafael de Girardot. El instrumento termina con la siguiente constancia: "La señora Helena Verástegui mayor de edad y de esta vecindad, declara que acepta en su totalidad las declaraciones hechas anteriormente por el doctor Francisco Albornoz ya que son la expresión de la voluntad del exponente de dotar al hospital de San Rafael de un pabellón para tuberculosos". Así, pues, como se ve, es infundado sostener que con este contrato se comprueba plenamente "la falsedad ideológica de la escritura 1238.

Por lo tanto se rechaza el cargo.

En el segundo de los cargos que se estudian en este capítulo (motivo noveno de la demanda de casación) se acusa la sentencia por no haber tenido en cuenta las inspecciones oculares verificadas por el Juez de primera instancia en los extractos de las cuentas bancarias del doctor Albornoz. A este respecto dice el recurrente: "Esta es prueba escrita y no testimonial. De ella aparece que el doctor Albornoz no tenía veinticinco mil pesos en todos los tres Bancos ni en el mes de agosto, ni en el mes de septiembre de 1950. Antes era deudor del Banco Comercial Antioqueño por un préstamo que había hecho hacía varios años".

Ciertamente, el Tribunal pasó en silencio las inspecciones oculares practicadas por el Juzgado de primera instancia en los extractos de las cuentas bancarias del demandado en los Bancos de Girardot. Esta prueba tenía por objeto demostrar que el señor Albornoz no tenía, al tiempo de firmarse la escritura, la cantidad de veinticinco mil pesos en esos Bancos y que tampoco giró ningún cheque por tal suma a favor de la vendedora Helena Verástegui. Pero, se observa, la comprobación de ese hecho ninguna influencia tiene sobre la suerte del juicio, porque el demandado no ha dicho que pagó con cheque el precio de la compra, sino todo lo contrario, en las primeras posiciones que absolvió fue enfático en afirmar que la suma de veinticinco mil pesos la había entregado en dinero efectivo (C. 6, fls. 12 y 13) y en las que absolvió en la segunda instancia sostuvo que ese dinero lo tenía en su caja de seguridad. Por tanto, con esta prueba no se demuestra que el comprador no entregó el precio del inmueble a su vendedora que es lo que se trata de establecer.

Se rechaza el cargo.

El séptimo motivo, que por razones de método se estudia después del octavo y noveno, se hace constitir en la violación del artículo 604 del C. J., "por no haberlo aplicado al no haber tenido en cuenta la confesión hecha por el apoderado del demandado en su resumen de alegaciones orales y único alegato que la parte demandada presentó en la segunda instancia".

Las manifestaciones del señor apoderado de la parte demandada a que alude el recurrente y que efectivamente no se tomaron en cuenta en la sentencia son las siguientes:

"De aquí se desprende claramente (se refiere a las declaraciones de María de González y Flor González) que la causante vendió el inmueble de que se trata al doctor Albornoz, recibió el precio y lo devolvió al comprador, **o éste lo retuvo** por voluntad de la vendedora para efectuar una obra en beneficio del Hospital de Girardot, de acuerdo con las estipulaciones consignadas en un documento privado suscrito pocos días después". (Subraya la Corte).

"Pero si se llegara a admitir, mediante una interpretación muy amplia y generosa de la demanda, que se trata de la acción de simulación, es necesario analizar los resultados a que daría lugar su declaración, teniendo en cuenta los hechos comprobados en el proceso, la voluntad inequívoca de las partes y los propósitos que se buscaron al efectuar el negocio de venta. Para acometer el referido estudio **y conocer las verdaderas causas de la negociación,** es indispensable el conocimiento detallado de las numerosas pruebas traídas por los propios demandantes, especialmente el contrato de fecha 6 de septiembre de 1950 suscrito por la señorita Helena Verástegui y por

el doctor Francisco Albornoz, la comunicación que éste dirigió a la Junta del Hospital con fecha 13 de los mismos, las actas en que la mencionada Junta trató sobre este asunto y las distintas notas, que tuvieron origen en diferentes dependencias administrativas y que se relacionan con la operación efectuada entre las citadas". (Subraya la Corte).

Las frases subrayadas por la Corte son las que el recurrente considera como una confesión del apoderado judicial demandado de que éste no entregó el precio y de "que las causas de la negociación no fueron un simple contrato de compraventa, sino otras muy diferentes".

En primer lugar, se anota que en los párrafos transcritos el apoderado del demandado no hace la declaración terminante de que su mandante retuvo el precio de la compraventa, sino que la vendedora o recibió ese precio y lo devolvió al comprador, o éste lo retuvo por voluntad de ella para efectuar una obra de beneficencia. Son dos hipótesis las que sugiere en forma dubitativa. La segunda frase no puede desprenderse de la primera, ni tomarse aisladamente como una confesión de que el comprador retuvo el precio porque ambas forman un pensamiento que se debe contemplar en su conjunto si se quiere desentrañar su significado. No es posible tomar ligeramente frases sueltas de un memorial destinado a demostrar una tesis determinada para deducir precisamente todo lo contrario de esa tesis, como si se tratara de una sesión de psicoanálisis y no de valorar una prueba judicial.

La otra declaración, de que habría que analizar la voluntad inequívoca de las partes para "conocer las verdaderas causas de la negociación", jamás puede interpretarse como una confesión de que esas causas "no fueron un simple contrato de compraventa sino otras muy diferentes", como lo pretende el recurrente. Además, es preciso no perder de vista que el apoderado se refirió a la necesidad de conocer la voluntad inequívoca de las partes en el caso de que "mediante una interpretación, muy amplia y generosa de la demanda" se llegue a admitir que se trata de una acción de simulación, interpretación que como se ha visto, enfurece al abogado recurrente porque la acción intentada por él, según ha manifestado constantemente en todos los alegatos, es una acción de "falsedad ideológica", ya que para él, eso de la simulación es un invento de la jurisprudencia con el cual no está de acuerdo. "Como yo nunca fundo mis acciones en jurisprudencia, dice, las cuales conservo para comprobar las citas que de ellas hacen todos los jueces y abogados como una norma jurídica, creí necesario que se declarara previamente la falsedad ideológica o la nulidad. Fácil me hubiera quedado poner otra petición subsidiaria sobre simulación si ella fuese una figura jurídica establecida por la ley, pero la simulación es más que todo una palabra que emplea el público cuando un deudor vende sus bienes o hace algún contrato con sus hijos o amigos íntimos en el cual se ve que no hubo realmente venta porque el que dijo vender sigue con la tenencia de la cosa. El hombre de la calle dice: esa escritura es simulada y como la opinión manda, del hombre de la calle pasó a los abogados y de éstos a la Corte en 1935".

Por lo demás, según el artículo 607 del C. J. la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante y sólo se presume para los escritos de demanda y excepciones y las respuestas correspondientes.

Décimo, undécimo, duodécimo y décimo cuarto cargos.

En el cargo undécimo no se indican las disposiciones legales infringidas por el sentenciador ni el concepto de la infracción. Se trata en él de nuevo y con los mismos argumentos, el tema de la personería sustantiva de los actores, por no habérseles reconocido la calidad de legatarios —se les reconoció la de herederos—. También contiene algunas consideraciones, fuera de lugar, sobre las apelaciones de los autos interlocutorios. Como ya se contempló en un capítulo anterior este punto no es el caso de volver sobre él y por tanto se rechaza el cargo.

El cargo trece se estudió de primero como ya se vio, y el décimo cuarto se estudiará en la segunda parte de este fallo por estar tratado con mayor precisión en la segunda demanda de casación.

El cargo décimo lo hace consistir el recurrente en que no se determinó el precio de la venta ni se pagó éste por el comprador. Dice que en la póliza que se llevó a la Notaría el precio estaba en blanco y que al preguntar el Notario cuál era, alguien dijo que veinticinco mil pesos. Por esta razón considera violado el artículo 1864 del C. C. que establece que el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Sobre no haberse pagado, por lo cual estima violado el artículo 1928 del C. C., dice que se trata de un hecho negativo y la prueba debe corresponder al que afirma que pagó, pero que si la prueba corresponde al demandante "tendrá que hacer uso

de los indicios porque claro que no encuentra una prueba escrita absolutamente completa". Y por no haber apreciado los indicios que resultan del documento del 6 de septiembre y de la confesión del apoderado judicial del demandado, el Tribunal violó el artículo 663 del C. J. lo mismo que el 665 de la misma obra..

A este respecto dice la sentencia acusada:

"Como prueba testimonial sobre el hecho del no pago del precio, se aducen las declaraciones de María González y de Flor González, visibles a los folios 210 y 211 del cuaderno 9, y a pesar de que esa clase de prueba no es aceptable para impugnar lo que aparece de una escritura pública, se comenta para que se vea que nada demuestran en relación con el punto debatido, o sea, con el no pago del precio".

"Afirman los testigos que en el año de mil novecientos cincuenta fueron llamados por Elena Verástegui para que la acompañaran durante su enfermedad, cosa que así sucedió y que el médico que asistía a la señorita Verástegui era el doctor Francisco Albornoz; que un día (no determinado) fue el doctor Albornoz a ver a la señorita y duraron charlando largo rato y trataron un negocio de una casa donde él vivía. No dicen las declarantes si ellas estaban presentes cuando conversaron el médico y la señorita Verástegui, pero así parece deducirse del texto de las declaraciones, no obstante que la parte demandada afirma que ese negocio se pactó en forma secreta entre el doctor Albornoz y la señorita Verástegui; y continúan las declarantes diciendo que cuando el doctor se fue la señorita Elena las llamó y les contó que había hecho un negocio de la casa con el doctor, que se la iba a vender por veinticinco mil pesos. Esto quiere decir, que el precio de veinticinco mil pesos no fue ningún secreto ni tiene nada que ver la circunstancia de que en la minuta presentada a la Notaría aparezca la cantidad de veinticinco mil pesos escrita a mano y no en máquina, hecho al que le atribuye una grande importancia la parte demandante. Agregan las declarantes, que la señorita Verástegui les manifestó que el compromiso con el doctor Albornoz consistía en que ella no recibía ese dinero sino que lo dejaba en poder del doctor Albornoz para que construya un pabellón para tuberculosos en el Hospital de Girardot. Todos estos hechos, o sea, la conversación entre el médico y la señorita Verástegui y la conversación entre esta señorita y las dos declarantes, quienes afirman que Elena Verástegui les dijo que había convenido con el Dr. Albornoz que ella no recibiría dinero por la venta de la casa, se sucedieron antes de la firma de la escritura número mil doscientos treinta y tres (1233) citada antes, lo que indica, que si fuera verdad lo dicho por las declarantes, esas aseveraciones quedaron desvirtuadas por la manifestación expresa y posterior hecha por Elena Verástegui, cuando dijo que había recibido de manos del doctor Francisco Albornoz la cantidad de veinticinco mil pesos, como precio de la finca vendida, y a entera satisfacción de la vendedora.

"Este breve análisis de las declaraciones está diciendo cómo ellas no prueban nada en cuanto al asunto que se debate en el juicio. Queda, por consiguiente en pie y con toda la fuerza que le da la ley, la cláusula sexta de la escritura número mil doscientos treinta y tres (1.233) de fecha primero (1º) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950) de la Notaría de Girardot, lo que implica que la parte actora no demostró que el doctor Francisco Albornoz hubiera dejado de pagar a Elena Verástegui el precio de la finca a que se refiere ese instrumento público".

Respecto a la apreciación como prueba del documento de 6 de septiembre ya se dijo en capítulo anterior que es evidente, como lo sostiene el Tribunal, que tal documento es un acto jurídico distinto e independiente del contrato de compraventa y que no incide sobre la falsedad o veracidad de las cláusulas de esta estipulación. En cuanto al haberse dejado en blanco el precio de la venta en la póliza que se preparó para extender la escritura, en realidad carece de la importancia probatoria que le asigna el recurrente. Además, como lo ha sostenido siempre la Corte, "El Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aquellas que sólo entrañan la comprobación de indicios. La Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera". (Casación de 25 de mayo de 1945).

El cargo duodécimo se refiere a la nulidad del contrato de compraventa de la casa materia del pleito porque los testigos instrumentales eran empleados del Notario. Esta nulidad no fue motivo de la litis. Sobre ella no se pidió ninguna decla-

ración. Tampoco figuró entre los hechos fundamentales de la demanda. No se alegó en las instancias ni fue materia del pronunciamiento, constituye por lo tanto, un medio nuevo, que no es el caso de considerarlo y se rechaza.

Segunda demanda de casación

Contiene esta demanda tres cargos que se estudian en su orden así:

Primer cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., o sea por violación directa de la ley sustantiva y a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

Sostiene que el Tribunal erró en la interpretación de la demanda porque "apenas halla como peticiones principales la de resolución del contrato con base en el no pago del precio y dice que la acción de simulación o inexistencia no se inició con fundamento en la falsedad ideológica de la declaración de que se había pagado el precio no siendo verdad dicha afirmación".

Luego agrega:

"El sentenciador no tuvo en cuenta que al postularse la declaración de que en el contrato escriturario número 1.233 de primero de septiembre de 1950 de la Notaría de Girardot, era falsa la declaración que habían hecho las partes de que se había pagado el precio, el vendedor recibiéndolo y el comprador entregándolo, se había propuesto nítidamente la acción de inexistencia del contrato, sin perjuicio de la acción de resolución con base en el mismo hecho.

"En efecto, la inexistencia del contrato, quiere decir que se celebró el contrato con carencia de uno de los requisitos esenciales, ya que las obligaciones no pueden tener otra causa u origen de donde nacen o la que deben su existencia que las determinadas por el legislador. No es posible entender que siendo la simulación, por su propia naturaleza, la inexistencia del contrato, que con todo de ese hecho se pueden deducir más consosecuencias jurídicas que las que necesariamente se deriven, o sean las procedentes, cual si no hubiese intentado siquiera la celebración de un supuesto contrato. Esto explica por qué la parte actora alegara que en la compraventa objeto de la litis faltaba la causa uno de los elementos esenciales en ella, o sea la razón de ser o fundamento mismo de la venta: el precio.

"El Tribunal ha entendido que no se postuló la demanda de simulación, porque en la demanda se usó la palabra resolución en la petición quinta sin tener en cuenta que con la declaración de ser falsa la estipulación sobre precio, implícitamente se hacía la petición de inexistencia del contrato, porque si no era verdad la estipulación sobre precio, no tenía razón de ser alguna la compraventa."

"El sentenciador no ha tenido en cuenta que a lo largo de todo este litigio la cuestión fundamental ha sido la falta de precio y también la falta de pago del precio, y que estos dos hechos tienen consecuencias diferentes. Lo primero incide sobre la existencia del mismo contrato y lo segundo, sobre las consecuencias derivadas de un contrato perfecto inicialmente. Y en derecho producen diferentes resultados: en un caso la simulación o inexistencia del contrato que implica nulidad absoluta del mismo, y en el otro el derecho para demandar su resolución, ya que la compraventa en un contrato consensual, bilateral y oneroso, por el cual una parte se obliga a transferir a otra el dominio de una cosa mediante la obligación, que es recíproca, de entregar ésta a aquélla, la cantidad estipulada con el carácter de precio.

"El H. Tribunal falló sobre lo último y omitió por error en la interpretación de la demanda la consideración de las súplicas encerradas en las primeras peticiones de la demanda con violación del artículo 343 del C. J."

Se considera:

En la primera demanda de casación que se estudió se hace a la sentencia el cargo de error en la interpretación de la demanda por motivos diferentes a los expresados en esta segunda demanda. Los cargos no prosperaron, entre otras razones por haberse formulado sin la técnica que este recurso extraordinario exige. Al plantearse nuevamente, y como se debe, el problema por el segundo recurrente es el caso de considerarlo.

La Corte en diferentes ocasiones há dicho que el Juzgador debe interpretar la demanda, que goza de libertad en la interpretación pero que esa libertad "tiene límites precisos, que son los señalados por el demandante en ella porque no es indiferente la manera como el actor formula la causa petendi, o sea el hecho jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda". También es permanente doctrina de la Corte la de que "la facultad que tiene el sentenciador para interpretar la demanda no puede moverse en campo ilimitado y arbitrario y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida la demanda permitan esta labor exegética que de

ningún modo puede llevarse hasta la desestimación de sus declaraciones categóricas".

Y las declaraciones categóricas del autor de la demanda, que es el mismo abogado que atendió el pleito en las dos instancias y redactó la primera de las demandas de casación, son las siguientes: "Mis acciones son: a) Falsedad ideológica (petición primera); b) Nulidad, como consecuencia de la falsedad e independientemente de ella (petición segunda); y, c) Subsidiariamente, falsificación ideológica o intelectual.

La acción de simulación la considera poco menos que un disparate jurisprudencial, una figura jurídica inexistente, como puede leerse a todo lo largo de su escrito, y pretender ahora que ella se propuso, con el argumento de que se halla implícitamente envuelta en la inexistencia del contrato, no sólo significa ir arbitrariamente contra la voluntad del demandante y su declaración expresa, sino también contra la intención y los términos mismos del libelo. Si el sentenciador contrariando esa voluntad, categóricamente manifestada hubiera declarado la existencia de tal acción, habría excedido los límites de su actividad en forma grave.

Por otra parte, en la súplica undécima del libelo el demandante concreta las acciones que ejercita a la de resolución del contrato como principal y rescisión por lesión enorme.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Consiste en violación directa de la ley sustantiva por consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas.

A este respecto dice el recurrente que el Tribunal le da una aplicación e interpretación errónea a las disposiciones que cita. Al artículo 1759, por cuanto el instrumento público sólo hace plena fe en lo referente al hecho de haberse otorgado y su fecha y que es errado el concepto de darle un valor preferente y privilegiado en concurrencia con otras pruebas que bien apreciadas podrían destruir la fuerza probatoria que por regla general se deriva de dichos instrumentos.

Y al artículo 91 de la ley 153 de 1887, porque la prueba testimonial es admisible en forma amplia cuando tiene por objeto un hecho. Que tal disposición se refiere a los actos y contratos, pero no a los hechos que dan nacimiento a obligaciones de más de quinientos pesos, pues éstos pueden ser demostrados por la prueba testimonial, cualquiera que sea su monto. "Para el caso es preciso distinguir entre prueba de los hechos y prueba de las obligaciones".

Dice también, que aunque la prueba de los hechos incumbe al que afirma, no al que niega, no es posible exigirle al demandante que pruebe la entrega real del precio. Y agrega: "Las proposiciones del demandado de que entregó el dinero efectivo y de que el dinero lo tenía en una caja de seguridad cuya existencia no se ha acreditado encierra un sentido afirmativo del hecho contrario, o lo que es lo mismo, no son puras negaciones, sino que envuelven puras afirmaciones. En ese caso es más aceptable como norma general la que atribuye la carga de la prueba a aquel que enuncia un hecho por el cual pretende un cambio en la situación jurídica existente, norma que concuerda en el fondo con lo que dispone el artículo 1757 del C. C., según el cual incumbe la prueba de las obligaciones, al que reclama su cumplimiento, por lo que el demandado si entregó billetes, en dinero efectivo, el precio de la compraventa, y que efectivamente lo tenía en una caja de seguridad de su propiedad, lo más elemental era probar la entrega en esa forma específica, y la existencia de esa caja de seguridad, ya que le había sido contradicha la entrega de una manera muy eficiente".

Afirma que el Tribunal no se tomó el trabajo de estudiar la prueba testimonial en relación con pruebas escritas, "como lo eran el documento del seis de septiembre de 1950, otorgado por el demandado, el memorial dirigido al Juez de Girardot sobre el negocio civil celebrado con la señora Verástegui, y los distintos escritos en relación con el asunto litigioso como lo son las notas y memoriales dirigidos a la Junta del Hospital, y todos los cuales hacen verosímil lo atestiguado por los testigos".

Respecto a la prueba testimonial que obra en autos dice:

"Tampoco tuvo en cuenta el sentenciador que los testigos relataban hechos en orden al acuerdo entre el doctor Albornoz y la señora Verástegui que no habían percibido por sus propios sentidos; una confesión extrajudicial de la vendedora sobre su verdadera intención en el precio de la casa. Esta confesión hecha por la contratante en conversación con sus dos enfermeras, es admisible y constituye base para una presunción judicial. La confesión extrajudicial debe estimarse como una presunción grave para acreditar los hechos confesados. Nada de esto tuvo en cuenta el Tribunal con violación de los arts. 604, 608 y 662 del C. J. Y como tampoco relacionó esta prueba testimo-

nial con el contenido del documento del seis de septiembre y que unidas entre sí, junto con las demás pruebas como la confesión del demandado en los documentos que constan (sic) las declaraciones que hizo éste ante un Juez y ante la Junta del Hospital de Girardot, y con las certificaciones sobre inexistencia de fondos de parte del comprador, constituían plena prueba contra el contenido del instrumento público objeto de la litis".

Se considera:

El recurrente considera que es equivocado el concepto de otorgarle al instrumento público "un valor preferente y privilegiado en concurrencia con otras pruebas" y por tal motivo ataca la sentencia por aplicación e interpretación errónea del artículo 1759 del C. C. "Por cuanto la verdad enunciada en esta disposición es únicamente que los documentos públicos hacen prueba, aún contra terceros, solamente del hecho de haberse otorgado el instrumento por las personas y de la manera como el instrumento lo expresa y en la fecha allí constatada. Pero no hace fe respecto a la verdad de las declaraciones de las partes, pues apenas puede hacer fe de haberse efectuado dichas declaraciones, lo que es totalmente diferente". Y como consecuencia, asevera que "el principio jurídico verdadero es el de que por todos los medios de prueba reconocidos en la ley puede impugnarse y destruírse la fuerza de las escrituras públicas aunque ellas se hallen revestidas de todos los requisitos y solemnidades".

Sin embargo, lo jurídico es lo contrario, que a los instrumentos públicos se les debe dar crédito contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas. Por tal motivo, el artículo 1934 del C. C., dispone que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura. Esta regla sólo tiene la excepción, consagrada por la jurisprudencia, de que entre las partes contratantes es admisible la prueba en contrario. Empero, aún entre éstas, no todas las pruebas son eficaces para destruir el contenido de una escritura "dada la seguridad que debe rodear tales instrumentos".

Como los demandantes actúan en su calidad de herederos de una de las partes contratantes les está permitido demostrar, contra lo que reza la escritura, la falta de pago. "Pero, como dice la sentencia impugnada, la prueba necesaria debe consistir en hechos propios de las mismas partes contratantes, ya sea en confesión, en contra escrituras, en documentos o escritos, en donde las partes o una de ellas manifiesta de manera cierta, que las declaraciones que aparecen del contrato consignado en escritura pública no corresponden a la verdad. No son aceptables las declaraciones de testigos encaminadas a demostrar lo contrario de lo que aparece en la escritura que contiene el contrato, en primer lugar por el peligro que entraña para la seriedad y para la estabilidad de los contratos que constan en escritura pública, el que puedan desvirtuarse por una prueba tan deleznable como es la testimonial, y en segundo término porque la ley 153 de 1887 en su artículo 91 es contraria a la admisión de la prueba de testigos en cuanto se encamina a destruir lo que aparece del contrato".

En la cláusula sexta de la escritura 1233 se dice "Que el precio de esta venta es la cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) moneda corriente que la exponente declara haber recibido, de contado, de manos del comprador, a entera satisfacción". La parte actora afirma que esta declaración es falsa porque el precio no se pagó y para demostrarlo llamó a absolver posiciones al comprador con el fin de obtener de él una declaración en contrario. Además, adujo los testimonios de María de González y Flor González. El Tribunal en el análisis de estas pruebas llega a la conclusión de que "el demandado en las dos diligencias de absolución de posiciones que en el expediente aparecen, lejos de declarar, según los deseos de la parte actora, que él no había entregado la cantidad citada, afirma 'el valor de la casa que le compré a Elena Verástegui se lo entregué en dinero efectivo o moneda legal el mismo día que celebramos el contrato, es decir, cuando se hizo la escritura de venta de la casa' y las declaraciones, dice, "no prueban nada en cuanto al asunto que se debate en el juicio".

En vista del fracaso obtenido por la parte actora en la absolución de posiciones, el recurrente plantea la cuestión desde otro punto de vista, o sea que como el demandado afirmó que había entregado el precio en dinero efectivo, el cual lo tenía en una caja de seguridad, era a él a quien correspondía demostrar esas afirmaciones, por habérsele contradicho tal entrega. Para impugnar lo anterior basta citar la siguiente jurisprudencia de la Corte: "La comprobación del pago de precio cuando se ejercita la acción de simulación (en este caso falsedad) no es carga que corresponda al demandado, ya que éste está amparado con la declaración de pago que contiene la escritura, la que hace fe contra los otorgantes en virtud del artículo 1759 del C. C. Es al demandante a quien

corresponde demostrar la falta de pago si quiere aprovechar el no pago como indicio de la simulación del contrato, tanto más si se ha demandado subsidiariamente la resolución del contrato por tal motivo. (GACETA JUDICIAL, números 2174 y 2175, pág. 869).

También considera que el Tribunal interpretó y aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 91 de la ley 153 de 1887 porque tal disposición "se refiere a los actos y contratos pero no a los hechos que dan nacimiento y obligaciones (sic) de más de quinientos pesos y que sean actos y contratos, ya que ellos pueden ser probados por la prueba testimonial cualquiera que sea su monto". La distinción que hace el recurrente "entre prueba de los hechos y prueba de las obligaciones" es inocua porque como muy bien lo anota la parte opositora en su alegato "aquí no se están ventilando cuestiones surgidas de hechos". Se trata de un contrato cuyo valor es de más de quinientos pesos y que consta en una escritura pública otorgada con todas las solemnidades y requisitos exigidos por la ley y contra lo que allí se expresa, sin existir un juicio de prueba por escrito, "no será admisible la prueba de testigos" al tenor de lo que enseña la misma disposición que se dice mal interpretada y aplicada al caso del pleito. Habríase infringido la norma mencionada si para desvirtuar o alterar lo que consta en la escritura número 1233 de 1º de septiembre de 1953, de la Notaría de Girardot, se hubiera aceptado como prueba suficiente únicamente el dicho de unos testigos.

No obstante, el sentenciador sí apreció los testimonios de María de González y su hija Flor González y halló que ellos "no prueban nada en cuanto al asunto que se debate en el juicio". Y no tenía que relacionarlos con el documento de 6 de septiembre como lo prtende el recurrente porque, como ya se ha visto, tal documento es un acto jurídico sin relación con el contrato materia del pleito y menos podía relacionarlo con un memorial dirigido al Juez de Girardot sobre el negocio civil celebrado con la señora Verástegui porque no se sabe cuál sea ese memorial, ni quién lo suscribe, y ni siquiera se pidió tener como prueba en la oportunidad debida, ni en ninguna otra ocasión. Además, aunque se supiera cuál era ese memorial y se hubiera ordenado su estimación como prueba tampoco habría valido como tal, en sí mismo considerado, sino apenas como indicación de hechos para demostrar. Estas mismas consideraciones valen para no haber tenido en cuenta "los distintos escritos en relación con el asunto litigioso como lo son las notas y memoriales dirigidos a la Junta del Hospital".

En cuanto a los testimonios de las González, madre e hija, que el recurrente estima que fueron mal apreciados en la sentencia con infracción legal de los artículos 604, 608, 630, 632, 637, 660, 697 y 91 de la ley 153 de 1887 por constituir "una confesión extrajudicial de la vendedora sobre su verdadera intención en el precio de la casa", se observa que esta conversación efectuada por la vendedora con sus enfermeras, días antes de la celebración del contrato, ni tiene el carácter de confesión extrajudicial que el recurrente le atribuye, por no haberse producido ante la parte contraria, ni es admisible como prueba testifical, por no existir un principio de prueba por escrito que le sirva de apoyo. Además, las declaraciones contenidas en la escritura, y que son posteriores a esa conversación, desvirtúan las afirmaciones de los testigos.

Por todo lo expuesto, se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Como se dijo atrás, en este cargo se estudiarán conjuntamente las razones expuestas por los recurrentes en ambas demandas de casación por tratarse del mismo motivo.

Consiste la acusación en que el Tribunal desestimó la prueba de peritos producida para demostrar la lesión enorme que sufrió la vendedora, y que fué una de las acciones propuestas en el libelo. Por lo tanto, se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 721 y 722 del C. J. y aplicación indebida del artículo 723 del mismo código. Igualmente, se consideran violados los artículos 1946 y 1947 que consagran la acción de lesión enorme.

El argumento central de la primera demanda de casación es el de que en virtud del artículo 721 del C. J. en tratándose de avalúos, "una vez que el dictamen queda en firme no puede el juzgador apartarse de él por causa alguna". Y el de la segunda, que el juzgador en presencia de los artículos 721 y 722 del C. J. no puede desechar el dictamen uniforme y debidamente fundamentado de dos peritos que coinciden en un avalúo comercial para adoptar un criterio diferente.

El razonamiento de esta segunda demanda es como sigue:

"El H. Tribunal no ha tenido en cuesta la naturaleza de la prueba de peritos de un lado y de otro el carácter obligatorio en la solución de los litigios sobre lesión enorme. Ha tenido en cuenta

la pruema pericial como necesaria en la constatación de ciertos hechos y en la determinación de sus causas y efectos cuando se requieren conocimientos especiales en la materia.

"Pero ha olvidado al analizar la prueba pericial que a los peritos apenas corresponde exponer las opiniones explicándolas y fundándolas de acuerdo con lo que según su ciencia o arte estimen convenientes. Y que no es posible para quien examine y juzga la prueba apreciarla sino en conformidad con las reglas de la sana crítica entendiéndose por tal las reglas del correcto entendimiento humano, o sea interfiriendo siempre las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia. Por consiguiente un juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica no puede razonar a voluntad, discrecionalmente.

"Atendiendo las observaciones del sentenciador de que los peritos apenas señalaron sus fundamentos sin discriminarlos uno a uno, como lo quiere el juzgador, se entendería entonces que no se trataba de apreciar el valor probatorio de una determinada prueba sino de actuar mediante la libre convicción. Pero entre nosotros, cada prueba, tiene en la ley señalada de anticipado su grado de eficacia, es decir, su valor probatorio y la preferencia que debe dársele al caso la prueba de peritos.

"Si los peritos explican como llegaron a sus conclusiones, a su manera, no puede decirse que el dictamen no está lo suficientemente explicado porque el juzgador desea que además de esas explicaciones le hubieran llevado las que en seguida determina. Y si los peritos fundamentan su dictamen en determinadas razones, el juzgador quiere agregarle otras para estimar deficiencia el mismo dictamen. En estas condiciones no habría informe pericial que no adoleciera de explicaciones y fundamentaciones, ya que siempre habría manera de anotarle deficiencias o mayores detalles, con lo cual sobraría la prueba respectiva.

"Cuando la ley exige que el perito explique el dictamen y lo fundamente, solamente se refiere a que los peritos deben presentar sus informes indicando las conclusiones a que llegaron, previamente fundamentadas, entendiéndose por esto último el detalle de las cuestiones de carácter técnico necesarias para la ilustración del juzgador. Pero no es posible sostener que un dictamen carece de explicaciones y opiniones fundadas, porque en el dictamen respectivo no se anotaron los hechos que el juez estime necesarios agregar a la pericia. Un dictamen es explicado y fundamentado en tratándose de avalúo de propiedades raíces, si el perito como en el presente caso, indica los motivos para llegar a sus especiales conclusiones: la ubicación del inmueble, su extensión, los detalles particulares del mismo, y finalmente el procedimiento de cómo llegaron a hacer la estimación. Por la ubicación, extensión, detalles de una cosa y conocimientos en el valor comercial de bienes inmuebles, es posible fijar el precio o valor de una cosa. Si esos detalles junto con los conocimientos y categoría de los peritos, ingenieros, no sirven para fijar el precio de un inmueble quiere ello decir, que estos datos no serían los antecedentes necesarios de un avalúo y esto es absurdo. Que los peritos han debido al referirse a la ubicación entrar en más detalles sobre este particular, ello no testifica que no se hubiera tenido en cuenta el elemento esencial de un avalúo: estudiar el sitio en que se encuentra un bien para fijarle su valor comercial, ni que no se hubiera dado suficiente explicación. Los peritos también habían podido hacer un análisis no tan limitado como lo sugiere el Tribunal del inmueble en relación con sus vecinos y lugares comerciales de Girardot, sino en relación con las posibilidades de Girardot en el desarrollo comercial general, y con todo de estas omisiones, no puede concluírse que carece de las explicaciones y fundamentaciones de rigor en estos casos.

"Pero no es esto solo: El Tribunal no tuvo en cuenta que se trata de un avalúo, y que se trataba de un dictamen uniforme de dos peritos según su arte, profesión u oficio, y que todas las conclusiones a que llegaron, fueron sin lugar a la menor duda. En estas condiciones el deber del juzgador se limitaba a darle plena validez al dictamen, sin entrar a aplicar aquí reglas como las del artículo 723 del C. J. ya que el caso debía apreciarse conforme a las reglas de los artículos anteriores 721 y 722. Y conforme a estas reglas la prueba pericial ha debido estimarse sin entrar en discriminaciones porque su eficacia como medio probatorio estaba determinado expresamente en la ley. Y esto con mayor razón, si la afirmación del sentenciador de no aparecer explicado y fundamentado, constituye un error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. Como lo puede verificar la Sala de Casación Civil, los dictámenes fueron explicados y fundamentados debidamente, ya que se dijeron los motivos de sus conclusiones y estos motivos no se ha demostrado que fueron erróneos o carecieron de la suficiente relación de causalidad con ellas. El fallador no puede desestimar un dictamen sobre avalúo o regulación numérica cuando están los dic-

támenes acordes, con el pretexto de que no son lo suficientemente explicados y fundamentados, cuando el hecho respectivo no es exacto como ocurre en presente caso. Aceptar lo contrario implicaría derogar los artículos 721 y 722 y dejar con aplicación sustantiva y procesal el artículo 723 del C. J. que tenía aplicación al caso de autos.

Se considera:

El Tribunal al estudiar si verdaderamente está demostrada la lesión enorme que según la parte sufrió la vendedora, hace el siguiente análisis de la prueba pericial:

"Los señores peritos en el dictamen rendido al Tribunal, y que corre a los folios 108 y 109 del cuaderno 9, conceptúan, en forma uniforme, sin mayores explicaciones y, en concepto del Tribunal, sin ningún fundamento, que el precio de la finca, a que se refiere este juicio, fue el de $ 64.330.00 mc. el día primero de septiembre de 1950, que fue el día del contrato celebrado entre Elena Verástegui y Francisco Albornoz y por el cual la primera vende al segundo la misma finca a que el dictamen se refiere.

"Avalúan por separado el terreno en donde existió la casa y la construcción que en tal terreno existió pues esa construcción fue destruída por el incendio ocurrido el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, es decir, año y medio antes de la fecha del dictamen pericial, cuyo objeto, según la solicitud de la parte actora, se encaminaba: primero, a determinar la extensión superficiaria del terreno en donde existió la casa; segundo, a estimar el valor del terreno, en el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta, y tercero, a estimar el valor de la construcción que en el mismo terreno existió, en el mes de septiembre del año citado.

"Los señores peritos, luego de cerciorarse de que el terreno es el mismo que es materia de la litis, afirman que tiene una extensión superficiaria de setecientas diez y nueve varas cuadradas con doscientas veintiseis milésimas de vara cuadrada, y para determinar el precio dicen simplemente: "para contestar este punto hemos tenido en cuenta la ubicación del predio; el desarrollo comercial de este sector de la ciudad; las proporciones entre el frente y el fondo del solar; nuestros conocimientos sobre la materia; y las opiniones de varios comerciantes conocedores del movimiento de la propiedad raíz de la localidad" y para fijar el precio a la construcción se expresan así: "De acuerdo con las declaraciones tomadas en el curso de la diligencia y que se hallan en el acta respectiva, la edificación que existió en el solar en cuestión, fué de muros de bahareque, pisos de baldosín y cubierta de teja metálica, o sea como la mayor parte de las construcciones de Girardot. Estimamos que esta clase de construcción valía en septiembre de mil novecientos cincuenta, a razón de $ 40.00 mc. por cada metro cuadrado, Ahora bien: teniendo en cuenta las mismas declaraciones a que nos hemos referido y también la circunstancia de que el segundo de los peritos, ingeniero Antonio Amorocho, tuvo que levantar el plano del área construído, en los dos o tres días siguientes al del incendio, y de acuerdo también con el croquis que hemos elaborado con motivo de este dictamen, podemos afirmar que el área construída fue de 350 m2. cuyo valor, de acuerdo con la estimación ya expresada, es de $ 14.000.00.

"La conclusión final de los señores peritos es que el precio de la finca en referencia, el primero de septiembre del año de mil novecientos cincuenta, era el siguiente:

Valor del total del solar; 719 V2. a $ 70. cada una	$ 50.330.00
Valor de la construcción; 350 metros cuadrados a $ 40. cada uno. .	14.000.00
Valor total de la finca	64.330.00

"Pero este concepto uniforme de los peritos no está explicado ni mucho menos debidamente fundamentado. Basta leer el dictamen para convencerse de la verdad de lo dicho. En efecto: en cuanto a la apreciación del valor del solar escuetamente dicen los expertos que han tenido en cuenta la ubicación de la finca, el desarrollo comercial, las proporciones entre el frente y el fondo del terreno, sus conocimientos sobre la materia y la opinión de comerciantes y conocedores del movimiento de la propiedad raíz en Girardot. Pero no dan ningún fundamento a sus apreciaciones, ni siquiera anotan cuál es el desarrollo comercial del sector en donde está ubicada la finca, nada se sabe sobre si en el sector existen casas de comercio y de qué calidad; cuál es el precio de los arrendamientos en ese sector, cuál es el precio de las propiedades aledañas y de características semejantes, se ignora si en el sector se han realizado, o se realizaron, por los meses de septiembre y octubre de mil novecientos cincuenta negocios de ventas de fincas y cuáles fueron los precios que entonces regían para esa clase de negocios; se ignoran, por completo cuáles fueron las opiniones de comerciantes conocedores del movimiento de la propiedad raíz en Girardot en la época a que se refiere el dictamen

de los señores peritos. Es decir, ese dictamen no sirve para nada como auxiliar del juzgador, en lo que respecta al valor que hubiera tenido el terreno que se avalúa; pero esta situación se agrava cuando los señores peritos dan su concepto sobre el valor de la construcción que existió hasta el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, cuando fue destruída por un incendio. Afirman los expertos que la construcción, por lo que se deduce de las declaraciones recibidas en el momento de la inspección ocular, fue de muros de bahareque, pisos de baldosín y cubierta con teja metálica, y estiman que esa clase de construcción valía en el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta a razón de cuarenta pesos el metro cuadrado, traen los señores peritos, las declaraciones de los testigos recibidas en la diligencia de inspección ocular, el hecho de haber levantado el perito Amorocho el plano de la casa unos pocos días después del incendio, y un croquis que los mismos peritos elaboraron con motivo del dictamen. Pero no fundamentan en ninguna forma, la apreciación que hacen. No sabe, por ejemplo, si el precio de cuarenta pesos por metro cuadrado se refiere a edificaciones nuevas o a edificaciones antiguas; no hacen ni la menor referencia a la antigüedad de la construcción, ni al estado, bueno o malo de ésta en la época a que se refiere el avalúo, y del expediente se deduce que tal edificación tenía más de treinta años cuando fue destruída por el fuego.

"Como simple referencia es conveniente anotar que en el cuaderno 13, de este expediente, aparecen las certificaciones expedidas por la oficina de catastro de la ciudad de Girardot, referentes al avalúo catastral de la finca a que se refiere este juicio, y varias declaraciones de personas honorables vecinas de Girardot y que han tenido ingerencia en los negocios de fincas en esa ciudad. La oficina de catastro certifica que el registro de la finca, vigente en el año de mil novecientos cincuenta, daba un avalúo de diez y nueve mil pesos y en el año de mil novecientos cincuenta y dos ese avalúo catastral subió a veintitrés mil pesos. Los declarantes afirman que el precio de la finca en cuestión, para el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta, oscilaba entre veinticinco mil y veintisiete mil pesos m. c., considerando el precio de la finca en Girardot y teniendo en cuenta que la construcción, por ser muy antigua, de más de treinta años, no tenía valor comercial. Es claro que estas informaciones sirven como puntos de referencia y de apreciación, muy indicativas para el juzgador, en relación con el dictamen pericial".

La Corte estima que, por regla general, no es posible desechar, en tratándose de avalúos, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado, porque a ello se opone el artículo 721 del C. J., que es suficientemente claro y explícito, conforme lo ha sostenido esta Corporación en otras ocasiones. Pero, no es menos cierto que es al juzgador a quien corresponde apreciar ese dictamen y examinar si los razonamientos deducidos por los peritos "tienen un firme soporte legal".

Es a él a quien libremente la ley le atribuye esta tarea y si considera que el dictamen no está debidamente fundamentado o sea una fundamentación que, a su juicio sea satisfactoria, esta apreciación no puede ser variada por el Superior "sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos".

"La fuerza vinculante de un experticio, ha dicho la Corte, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido nunca aceptada por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 del C. J., que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. El texto o interpretación del artículo 722 del C. J. no cohiben al juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia dependen no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste. El artículo 723 coloca al juez en un plano de apreciación muy amplio, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o no, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de juez". (Casación 17 agosto de 1944, LVII, 532).

Por tanto debe rechazarse el cargo como en efecto se rechaza.

Resolución

En mérito de las consideraciones 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 diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Rafael María Charry y otro contra Francisco Albornoz.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Juan M. Pachón Padilla — Pablo Emilio Manotas—Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.



CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD CONTENIDA EN LA MATRICULA ESCOLAR DEL PRETENSO HIJO.—ESTABLECIDA LA AUTENTICIDAD DE UNA FIRMA SE PRESUME AUTENTICO EL CONTENIDO DEL DOCUMENTO.—COTEJO. — PRUEBA DE INDICIOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente Dr. Francisco de P. Vargas V.)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario que Mélida Segura, en representación de su hija Gloria Elsy Zúñiga S. promovió contra María Angela Hernández viuda de Zúñiga, sobre filiación natural y petición de herencia.

Antecedentes

En libelo de demanda fechado el día primero de marzo del año de mli novecientos cincuenta y admitido por el Juez Primero del Circuito de Tuluá, Mélida Segura, mayor de edad y vecina de Andalucía, por medio de apoderado y en representación de su menor hija Gloria Elsy Zúñiga S. demandó por la vía ordinaria a María Angela Hernández viuda de Zúñiga, también mayor de edad y vecina del mismo municipio, en su carácter de heredera del finado Ciro Jorge Zúñiga H. para que por la justicia se hicieran declaraciones tendientes a reconocer a Gloria Elsy el carácter de hija natural de Ciro Jorge Zúñiga y su condición de heredera de éste, y que la demandada debe entregar a la menor dicha la mitad de los bienes sucesorales y pagar las costas del pleito.

Como hechos fundamentales de las acciones propuestas, fueron señalados los siguientes:

"1º — El día 7 de diciembre de 1936 nació en el municipio de Andalucía la niña Gloria Elsy Zúñiga S. denunciada en la notaría de la nombrada población como hija natural de Mélida Segura.

"2º — Mélida Segura, mujer soltera, tuvo relaciones estables sexuales desde 180 días antes del alumbramiento con el señor Ciro Jorge Zúñiga H. de tal manera que el nombrado señor Zúñiga fue el padre de la dicha menor.

"3º — Desde los pocos días del nacimiento de Gloria Elsy, el señor Zúñiga dio a esa niña su nombre, la presentó ante sus familiares y relaciones en general como hija suya y trató de darle, hasta el día de su muerte, la educación que corresponde a la categoría de su padre.

"4º — Con este último fin matriculó y sostuvo durante algún tiempo a Gloria Elsy en el establecimiento educativo denominado Colegio Mariana de Jesús, de Cali; posteriormente la matriculó y sostuvo interna, hasta su muerte, en el establecimiento educativo Instituto Julia Restrepo, de esta ciudad.

"5º — Además de su interés por la educación de su hija Gloria Elsy, su padre señor Ciro Jorge Zúñiga H. quiso que tuviera techo, y compró para ello un inmueble sito en el área de la población de Andalucía, por medio de la escritura número 194 otorgada allí el 17 de septiembre de 1946. El señor Zúñiga que concurrió al acto del otorgamiento y por cuya orden se extendió el instrumento, reconoció públicamente a Gloria Elsy como hija suya, pues hizo poner en aquella escritura la siguiente cláusula: 'En este estado se hace constar que la mencionada casa la seguirá administrando el señor Ciro Jorge Zúñiga H. padre de la menor Gloria Elsy Zúñiga S. hasta que dicha menor cumpla la edad correspondiente'.

"6º — El señor Ciro Jorge Zúñiga H. no solo reconoció como hija a Gloria Elsy, hija de Mélida Segura, dándole su nombre, aquel trato y la fama de hija, sino que la reconoció inequívocamente firmando documentos y papeles que conll van el pedido reconocimiento. Al efecto, en el Colegio Mariana de Jesús, de Cali, matriculó a Gloria Elsy Zúñiga S. como hija suya y firmó la dicha matrícula, y firmó también en varias ocasiones las libretas que para calificar tareas dieron a Gloria Elsy en el mencionado colegio. Lo mismo hizo, en cuanto a la matrícula, en el Instituto Julia Restrepo, de esta ciudad.

"7º — El señor Zúñiga H. que sufrió también los temores que todos tuvimos con motivo de la inseguridad que ha azotado especialmente nues-

tra comarca, escribió y firmó, de su puño y letra, quizás en algún momento de sumo temor, y envió a Mélida Segura un papel que dice: 'Hago constar que mi única hija es Gloria Elsy en Mélida Segura, el cual (sic) es mi heredera (Fdo.) Ciro Jorge Zúñiga H". Este papel fue escrito con tinta y más abajo con lápiz: 'Ahí te mando esto por algún acaso y esos centavos (Fdo.) Ciro'.

"8º — El señor Ciro Jorge Zúñiga H. falleció, en mala hora para la sociedad, para su familia y para su hija Gloria Elsy, en esta ciudad y fue sepultado en Andalucía el día 5 de enero del corriente año.

"9º — El señor Ciro Jorge Zúñiga H. era hijo legítimo de Gonzalo Zúñiga, fallecido, y de la señora María Angela Hernández y, como murió soltero, sus únicos herederos son su madre la nombrada señora Hernández v. de Zúñiga y su hija Gloria Elsy Zúñiga S.

"10º — En el Juzgado 2º Civil del Circuito fue radicada y abierta la sucesión del señor Zúñiga H. fue declarada heredera la señora madre del causante, María Angela Hernández v. de Zúñiga y se denunciaron como de propiedad de la sucesión los siguientes bienes:

"a) Un derecho por $ 44.456.60, tomados de los $ 75.00000 en que fue avaluado un potrero sito en el municipio de Andalucía, en el indiviso de San Vicente, de unas 160 plazas de extensión, encerrado por cercas de alambre y alindando así: oriente, línea férrea del Ferrocarril del Pacífico; Norte, y Occidente, callejón que de Andalucía conduce al caserío de Zabaletas y sur, predio de Aristóbulo Libreros y Ana Cardina Libreros de Salazar;

"b) 16 vacas paridas, 2 horras y 5 novillonas;

"c) Dinero depositado en el Banco de Colombia de esta ciudad".

Según la constancia secretarial del Juzgado a donde fue presentada personalmente la demanda, ésta fue acompañada de dos libretas escolares, siete recibos de pagos de mensualidades por estudios de una niña, un papel manuscrito que aparecía firmado por Jorge Ciro Zúñiga, copia de una escritura pública y algunas certificaciones civiles y eclesiásticas relativas al estado civil de determinadas personas.

En cuanto al derecho en que se dice fundar las acciones propuestas, el escrito inicial del pleito contiene estas afirmaciones:

"DERECHO: el fallecimiento del padre natural no impide el reconocimiento judicial de la filiación natural; ésta se puede demostrar mediante la posesión notoria de esa filiación y por el reconocimiento escrito e inequívoco que haya hecho el padre. La hija natural concurre en este caso con el ascendiente legítimo más próximo y como la acción de petición de herencia es una consecuencia del carácter de heredera que una persona tenga cuando se le han reconocido sus derechos en la sucesión, los juicios o acciones son acumulables".

La demanda fue corregida para precisar la fecha del nacimiento de la menor Gloria Elsy.

El juez de primera instancia profirió sentencia absolutoria de los cargos que se habían formulado y condenó en costas.

Recurrida ante el Tribunal del Distrito Judicial de Buga la sentencia del inferior, aquella entidad jurisdiccional desató la litis en los siguientes términos:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Sala Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de primera instancia, dictada en este juicio por el juzgado primero civil del circuito de Tuluá, con fecha veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, y en su lugar DECLARA:

"Que Gloria Elsy Zúñiga Segura, nacida en Andalucía en 7 de diciembre de 1937, es hija natural del señor Ciro Jorge Zúñiga Hernández, con derecho a la mitad de los bienes de la sucesión, tanto los inventariados de que trata el hecho décimo de la demanda, como de los que lleguen a inventariarse;

"Que la demandada María Angela Hernández v. de Zúñiga debe entregar a la demandante, la mitad de tales bienes y la de sus frutos civiles y naturales, desde la notificación de la demanda.

"Condénase a la demandada al pago de las costas del juicio".

Contra la decisión del Tribunal mencionado interpuso recurso de casación la parte demandada y admitido que fue por esta Sala, tramitado con el lleno de las formalidades de rigor, se procede a resolverlo, tomando en cuenta las siguientes consideraciones:

La demanda inicial del pleito fue enderezada a conseguir en primer lugar la declaratoria de paternidad natural para con tal título exigir que a Gloria Elsy Zúñiga se le entreguen bienes de la herencia de su padre Ciro Jorge Zúñiga H. que se consideraron en poder de la señora María Angela Hernández viuda de Zúñiga.

Tanto en los hechos fundamentales como en el párrafo elaborado para el planteamiento del derecho en que se dicen apoyar las acciones incoadas, se sostiene que el camino escogido para la finalidad de la demanda es la demostración de

la posesión notoria del estado civil y la existencia de escritos contentivos de la confesión inequívoca de paternidad.

La sentencia recurrida desechó la vía de la posesión notoria y concretó su estudio y decisión al otro extremo de la controversia y por ello es menester hacer la siguiente transcripción de unos apartes de la providencia del Tribunal:

"Al estudiar con el debido cuidado las pruebas del juicio, deduce la Sala que contienen confesión de paternidad los siguientes escritos:

"1º — El acta de matrícula de Gloria Elsy Zúñiga en el Colegio o Instituto Julia Restrepo, porque aparece firmada por Ciro Jorge Zúñiga H. y en ella figuran como nombres de los padres de la alumna: Mélida Segura y Ciro Jorge Zúñiga;

"2º — El escrito de folios 22 en que expresamente Ciro Jorge Zúñiga H. hace constar que su 'única hija es Gloria Elsy en Mélida Segura', y

"3º — Algunas de las páginas de las libretas de calificaciones del Colegio Mariana de Jesús, en cuanto aparecen en ellas la firma "Ciro Zúñiga H", en el renglón 'El Padre o Acudiente'.

"De estas tres clases de escritos sólo es equívoca la confesión que se contiene en la última, o sea, en las páginas de las libretas de calificación, porque es susceptible de entenderse que el firmante es el padre o es el acudiente únicamente. Porque inequívoco es lo que no admite equívoco, es decir, que no puede interpretarse en varios sentidos, y tanto la confesión que se contiene en el acta de matrícula como la del escrito de fojas 22, no admiten varios sentidos de interpretación, mientras las de las libretas de calificación sí".

Demanda de casación

Después de hacer el recurrente un interesante estudio sobre las consideraciones de la sentencia de segundo grado, que ha sido motivo del recurso, examen en que trató a espacio múltiples aspectos de las probanzas allegadas al expediente, concluye en la siguiente manera:

"Con base en lo anterior acuso la sentencia materia del recurso que sustento, como violatoria, por aplicación indebida, del precepto sustancial contenido en el numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, por consecuencia de los errores de hecho y de derecho que dejo establecidos en la anterior fundamentación del cargo; me acojo a la causal primera de las consagradas en el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial".

Evidentemente, se trata de un solo cargo, pero fundamentado en diversos motivos. El recurrente lo ha llamado "CARGO UNICO" y esta clara posición la confirma cuando manifiesta:

"El fallo de segunda instancia se funda en el examen de la prueba escrita que, según el Tribunal, tiene fuerza de convicción suficiente para dar lugar a la aplicación del numeral 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936".

Primer motivo

Dice el recurrente:

"La sentencia acusada considera auténtica la firma atribuída a CIRO JORGE ZUÑIGA en el acta de matrícula que en copia figura al folio 29 del cuaderno principal, y en fotoscopia al folio 18 del cuaderno Nº 2; funda su convicción en una prueba de cotejo, indicio que a su vez utiliza como base de la presunción judicial de que dicha matrícula contiene una inequívoca confesión de paternidad".

Y prosigue:

"Pero ocurre que el Tribunal al atribuír ese mérito a la firma dicha, incurre en errores de hecho y de derecho que lo llevan a violar la ley sustancial; en efecto:

"Por tres medios ha penetrado ese documento en el proceso: a), en copia reconocida judicial y sumariamente por quien la expidió, acompañada a la demanda; b), por haberla visto el Juez en la diligencia de inspección ocular, según acta visible al folio 13 v. del cuaderno Nº 2; c), por fotoscopia ordenada durante la misma diligencia, llevada a los autos con posterioridad, y que forma el folio 18 del cuaderno Nº 2".

Y con relación a esos puntos se expresa así:

"a) La copia acompañada a la demanda, por sí misma nada comprueba sobre la veracidad del contenido del acta transcrita; quien firma esa copia carece de toda posición oficial que le comunique fe ante terceros a lo que dicha persona suscriba en ejercicio de su actividad privada. De esta suerte la copia es apenas un elemento de la prueba testimonial rendida por la misma persona que la suscribe, o sea, la señorita María González Ochoa, cuyo testimonio examinaré después.

"b) La existencia de la matrícula establecida por el Juez en la diligencia de inspección ocular, y la concordancia de su texto con el de la copia acompañada a la demanda, tampoco inciden en la veracidad del contenido; se trata del establecimiento de circunstancias formales acerca de las cuales hace fe la observación judicial, sin que ella, como es obvio, sea extensible a lo sustan-

cial del documento observado.

"c) La fotoscopia llevada al proceso presenta aspectos del mayor interés por cuanto sobre ella se practicó la prueba de cotejo de la cual extrajo el Tribunal su convicción de autenticidad; pero a este respecto se observa:

"En primer lugar la fotoscopia sobre la cual trabajaron los peritos (afirmación contenido en su dictamen visible al folio 22 del cuaderno Nº 2) no podría reemplazar al original para los efectos del cotejo, porque la naturaleza de la prueba rechaza la posibilidad de atribuír a la fotoscopia las características del original para investigación pericial de tamaña importancia".

Y un poco más adelante continúa sobre estos mismos particulares:

"Por otra parte la prueba del cotejo fue pedida sobre la matrícula original (memorial de pruebas visible al folio 2, cuaderno Nº 2, punto VIII) y se practicó, según los expertos, sobre la fotoscopia; así la prueba decretada (auto de 29 de septiembre de 1950) no fue en realidad la practicada".

La Sala considera:

El Tribunal sentenciador no dio a la matrícula de que tanto se ha hablado, valor excepcional y por sí sola. Tomó en cuenta la declaración que sobre dicho elemento rindió la señorita María González Ochoa, secretaria-tesorera, cuyas palabras transcribe el Tribunal: "Fue precisamente el nombrado Ciro Jorge Zúñiga, quien puso de su puño y letra la firma que del citado Zúñiga aparece en el documento aludido". Y es por eso por lo que dicha entidad se expresa así:

"Es cierto que la declaración de un solo testigo no forma por sí plena prueba (Art. 696 C. J.) y que la prueba resultante del cotejo es incompleta (Art. 656 C. J.) Pero la declaración de la señorita González, por su condición de secretaria-tesorera del Colegio, que intervino en el acto de asentarse la matrícula y por la sinceridad y claridad de su exposición, constituye una presunción muy atendible; y el cotejo de firmas constituye un indicio grave, por lo menos, si se atiende a los fundamentos del dictamen pericial, según las mismas disposiciones".

De donde se deduce que el Tribunal no podía rechazar la matrícula en atención a que quien la firma no tiene carácter oficial alguno. Porque, como se observa, lo importante para el juzgador de segunda instancia fue la declaración de la empleada particular señorita González Ochoa, quien, en manera que no dejó lugar a dudas, a juicio del Tribunal, dijo que la firma de la matrícula la estampó el señor Ciro Jorge Zúñiga.

Y los peritos, cuyo dictamen analizó en forma detenida el Tribunal, practicaron el cotejo de las firmas no sobre la fotoscopia, como lo afirma el recurrente, sino sobre el mismo original de la matrícula y sobre otros elementos auténticos en los cuales aparecía la firma del mencionado señor Zúñiga.

En la diligencia de cotejo (continuación), folio 14 v. del cuaderno Nº 2, citado por el propio recurrente, se lee lo siguiente:

"Una vez llegados a la oficina de la secretaría del colegio nombrado, en donde se halló presente a la secretaria-tesorera, señorita María González O. el señor juez, por ante su secretario, se constituyó en audiencia con el objetivo antes indicado. En seguida, el señor juez enteró a la secretaria-tesorera, señorita González O., de su presentación en este lugar, leyendo luego el memorial de pruebas y las solicitudes de los apoderados, señores Victoria Viveros y Salazar García, contenidas en las diligencias antes iniciadas, y al efecto, la señorita González O. puso a disposición del juzgado y de los peritos el LIBRO DE MATRICULAS del colegio Julia Restrepo, correspondiente al año lectivo de 1949-1950, en donde se halló la matrícula correspondiente a la alumna GLORIA ELSY ZUÑIGA, extendida el 26 de septiembre de 1949... Presente el señor Germán E. González, fotógrafo de profesión en la ciudad, y de acuerdo con lo pedido y dispuesto anteriormente, procedió a tomar, en presencia del personal de la diligencia, la fotoscopia de la diligencia de matrícula antes mentada, la cual se obligó a presentar al juzgado oportunamente para que obre en el juicio.

Los peritos, al rendir el dictamen (folio 20 del Cuaderno expresado), dicen: "La confrontación, como se dijo, es de las que acabamos de especificar, con las que obran en los siguientes documentos: a), matrícula de Gloria Elsy Zúñiga el 28 de septiembre del año de 1949 en el Institoto Julia Restrepo..."

Un examen comparativo entre lo afirmado por el Tribunal y lo aseverado por el recurrente en lo relativo a que los peritos tomaron en cuenta para rendir su dictamen la fotoscopia de la matrícula y no su original, indica claramente que el error está de parte del segundo, ya que aquél partió de la base no solo del original sino también de la fotoscopia, elemento simplemente complementario. En efecto, el recurrente, al leer en el folio 22 del mismo cuaderno la palabra "fotoscopiada" que después de una "coma" (,) utilizan

los peritos como para expresar que la matrícula por ellos tomada en cuenta había sido, además, fotoscopiada, entendió que los expertos habían realizado el trabajo únicamente sobre la aludida fotografía.

Por estas razones la Sala llega a la conclusión de que el Tribunal al aceptar como prueba los elementos anotados, no incurrió en los errores de hecho y de derecho que apunta el actor en el recurso.

Al proseguir el recurrente en el planteamiento de los diversos motivos en que funda su CARGO UNICO, se expresa en los siguientes términos:

"a) El Tribunal erró de hecho al apreciar las libretas del colegio Mariana de Jesús como indicativas de la paternidad de CIRO JORGE ZUÑIGA respecto de la demandante, por la razón que el mismo Tribunal expone en su sentencia, consistente en que el hecho de haber sido firmadas por el dicho Zúñiga 'es susceptible de entenderse que el firmante es el padre o es el acudiente únicamente'. Al abandonar tan obvia consideración para ver en las libretas de que se trata una confesión de paternidad probada con el indicio suministrado por el cotejo, incurrió la sentencia en visible contradicción consigo misma, y erró de hecho, como ya lo dije, en la apreciación de esas libretas.

"Erró también el Tribunal de derecho en la apreciación de esa prueba porque estando a su juicio probada la firma de las libretas por parte de Ciro Jorge Zúñiga por medio del cotejo, no podía probar con ese indicio otro consistente en presumir la paternidad del firmante; como así procedió violó el artículo 666 del C. J. según el cual los indicios no son aptos legalmente para probar indicios; éstos no pueden construírse sino sobre pruebas plenas de los hechos constitutivos del indicio.

"b) Erró de hecho el Tribunal al apreciar los recibos que forman el folio 20 y 21 del cuaderno principal, en los cuales vio 'la firma del consignante', siendo así que nada le permite afirmar que el nombre 'Ciro Jorge Zúñiga' que difícilmente se alcanza a descifrar en esos papeles, sea una firma; nadie lo ha pretendido, ni la parte actora intentó siquiera la prueba del cotejo respecto de tales papeles.

"c) Erró también de hecho el Tribunal al apreciar el papel que forma el folio 22 del cuaderno Nº 1, y el dictamen de los grafólogos en cuanto a él se refieren, porque si respecto de la autenticidad de la firma hay el indicio resultante del cotejo, respecto de su contenido no hay elemento probatorio que trate siquiera de establecer su origen; los grafólogos fueron muy explícitos en las ampliaciones de su dictamen al afirmar que éste en nada se refería al contenido de dicho papel, por no haber sido materia de la prueba en que intervinieron; de esta suerte yerra el Tribunal al afirmar que en dicho escrito "el señor Zúñiga hace constar que su hija única es Gloria Elsy Zúñiga', aserto enteramente gratuito y que no descansa sobre realidad alguna del proceso.

"d) La escritura pública Nº 194 a que ya hice mención (folios 10 y 11 del cuaderno Nº 2) no fue suscrita por el difunto CIRO JORGE ZUÑIGA; de esta suerte en relación con él no opera como instrumento auténtico. La frase que ella contiene relativa a su paternidad respecto de la compradora, le es totalmente extraña. El Tribunal, con todo, la toma como puesta en la escritura por orden del señor Zúñiga a base de la declaración del Notario señor JOSE A. GONZALEZ, quien, como simple testigo, afirma que en su presencia la dictó el difunto Zúñiga.

"Erró de derecho el Tribunal al apreciar el testimonio de González porque, de ser cierto lo afirmado por el testigo, estaríamos en presencia de una confesión extrajudicial, prueba incompleta (artículo 608 del C. J.) demostrada a su vez por una presunción como es el dicho de un solo testigo (artículo 696 del C. J.); al tener como probado el hecho indiciario (testimonio único) y sobre él deducir una confesión extrajudicial, no se tuvieron en cuenta en la sentencia acusada, los preceptos probatorios citados, ni el artículo 666 del Código Judicial.

En lo que atañe a las libretas invocadas como apreciadas erróneamente por el Tribunal, basta repetir que la entidad falladora expresó muy claramente que tales elementos no son confesión inequívoca de paternidad y de ahí que su determinación la fundara especialmente en la matrícula y en el escrito del folio 22 del primer cuaderno, que se ha de estudiar adelante, considerados en conexión con indicios examinados por el Tribunal.

Ni puede decirse que el Tribunal erró de hecho al examinar y tomar en cuenta los recibos que a folios 20 y 21 del primer cuaderno, porque dicha entidad hizo un razonamiento que el recurrente no ha atacado. Dijo que tales documentos, que fueron presentados con la demanda, no fueron rechazados ni tachados de falsedad todas las firmas que aparecen en los papeles, y explica cómo las de los recibos mencionados quedaron al abrigo de cualquier objeción.

Expresa el recurrente que la escritura pública Nº 194, que figura en los folios 10 y 11 del cua-

derno 2, no fue suscrita por Ciro Jorge Zúñiga y que el Tribunal le dio valor como instrumento auténtico. Que por eso erró de derecho el Tribunal al apreciar el testimonio del Notario señor González, "porque, de ser cierto lo afirmado por el testigo, estaríamos en presencia de una presunción como es el dicho de un testigo, al tener como probado el hecho indiciario (testimonio único) y sobre él deducir una confesión extrajudicial".

El Tribunal no apreció la declaración del testigo González como una "confesión extrajudicial", sino como una simple declaración y al relacionarla con el texto de la escritura pública citada e incluírla en la enumeración de pruebas, expresó:

"Pruebas éstas son todas si no suficientes una a una para demostrar la filiación natural demandada, al menos sí sirven para llevar al ánimo del juzgador a la convicción de que la firma que aparece en el acta de matrícula no es falsificada".

No ve la Sala el error de derecho que se anota, pues el Tribunal se atemperó al artículo 696 del C. J. que cita el mismo recurrente.

Resta estudiar uno de los motivos en que dice el recurrente fundar el cargo único esbozado contra la sentencia del Tribunal:

Acepta el recurrente que hubo cotejo de firmas y que de ahí nació un indicio que limita a la autenticidad de la firma de Ciro Jorge Zúñiga H. pero que no le dá alcance a la misma leyenda que respalda dicha firma, porque a juicio del recurrente no hay elemento probatorio que trate siquiera de establecer su origen". Manifiesta que los grafólogos fueron muy explícitos en las explicaciones de su dictamen al afirmar que el concepto de ellos no podía referirse al texto del manuscrito, "por no haber sido materia de la prueba en que intervinieron". Que por tal circunstancia —sostiene el recurrente— erró el Tribunal al afirmar que en ese escrito el señor Zúñiga hizo constar que su única hija es Gloria Elsy Zúñiga. Aseveración que el actor en el recurso considera gratuita y que no descansa sobre realidad alguna del proceso.

A este respecto, la Sala considera:

La configuración del cargo con el cual se desea quebrantar la sentencia recurrida, puede sintetizarse así: Para el recurrente no está suficientemente probado en autos la existencia de la leyenda que contiene el manuscrito que corre a folios 22 del cuaderno principal. Que solo la firma del señor Ciro Jorge Zúñiga H. ha sido reconocida, pero que los grafólogos no extendieron su dictamen al texto mismo de la frase antepuesta a la firma. Que los peritos dijeron no haber hecho el examen de esa frase, y que ello llevó al Tribunal a incurrir en el error de hecho al apreciar como prueba un papel que no responde a "realidad alguna del proceso".

El Tribunal sostuvo precisamente lo contrario, fundándose en que el manuscrito fue traído oportuna y legalmente a los autos y de él se desprende una confesión inequívoca de paternidad.

De los siguientes apartes se relieva el concepto del Tribunal sentenciador:

"Como fundamentos de la acción se invocan en los hechos de la demanda las causales 3ª y 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936 que dicen: 'Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:... Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad... 5ª...'

"Para probar estas causales se presentaron **con la demanda** (subraya la Sala) los siguientes documentos:

"1º... 2º... 3º... 4º... 5º. Un papel manuscrito que dice: 'Hago constar que mi única hija es Gloria Elsy en Mélida Segura el cual es mi heredera. Ciro Jorge Zúñiga H'. Y al pie una leyenda a lápiz que dice: 'Ahí te mando esto por algún acaso y esos centavos. 'Ciro'

"Además, forman parte del proceso por haberse pedido y practicado a solicitud de la parte actora, dentro del término de prueba de la primera instancia, las siguientes:

"a) Declaración de la señorita María González Ochoa, secretaria del colegio Julia Restrepo. de Tuluá, según la cual desempeña las funciones de secretaria-tesorera de dicho establecimiento desde comienzos del año lectivo de 1949-1950 y por ello, afirma 'con toda certidumbre' que en ejercicio de sus funciones le correspondió extender la matrícula de admisión de la señorita Gloria Elsy Zúñiga S. que fue el señor Ciro Jorge Zúñiga quien se presentó a matricularla, quien trajo y dejó en el establecimiento a la mencionada alumna y realizó el pago de las pensiones durante todo el tiempo en que Gloria Elsy permaneció en el colegio; y que es verdad y lo asegura, con vista de la matrícula extendida por ella 'que fue precisamente el nombrado Ciro Jorge Zúñiga, quien puso de su puño y letra la firma que del citado Zúñiga aparece en el documento aludido'. (Fs. 15 y 16 C Nº 2º).

"b) Copia de la escritura Nº 194 de 17 de septiembre de 1946, otorgada ante el notario de Andalucía, José Antonio González, según la cual la menor Gloria Elsy Zúñiga Segura compró a Odilia Jiménez de Quintero una casa de habitación situada en el área de la misma población de An-

dalucía, haciéndose constar expresamente en el instrumento "que la mencionada casa la seguirá administrando el señor Ciro Jorge Zúñiga H. padre de la menor Gloria Elsy Zúñiga S. hasta que dicha menor cumpla la edad correspondiente.

"c) Declaración del señor José Antonio González de que le tocó como notario de Andalucía dar fe del otorgamiento de la escritura antes citada y que por ello le consta y lo puede afirmar 'porque perfectamente lo recuerda que además de los otorgantes del mencionado instrumento estuvo presente durante todo el acto el señor Ciro Jorge Zúñiga; que en el otorgamiento de la referida escritura, escribí —dice textualmente— por orden del señor Ciro Jorge Zúñiga H porque así él mismo me la dictó, la cláusula que textualmente dice: 'En este estado se hace constar que la mencionada casa la seguirá administrando el señor Ciro Jorge Zúñiga H. padre de la menor Gloria Elsy Zúñiga, hasta que dicha menor cumpla la edad correspondiente'. Y agrega: 'Aclaro que aunque el señor Zúñiga H. no era el otorgante, por su orden extendí la escritura, él mismo le pagó el valor de la casa a la señora Odilia Jiménez de Quintero, como también a mí la correspondiente escritura en copia y por eso escribí la cláusula que se deja copiada'. (Fs. 42 vto 43 ibidem).

"d) Diligencia de cotejo de firmas con intervención de los peritos Joaquín Alvarez y Félix Bernal L. nombrados por las partes. Para hacer la comparación de firmas se tuvieron en cuenta escritos firmados por Ciro Jorge Zúñiga H. que se hallan en la notaría de Andalucía. Los peritos al rendir su dictamen acompañaron fotoscopias de la matrícula de Gloria Elsy Zúñiga en el Instituto Julia Restrepo y de la partida de matrimonio de Omaira Zúñiga H tomada del correspondiente libro de la notaría de Andalucía y que aparece firmada por Ciro Jorge Zúñiga H. como testigo. En concepto de los expertos 'pese a la diferencia de inclinación que en su conjunto presentan, por la similitud de sus rasgos, excepción hecha de la letra H inicial del segundo apellido y por la circunstancia de que en unas y otras de esos dos grupos de inclinaciones hay puestas en documentos públicos, conceptuamos que fueron puestas por el señor Ciro Jorge Zúñiga H. las siguientes firmadas cotejadas:

" 'La del manuscrito de Fs. 22 del cuaderno principal, copiado en el hecho 7º de la demanda" '.

Fue por todo eso por lo que el Tribunal consideró probada la existencia de un papel escrito firmado por el presunto padre, que contiene una confesión inequívoca de paternidad.

La Sala acoge ese concepto y emite el juicio de que el Tribunal no violó ninguna norma legal, porque se amoldó o entendió cumplir el precepto del ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Y son las siguientes las razones por las cuales la Sala se pronuncia en la forma que deja expresado:

Con la demanda, origen de esta controversia, se acompañó el manuscrito de que se ha venido hablando y que corre a folios 22 del primer cuaderno. Su copia textual aparece en el hecho séptimo de los fundamentales de la acción y la Secretaría del Juzgado dejó constancia de la recepción de tal elemento probatorio.

Se ejercitó, pues, por la parte actora el derecho que consagra el artículo 207 del C. J. A ese manuscrito, por las circunstancias de su presentación en esa forma, le abonaba presunción de veracidad y debía ser estimado en la sentencia "sin más requisitos", como lo preceptúa el artículo citado, si no era objetado por la parte contraria.

Es de este tenor el artículo 225 del mismo texto citado:

"El demandado, al contestar la demanda, debe expresar cuáles hechos admite como ciertos y cuáles rechaza o niega, e indicar los hechos o los fundamentos en que apoya su defensa".

La parte demandada en este litigio contestó los hechos fundamentales de la acción rechazándolos, no los aceptó, y al considerar como básicos de la demanda algunos de ellos, entre los que mencionó el séptimo, contentivo de la copia o transcripción del papel que aparece suscrito por Ciro Jorge Zúñiga H. expresó como explicación a su franca actitud de oposición al manuscrito mencionado, lo siguiente:

"Los mismos papeles que desde un principio se han traído como pruebas para establecer la veracidad de los mencionados hechos, que se dice fueron firmados por Ciro Jorge Zúñiga, tienen estampadas firmas como de éste, que en ningún caso las puso él, lo que se observa con gran facilidad".

Como el debate judicial debe girar alrededor de la demanda y la respuesta, lo que expresó el demandado fijó su posición en la litis, de tal suerte que la parte demandante tuvo que tomar en cuenta lo que la última transcripción contiene: que por no haber estampado Ciro Jorge Zúñiga la firma del manuscrito tantas veces citado, el documento no podía prestar mérito alguno.

El camino a seguir por la parte demandante tenía que ser el que escogió, a deducir por el texto del artículo 653 del Código de Procedimiento Civil: pedir, como lo hizo, el cotejo de la firma

no aceptada como auténtica por la contraparte. El rechazo rotundo a la firma, que no especialmente al texto del manuscrito, así lo impuso. Y tenía que partirse de la base de que el simple rechazo a la firma implicaba el de la totalidad del papel presentado, así como la aceptación de la autenticidad de la dicha firma tenía que presuponer implícitamente que se admitía la veracidad del documento.

El artículo 642 del Código citado robustece estos conceptos en cuanto determina que es bastante para considerar cierto el contenido de un documento, el reconocimiento de la firma.

Y la Corte, en sentencia del año de 1946, abril 11, LX, 381, se produjo en los siguientes términos:

"Se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido; si sostiene lo contrario, tendría que dar la prueba. De ahí que, según el artículo 642 del C. J. si el documento privado que ha de ser objeto de reconocimiento ante el juez está firmado personalmente, basta con que quien hace el reconocimiento confiese ser suya la firma para que implícitamente se tenga por reconocida la verdad de las declaraciones que contiene; es decir, que reconocida la firma, implícitamente se reconoce el contenido del documento. Es lo natural y explicable, porque se supone que nadie firma sin saber lo que firma si puede leer, y si no puede, haciendo que una persona de su confianza le lea lo que va a autenticar. Al contrario, si se niega la firma, se entiende negado el contenido del documento".

Pedido el cotejo de firmas con la resultante que hemos visto de las mismas transcripciones del Tribunal, no era necesario extenderlo al contenito del manuscrito, tanto porque éste no se había rechazado en su texto y venía obrando en autos, presentado con la demanda misma, como porque demostrada la autenticidad de la firma, había que presumir la del propio cuerpo del escrito, según el precepto del artículo 642 arriba mencionado.

El Tribunal estimó como probanza un elemento que fue acompañado a la demanda y con ello cumplió el artículo 597 del Código Judicial, y como la prueba del cotejo de firmas, a su juicio, lo llevó a la convicción de que el manuscrito tantas veces aludido fue firmado por Ciro Jorge Zúñiga H. dedujo que él contenía una confesión inequívoca de paternidad.

La entidad que dirimió la litis en la segunda instancia, aplicó también el artículo 656 del C. J. y aunque estimó bien fundamentado el cotejo de firmas, hizo la afirmación de que la prueba resultante de él es incompleta, pero que en el presente caso existían en autos otros elementos que contribuían a formar la plena prueba.

Así se expresó:

"Es cierto que la declaración de un solo testigo no forma por sí sola plena prueba (artículo 696 C. J.) y que la prueba resultante del cotejo es incompleta (artículo 656 C. J.) Pero la declaración de la señorita González, por su condición de secretaria-tesorera del colegio, que intervino en el acto de asentarse la matrícula y por la claridad y sinceridad de su exposición, constituye una presunción muy atendible; y el cotejo de firmas, constituye un indicio grave, por lo menos, si se atiende a los fundamentos del dictamen pericial, según las mismas disposiciones".

Esta posición del juzgador queda amparada también por el mandato del artículo 665 del Código de Procedimiento Civil, que establece como regla general que los indicios "forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido".

En realidad, el cotejo de firmas tan claramente explicado por los peritos que designaron las mismas partes, que hace considerar como exacta y auténtica la declaración de paternidad que contiene el manuscrito de folios 22 del primer cuaderno, agregado a la declaración que "con toda certidumbre" rindió la señorita María González Ochoa acerca de que fue Ciro Jorge Zúñiga quien llevó y dejó en el establecimiento educacional a la menor Gloria Elsy Zúñiga, que fue él mismo quien pagó las pensiones del colegio y que fue él también quien firmó la matrícula; adicionado esto con la declaración del notario de Andalucía, quien sin vaguedad alguna explica cómo fue cierto que una cláusula de una escritura de venta de un bien a favor de la menor mencionada, la dictó el señor Ciro Jorge Zúñiga, cláusula en la cual el presunto padre se califica como tal y se declara administrador de dicho bien hasta tanto la menor tenga mayoría de edad, y que el mencionado Zúñiga permaneció en la Notaría durante el otorgamiento de la escritura y pagó los emolumentos notariales, todo esto, que son tres indicios calificados por el Tribunal como graves, precisos y conexos, conducen a la certeza de que esa entidad al proferir la sentencia no cometió el error de hecho de que se le acusa.

El cargo, pues, no puede prosperar, él no incide en el fallo recurrido. Ya se ha visto cómo y

por qué la autenticidad de la firma resultante del cotejo, que el mismo recurrente eleva a la categoría de indicio, conlleva la del texto del manuscrito.

Si el cargo a la sentencia se funda en la falta de autenticidad del texto del manuscrito, salta a la vista que no incurrió el Tribunal en el error de hecho que se le imputa al admitir que dicho elemento arroja una confesión inequívoca de paternidad.

Además, el Tribunal dio fin a su estudio expresando:

"...Preciso es concluír que concurre en el presente juicio todo un conjunto de elementos probatorios que dejan en el juzgador la evidente convicción, sin sombra alguna de duda, de que el señor Ciro Jorge Zúñiga es el padre natural de la menor Gloria Elsy Zúñiga Segura..."

Por lo que cabe ponerle término a esta exposición, transcribiendo párrafos de sentencias de esta misma Corte, de las cuales se deduce la necesidad e importancia de no restringir y sí sostener la autonomía que las leyes procesales otorgan a los jueces en el delicado mecanismo del sistema probatorio:

"La Corte ha dicho en varios fallos que 'Los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas', y que "la intervención de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquéllos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra' ". (Gaceta Judicial, Nº 2.029). (Fojas 92 y 267)". (Sentencia de marzo 16 de 1951).

"Al determinar nuestro Código Judicial las condiciones para la estimación y valoración de la prueba de indicios, dan unas cuantas reglas que deben recordarse antes de entrar al examen de la prueba acusada. Establece el artículo 662 del Código mencionado, que las presunciones fundadas en pruebas incompletas, o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que la constituyen y el que se trata de averiguar. Un solo indicio, establece el artículo 663, hace plena prueba cuando se considera necesario; una sola presunción, al decir del artículo 664, hace también prueba plena cuando a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento.

"Los indicios no necesarios, según el artículo 665 del C. J. por regla general forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión, las confía la ley al juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando, primeramente, tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico; de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación". (Casación, G. J. Nº 2001, pág 252, y G. J. Tomo 59, página 858).

"El ataque por apreciación de la prueba indicial, no puede prosperar sino en cuanto se haya dado por probado un indicio que no lo está, o pasándose por alto uno cuya estimación impondrá conclusiones distintas de las deducidas por el Tribunal sobre el tema respectivo, o que con este resultado, se haya tenido por no probado un indicio a pesar de estarlo, o cuando se ha faltado a la lógica, por no haber entre los indicios, o su conjunto, de un lado, y de otro las deducciones del Tribunal, el vínculo de causalidad que obligadamente ha de atar a aquéllos con éstos. (Casación, 7 de diciembre de 1943, G. J. Nº 2.001 página 342)". (Sentencia de 22 de febrero de 1952).

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, dictada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario seguido por Mélida Segura en representación de su menor hija Gloria Elsy Zúñiga, contra María Angela Hernández v. de Zúñiga.

Costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase a la oficina de origen.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla Francisco de P. Vargas V. — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

SE REITERA LA DOCTRINA CONSISTENTE EN QUE LA DEMANDA DE REVISION DEBE SER ELABORADA POR ABOGADO TITULADO E INSCRITO EN LA CORTE

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal. Bogotá, abril cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Santiago Cadena Copete).

VISTOS:

José Antonio Vera, en su propio nombre, demanda la revisión de las sentencias ejecutoriadas que se pronunciaron dentro del proceso que se le siguió en el Juzgado 19 Nacional de Policía de Ibagué por infracción del Decreto 0014 de 1955 y en virtud de las cuales fué condenado a la pena de dos a seis años de relegación a colonia agrícola penal.

El señor Secretario de la Sala informa que José Antonio Vera no es abogado inscrito en la Corte.

"Ya la Sala ha expresado, en casos similares:

"La revisión es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada. Por eso, el escrito en que se intenta es una verdadera **demanda**, y así la llama el artículo 574, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal. Como demanda que es, se halla sujeta a determinados requisitos que señala el artículo 572 ibidem, a saber: indicación del juicio cuya revisión se pide; el nombre del Juzgado y el Tribunal que fallaron el proceso; el delito o delitos que lo motivaron y la clase de sanción que se impuso; y los **fundamentos de hecho y de derecho** en que se apoye el libelo. Además, con éste debe acompañar el interesado "las pruebas de los hechos fundamentales" ".

"Todo lo cual quiere decir que la demanda de revisión debe ser elaborada por abogado titulado e inscrito en la Corte, conforme al mandato de los artículos 40 de la Constitución Nacional y 1º de la Ley 69 de 1945; pues entre las excepciones que estableció dicha ley, no figura un acto de tal naturaleza, que implica, necesariamente, conocimiento en las disciplinas jurídicas" (Auto del 9 de diciembre de 1954).

Precisamente, aquí es manifiesta la falta de técnica en la elaboración del escrito en que se intenta el recurso, a tal extremo que él no se compone sino de reiteradas críticas a los razonamientos de las sentencias, que tilda de falsos. Esto, desde luego, está fuera de lugar, ya que la revisión no constituye una nueva o tercera instancia, sino la oportunidad de demostrar, en el evento de la causal invocada por el peticionario, que es la 3ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, que la persona que está sufriendo una pena fué condenada con base en hechos o pruebas falsas. Por otra parte, no se acompañó, como lo requiere la parte final del artículo 572 ibidem, la prueba de "los hechos fundamentales", todo lo cual indica que no hay manera de aceptar lo que se pretende.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la demanda de revisión promovida por el señor José Antonio Vera, a que se ha hecho referencia.

Cópiese y notifíquese.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SE ABSTIENE LA CORTE DE DIRIMIR UNA COLISION DE COMPETENCIAS NEGATIVAS ENTRE JUZGADOS DE MENORES Y JUZGADOS DE GARANTIAS SOCIALES

La Corte tiene que abstenerse de resolver sobre la colisión de competencias negativas suscitada entre Juzgados de Menorer y Juzgados de Garantías Sociales, pues ella sólo está facultada, según el inciso 4º del artículo 42 del Estatuto Procesal, para decidir de las suscitadas "entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de Distritos Judiciales, y, finalmente, entre la jurisdicción militar y la ordinaria".

No hallándose el caso de que se trata comprendido en la enumeración que precede, necesario es acudir, para determinar qué funcionario o entidad es la llamada a decidir lo que fuere legal —de conformidad con lo estatuído en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal— a lo dispuesto en el 82 del Código Judicial, que en lo pertinente establece: "Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en Sala de Decisión, tienen, además, las siguientes atribuciones:... 3ª Dirimir las competencias de jurisdicción que no sean de la incumbencia de la Corte Suprema de Justicia o de los Jueces inferiores".

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal — Bogotá, nueve de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

En estas diligencias en averiguación de un delito contra la propiedad en que aparece sindicado Francisco Antonio Saavedra Solano —quien por el tiempo de los hechos tenía 16 años y 3 meses de edad— la Dirección del Reformatorio de Menores de Ibagué le informó al respectivo Juez sobre las repetidas evasiones del sindicado y conceptuó que éste debía ser enviado a una Colonia Penal o a otro Centro Correccional que ofreciera mejores medios de seguridad ya que "todos los métodos y sistemas empleados para conseguir la reforma y educación del mencionado menor han sido estériles, pues continúa obrando en sus condiciones de perversidad manifiesta, lo cual constituye un permanente peligro para los demás reclusos". (fl. 11).

Resolvió entonces el señor Juez de Menores:

"En vista de que el menor Francisco Antonio Saavedra se fugó del Reformatorio de Menores de esta ciudad, donde se había internado por habérsele hallado responsable de varios delitos contra la propiedad y uno de lesiones personales, como consta en las copias de las sentencias visibles a folios 12, 13, 14 y 15 de las presentes diligencias y no obstante cometió un nuevo delito el que se investiga por medio de este negocio, el Juzgado cree que de acuerdo con el informe del señor Director del citado Establecimiento de que ya se han agotado todos los medios adoptados para la reforma de esta clase de menores, es el caso de darle cumplimiento a lo ordenado por el artículo 2º, inciso 2º del Decreto Nº 0014 de 1955 en virtud de haberse llenado los requisitos en él exigidos;... en consecuencia se ordena: vaya este negocio al señor Juez 19 de Policía de esta ciudad y póngasele a disposición al sindicado Francisco Antonio Saavedra". (fl. 16).

Adelantó el proceso el señor Juez 19 Nacional de Policía, funcionario que condenó al menor Saavedra Solano —como infractor del Decreto 0014— a la pena de tres años de relegación en colonia agrícola y penal (fls. 28 a 30).

El Juzgado de Garantías Sociales de la Gobernación del Tolima al conocer por consulta del fallo condenatorio— dispuso enviar el negocio al señor Juez de Menores de Ibagué diciendo que "ni la justicia ordinaria, ni las Autoridades de Policía pueden, legalmente, arrebatarle a los Jueces de Menores esa competencia privativa que les otorgó la ley 83 de 1946 cuando quiera que se trata de juzgar y sancionar una persona menor de edad". (fl. 37).

El Juzgado de Menores —cuya función era úni-

camente la de contestar dando la razón jurídica de su renuencia— le provocó igualmente competencia negativa al Juzgado de Garantías Sociales, despacho éste que —en lugar de remitirle al Tribunal Superior de Ibagué las diligencias para que allí se resolviera de plano la colisión— las devolvió al señor Juez de Menores, quien finalmente dispuso: "1º Provocar la colisión de competencia negativa... a la Gobernación del Tolila; 2º Enviar el expediente a la H. Corte Suprema de Justicia, a fin de que dirima la colisión de competencia negativa, y 3º En la Penitenciaría Nacional de esta ciudad, póngase a disposición de la H. Corte, el sindicado Francisco Antonio Saavedra Solano". (fl. 46).

De la anterior relación se infiere que el incidente se tramitó en forma absolutamente irregular por los dos funcionarios que se han negado a conocer del presente negocio, no obstante que el inciso 2º del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal es lo suficientemente claro al respecto. Lo que al Juzgado de Menores le correspondía hacer, al no aceptar el conocimiento, era contestar dando los motivos de su renuencia; y lo que a continuación procedía era que el Juzgado de Garantías Sociales de la Gobernación del Tolima le enviara los autos al superior para lo de su cargo. La irregularidad del trámite se extremó singularmente por parte del señor Juez de Menores, quien —como se ha visto— le provocó nuevamente colisión de competencia negativa al señor Juez de Garantías Sociales en la misma providencia en que ordenaba remitir a esta Corporación el expediente para dirimir la disputa, y puso a órdenes de la Corte al sindicado Saavedra Solano contra lo preceptuado por el artículo 71 **ibidem**, que reza: "**Dirimida la colisión** (subraya la Sala), serán puestos a disposición del Juez competente los sindicados y los antecedentes que obraren en poder de los demás jueces entre quienes se hubiere suscitado el incidente".

Pero aunque la referida tramitación se hubiera ajustado a las disposiciones legales, la Corte tendría que abstenerse de resolver sobre la colisión de competencias negativas en cuya virtud se hallan estas diligencias a su conocimiento, pues élla sólo está facultada, según el inciso 4º del artículo 42 del Estatuto Procesal, para decidir de las suscitadas "entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de Distritos Judiciales, y, finalmente, entre la jurisdicción militar y la ordinaria".

No hallándose el caso de que se trata comprendido en la enumeración que precede, necesario es acudir, para determinar qué funcionario o entidad es la llamada a decidir lo que fuere legal —de conformidad con lo estatuído en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal— a lo dispuesto en el 82 del Código Judicial, que en lo pertinente establece: "Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en Sala de Decisión, tienen, además, las siguientes atribuciones:... 3º Dirimir las competencias de jurisdicción que no sean de la incumbencia de la Corte Suprema de Justicia o de los Jueces inferiores".

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal— SE ABSTIENE de dirimir la colisión de competencias negativas de que se ha hecho mérito, y ORDENA DEVOLVER las presentes diligencias a la oficina de origen para que el incidente se tramite y decida en la forma legal.

Dése cuenta de lo resuelto al Juzgado de Garantías Sociales de la Gobernación del Tolima.

Cópiese y notifíquese.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Montalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

EN EL DELITO DE COHECHO ES INDISPENSABLE LA EXISTENCIA DE DOS PERSONAS AL MENOS. — EN EL DE PREVARICATO DEBE HABER RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LOS SENTIMIENTOS DEL JUEZ Y SU DECISION. NO COMETE DELITO UN FUNCIONARIO CUANDO, CON DESTINO AL PAGO DE EMPLEADOS O EXTRAÑOS A LA OFICINA Y A FIN DE ACELERAR EL RECURSO DE ALZADA, ACEPTA DINERO POR LA EXPEDICION DE LAS COPIAS.—TAL HECHO CONSTITUYE UNA IRREGULARIDAD NO RECOMENDABLE

1.—Un elemento constitutivo de la infracción contemplada en el artículo 161 del C. P. es entrega u oferta, lo cual supone indispensablemente la existencia de dos personas: el cohechador y el que se deja cohechar; una acción unilateral es inconcebible, como delito consumado.

2.—En el prevaricato debe haber también una relación, esta vez de causalidad, entre la simpatía o animadversión del Juez hacia los interesados y la decisión que en definitiva tome.

3.—El artículo 180 del C. de P. P. expresamente dice que las copias indispensables para que el superior forme juicio, en el recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo, se expedirán gratuitamente.

Si un Juez acepta dinero para la compulsa de las copias, no para sí, sino para pagar empleados y aún extraños a la oficina, no comete delito porque no se beneficia a sí mismo, y sí busca la manera de acelerar el trámite del recurso para que tenga oportuno efecto. Incurre sí, en una irregularidad al aceptar el pago de las copias, contra una expresa prohibición legal. Pero debe tenerse en cuenta que dicha prohibición lo que pretende es impedir que, que con el pretexto de las copias, se genere una fuente de entradas para los funcionarios, es decir, tiende a evitar que, ilícitamente, se obtengan proventos; si no existe aquella ilicitud, no puede hablarse de delito. Sin embargo, la práctica no es recomendable, aun cuando se trate de trabajo extraordinario, precisamente porque puede darse entrada a los abusos con suma facilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Mediante concepto favorable del Ministerio Público, agotado el trámite, sin que se observe causal de nulidad declarable de oficio, corresponde decidir sobre la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de 18 de septiembre de 1953, por cuyo medio sobreseyó definitivamente a favor de Luis Francisco Camacho, por razón de los cargos que, en el carácter de Juez 2º del Circuito Penal de Cúcuta que tenía aquél, le formulara el abogado Jacinto Rómulo Villamizar Betancourt.

El señor Agente del Ministerio Público pide la notificación del fallo de la Corte al procesado, para los efectos del artículo 188 del C. de P. P.

El denunciante se dirigió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el 4 de abril de 1951, para que esa entidad solicitara investigador especial, ya que el Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta había incurrido en prevaricato y otros graves delitos, según "denuncia pública hace Ramón Cárdenas Silva". De la ratificación correspondiente se sabe que Cárdenas Silva, cuyo apoderado era el denunciante, en algún negocio penal que cursaba en el Juzgado del Circuito en referencia, había hecho pública una carta en que hacía aquellos cargos, que presume ser verídicos el abogado. En síntesis, afirmó éste: a) Que el Juez Camacho, en ejercicio de su cargo, y en relación con las diligencias que se seguían contra Luis Anselmo Díaz, Ramón Cárdenas Silva y otros, pidió la suma de un mil pesos al mismo denunciante, con base en que éste, en aquel negocio, iba a ganar honorarios por valor de tres mil pesos; b) que el procesado le cobró lo que dejó de devengar por no posesionarse en determinada fecha

—sesenta pesos— y recibió la suma de cuarenta y cinco; c) Que hubo irregularidades, por parte del Juez, en lo que respecta al lugar de detención señalado a Cárdenas Silva; d) Que pretendió para sí el cargo ocupado por Luis Anselmo Díaz cuando tenía que resolver la situación jurídica de éste; e) Que recibió determinadas sumas por la expedición de copias del proceso seguido a Díaz, Silva y otros, a efectos de un recurso.

Nada de lo anterior recibió comprobación. Es más: las personas citadas por el denunciante como conocedoras de las circunstancias que habrían configurado los ilícitos, le desmintieron en forma rotunda. Así, el doctor Jesús Antonio Pinillos dice que Luis Francisco Camacho fue quien le afirmó "que el doctor Jacinto le había ofrecido mil pesos" (f. 51 vto.); la aseveración no fue, pues, desvirtuada para demostrar que el Juez había sido el solicitante de aquella suma; el procesado, por su parte, rechazó enfáticamente el cargo del denunciante y explicó ampliamente por qué no necesitaba préstamos. Que se hubiese demorado la posesión del Juez para que el saliente pudiese decidir, a fin de no entorpecer el curso del proceso, fue igualmente negado por Luis Francisco Camacho, sin que se hubiese allegado la menor de las pruebas en contrario. Ciro A. Sandoval destruye positivamente la versión del denunciante en cuanto hace a irregularidades en el señalamiento del lugar de detención de Cárdenas Silva: "La orden de trasladar al señor Cárdenas Silva a la Cárcel Modelo no se llevó a cabo por las razones expuestas por el apoderado en su pe-

de este testimonio, ya que, aunque Sandoval fue empleado en el Juzgado a cargo de Luis Francis-

tición. Nada más" (f. 15), sin que pueda dudarse co Camacho, para la época en que rindió su declaración no había nexos entre uno y otro por este respecto, y no aparecen otros que resten imparcialidad al testigo. El rechazo del procesado a la afirmación consistente en haber pretendido el cargo ocupado por Luis Anselmo Díaz cuando debía resolver la situación jurídica de éste, se halla respaldado por la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuanto a gestiones oficiales; en cuanto a las privadas, que menciona como posibles ese documento, tampoco aparecen por parte alguna, con lo que queda sin prueba todo cargo por este concepto; más si se agrega la declaración de Luis Miguel Marciales y lo que el Gobernador del Departamento dice respecto a las afirmaciones del denunciante. Tampoco Arturo Bueno confirma el dicho del doctor Villamizar Betancourt, por cuanto manifiesta que éste fue quien le informó haber pagado cuarenta y cinco pesos al Juez, y deja establecido con claridad lo referente a las copias; de las declaraciones del doctor Jorge Soto Olarte, apoderado de Luis Anselmo Díaz, y de la ya referida del doctor Jesús Antonio Pinillos, aparecen meridianamente puntualizados los hechos que condujeron al denunciante a hablar de violación del artículo 190 del C. P. P. Finalmente, de lo declarado por Oscar García Baldó, Personero Municipal de Cúcuta en la época de los hechos, se infiere que el propio denunciante aceptó que la conducta del procesado no había sido incorrecta.

Por lo demás, existen varias declaraciones que prueban los buenos antecedentes del procesado y su pulcro desempeño de funciones (fs. 52, 63 y 64). El nombramiento de aquél, para el cargo de Juez 2º Penal del Circuito de Cúcuta, se acreditó debidamente (f. 80 vto.), lo mismo que la posesión y ejercicio del cargo (f. 70 y s.).

El denunciante habló de la comisión de un ilícito de cohecho. De su dicho aparece nítido que aquella referencia se hacía, no porque el procesado aceptara dineros, dádivas o promesas remuneratorias para ejecutar acto contrario a sus deberes oficiales, sino en mantener un auto de detención para conseguir el cargo que ocupaba el incriminado contra quien dictara aquella providencia. ¿En dónde, pues, se halla alguno de los elementos constitutivos de aquel delito? No hay nadie haciendo ofrecimiento ni entrega de dineros o dádivas. En todo el acervo probatorio no existe indicio de haberse incurrido en el ilícito de que trata el artículo 161 del C. P. Porque, efectivamente, un elemento constitutivo de la infracción allí contemplada es entrega u oferta, lo cual supone indispensablemente la existencia de dos personas: el cohechador y el que se deja cohechar; una acción unilateral es inconcebible, y sin embargo el denunciante dice que, por movimiento exclusivo del actual procesado, mantuvo éste una providencia para que, por la suspensión que aparejaba, pudiese ocupar un cargo desempeñado por el perjudicado. Ninguno, pues, recibe ofertas que nadie ha hecho, punto por demás obvio, pero del cual ha debido ocuparse la Corte dado que el denunciante se refirió concretamente a una infracción y hubiera podido presumirse que aquél, por su carácter de abogado, no erraría demasiado en la apreciación de los hechos, antes de atreverse a dar una interpretación jurídica de tan graves consecuencias, por tratarse de ilícito de los más nefastos que se puedan imputar a un funcionario, como lo es también el otro a que aludió el de-

nunciante y que se examinará en seguida. Es verdad que la denominación que el interesado dé a los hechos en su denuncio no tiene consecuencia jurídica en sí misma —ya que la competente calificación corresponde al juzgador—, pero éste se halla obligado a examinar todas las posibilidades planteadas, máxime cuando quien las esboza es persona de la que se espera una recta interpretación de los hechos, dadas sus actividades profesionales.

Tampoco puede hablarse de un delito de prevaricato, por ninguno de los hechos denunciados, porque, si en el de cohecho ha de existir necesariamente relación entre dos personas —cohechádora y quien acepta el cohecho—, en el prevaricato debe haber también una relación, esta vez de causalidad entre la simpatía o animadversión del Juez hacia los interesados y la decisión que en definitiva tome. Aquí no puede afirmarse, ni siquiera partiendo de la exposición del denunciante que existiese aquel estado anímico, puesto que el Juez habría obrado únicamente por el aliciente de tomar el puesto de Luis Anselmo Díaz, sin que le importara la suerte de éste; pero, aunque lo hubiese deseado, no aparece demostración de que el mantenimiento del auto de detención hubiese sido producto de ánimo torticero. El Gobernador del Departamento, a este respecto, en su solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores, dio un concepto asaz claro: pide que no se decrete la destitución de Díaz in continenti, no porque piense que el Juez ha cometido palmaria injusticia al decretar la detención o porque su apasionamiento le hubiese llevado allá, sino por la inexperiencia del funcionario, lo que hace resaltar la buena fe de éste.

Ninguno de los delitos en cuestión se configuró si se examina el hecho de haber solicitado el Juez al denunciante la suma de un mil pesos; el último, para hablar del prevaricato o del cohecho, no se basa en esta solicitud, según lo visto. Si se hace esta referencia, es únicamente para agotar la materia, como también cuando se afirma, con respaldo en el acervo probatorio, que el Juez no cometió ninguno de los delitos contemplados en el Título III del Libro II del C. P., ni otro de índole diversa, por lo que respecta a los supuestos manejos del Juez en relación con la libertad de Luis Anselmo Díaz, o con la petición de un mil pesos —cuya finalidad tampoco aclara el denunciante puesto que, al afirmar que se hizo esa solicitud porque él iba a ganar suma mayor— no indicó que el solicitante le propusiese además, con esa base, la comisión de hecho ilícito alguno.

¿Existió violación del artículo 190 del C. de P. P.? Está demostrado que el Juez recibió dineros por la expedición de copias. Este hecho material, por sí solo, ¿configura infracción penal? Habrá que precisar más los conceptos, porque en verdad está demostrado que el Juez no recibió para sí aquella suma, sino para pagar el trabajo, incluso de personas que no dependían del juzgado y que se ocuparon en días de vacancia; además, al decir del propio denunciante, aquella labor en tales circunstancias se propuso para activar el trámite procesal, o sea, que del mismo planteamiento del abogado se infiere que el Juez aceptó el pago para obtener una concreta finalidad beneficiosa para los procesados. Es cierto que el artículo 190 expresamente dice que las copias indispensables para que el superior forme juicio, en el recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo, se expedirán gratuitamente. Pero de allí a sostener que en el caso de autos se configuró delito hay mucha distancia. Afirma el Tribunal que pudo haber irregularidad por parte del Juez, porque estaba obligado a una expedición gratuita; por su parte, la Procuraduría anota que si el Juez aceptó la propuesta del apoderado "de pagar la expedición o compulsación de las copias por medio de una vía extraordinaria, no aceptó una cosa que estuviese prohibida por la ley, que fuese inmoral o que no contribuyese a la más rápida administración de justicia, ni que estorbase el derecho de los sindicados a obtener la devolución de su libertad, facultad ésta que la ley tutela y defiende en forma especialísima. El Juez honradamente dio a los dineros recibidos la destinación del caso y, en ello, la Procuraduría no encuentra nada delictuoso, máxime si se tiene en cuenta que el mismo abogado denunciante expresa que todo ello se debió a su iniciativa y al interés de la defensa a su cuidado". Porque no deja de ser extraño, por decir lo menos, que si el abogado pensaba que las copias debían expedirse gratuitamente, al propio tiempo propusiera su pago; y que, cuando tal hacía, viera que ello beneficiaba a su poderdante, sin embargo de lo cual posteriormente haga público, en estrados, el hecho como delictuoso. Si el Juez, como está demostrado en autos, dio inversión a los dineros, no para sí, sino para pagar empleados y aún extraños a la oficina, no estaba cometiendo delito porque no se beneficiaba, y sí buscaba la manera de que el recurso tuviera oportuno efecto; ni se probó haber cometido delito al aceptar el pago en aquellas condiciones, porque

mediante la afirmación del mismo denunciante y las pruebas allegadas a los autos se eliminó aún el dolo genérico.

"Si en casos como éste —afirma el Procurador 2º Delegado en lo Penal— se aceptara una responsabilidad para el Juez, debería también establecerse para el abogado defensor que la propone". Con efecto, no se trata de agente provocador; no se explica, pues, cómo puede proponerse actividad ilícita sin quedar manchado, aunque la propuesta no cristalice, cuando se ha tenido el pensamiento de que se violaba la ley al poner precio a las actividades del funcionario. Atrás se anotó la contradicción que entraña esta conducta del denunciante; ahora se trata de dejar establecido que, por no haberse probado actividad delictuosa del Juez, queda el denunciante por fuera de las consecuencias que otra conclusión le hubiera acarreado, así fuera únicamente la de tener que investigar en este punto su conducta. Cuando más podría existir una irregularidad al aceptar el pago de las copias, contra una expresa prohibición legal; con todo, debe tenerse en cuenta que ésta lo que pretende es impedir que, con el pretexto de las copias, se genere una fuente de entradas para los funcionarios, es decir, tiende a evitar que, ilícitamente, se obtengan proventos; si no existe aquella ilicitud, no puede hablarse de delito. Sin embargo, la práctica no es recomendable, aun cuando se trate de trabajo extraordinario, precisamente porque puede darse entrada a los abusos con suma facilidad. Por lo demás, en fuerza de lo anterior, aparece inoficioso ordenar la investigación disciplinaria correspondiente, máxime cuando, como de autos surge, el inculpado dejó de ser Juez.

Por último, y para no dejar de comentar por separado ninguno de los puntos de que tratan las extensísimas exposiciones del denunciante, debe añadirse que no aparece probado delito alguno ni por lo que respecta a la detención de Cárdenas Silva ni al pago compensatorio por los días en que se hubiera demorado la posesión del Juez. No por el primer aspecto, porque, como lo anota la Procuraduría, "Es un poco contradictoria la conducta del abogado denunciante que acusa al funcionario por haber tenido para su cliente la benevolencia de mantener la detención a que estaba sometido (el poderdante, aclara la Sala) en un establecimiento que le era favorable", y porque no aparece siquiera remoto indicio de que el traslado de Cárdenas Silva se debiera a antipatía u otro sentimiento semejante por parte del Juez, ni a obedecimiento a presiones extrañas, sino la demostración de que sólo por razones de seguridad para el propio detenido se abstuvo de enviarlo al lugar común de detención, y ello a solicitud del denunciante. Tampoco aparece probado el hecho de que el Juez recibiese una pequeña suma para compensar los días que dejó de devengar cuando se preparaba a tomar posesión de su cargo, según el apoderado de Cárdenas Silva, porque si lo hizo a solicitud del mismo apoderado —que nuevamente se encuentra como proponente de lo que luego iba a convertirse, para él, en acto ilícito—, la afirmación está contradicha por el procesado en forma totalmente aceptable, respaldado en la interpretación que a las actas puede darse.

De lo dicho se desprende que la providencia consultada es legal y debe confirmarse. La notificación personal solicitada por el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, a efectos del artículo 188 del C. P., dadas las circunstancias, que hacen pensar en que la acción penal puede estar prescrita, sería inoficiosa por esta razón; de ahí que la Corte, aún estimando acertada la solicitud de su colaborador, deba abstenerse de decretarla, por el obstáculo legal a que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal, oído el concepto del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa—Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

EN LAS CAUSAS DE RESPONSABILIDAD DE QUE CONOCEN EN PRIMERA INSTANCIA LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO, AL DECIDIR ESTOS SOBRE UNA PROVIDENCIA CONSULTADA, PUEDEN, SIMULTANEAMENTE, ANULAR POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION LA ACTUACION DEL INFERIOR Y AVOCAR EL CONOCIMIENTO DEL NEGOCIO

No incurre en nulidad un Tribunal cuando al fallar sobre una consulta, anula lo actuado por el inferior y a la vez avoca el conocimiento del negocio cuya competencia le corresponde por ministerio de la ley. Sobra la devolución del expediente.

Sería distinto que en vez de la declaración de nulidad que abarca toda la actuación adelantada sin competencia por el Juez, el Tribunal se limitara a revocar la providencia consultada pues es claro que en tal evento ocurriría el fenómeno de que trata el artículo 148 del Código Judicial. Menester sería entonces sujetarse al trámite correspondiente, ya que las actuaciones judiciales deben amoldarse a los términos y procedimientos que la ley señala y que para ello se han instituído.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, mayo tres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Quibdó su providencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, en la cual declara "que la acción penal adelantada contra el Dr. ACISCLO ROJAS PEÑA, ex-juez Promiscuo del Circuito de Nuquí, por el delito de Abuso de Autoridad, no puede proseguirse por haber prescrito", y en consecuencia ordena "la cesación de todo procedimiento adelantado contra el mencionado ex-funcionario".

HECHOS:

Se trató de averiguar en este negocio la responsabilidad en que pudiera haber incurrido el Juez Promiscuo del Circuito de Nuquí por demoras registradas en el proceso que en ese Despacho se adelantó contra Rosendo Mosquera y otros por lesiones personales y que comprendieron un lapso de un año, cinco meses y cuatro días, o sea del 25 de junio de 1943 al 29 de noviembre de 1944.

Del asunto conoció en un principio el Juez Promiscuo del Circuito de Nuquí, quien por decisión de 13 de septiembre de 1954 sobreseyó definitivamente en favor del Juez acusado, por el delito de abuso de autoridad. Naturalmente, el Tribunal, al conocer de esa providencia por vía de consulta, la anuló, —como toda la demás actuación del Juzgado— por incompetencia de jurisdicción, en auto de 4 de febrero de 1955.

Con los documentos de rigor se acreditó debidamente la calidad oficial del funcionario acusado, definiéndose así que su juzgamiento estaba sometido a fuero especial. De ellos se desprende qu el doctor Rojas Peña desempeñó el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Nuquí del 22 de julio de 1944 al 25 de marzo de 1946.

El Tribunal considera —de común acuerdo con su Fiscal— que como van corridos más de cinco años desde la fecha en que se le puso término a la presunta actuación delictuosa investigada, la acción penal ha quedado enervada por la prescripción, al tenor de lo previsto en el artículo 105 de la Ley 95 de 1936 en concordancia con el 172 ibidem.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se revoque el proveído consultado y en su lugar se declare nulo lo actuado a partir de la ejecutoria del auto de 4 de febrero de 1955, conforme al siguiente planteamiento:

"En sentir de la Procuraduría el Tribunal Superior de Quibdó ha obrado sin jurisdicción desde que se produjo la ejecutoria de la providencia por la cual la misma entidad resolvió la

consulta del auto calificatorio ordenada por el Juez a-quo, por cuanto en vez de devolver el proceso a la oficina de su origen (art. 506 del C. J.) para el conocimiento del funcionario consultante, las anotaciones de rigor y el auto de "obedecimiento a lo resuelto por el superior" (art. 507 ibidem), siguió una actuación para la cual aún no tenía jurisdicción.

"Adviértase, en efecto, que al Juez Promiscuo del Circuito de Nuquí se le había solamente suspendido la jurisdicción en el negocio desde que se ejecutorió el auto que decretaba la consulta (art. 174 ibidem); y que, en cambio, el Tribunal Superior de Quibdó la perdió desde el momento en que quedó en firme la providencia por medio de la cual la absolvió (art. 146 ibidem).

"A través de las disposiciones legales citadas —de recta aplicación en estas materias, por las indicaciones del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal— fácil resulta ver que el Tribunal Superior de Quibdó, al arrogarse la facultad de continuar la actuación en un asunto que, si bien le correspondía por competencia, aún no había entrado legalmente dentro de su órbita por no haber salido de la del Juez del Circuito, usurpó la jurisdicción que conservaba éste y, con ello, cayó dentro de los preceptos del artículo 148 del Código Judicial, ya que el ordenamiento jurisdiccional jerárquico impone una relación de interdependencia entre las autoridades que lo representan que entraña obligaciones y limitaciones derivadas de la naturaleza y objeto de los recursos, para mayor seguridad en la seriedad de los procedimientos y garantía de invulnerabilidad de la misma institución jerárquica".

La Corte considera:

La nulidad planteada por el inmediato colaborador no se presenta. El Tribunal, con plena jurisdicción, en virtud de la consulta ordenada por el Juez, anuló lo actuado, toda vez que éste había obrado sin competencia, y avocó el conocimiento del negocio, que por ministerio de la ley le correspondía. Nada tenía que hacer allí el juez del circuito y no había entonces para qué devolverle el expediente. Distinto fuera si en vez de la declaración de nulidad —que abarcó no sólo el auto calificatorio sino los demás pronunciados por el juez sin competencia— el Tribunal se hubiera limitado a revocar la providencia consultada, pues es claro que en tal evento sí habría ocurrido el fenómeno que indica el señor Agente del Ministerio Público y menester habría sido sujetarse al trámite que él echa de menos, ya que las actuaciones judiciales deben amoldarse a los términos y procedimientos que la ley señala, que para ello se han instituído.

La declaratoria de prescripción de la acción penal y la orden consiguiente de cesar el procedimiento contenidas en el proveído que es materia de examen resultan, a todas luces, inobjetables, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la época en que se sitúa la ocurrencia delictuosa y a lo que para el caso prevén las normas pertinentes, que con acierto innegable han sido aplicadas por el Tribunal a-quo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R.

Secretario.



COLISION DE COMPETENCIAS. — POSIBLE NECESIDAD DE UNA CALIFICACION PROVISIONAL PARA DIRIMIRLA. — DELITO COMETIDO EN LUGARES DISTINTOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal — Bogotá, tres de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

La firma de transportes "Rafael Salazar M. y Cía. Ltda." de Medellín, despachó de Bello, el 8 de mayo de 1953, treinta y siete bultos de mercancías procedentes de Fabricato y de Industrias de Gaseosas, con destino a Bogotá y Sogamoso, los cuales no se entregaron a sus destinatarios, sino que, en parte, se distribuyeron y vendieron en la tercera de las ciudades dichas, en forma no autorizada por su dueño.

El 22 de mayo del mismo año Lenardo Gómez Osorio, en su carácter de Contador de la entidad transportadora, formuló la denuncia respectiva en la Inspección Departamental General de Policía de Medellín, despacho que adelantó la investigación, decretó detenciones preventivas y, a solicitud de parte interesada, pasó las diligencias al señor Fiscal 2º Superior, quien dispuso el envío del negocio a los Fiscales Superiores de Bogotá por estimar que, tratándose del delito de abuso de confianza, el juez competente era el del lugar en que la cosa o su valor debía entregarse, por ser allí donde el ánimo de apropiación se había manifestado (180 Cuaderno 1º).

Cesada la competencia instructiva de los Fiscales, del negocio vino a conocer el Juzgado Tercero Superior de Bogotá quien estima que, como "se emplearon medios artificiosos o engañosos, puesto que Luis E. Caicedo, chofer del camión Nº 15350 se hizo pasar por ser Julio César Trejos Lezama, con el fin de hacerse entregar la mercancía con nombre supuesto, como lo dijera el H. Tribunal Superior de Bogotá... trátase en realidad del delito de estafa, el mismo que tuvo su proceso de incubación, desarrollo real y culminación en la ciudad de Medellín", por lo cual el competente para conocer es el Juez Segundo Superior de allí. "Pero si llegare el caso —agrega— de que no se aceptare la tesis de que en este proceso se configura el delito de estafa, sino que se prefiere el de abuso de confianza, entonces, también correspondería al Juez Superior de Medellín el conocimiento, dado caso de que en tal evento no se sabría —a ciencia cierta— donde se consumó la pretendida infracción de abuso de confianza. En este supuesto, resultaría de estricta aplicación el art. 57 del C. de PP. norma que dilucida la cuestión dando la competencia al Juez que primero aprehendió el conocimiento del asunto" (237 y 238 Cuaderno 1º).

El Juzgado Segundo Superior de Medellín no aceptó los anteriores puntos de vista, y remitió el expediente a la Corte para lo de su cargo, diciendo:

"Si en realidad se tratara de un delito de estafa, no habría motivo a discusiones y se aceptaría de inmediato la competencia. Mas, cree este despacho que el cambio de nombre del chofer que recibió la mercancía no es suficiente elemento para tipificar esa infracción, porque, si bien es cierto que se trata de un engaño, no fue éste en forma alguna el que determinó la entrega de la mercancía, sino que, quizás, por la amplia confianza que se le tenía a la empresa 'Continental de Transportes', por la firma 'Salazar M. y Cía. o por cualquiera otra circunstancia que inspiraba igualmente confianza, se entregó al chofer la mercancía, independientemente de cualquier nombre que éste hubiera tenido.

"No cree este despacho que el conductor del camión se hubiera cambiado el nombre para hacerse entregar con facilidad la mercancía, sino para sustraerse, con más posibilidad de éxito, a la acción de la justicia. Y se sabe que para la integración plena de una infracción, los elementos que la configuran deben estar plenamente probados" (241 a 242 Cuaderno 1º).

Para resolver se considera:

Si la colisión de competencias negativas de que se hace mención se hubiera suscitado únicamente en razón de la discrepancia surgida entre los Jueces Tercero Superior de Bogotá y Segundo Superior de Medellín acerca de la naturaleza del hecho investigado, sin que el proceso ofreciera

modalidades que permitieran dirimir aquélla de conformidad con las previsiones legales, la Corte podría hallarse en la necesidad de acudir a una calificación provisional que, sin llegar a ser obligatoria para el funcionario llamado a denominar genéricamente el ilícito (artículo 431 del Código de Procedimiento Penal), hiciera posible la determinación de la autoridad judicial que debe continuar conociendo de estas diligencias.

Ocurre, sin embargo, que por el señor Juez Tercero Superior de Bogotá se ha hecho un planteamiento subsidiario que merece ser acogido por la Sala, en cuanto tiene su fundamento en lo prescrito por el artículo 57 del Estatuto Procesal, cuyo tenor es el siguiente: "Si el lugar en que se cometió el delito fuere desconocido o si se tratare de un delito cometido en el Extranjero, o en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio, o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado".

De autos aparece que el hecho —llámese abuso de confianza o denomínese estafa— tuvo su cumplimiento "en lugares distintos"; y como no fue en Bogotá sino en Medellín donde se formuló la denuncia y se inició la instrucción, se infiere que el competente para conocer del negocio —entre los dos funcionarios renuentes— es el Segundo Superior de la ciudad últimamente nombrada, de acuerdo con la norma transcrita.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal— DIRIME la colisión de competencias negativas de que se ha hecho mérito en el sentido de que es al señor Juez Segundo Superior de Medellín a quien corresponde el conocimiento del presente negocio.

Dése cuenta de lo resuelto al señor Juez Tercero Superior de Bogotá y remítanse las diligencias al señor Juez Segundo Superior de Medellín.

Notifíquese y cúmplase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Arguello, Secretario.

LA CORTE SE INHIBE DE CONOCER, POR FALTA DE COMPETENCIA, DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS JUECES DEPARTAMENTALES DE GARANTIAS SOCIALES

El cargo de Juez Departamental de Garantías Sociales fue creado por el Decreto número 3.000 de 1954 —artículo 33— y si bien es cierto que en dicho texto legal se faculta a la Corte Suprema de Justicia para intervenir en la designación de las personas que deben desempeñarlo, también lo es que entonces no se señaló, ni ulteriormente se ha determinado, qué entidad es la competente para conocer de los ilícitos que tales funcionarios pudiesen cometer en el desempeño de sus funciones; y como la Ley 94 de 1938 —anterior al mencionado Decreto 3.000— tampoco contiene en su articulado disposición alguna dentro de la cual pudiera considerarse comprendido el caso en estudio, necesario es acudir, para llenar el vacío, a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 47 del Estatuto Procesal Penal, según el cual los Jueces de Circuito conocen "De la primera instancia en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento NO ESTE ATRIBUIDO A OTRAS AUTORIDADES".

Siendo la competencia institución de orden público, la Sala no podría —por vía de simple interpretación— asignarse atribuciones que sólo al legislador le corresponde otorgar.

En parecidos términos se abstuvo la Sala, por autos de 3 de noviembre de 1947 (LXIV, 153), 18 de junio de 1954 (LXXVIII, 913), y 13 de noviembre de 1956 (LXXXIII, 966), de avocar el conocimiento de las denuncias instauradas contra funcionarios de la jurisdicción del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal — Bogotá, tres de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

En memorial de fecha 11 de marzo último el doctor José Alberto Vélez pide a la Corte se adelante "una investigación penal contra el Dr. Barón Plata por lo (sic) ilícitos de violación de los Decretos 0014 y 3.000 y palmaria incuria en el cumplimiento de sus deberes de Juez Departamental de Garantías Sociales" de Cundinamarca.

Repartida la denuncia entre los HH. Magistrados de la Sala Plena, su conocimiento le correspondió al H. Magistrado doctor Ruano, quien resolvió pasarla a esta Sala de lo Criminal por tratarse de "hechos delictuosos según el denunciante... para los cuales solicita se abra investigación de carácter penal".

En orden a decidir si la Corte tiene atribución para conocer del referido negocio por razón del empleo o cargo oficial del sindicado, se tiene en cuenta:

El cargo de Juez Departamental de Garantías Sociales fue creado por el Decreto número 3.000 de 1954 —artículo 33— y si bien es cierto que en dicho texto legal se facultó a la Corte Suprema de Justicia para intervenir en la designación de las personas que deben desempeñarlo, también lo es que entonces no se señaló, ni ulteriormente se ha determinado, qué entidad es la competente para conocer de los ilícitos que tales funcionarios pudiesen cometer en el desempeño de sus funciones; y como la ley 94 de 1938 —anterior al mencionado Decreto 3.000— tampoco contiene en su articulado disposición alguna dentro de la cual pudiera considerarse comprendido el caso en estudio, necesario es acudir, para llenar el vacío, a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 47 del Estatuto Procesal Penal, según el cual los Jueces de Circuito conocen "De la primera instancia en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento no esté atribuído a otras autoridades".

Siendo la competencia institución de orden público, la Sala no podría —por vía de simple

interpretación— asignarse atribuciones que sólo al legislador le corresponde otorgar.

En parecidos términos se abstuvo la Sala, por autos de 3 de noviembre de 1947 (LXIV, 153), 18 de junio de 1954 (LXXVII, 913) y 13 de noviembre de 1956, (LXXXIII, 966) de avocar el conocimiento de las denuncias instauradas contra funcionarios de la jurisdicción del Trabajo.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal— SE DECLARA INHIBIDA para conocer de la denuncia de que se ha hecho mérito y, en su lugar, dispone remitirla a los señores Jueces Penales del Circuito de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández Peñalosa — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Arguello, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — QUE FUNCIONARIOS LA PROPONEN Y PROCEDIMIENTO QUE DEBE OBSERVARSE. —OPORTUNIDAD DE LA CORTE PARA RESOLVER EL INCIDENTE

Es verdad que la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de El Socorro ordenó remitir el negocio a la Justicia Penal Militar afirmando ser de su competencia, según lo dispuesto por el Decreto 1814 de 1953; pero, también es evidente que, de acuerdo con las normas que rigen la competencia, este funcionario no tiene facultad alguna para resolver sobre el fondo del problema. Es el Juez o Tribunal —con jurisdicción y competencia para conocer del negocio— quien debe provocar, aceptar o negar la colisión de competencias, pero en ningún caso el Fiscal del Juzgado quien carece de facultad legal para decidir.

Planteado el incidente —colisión de competencias— el funcionario ante quien se promueve debe expresar en forma clara, precisa y terminante las razones o motivos que le asisten para aceptar o rechazar, según el caso, la colisión de competencias. Si las razones aducidas por quien provoca la competencia son aceptadas por el funcionario provocado, habrá acuerdo o conformidad de pensamiento disipándose en esta forma toda posibilidad sobre colisión de competencias y el Superior —Corte Suprema o Tribunal— según el caso, nada tiene que resolver. Si existe desacuerdo, si no hay conformidad de pensamiento entre lo dispuesto por el Juez o Tribunal que promueve la competencia, con el funcionario o entidad provocada, entonces, surge el incidente y en tal evento se dará cuenta al Juez o Tribunal inmediatamente superior para que resuelva la colisión (Art. 67 C. de P.P).

Para ello, es necesario e indispensable: que el funcionario provocado —justicia ordinaria— emita concepto u opinión en relación con la colisión de competencias suscitada por la justicia penal militar. Sólo el conocimiento externo de las razones que asistem al funcionario puede servir de orientación para afirmar o negar la existencia de un incidente de colisión de competencias. Si se trata de lo primero —razones concordantes o afirmativas— no habrá colisión; si de lo segundo —desacuerdo o motivos divergentes—, en este caso la Corte, podrá pronunciarse sobre el particular.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo tres de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

En ejercicio de la facultad conferida a la Corte por los artículos 42 inciso 4º, 65 y 67 del C. de PP. procede a resolver el incidente sobre colisión de competencias, provocada por la Justicia Penal Militar (Comando de la 5ª Brigada) a la Justicia Penal Ordinaria (Juzgado Segundo Superior del Socorro).

Antecedentes:

En providencia de veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, el Presidente del Consejo de Guerra Verbal y el Asesor Jurídico de dicha Entidad, expresaron:

"Que el conocimiento de este negocio no corresponde a la Justicia Penal Militar sino a la Ordinaria, en consecuencia, dispone suspender la celebración de este Consejo y devolver el expediente al Comando de la Brigada para que se le dé el curso legal que le corresponda".

"Reunido el Consejo que debía juzgar al exdragoneante de las Fuerzas de Policía, José Antonio Ortiz Jaimes por el delito de homicidio declaró que 'conforme a las doctrinas del H. Tribunal Superior Militar, la Justicia Castrense carece de competencia para conocer de este proceso y en consecuencia dispone dar por terminada

esta audiencia y devolver el expediente para que pase a la justicia ordinaria'.

El Comando de la Brigada ordenó remitir el "informativo al reparto de los señores Jueces Superiores del Distrito Judicial de El Socorro".

En providencia de veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, el Juzgado Segundo Superior, sin expresar los motivos para aceptar o negar la competencia, de hecho, asumió el conocimiento del negocio y ordenó librar boleta de detención contra el procesado.

Posteriormente, en auto de veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, declaró cerrada la investigación y ordenó correr traslado al Agente del Ministerio Público. Emitido el concepto, el Juzgado calificó el mérito del sumario; llamó a responder en juicio a JOSE ANTONIO ORTIZ JAIMES por un delito de homicidio previsto y sancionado en el Título XV. Capítulo I. Libro II del C. P.

El doctor Carlos Sotomonte C. —defensor del procesado— al noticiarse del auto de proceder, dice:

"Observo al leer el expediente que está planteada una colisión de competencia entre la justicia ordinaria y la castrense, que aún no ha sido resuelta por el correspondiente superior. Sería deseable que el Juzgado antes de proseguir la causa, resolviese esta situación".

Al resolver la petición anterior, el Juzgado, en providencia de veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, ordenó remitir el negocio a la Corte para que "se dirima la colisión de competencia que se ha planteado".

Se considera:

Es verdad que la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de El Socorro ordenó remitir el negocio a la Justicia Penal Militar afirmando ser de su competencia, según lo dispuesto por el Decreto 1814 de 1953; pero, también es evidente que, de acuerdo con las normas que rigen la competencia, este funcionario no tiene facultad alguna para resolver sobre el fondo del problema. Es el Juez o Tribunal —con jurisdicción y competencia para conocer del negocio— quien debe provocar, aceptar o negar la colisión de competencias, pero en ningún caso el Fiscal del Juzgado quien carece de facultad legal para decidir.

Planteado el incidente —colisión de competencias— el funcionario ante quien se promueve debe expresar en forma clara, precisa y terminante las razones o motivos que le asisten para aceptar o rechazar, según el caso, la colisión de competencias. Si las razones aducidas por quien provoca la competencia son aceptadas por el funcionario provocado, habrá acuerdo o conformidad de pensamiento disipándose en esta forma toda posibilidad sobre colisión de competencias y el Superior —Corte Suprema o Tribunal— según el caso, nada tiene que resolver. Si existe desacuerdo, si no hay conformidad de pensamiento entre lo expuesto por el Juez o Tribunal que promueve la competencia, con el funcionario o entidad provocada, entonces, surge el incidente y en tal evento se dará cuenta al Juez o Tribunal inmediatamente superior para que resuelva la colisión (Art. 67 C. de PP).º

Para ello, necesario e indispensable es: que el funcionario provocado —Justicia Ordinaria— emita concepto u opinión en relación con la colisión de competencias suscitada por la Justiria Penal Militar. Sólo el conocimiento externo de las razones que asisten al funcionario pueden servir de orientación para afirmar o negar la existencia de un incidente de colisión de competencias. Si se trata de lo primero —razones concordantes o afirmativas— no habrá colisión; si de lo segundo, —desacuerdo o motivos divergentes—, en este caso la Corte, podrá pronunciarse sobre el particular.

Mientras esto no ocurra, la Corte carece de jurisdicción y competencia para decidir, de conformidad con los artículos 42 numeral 4º, 65 y 67 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de resolver el incidente sobre colisión de competencias propuesta por el Comando de la Quinta Brigada a la Justicia Penal ordinaria (Juzgado Segundo Superior de El Socorro).

Notifíquese y cúmplase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

PRUEBA INDICIARIA. — ANALISIS Y VALORACION DE LOS INDICIOS FRENTE A LOS HECHOS PROCESALES

1.—La existencia de la prueba indiciaria por consecuencia lógica lleva a determinar la responsabilidad del procesado. Los indicios se hallan plenamente probados y se relacionan directamente con el hecho que se pretende acreditar, coparticipación principal y responsabilidad de su autor. Los hechos indiciarios son diferentes e independientes los unos de los otros, pero convergentes hacia una misma conclusión; la fuerza de causalidad existente en ellos, trámite lógico del raciocinio, da como resultante el valor probatorio de los hechos indiciarios para afirmar la responsabilidad.

Todo este conjunto de hechos circunstanciales entre los cuales existe un perfecto acuerdo, sirven de base a inferencias indiciarias y convergentes para deducir la responsabilidad del autor, conclusión a la cual no hubiera podido llegarse sin el conocimiento previo de los hechos indiciarios debidamente comprobados. Por esto es por lo que, la prueba de indicios es la resultante de varios hechos que demuestran la existencia de un tercero, que sumados y valorados en conjunto —sobre el principio de razón— desplazan toda duda o sospecha acerca de su mérito intrínseco como medio de prueba.

2.—El análisis independiente de los indicios, desnaturaliza la lógica del raciocinio, el principio de causalidad y la relación que ellos guardan entre sí. El examen separado de la prueba indiciaria destruye el valor potencial de acriminación, pero estudiados los medios en conjunto —sistema lógico, jurídico y legal— la fuerza probatoria de ellos difícilmente puede demeritarse, porque una vez valorados y precisados, cada uno —dentro del proceso— ocupa lugar preferente en el orden a demostrar el hecho que se trata de probar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo seis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

En sentencia de trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Manuel Salvador Torres Rojas a la pena principal de tres años nueve meses de prisión, como responsable de un delito de estafa cometido contra la institución denominada "Banco Popular", sucursal de Cali.

Contra esta sentencia el defensor del procesado interpuso recurso de casación; la demanda fue presentada por abogado inscrito ante la Corte, y como se hallan cumplidas las formalidades legales se procede a su estudio.

HECHOS

El Banco Popular —Sucursal de Cali— en la época de la denuncia, tenía dos empleados denominados "Cuenta-corrientistas"; cada uno llevaba un libro; el número 1º a cargo de Benjamín Arango comprendía por orden alfabético las letras "A" hasta la "K"; el número 2º llevado por Torres, las letras "L" hasta la "Z". Al presentarse un cheque para su cobro, el Cajero lo remite al "Cuenta-corrientista" para que —previamente— confronte si el girador tiene fondos y si la firma corresponde a la registrada en el Banco. Si los datos son exactos, pone el visto bueno para que el cheque sea pagado, es decir, asume responsabilidad al visar el cheque con sus iniciales o signos convencionales que usan para tal efecto.

El Cajero Pagador relaciona las sumas pagadas por concepto de cheques y las clasifica en su respectiva columna; de las siete que contiene la planilla, dos de ellas corresponden a "cuentas particulares", la segunda (2ª) y la tercera (3ª). Esta corresponde al libro de Torres Rojas y aquélla hace referencia al libro de Benjamín Arango. Cubierto el cheque y anotado el pago, al finalizar las operaciones de la mañana o de la tarde, el instrumento vuelve a los respectivos "cuenta-co-

rrientistas" para que verifiquen y comprueben si los valores han sido cargados en las respectivas cuentas corrientes, y luego los entregan a los ayudantes que manejan los extractos de los clientes (fl. 13, cuaderno 2º), o bien pasan al Inspector de Caja quien anota las cuentas para confrontarlas después con los "cuenta-corrientistas", y finalmente son entregados a los extractadores de cuentas, quienes los legajan por orden alfabético.

En los meses de marzo, abril y mayo de mil novecientos cincuenta y tres, fueron pagados los siguientes cheques: Marzo 20, cheque por valor de $ 2.325.00; marzo 27, cheque por valor de $ 2.675-; abril 13, cheque por valor de $ 1.590.00; mayo 9, cheque por valor de $ 1.410.00, o sea un total de $ 8.000.00. Los tres primeros fueron cubiertos por el Cajero Auxiliar y el último por el Cajero Principal. Estos cheques fueron visados por el "cuenta-corrientista" y tenedor de libros número 2 Manuel Salvador Torres Rojas, según anotación que los Cajeros Pagadores hicieron en sus respectivas planillas. Los valores provenientes de estos cheques no fueron registrados en los libros de Inspección de Caja y Mayor, porque el "cuenta-corrientista" Torres, por una parte, no hizo la anotación en sus libros, y por otra, los cheques una vez cubiertos desaparecieron de dicha Institución, y porque los datos suministrados por Torres eran falsos.

El nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, el Banco canceló los servicios prestados por Manuel Salvador Torres Rojas y, la respectiva nota le fue entregada el once del mes citado cuando Torres Rojas llegaba a cumplir con sus funciones. El once de mayo se hizo entrega del libro de Cuentas Corrientes llevado por Torres a Benjamín Arango, quien el mismo día al hacer la confrontación de las operaciones con los cheques pagados encontró un pasivo o descuadre en el libro de Torres por la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00), anomalía que fue puesta en conocimiento del Secretario del Banco, quien en compañía de Arango procedió a buscar la diferencia para rectificar el error, pero hechas las operaciones legales se anotó que el libro de Cuentas Corrientes de Torres registraba un pasivo por la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00), o sea, el saldo anotado por Arango.

En posesión de este hecho el Gerente de la Institución Alfonso Holguín Lloreda, en memorial de diez y ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y tres, ante el Inspector 6º Superior de Policía Nacional, formuló la correspondiente denuncia para que se averiguara la responsabilidad en que hubiera incurrido Manuel Salvador Torres en su calidad de ex-empleado del Banco Popular, —Sucursal de Cali—.

Investigación

El negocio se tramitó de conformidad con el procedimiento señalado por la Ley 48 de 1946 (artículo 13); cuplidas las formalidades propias de este procedimiento y celebrada la audiencia, el Juzgado Segundo Superior, en sentencia de dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, absolvió al procesado de los cargos materia de la presente investigación.

El Tribunal al revisar —por consulta y apelación— la respectiva sentencia, en providencia de trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro la revocó; condenó a Salvador Torres Rojas a la pena principal de tres años y nueve meses de prisión como responsable del delito de estafa en cuantía de ocho mil pesos ($ 8.000.00) cometido contra la Institución denominada Banco Popular —Sucursal de Cali— y es contra esta sentencia que hoy se recurre en casación.

Demanda

Se impugna la sentencia por la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P., o sea, por errada interpretación o apreciación de los hechos.

Como se trata de un juicio sin intervención de Jurado, la Corte, al estudiar la demanda, analizará la prueba indiciaria que tuvo en cuenta el Tribunal para imponer la respectiva sanción.

Causal segunda

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

En apoyo de su tesis y como razones demostrativas de ella, el recurrente dice que "en la sentencia se erigieron en indicios de cargo circunstancias que carecen de valor probatorio que se

les atribuyó". Posteriormente examina cada uno de los hechos que el Tribunal tuvo en cuenta para imponer la sanción y aisladamente hace la crítica de ellos, para concluir con la afirmación de que esos hechos no son demostrativos de responsabilidad y que, en consecuencia, debe invalidarse la sentencia y absolver al procesado.

Se considera:

En el estudio de la prueba —el recurrente— separadamente analiza los hechos indiciarios para concluir con la apreciación de que ellos no son demostrativos de responsabilidad, pero, se observa que en el examen de la prueba los indicios hay que valorarlos bajo el concepto de relación y conexidad que ofrecen unos respecto de otros para deducir del conjunto la existencia del hecho que se trata de averiguar. Romper la relación de dependencia que los indicios guardan entre sí, es ir contra la rectitud del raciocinio que presupone y requiere la conexión o enlace de unos y otros para deducir una conclusión, cual es la demostración del hecho que se trata de probar.

El criterio de convicción no puede formarse sobre la apreciación aislada de un indicio. Lo importante es que el hecho indiciario se halle probado y que guarde relación con lo que se pretende acreditar; es la pluralidad de indicios y la dependencia que ellos guardan entre sí en orden a la demostración de un hecho, lo que informa el criterio del juzgador para deducir la afirmación de responsabilidad y es natural que, sobre estos principios, se hará el estudio de la prueba indiciaria.

Indicios

"a) Haberse consumado el ilícito durante el ejercicio de su cargo".

"Como se ve —dice el recurrente— el Tribunal lamentablemente confunde una probabilidad; mejor, la contraposición a la imposibilidad, con el indicio. Quiso él decir que la circunstancia de ser Manuel S. Torres empleado del Banco en la época en que ocurrió el delito continuado le facilitaba su ejecución, sin notar que esta circunstancia cobija igualmente a todos los demás empleados".

Es lógica la afirmación deducida del indicio, porque Torres no hubiera podido realizar el hecho sin estar al servicio de la entidad bancaria y esta modalidad —empleado— "le facilitaba su ejecución". Claro es que esta circunstancia —como dice el recurrente— "cobija igualmente a todos los demás empleados' pero, también, es cierto que no todos ellos desempeñan las funciones del procesado —"cuenta-corrientista" y visador de cheques— pues sólo la persona que tenía ese cargo podía, por una parte, autorizar el pago de cheques, y por otra, suministrar informes sobre movimiento de valores de cuentas corrientes, factores que no dependen del simple hecho de ser empleado, sino de las funciones a él atribuídas por la Entidad empleadora, de manera que no es "pueril" esta afirmación, sino necesaria e indispensable para deducir responsabilidad, pues ella hace referencia nada menos que a la participación necesaria del autor.

"b) Aparecen los cheques fraudulentos como visados por él, de acuerdo con la distribución que de ese trabajo se había hecho y con la circunstancia verificada de que el dato del valor de cada uno de los cheques fraudulentos cubiertos y sustraídos fue registrado en la columna tercera de las planillas que llevan los Cajeros, que era la correspondiente a los visados por el procesado".

El hecho de aparecer los cheques fraudulentos visados por Torres —dice el demandante— no está demostrado, porque esos documentos fueron sustraídos y sobre ellos no pudo hacerse ninguna confrontación material; en cambio, sí está demostrado que el Libro número 2 fue manejado por otras personas quienes también visaron cheques correspondientes al libro manejado por el procesado.

La circunstancia de que los cheques hubieran sido sustraídos después de verificar el pago, no impide la demostración de que éstos fueran autorizados por Torres; este hecho se halla plenamente demostrado, bien por el concepto de peritos grafólogos quienes después de confrontar las planillas de pagos de los Cajeros Pagadores con el libro de Cuentas Corrientes número 2, expresan: "que gracias a este sistema bancario que corresponde observar a los Pagadores se pudo demostrar que las sustracciones fraudulentas de dinero del Banco se habían verificado por medio de cheques imputables a saldos de cuentas corrientes y no a los de Caja, y que estos cheques habían sido autorizados para su pago por el "cuenta-corrientista" Manuel S. Torres; ora por la declaración de Benjamín Arango (fls. 30, 31 y 39 a 40) cuando afirma que el mismo día en que se le hizo entrega del libro de Cuentas Corrientes número 2 encontró el desfalco de ocho mil pesos ($ 8.000.00), valores correspondientes a los cheques visados por Torres y que no fueron debitados en el libro que para tal efecto llevaba el procesado; ya por el concepto pericial de Alberto Estrada J. y Alcides

Caicedo Roa, que dicen que los cheques sustraídos de acuerdo "con el registro llevado por los Cajeros, se deduce que debieron ser revisados por el "cuenta-corrientista" del libro número 2º o sea por Torres; ya también, mediante informe de los Visitadores del Banco Popular —Oficina Principal— (fls. 4) cuando expresan que "después de un examen cuidadoso de los dos libros de cuentas corrientes, y al sumar todas las cuentas constataron una diferencia de ocho mil pesos ($ 8.000.oo) que dicha diferencia proviene exactamente de los libros que manejó el señor Torres Rojas hasta el día ocho de mayo de 1953" y que como consecuencia de este descuadre dedujeron un alcance a cargo de Torres Rojas por la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00).

En esta forma se demuestra que los cheques de marzo 20 y 27 por las sumas de $ 2.325- y $ 2.675-, como los de abril 13 y mayo 9 por $ 1.590.00 y $ 1.410.00 fueron visados por el Tenedor de Libros número 2 Torres Rojas. Es cierto que de conformidad con las diligencias de inspección ocular se demostró que algunos cheques fueron visados por otras iniciales que no corresponden a las del procesado, autorizaciones atinentes al año de 1952, pero —en ningún caso— a las fechas en que se visaron los cheques que se dejan relacionados que se relacionan al año de 1953, circunstancia aquella que en nada se opone al hecho que se pretende demostrar. Así, pues, el indicio se halla plenamente demostrado.

"c) No aparecer gravada ninguna de las cuentas corrientes bajo la teneduría del procesado con los valores de dichos cheques".

"d) Haberse encontrado en el cajón del archivador que manejaba el señor Torres las tiras visibles a fls. 47 del cuaderno principal, lo que demuestra que el procesado, a 9 de mayo de 1953, o sea la antevíspera del hallazgo del desfalco, sabía el monto real de los saldos de las cuentas corrientes que manejaba, los valores hasta entonces defraudados y el dato del saldo sin estos valores, dato que le servía para cuadrar su cuenta y hacerla cuadrar con el dato del saldo del libro Mayor que él mismo suministraba falsamente, según lo que ya quedó expuesto.

"h) La confianza que en él se hacía por su competencia dentro de aquel rodaje y que lo colocaba, como ya se ha dicho, en la situación excepcional a que hizo referencia el testigo Acosta Rozo y que se corrobora con el hecho cierto de la mala organización porque atravesaba la entidad ofendida en ese entonces".

En relación con el primero, afirma el demandante que este hecho —si tiene el carácter de indicio— favorece al procesado porque "no hace otra cosa que corroborar la inocencia que ha venido sosteniendo..." que "no anotó esos cheques en los libros, simplemente porque de ellos no tuvo conocimiento". En cuanto al segundo, expresa que la tira en que consta el extracto de valores que comprometen al procesado no estuvo en su poder sino en el de otra persona que luego la colocó en el archivador manejado por Torres "ya que no es posible suponer en un empleado bancario que ha sido sorprendido en la comisión de un desfalco la ingenuidad de dejar en su archivador la prueba del delito"; y en referencia al tercero, manifiesta que el Tribunal consideró "indebidamente un hecho abstracto, como es la confianza depositada en el procesado, para dar como establecida por ese hecho la autoría delictuosa que se le imputa... esa confianza a lo sumo puede jugar como circunstancia de mayor peligrosidad, pero en ningún caso como fuente de deducciones incriminativas".

Es natural y lógico que visados los cheques no se contabilizaran los valores en el libro de cuentas corrientes llevado por Torres, porque, precisamente, esta era la forma fraudulenta de hacer la sustracción. Si esas sumas se hubieran registrado, inmediatamente, al hacer la confrontación de libros se hubiera anotado el error, y por consiguiente el desfalco. Torres afirma que "no anotó esos echeques en los libros porque de ellos no tuvo conocimiento", sin embargo, otra es la realidad procesal. Sí tuvo conocimiento de los cheques, porque él los visó para ser pagados, y aún más: en los extractos de confrontación encontrados en su archivador, anotaba las sumas objeto del desfalco, es decir, sabía de antemano el monto de las cantidades apropiadas que deliberadamente omitía en el informe que diariamente suministraba a los Contadores.

En relación a los extractos de cuentas encontrados en el archivador manejado por Torres, y, particularmente, sobre datos falsos anotados en uno de ellos, manifiesta el Gerente del Banco que "al confrontar ese dato errado con el verdadero que también reposa en nuestro poder, se observa una diferencia de $ 6.590.00, valor de los tres primeros cheques que hasta el citado día había hecho efectivos, a la que, agregada la sustracción de $ 1.410.00 que hizo el sábado 9, último día de trabajo de él en la Sucursal, redondea los $ 8.000.00 materia del denuncio; nos permitimos hacer resaltar un detalle curioso al revisar las sustracciones en el orden cronológico en que se operaron, y es el de que en el segundo cheque redon-

deó la suma de $ 5.000.00 y en el cuarto la de $ 8.000.00, lo que parece debió hacerse para retener fácilmente en la memoria la cantidad sustraída para el caso de que se le extraviara el apunte que llevaba para falsear el dato del cuadro diario para la contabilidad".

La afirmación del recurrente en el sentido de que las tiras o extractos en que se anotaban los movimientos de valores no fueron laboradas por Torres y que otra persona distinta a él la puso en su archivador, se desvirtúa con la manifestación del procesado cuando expresa que "la tira que dicen es adulterada, seguramente la dejé para constatar al otro día la diferencia que existiera y el motivo de ella" (fl. 19), Si la relación de valores no hubiera sido confeccionada por Torres, era obvio que en esta oportunidad —indagatoria— hubiera negado la autenticidad sobre un hecho que le acarrea responsabilidad; en cambio lo acepta y explica que dejó ese extracto para constatar al día siguiente la diferencia que existiera y el motivo de ella, con lo cual, la alegación del demandante queda sin valor.

Es evidente que, mientras Torres permaneció en su puesto no pudo anotarse el descuadre de su libro con el Mayor, pues debido a la confianza en él depositada para dar informes diarios sobre movimiento de cuentas, omitía el dato de valores apropiados correspondientes a cheques ya visados, suministrando, únicamente, el informe sobre sumas anotadas en su libro de Cuentas Corrientes, lo que permitía, por una parte, mantener oculto el error, y por otra, descubrir el desfalco; por esto es por lo que la suspensión intempestiva del cargo y el no acceso a las oficinas, impidió que Torres retirara oportunamente del archivador, la tira o extracto de cuentas que le servían de punto de referencia para no hacer figurar los valores de los cheques fraudulentos, los que suministraba a los Contadores para el cuadre diario de los libros. Si Torres hubiera tenido conocimiento de que iba a ser separado del empleo, era natural que, previamente, hubiera retirado un elemento de prueba que lo comprometía gravemente; por esto es por lo que cometió la "ingenuidad de dejar en su archivador la prueba del delito".

Observaciones que adquieren mayor relieve y se confirman con el concepto pericial (fls. 135 a 137), que dice: "a falta de los asientos en el libro 2º de Cuentas Corrientes, encontramos que a folio 47 del expediente aparecen tres órdenes en tiras de papel, impresas en máquina de Cuentas Corrientes (este es el nombre que tienen) y cada uno de los cuenta-corrientistas tiene la suya, siendo perfectamente iguales los tipos numéricos y la cinta con que se imprimieron las dos tiras finales, la segunda y la tercera, lo que demuestra que la impresión se produjo en el mismo momento o con diferencia de pocos minutos, tanto más cuanto que esas dos tiras registran el saldo total del día ocho del mes de mayo, el uno exacto digamos y el otro falso. La exactitud del segundo saldo (tira tercera) no deja de ser acomodaticia porque no se cargaron las partidas cobradas en cheques destruídos. En cambio, sí se cargaron en el resultado total de la tira segunda, que es también falso porque no coincidía con el saldo que arrojaba el libro mayor y verdadero a la vez porque contenía el monto sustraído hasta el ocho (8) de mayo. La razón de las tiras (2ª y 3ª) se explica fácilmente: la segunda servía para tener a mano el dato del excedente y saber en cualquier momento dado, qué cantidad de pesos alternaban los saldos del libro mayor, y la tercera para demostrar a los Contadores que el libro de Cuentas Corrientes estaba cuadrado en forma aparente, falsa desde luego. Esta forma de demostración también era propicia, porque el Contador se limitaba a mirar la tira de papel; además las planillas de los Pagadores se iban legajando sin ser revisadas".

"Se confirma esta exacta conclusión restando el tercer saldo del segundo, obteniéndose el total de las sustracciones hasta el ocho de mayo, y agregando a este resultado la apropiación del día nueve, se obtiene la suma de ocho mil pesos ($ 8.000), o sea el total fraudulento".

En la diligencia de audiencia (fls. 156) se interrogó a Torres así:

"Sírvase decir si una vez efectuado el pago de los cheques visados por ustedes éstos volvían a su mesa una vez pagados y con qué objeto?" Responde: "Después del Cajero haber sumado los cheques y cuadrado su Caja, los cheques eran repartidos en un cajoncito que tenía divisiones correspondientes al alfabeto, los que hacían esta operación eran el patinador y los dos extractadores y en varias ocasiones nosotros los de cuentas corrientes, pues nos convenía ayudarnos mutuamente (subraya la Sala), para acabar temprano nuestras labores, ya que en caso de un descuadre el Extractador era nuestro primer recurso, también sucedió casos (sic) que son de común frecuencia, el hecho de anotar un cheque mal y ser sumado correctamente cosa que origina el descuadre y la única forma de comprobar como dije anteriormente era chequeando minuciosamente los che-

ques para ver sobre cuál podíamos tener duda por tener las cantidades escritas en forma dudosa".

Según las informaciones del Cajero Pagador Principal Celso Nogales (fls. 25 vta.) y la de Benjamín Arango (fls. 30 a 31) los cheques pagados no volvían a los cuenta-corrientistas, sino a la Inspección de Caja; sólo en caso de un descuadre los cheques eran llevados por los extractadores a los "cuenta-corrientistas" para verificar el error, y estos cheques, no podían ser retirados de las gavetas donde eran colocados, sino por los patinadores o lo extractadores, pero en ningún caso por los "cuenta - corrientistas" .Sin embargo Torres afirma que en varias ocasiones ellos —los "cuenta-corrientistas"— los retiraban "porque nos convenía ayudarnos mutuamente para acabar temprano nuestras labores".

Entonces era natural y obvio que Torres, después de visar los cheques deliberadamente dejara de anotar esos valores en su libro de Cuentas Corrientes, y al rendir el informe omitiera relacionar las sumas cobradas para que su libro cuadrara con el Mayor y, para evitar toda duda o sospecha sobre su actuación retiraba los cheques, dificultando así el balance de los libros, ya que en sentir del procesado —son sus palabras— esos documentos eran el único medio de comprobación cuando se anotaba un "descuadre", operación que se verificaba "chequeando minuciosamente los cheques" para saber dónde estaba el error "por tener las cantidades escritas en forma dudosa". Desafortunadamente los cheques no eran el único sistema de comprobación como lo dice Torres. Existen otros, los demostrados en el proceso, que indican y llevan a determinar la responsabilidad de su autor sobre la base de una coparticipación principal o necesaria.

Por esto es por lo que el testigo Julio Acosta Rozo empleado del Banco, expresa que: "cada uno de estos cheques y en las fechas citadas, el señor Torres los hacía desaparecer, bien guardándoselos en sus propios bolsillos, que creo fue lo más seguro o destruyéndolos en ese momento dentro del Banco, logrando con esto que cada (sic) de estos cheques no llegara a poder de su ayudante para **asentarlo en el extracto del girador".** Lo que equivale a decir que en el curso de estas operaciones el procesado trató de eludir todo hecho que comprometiera su responsabilidad, pero, desafortunadamente para él y en bien de la justicia, las pruebas demuestran su cooperación necesaria sin la cual no hubieran pódido realizarse estos hechos.

"e) El hecho de no haber acudido a la cita que le hizo el señor Gerente del Banco con el propósito de que diera las explicaciones del caso acerca del referido desfalco, hecho éste relacionado con la denuncia y que resulta comprobado con el testimonio de Pedro Lasso, f. 10 vto. del primer cuaderno, quien le hizo la cita personalmente al día siguiente de su retiro del Banco, o sea el 12 de mayo de 1953, y confesado por el procesado con estas expresivas palabras: 'me encontraba enfermo de un guayabo feroz y por eso no pude ir y porque Lasso fue como perentoriamente...'.

"f) Haber eludido también la invitación que le hizo el Secretario de la Institución, a fin de que ayudara a esclarecer los hechos. De esta circunstancia da cuenta dicho empleado, fls. 115 a 116 vto. del primer cuaderno así: 'Por otra parte el suscrito muy cordialmente pidió al señor Torres, poco más o menos al segundo día de su retiro que estuvo en el Banco, para que ayudase a localizar la diferencia o a decirnos en dónde se encontraba la última tira, pero el señor Torres no accedió...".

En sentir de la Sala estos hechos forman un solo indicio, y son impugnados por el demandante así:

"Tendría esta circunstancia algún valor indiciario si no hubiera sido explicada satisfactoriamente por el procesado. No hay que perder de vista que al entrar en su trabajo el lunes 11 de mayo se le dijo a Torres que estaba despedido. sin darle a conocer la causa de su despido. ¿Qué de raro tiene pues en tales oprobiosas circunstancias su rebeldía contra órdenes de personas de quienes ya no dependía, y hacia quienes, por el contrario, sentía una natural animadversión? El no tenía por qué seguir sometido a los deseos de los Directores del Banco. Entonces resulta injusto cargarle como indicio su renuencia a plegarse a esos deseos. Si lo que quiere insinuarse es que abriga temores, esto queda desvirtuado con el hecho, del cual da cuenta el mismo Secretario del Banco, de haber ido a éste a los dos días de su retiro. Además no se ausentó de la ciudad, no se ocultó ni eludió las citaciones. La conducta de Manuel S. Torres fue lógica y apenas natural".

Claro que la conducta de Torres "fue lógica y apenas natural" frente a los hechos investigados, porque ninguna explicación lógica hubiera podido dar, ora en relación a la visa de cheques pagados, bien, en cuanto a la omisión de anotar esas cantidades en el libro de Cuentas Corrientes, ya en cuanto informes diarios y falsos que suministraba a los Contadores, o bien, en cuanto al retiro de cheques que —una vez pagados— se depositaban en las gavetas de los Cajeros Pagadores.

La cancelación del contrato de trabajo, no constituye circunstancia oprobiosa ni para la Entidad empleadora ni para el empleado, ni este hecho sirve para asumir una "actitud de rebeldía" para concurrir a las citas que le hacían el Gerente y Secretario de la Entidad Bancaria para que explicara su conducta en el desempeño de sus funciones. Lo que sí constituye índice de responsabilidad es la actitud del sindicado quien, a sabiendas de que se le hace un cargo que tiene el carácter de ilícito, no se presenta a demostrar la verdad, o por lo menos a dar su concurso —si no tenía responsabilidad— para esclarecerla, a fin de que sus actos no den lugar a sugerir la más leve sospecha en el manejo correcto de libros a él encomendados, ni ligereza en cuanto a sustracción de fondos. La "natural animadversión" para seguir "sometido a los deseos de los Directores del Banco" no es causa de justificación porque ello se opone a la actitud honesta de Torres, quien no debió desatender las citas del Gerente y del Secretario para explicar sus actos frente a los hechos investigados.

"g) La actitud asumida por él en su indagatoria y en las diligencias de careo, de desparpajo al referirse a hechos circunstanciales y de reticencia al referirse a los que pudieran comprometerle, lo mismo que la actitud soslayada de tratar de atribuir la apropiación ilícita a la desorganización del Banco aludiendo al descuadre anterior de los $ 4.800.03 e invocando la mecánica nominal del rodaje interno del Banco, es decir, la forma como debían ocurrir ciertos trámites, y no la forma como ocurrían realmente".

"Lo que el Tribunal califica de 'desparpajo' y de 'reticencia' —dice el recurrente— no es más que facilidad, en el primer caso, de referirse a los 'hechos circunstanciales', e imposibilidad en el segundo, de explicar cosas que no comprendía o de las cuales no tenía conocimiento. Si se analiza desapasionadamente la actitud de Manuel S. Torres R. como sujeto no imputable en este caso, aparece absolutamente ajustada a lo racional y humano. El ha sostenido su ignorancia sobre lo relativo a los cheques, y entonces, mal podía exigírsele que diera explicaciones que no estaban a su alcance. Como tampoco puede calificarse de 'soslayada' esa actitud cuando, sitiado por las indagaciones, expresó la creencia en que estaba de que no había tal desfalco y que todo se debía a errores determinados por la desorganización existente en el Banco".

La ignorancia sobre el punto relativo a cheques, queda suficientemente demostrada que, no la hubo. Torres no desconocía el movimiento de valores provenientes de cheques, ni omitía su anotación para efecto de su control particular; así se deduce de sus propias afirmaciones cuando expresa que "en cuanto a los balances con tiras de diferencia es muy lógico que en rara ocasión el cuenta-corrientista saca una sola tira, sino que a medida que va cuadrando van apareciendo diversos errores y las tiras varían indudablemente la cantidad, **por tanto la tira que dicen es adulterada, seguramente la dejé para constatar** al otro día la diferencia que existiera y el motivo de ella". Precisamente, en la tira adulterada se anotaban los valores de los cheques fraudulentamente cobrados, sumas que, deliberadamente, dejaba de anotar en el libro de cuentas corrientes para que no se descubriera el desfalco.

En cuanto a la actitud contradictoria y desplazamiento de la responsabilidad hacia una posible desorganización bancaria, se observa que: cuando el cargo es pertinente, la respuesta debe ser clara, precisa y concluyente, máxime si no existe responsabilidad. No puede justificarse una actitud con evasivas, contradicciones u ocultamiento de la verdad; esas manifestaciones lejos de suponer inocencia, envuelven —como en el caso subjudice— un concepto de responsabilidad, y en otros, un principio de grave sospecha sobre hechos investigados. Olvidó sí el Tribunal, hacer resaltar las contradicciones en que incurre el procesado sobre balances de su libro con el Mayor, pues manifiesta que sus cuentas son correctas, luego, afirma la existencia de un alcance, y finalmente dice: que tenía un saldo a su favor, circunstancias que revelan poca seriedad, veracidad y contradicción en las respuestas.

La existencia de la prueba indiciaria por consecuencia lógica lleva a determinar la responsabilidad del procesado. Los indicios se hallan plenamente probados y se relacionan directamente con el hecho que se pretende acreditar, coparticipación principal y responsabilidad de su autor. Los hechos indiciarios son diferentes e independientes los unos de los otros, pero convergentes hacia una misma conclusión; la fuerza de causalidad existente en ellos, trámite lógico del raciocinio, da como resultante el valor probatorio de los hechos indiciarios para afirmar la responsabilidad.

Todo este conjunto de hechos circunstanciales entre los cuales existe un perfecto acuerdo, sirven de base a inferencias indiciarias y convergentes para deducir la responsabilidad del autor, conclusión a la cual no hubiera podido llegarse

sin el conocimiento previo de los hechos indiciarios debidamente comprobados. Por esto es por lo que la prueba de indicios es la resultante de varios hechos que demuestran la existencia de un tercero, que sumados y valorados en conjunto —sobre el principio de razón— desplazan toda duda o sospecha acerca de su mérito intrínseco como medio de prueba.

El análisis independiente de los indicios, desnaturaliza la lógica del raciocinio, el principio de causalidad y la relación que ellos guardan entre sí. El examen separado de la prueba indiciaria destruye el valor potencial de acriminación, pero estudiados los medios en conjunto —sistema lógico, jurídico y legal— la fuerza probatoria de ellos difícilmente puede demeritarse porque una vez valorados y precisados, cada uno —dentro del proceso— ocupa lugar preferente en orden a demostrar el hecho que se trata de probar.

"Esta síntesis de los hechos indicadores —dice Dellepiane— constituye una nueva piedra de toque para aquilatar la exactitud y el valor de los indicios, así como también para excluir la posibilidad de la intervención del azar o de la falsificación de la prueba".

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo de trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Cópiese, notifíquese. publíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.



COLISION DE COMPETENCIAS. — PARA QUE ESTA EXISTA Y PUEDA DECIDIRSE POR EL SUPERIOR ES ESENCIAL QUE LA CONTROVERSIA SURJA ENTRE JUECES O MAGISTRADOS, NO ENTRE ESTOS Y OTRA PERSONA QUE NO TENGA TAL CARACTER. — LAS FACULTADES DE LA CORTE AL DECIDIR UNA COLISION DE COMPETENCIAS SE LIMITAN A SEÑALAR EL FUNCIONARIO A QUIEN CORRESPONDA EL CONOCI MIENTO DEL NEGOCIO.

1 — Para que se suscite la colisión de competencia es menester que la controversia surja entre dos funcionarios o Magistrados, no entre uno de éstos y otra persona que carezca de investidura de aquél carácter. Por tanto, asimismo "es indispensable que un juez o magistrado diga a otro juez o magistrado, directamente, por medio de una providencia, que éste último es competente o no para conocer de un proceso. El texto del artículo 65 del C. P. P. es meridianamente claro. El artículo 68 del mismo Código, con igual claridad, dice cómo debe obrar el juez a quien UNA DE LAS PARTES EN EL PROCESO suscita la colisión, para que se establezca el vínculo entre quienes debe establecerse; no hay vinculación legal entre los que administran justicia cuando apenas se contesta a un interesado que se es competente y, por tanto, que se considere que otro no lo es".

2 — Como tiene dicho la Corte, sus facultades, cuando debe decidir sobre una colisión de competencias, no van más allá de señalar, en su caso, el funcionario a quien corresponde el conocimiento del negocio, ya que el papel de la entidad es entonces semejante al del árbitro, con un preciso cometido, sin que actúe como juzgador AD-QUEM; por eso, resuelve de plano, sin intervención del Ministerio Público, en materia penal, por mandato del artículo 67 del C. P. P. En estos casos, nada se decide en el fondo ni el trámite propio del proceso, ya que sólo cabe hacer el indicado señalamiento de la entidad que ha de conocer del negocio, siendo éste el único objeto del incidente. Si la competencia está limitada a ésta única función y las resoluciones sobre libertad y revocatoria del auto de detención, están necesariamente condicionadas a la competencia, en tanto no exista ésta, aunque se tengan los autos, por una u otra causa, no puede sobrevenir decisión alguna favorable o desfavorable acerca de la libertad de un procesado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, mayo siete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Este proceso contra X X y otros, por el delito de homicidio en Y Y vino a la Corte para que se dirima la colisión de competencia positiva, provocada por el Auditor Principal de Guerra, encargado, de la Tercera Brigada de Cali al Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga. Estando para resolver este punto, el sindicado N N se dirigió a la Corte para solicitar su libertad.

La Procuraduría General de la Nación, por medio del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se muestra adverso a la petición de N. N. y pide, en consecuencia, que la Corte se abstenga de conocer de aquella solicitud por carecer de competencia.

Antecedentes:

1º — El apoderado de X. X. pidió al Juzgado en mención que, antes de cerrarse las diligencias investigativas, se determinase la competencia, por cuanto dicho sindicado era miembro de la Policía Fiscal de la Aduana de Buenaventura. En auto de 10 de agosto de 1956, el Juzgado declaró ser él mismo el competente; la providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga.

El 21 de enero del presente año, el mismo Juzgado Superior, al resolver sobre la solicitud del

Auditor Principal de Guerra encargado, para que se remitiesen las diligencias al Comando de la Tercera Brigada de Cali, reitera, de conformidad con la providencia de 10 de agosto, que es a la justicia ordinaria a quien corresponde el conocimiento del negocio contra X. X. con lo que se suscita colisión de competencias. Acorde con esto, el Juzgado envió a la Corte el expediente, con apoyo en el inciso 1º del artículo 67 del C. P. P. y en el numeral 4º del artículo 33 del C. P. P.

2º — A su vez, N. N. se dirige a esta Corte para solicitar la libertad por las "razones" que dice exponer. Pero esas razones no son más que diversas preguntas acerca de por qué el Juzgado le concedió libertad "bajo la pena de 14 meses de prisión por encubrimiento" a A. A. "quien se encontraba con auto de detención por asesinato"; de si existe prueba para que A. A. y la sindicada B. B. gocen de libertad, y de por qué no hubo auto de detención contra la mencionada B. B. Concluye el memorialista, después de manifestar que deja a salvo su "participación voluntaria", concluye: "Ya que en este H. poder Jd. no se ha podido resolver mi situación jurídica, pido a su Señoría en nombre de la ley y administrando justicia se digne darle una luz a mi situación, porque de lo contrario mi situación sería indefinida", con lo que parece dar a entender que debe revocarse el auto de detención existente en contra del peticionario y que es a este título como debe dársele libertad.

1º — En cuanto hace a X. X. por cuya actuación se ha suscitado el incidente, debe tenerse en cuenta que, habiendo sido nombrado como guarda de la policía fiscal de Aduanas de Buenaventura, se posesionó del cargo en 17 de octubre de 1955 con retroactividad al 9 de septiembre anterior; que el 4 de diciembre del mismo año, abandonó tal cargo, sin que hubiese reintegrado dos revólveres de la dotación del resguardo; que el 5 de diciembre siguiente se cometió el homicidio en Y. Y. del que se sindica a X. X. y otros, en jurisdicción municipal de Buga, y que, por resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dictada bajo el número 136 de 1956, de 3 de febrero, fue dado de baja este procesado con fecha 4 de diciembre de 1955. Resulta así evidente que, cuando X. X. pudo participar en el homicidio de que trata el expediente, ya no hacía parte de la policía fiscal, y el Ministerio respectivo lo reconoció así al dar de baja con aquella fecha a X. X.

En realidad la colisión de competencias sólo vino a plantearse cuando, para responder la solicitud del Auditor principal de guerra, encargado de la Brigada con asiento en Cali, el Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Buga declaró que el juzgamiento de X. X. pertenecía a la justicia ordinaria, que no a la castrense. El Tribunal, cuando resolvió sobre la apelación del primer auto del Juez, lo hizo rectamente, porque hasta entonces no se había provocado la colisión; se trataba únicamente de resolver sobre un memorial de parte interesada. La Corte ha sostenido que para que se suscite la colisión de competencia es menester que la controversia surja entre dos funcionarios o Magistrados, no entre uno de éstos y otra persona que carezca de investidura de aquel carácter. Por tantó, asimismo "es indispensable que un juez o magistrado diga a otro juez o magistrado, directamente, por medio de una providencia, que este último es competente o no para conocer de un proceso. El texto del artículo 65 del C. P. P. es meridianamente claro. El artículo 68 del mismo Código, con igual claridad, dice cómo debe obrar el juez a quien una de las partes en el proceso suscita la colisión, para que se establezca el vínculo entre quienes debe establecerse; no hay vinculación legal entre los que administran justicia cuando apenas se contesta a un interesado que se es competente y, por tanto, que se considera que otro no lo es".

Centrada, pues, la controversia en el auto de 21 de enero del corriente año, debe pasar la Corte a examinar la colisión allí planteada.

Está suficientemente acreditado que X. X. ejerció las funciones de guarda de la Aduana de Buenaventura, pero está igualmente acreditado que abandonó dicha ciudad el cuatro de diciembre de 1955, hacia las seis de la mañana, para dirigirse a Buga (f. 23, cuad. princ.). Es cierto que en la indagatoria, rendida el 6 del mismo mes, en un principio dice el procesado que es empleado del resguardo de la Aduana de Buenaventura (f. 22 vto. ib.), pero no es menos claro al decir posteriormente que supone que su detención se debe al hecho de "haber abandonado el puesto cuando estaba de Comandante de Guardia en la Aduana de Buenaventura" (f. 23, ib.), o sea, que el abandono del cargo está manifiesto. Si lo anterior no bastara, la Resolución Nº 136, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no deja duda acerca del hecho en cuestión. No puede argüirse que tal resolución es posterior a la fecha en que se da de baja a X. X. porque en ella se reconoce un hecho, que es precisamente el del abandono del cargo, y si se había hecho tal abandono, mal puede decirse que el interesado en mantener una posición que había perdido ejerciera aún sus funciones y por ende que esté cobi-

jado por las disposiciones a que alude el oficio del Auditor de Guerra, encargado, al Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga. Para la fecha del homicidio no existía el carácter constitutivo del fuero en X. X.

Así, pues, el Juez competente es el que hace parte de la justicia ordinaria, y no el que haga parte de la castrense, y así habrá de declararse.

2º — En lo que se refiere a la solicitud de N. N. cabe anotar que la resolución de la Corte depende del carácter del incidente por cuyo motivo vinieron los autos.

Como tiene dicho la Corte, sus facultades, cuando debe decidir sobre una colisión de competencias, no van más allá de señalar, en su caso, el funcionario a quien corresponde el conocimiento del negocio, ya que el papel de la entidad es entonces semejante al del árbitro, con un preciso cometido, sin que actúe como juzgador ad-quem; por eso, resuelve de plano, sin intervención del Ministerio Público, en materia penal, por mandato del artículo 67 del C. P. P. En estos casos, nada se decide en el fondo ni en el trámite propio del proceso, ya que sólo cabe hacer el indicado señalamiento de la entidad que ha de conocer del negocio, siendo éste el único objeto del incidente. Si la competencia está limitada a esta única función y las resoluciones sobre libertad y revocatoria del auto de detención, están necesariamente condicionadas a la competencia, en tanto no exista ésta, aunque se tengan los autos, por una u otra causa, no puede sobrevenir decisión alguna favorable o desfavorable acerca de la libertad de un procesado. Debe, pues, abstenerse la Corte, como lo solicita el Ministerio Público, de resolver sobre la petición de N. N. cuya situación jurídica, por lo demás, está definida por el auto de detención de 12 de diciembre de 1955.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el Ministerio Público en la materia sometida a concepto, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º — Dirimir la colisión de competencias suscitada en este proceso, en el sentido de declarar que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, y en consecuencia, que el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga debe proseguir la tramitación del presente informativo;

2º — Ordenar que se dé aviso a la Auditoría de Guerra de la Tercera Brigada de Cali;

3º — Abstenerse de decidir sobre la petición de libertad hecha por N. N. por carecer de competencia la Corte; a dicho procesado se le hará saber que su situación jurídica está definida por el auto de detención de 12 de diciembre de 1955 y hasta el momento no ha variado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario.

SE DIRIME LA COLISION DE COMPETENCIAS NEGATIVAS, SUSCITADA ENTRE LA JUSTICIA CASTRENSE Y LA JUSTICIA ORDINARIA

A partir del 10 de julio de 1953, la Policía Nacional pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas como su cuarto elemento, otorgándosele el fuero militar en cuanto a la competencia para conocer de "todos los delitos" en que incurran sus miembros, situación en la que quedaron amparados también, a partir del 21 de ese mismo mes, entre otras entidades, los Cuerpos de Vigilancia de Cárceles al ser éstos incorporados a su vez desde tal fecha a la Policía Nacional.

En lo que respecta al personal de vigilancia de cárceles, se observa que no son todos los guardianes de cárceles los que están amparados por el fuero militar. Este sólamente cobjia a aquellos que pertenezcan a UN CUERPO DE VIGILANCIA, vale decir, a una pluralidad de personas dedicadas en forma permanente a la custodia y vigilancia de los presos, dentro de una organización jerárquica de carácter militar, aunque esta última calidad no es esencial. Así se desprende del contexto del Decreto número 1897 de 21 de julio de 1953, pues él se refiere a los "Cuerpos de Vigilancia de Cárceles y de Circulación y Tránsito" no abarcando, por tanto, al personal de vigilancia de cárceles que tiene un carácter eminentemente administrativo sin ninguna de las condiciones o cualidades a que se ha hecho referencia. Diferente sería la conclusión si el legislador hubiera empleado otra expresión de carácter menos restringido, como cuando habló de las Policías Departamentales y Municipales y de los Resguardos de Aduanas, etc. cuyos componentes sí quedaron incluídos sin distinción alguna entre las personas que gozan de fuero militar.

No habiendo pertenecido el sindicado de autos a un cuerpo de vigilancia judicial, forzoso es concluír que el proceso que se le sigue por homicidio imperfecto escapa al conocimiento de la justicia castrense y se radica en la justicia ordinaria.

Se dirime, pues, la colisión de competencias negativas propuestas, en el sentido de atribuír el conocimiento del negocio a la justicia ordinaria Juzgado Superior de Distrito Judicial).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Santiago Cadena Copete).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el incidente de competencias negativas suscitadas entre el señor Juez Superior del Distrito Judicial de Montería y el Comando de la Segunda Brigada con sede en Barranquilla, para conocer del proceso adelantado contra Arnulfo Rafael Urango Jiménez por el delito de homicidio imperfecto.

Antecedentes:

En Sahagún, Departamento de Córdoba, más o menos a las dos de la madrugada del día veinticuatro de febrero del año próximo pasado, fueron heridos con arma de fuego dos Agentes de la Policía Nacional en momentos en que intervenían ante Pedro Jiménez Urango para que éste pagara a Heriberto Pantoja los daños que le había ocasionado a una de las habitaciones del bar de su propiedad, ubicado en el Barrio "Chipilín", cuando Jiménez con pretexto de sacar un sombrero había maltratado una de las puertas del establecimiento a puntapies. De los hechos delictuosos se sindica a Urango Jiménez quien a la sazón ocupaba, con carácter de interino, el cargo de Guardián de la Cárcel Nacional de Sahagún.

Practicadas algunas diligencias relativas a la investigación por el Juzgado Promiscuo Munici-

pal de Sahagún y dictado auto de detención contra Urango Jiménez el negocio fué enviado al Juzgado Superior de Montería, entidad que a su turno lo remitió al Comando de la Segunda Brigada al comprobar que el procesado desempeñaba las funciones de Guardián de la Cárcel Nacional del Circuito de Sahagún y como tal estaba incorporado a la Policía Nacional, "según los términos de los artículos 4º y 5º del Decreto Extraordinario 1897 de 1953, Fuerza que a su vez hace parte de las Fuerzas Armadas, según lo establecido en el Decreto Extraordinario 1814 del mismo año y que por tal goza del fuero militar". Al no aceptar el Comando de la Segunda Brigada las razones expuestas por el señor Juez Superior basándose en que el Decreto 1814 de 1953 no comprende al personal netamente administrativo de Vigilancia de Cárceles, sino a aquél que pertenezca a un cuerpo de vigilancia, han llegado las presentes diligencias a la Corte para que se dirima la competencia.

Se considera:

El artículo 3º del Decreto Número 1814 de 1953 (julio 10) dispone:

"La Policía Nacional pasará, desde la fecha de expedición de este Decreto, a formar parte activa del Ministerio de Guerra, como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, con presupuesto y organización propios, y prestará los servicios que por ley le corresponden".

A su turno, el artículo 5º del Decreto Número 1897 de 21 de julio del mismo año, ordena:

"Se incorporan a la Policía Nacional las policías departamentales y municipales, los resguardos de aduanas, resguardos de rentas departamentales, los cuerpos de circulación y tránsito, vigilancia de cárceles, con presupuesto y organización propios, y prestarán los servicios que por ley correspondan..."

En consecuencia, a partir del 10 de julio de 1953 la Policía Nacional pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas como su cuarto elemento, otorgándosele el fuero militar en cuanto a la competencia para conocer de "todos los delitos" en que incurran sus miembros, situación en la que quedaron amparados también, a partir del 21 de ese mismo mes, entre otras entidades, los Cuerpos de Vigilancia de Cárceles al ser éstos incorporados a su vez desde tal fecha a la Policía Nacional.

Ahora bien, en lo que respecta al personal de vigilancia de cárceles, cabe hacer las siguientes obsevaciones:

No son todos los Guardianes de Cárceles los que están amparados por el fuero militar. Este sólamente cobija a aquellos que pertenezcan a un CUERPO DE VIGILANCIA, vale decir, a una pluralidad de personas dedicadas en forma permanente a la custodia y vigilancia de los presos, dentro de una organización jerárquica de carácter militar, aunque esta última calidad no es esencial. Así se desprende del contexto del Decreto Número 1897 citado pues él se refiere a los "Cuerpos de Vigilancia de Cárceles y de Circulación y Tránsito" no abarcando, por tanto, al personal de vigilancia de cárceles que tiene un carácter eminentemente administrativo sin ninguna de las condiciones o cualidades a que se ha hecho referencia. Diferente sería la conclusión si el legislador hubiera empleado otra expresión de carácter menos restringido, como cuando habló de las Policías Departamentales y Municipales y de los Resguardos de Aduanas, etc. cuyos componentes sí quedaron incluídos sin distinción alguna entre las personas que gozan de fuero militar.

No habiendo pertenecido, pues, el sindicado Arnulfo Rafael Urango Jiménez el día de autos a un cuerpo de vigilancia judicial, forzoso es concluír que el proceso que se le sigue por homicidio imperfecto escapa al conocimiento de la justicia castrense y se radica en la justicia ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias, en el sentido de atribuír el conocimiento del negocio al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Montería.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta de lo aquí resuelto al Comando de la Segunda Brigada y remítanse las diligencias al Juzgado Superior de Montería.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R.

Secretario.

RECURSO DE REVISION

El hecho o la prueba no conocidos al tiempo de los debates que fundan la revisión de las sentencias ejecutoriadas, son exclusivamente los que establecen la inocencia o la irresponsabilidad o constituyen indicios graves de éstas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

Contra Eduardo Cadena Quintero se adelantó por la Alcaldía Municipal de Garzón un juicio especial como infractor del numeral 28 del artículo 7º del Decreto número 0014 de 1955 del cual conoció en segunda instancia el señor Juez de Garantías Sociales del Departamento del Huila, siendo condenado Cadena Quintero a la medida de seguridad de dos a seis años de relegación a colonia agrícola. Contra dicho juicio interpuso recurso de revisión el señor Personero Municipal de Garzón con fundamento en la causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, agotado el trámite del cual debe ahora dictarse el fallo que en derecho corresponda.

Hechos

La Policía de Garzón capturó al procesado por tener en su poder una bicicleta perteneciente a Libardo Parra, estudiante del Colegio Nacional "Simón Bolívar", aparato que dijo haber adquirido por compra a un desconocido por la suma de cuarenta pesos y el cual su patrón Manuel Lozada, en cuya finca trabajaba, había conocido, cosa que no pudo probar por cuanto éste desmintió tal afirmación de descargo. Agotadas las formas propias del procedimiento especial de prevención de estados peligrosos, señalado en el Capítulo V del Decreto-ley número 0014 de 1955, la Alcaldía Municipal de Garzón, por sentencia de 13 de junio de 1956 condenó a Cadena Quintero, como infractor del ordinal 28 del artículo 7º de dicho Decreto, a la medida de seguridad antes expresada, sentencia confirmada en todas sus partes por el Juzgado Departamental de Garantías Sociales del Huila, en fallo del 4 de julio del mismo año que se declaró ejecutoriado el 15 de julio siguiente.

Como apoyo de su demanda el recurrente cita los siguientes conceptos:

"H 3117—Procuraduría General de la Nación—Julio 24/56—Luciano Silva S. Personero Municipal de Garzón, Huila—Aun cuando Procuraduría estima artículo usted consulta únicamente refiérese vehículos automotores, empero por no ser entidad consultiva y a fin usted pueda obtener fundamentada contestación insinúole dirigirse Minjusticia quien sí es competente absolver consulta usted formula telegrama dieciocho corrientes.—Atentamente, Luis Carlos Silva Gómez, Srio.".

"1917—Ofl.—Minjusticia. — Bogotá, julio 24/56. Luciano Silva—Personero Municipal — Garzón—Huila—Número 119096. Suyo número 58—Concepto este Despacho idea legislador fue reprimir creciente ola atentados contra propiedad automotores.—Atte. Hernando Padilla Rueda, Abogado General".

Se considera:

El ordinal 28 del artículo 7º del Decreto-ley número 0014 de 1955, aplicado en el caso **sub-judice**, es del tenor siguiente:

"Artículo 7º—Se consideran en estado de especial peligrosidad:

".....

"Quien se haya apoderado ilícitamente, o sea sorprendido en el acto de apoderarse o pretender el apoderamiento de vehículos o de cualquier elemento accesorio de ellos".

Por su parte, el ordinal 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal reza:

"Artículo 571 — En materia penal hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos siguientes:

".....

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conoci-

das al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Ahora bien:

Ni pruebas no conocidas al tiempo de los debates ni hechos nuevos pueden considerarse los conceptos transcritos en que apoya el señor Personero Municipal de Garzón la demanda de revisión. Ellos servirían cuando más para afirmar que hubo errada aplicación de la ley penal, cuestión ésta que atañe a la casación y no a la revisión, pues esta última se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto por cualquiera de las circunstancias que contempla el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se compendian o en que el hecho no existió, o en que habiendo existido resulta a la postre el condenado inocente o irresponsable, o en que la condenación obedeció a pruebas secretas extra proceso o que provino de la imposibilidad del caso 1º de aquel artículo. El hecho o la prueba no conocidos al tiempo de los debates que fundan la revisión de las sentencias ejecutoriadas, son exclusivamente los que establecen la inocencia o la irresponsabilidad o constituyan indicios graves de éstas, situaciones de las que está muy distante el procesado, pues dentro del juicio especial se acreditaron en forma plena o completa los elementos objetivo y subjetivo de la infracción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NIEGA la revisión propuesta por el señor Personero Municipal de Garzón.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA JUZGAR LA CONDUCTA DE UN ABOGADO POR EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 69 DE 1945, SE REQUIERE LA DEMOSTRACION DE QUE EL SUJETO PASIVO DE LA ACCION POSEE EFECTIVAMENTE AQUELLA CALIDAD

La Corte ha sostenido y forma parte de su doctrina, que para poder juzgar la conducta de un abogado según el procedimiento de la ley 69 de 1945 es fundamental la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efectivamente aquella calidad, ya que tal ordenamiento sólo hace referencia a actos cometidos por abogados titulados en ejercicio de la profesión o por medio de funciones inherentes a ella.

"La omisión de uno de estos requisitos —dijo la Sala en providencia de 12 de diciembre de 1956— desquicia los fundamentos jurídicos de la acción, bien por ausencia del hecho o por carencia de sujeto, pues sería ilógico a la vez que injurídico, imponer estas medidas a personas que no tienen un grado profesional quienes por no poseer un título académico, no pueden infringir los preceptos de la ley que se comenta.

"Si la medida se impone por esta clase de faltas leves o graves o si éstas o aquéllas no pueden cometerse sino por personas que poseen título profesional, es natural y obvio que las sanciones sólo tienen vivencia jurídica cuando en el proceso se acredite plenamente esa calidad, bien sea de oficio o a petición de parte. Mientras esto no se haga, la sentencia que absuelve o condena no tiene fundamento legal por ausencia de uno de los presupuestos esenciales que sirven de base a la acción, es decir, el derecho del Estado para sancionar a los abogados titulados por actos de indelicadeza o decoro cometidos en el ejercicio de la profesión...".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Manizales la providencia de fecha trece de agosto del año pasado, en la cual sobresee definitivamente en favor de Víctor Renán Barco por razón de los cargos contra la ética profesional que le formuló el señor Lisímaco Jaramillo Toro y ordena compulsar copia de lo pertinente a fin de que se investigue un posible delito de calumnia cometido por el denunciante.

Al descorrer el traslado de rigor, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide, con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación que reproduce en su Vista Fiscal, la revocatoria del auto consultado, porque "no se acreditó en forma alguna la calidad de abogado en ejercicio, que se dice concurre en el denunciado".

Ciertamente, la Corte ha sostenido y forma parte de su doctrina, que para poder juzgar la conducta de un abogado según el procedimiento de la Ley 69 de 1945 es fundamental la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efectivamente aquella calidad, ya que tal ordenamiento sólo hace referencia a actos cometidos por abogados titulados en ejercicio de la profesión o por medio de funciones inherentes a ella.

"La omisión de uno de estos requisitos —dijo la Sala en providencia de 12 de diciembre de 1956— desquicia los fundamentos jurídicos de la acción, bien por ausencia del hecho o por carencia de sujeto, pues sería ilógico a la vez que injurídico, imponer estas medidas a personas que no tienen un grado profesional quienes por no poeser un título académico, no pueden infringir los preceptos de la Ley que se comenta.

"Si la medida se impone por esta clase de faltas leves o graves y si éstas o aquéllas no pueden cometerse sino por personas que poseen título profesional, es natural y obvio que las sanciones sólo tienen vivencia jurídica cuando en el proceso se acredite plenamente esa calidad, bien sea de oficio o a petición de parte. Mientras esto no se haga, la sentencia que absuelve o condena no tiene fun-

damento legal por ausencia de uno de los presupuestos esenciales que sirven de base a la acción, es decir, el derecho del Estado para sancionar a los abogados titulados por actos de indelicadeza o decoro cometidos en el ejercicio de la profesión..."

De tal suerte que al haberse omitido aquí ese requisito tan fundamental, no otra cosa procede que la revocatoria del auto sometido a estudio, a fin de que se allegue la prueba que ha sido echada de menos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema— Sala de Casación en lo Criminal— acorde con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la decisión judicial consultada, para los fines que se dejan indicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández P.—Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

PROHIBICION DE ADMITIR PRUEBAS NO CONDUCENTES A ESCLARECER DIRECTA O INDIRECTAMENTE LOS HECHOS MATERIA DEL PROCESO. — ES IMPROCEDENTE LA DESIGNACION DE PERITOS PARA CONCEPTUAR SOBRE LA LEGALIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

1 — El artículo 208 del Código de Procedimiento Penal prohibe la admisión de pruebas no conducentes a esclarecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso, de donde claramente se infiere que los jueces tienen la facultad legal de apreciar su procedencia para aceptarlas o para rechazarlas según que incidan o no en las resultas del juicio.

2 — En cuanto al examen pericial no decretado por el Tribunal en el auto que se revisa, cabe decir que nada habría podido ser más improcedente que la designación de peritos para conceptuar sobre la legalidad de actuaciones judiciales, atribución reservada a los superiores jerárquicos de los funcionarios que la cumplen. Como es obvio y como lo preceptúa el artículo 256 del Estatuto Procesal, tal prueba sólo es pertinente cuando la investigación del hecho requiere conocimientos especiales de determinada ciencia o arte, exige avalúos, traducción de documentos a la lengua castellana o cotejos de letras.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal
Bogotá, nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El Tribunal Superior de Cali, en auto de 3 de mayo de 1955 (fls. 100 a 104 v. del Cuaderno 1º), abrió causa criminal contra el doctor Neftalí Moncayo Guerrero "por el delito De los abusos de autoridad y otras infracciones de que trata el Código Penal en el Capítulo VI, Título III del Libro II" y sobreseyó definitivamente a su favor por el de "prevaricato", hechos que le fueron imputados al doctor Moncayo Guerrero por su renuencia como Juez Promiscuo del Circuito de Buenaventura —son palabras del Tribunal— en cumplir lo ordenado por la Corporación en auto de agosto tres de mil novecientos cincuenta, que revocó el mandamiento de pago librado por la vía ejecutiva dentro del juicio especial entablado por "Compañías Unidas de Transportes S. A." contra "North American Shipping & Trading Co. Inc." y "Silet Compañía de Vapores S. A.", armadores o propietarios del barco "Norlandia".

Al revisar ambas decisiones —la primera por apelación y la segunda en grado de consulta— la Corte confirmó el llamamiento a juicio y revocó el sobreseimiento, en providencia de 20 de octubre de 1955.

Devueltos los autos al inferior y abierta a pruebas la causa —previo un incidente de nulidad en cuya virtud la Sala ya había conocido por segunda vez de este proceso—, el doctor Moncayo Guerrero solicitó, entre otras, las que a continuación se mencionan:

"a) Se expida copia íntegra, de oficio o a mi costa, del juicio de embargo y secuestro preventivos y del subsiguiente juicio ejecutivo propuestos por el Dr. Gerardo Cabrera Moreno, como apoderado de Compañías Unidas de Transportes S. A., en contra del vapor 'Norlandia', por suma de pesos, que cursaron en ese Juzgado en 1949, 50 y 51.

"Dicha copia que pido debe abarcar TODO el expediente respectivo, desde la portada, hasta la última diligencia o actuación, sin omitir nada, a efecto de reconstruír fielmente así el juicio civil materia del delito de abuso de autoridad que se me imputa, pues la copia que se ha traído a los autos es incompleta e insuficiente, por lo mismo, para formar entero y cabal juicio del caso de que trata la causa en referencia; y

"b) ...

"5º Que se libre un despacho, con los insertos del caso, al Sr. Juez... Civil del Circuito de Cartagena, con el fin de que se remita copia íntegra del juicio ejecutivo y del embargo y se-

cuestro preventivos propuestos por el Dr. Gerardo Cabrera Moreno, como apoderado de Compañías Unidas de Transportes S. A. en 1951... contra el vapor 'Norlandia', por suma de pesos...

"6º Finalmente, que una vez practicadas las diligencias anteriores, se ordene el examen pericial de este proceso contra el suscrito —por abuso de autoridad— y de los respectivos antecedentes como son el juicio ejecutivo, completo, con las correspondientes medidas preventivas, de Cías. Unidas S. A. contra el vapor 'Norlandia', propuesto en Buenaventura, cuya copia total he solicitado arriba, mediante el nombramiento de dos peritos nombrados uno por su autoridad y otro por el suscrito, a efecto de que, una vez posesionados legalmente, conceptúen sobre lo siguiente:

"a) Si son legales, a la luz del C. Marítimo, del C. J. del C. Civil y demás disposiciones pertinentes, el auto de embargo y secuestro preventivo del vapor 'Norlandia', el mandamiento ejecutivo, el nombramiento de curador ad-litem del barco demandado, la caución constituída para el zarpe de éste y sus efectos, la sentencia de remate, el auto de obedecimiento de 10 de octubre de 1950 y el auto de 20 de noviembre del mismo año;

"b) Si cuando el H. Tribunal Superior de Cali, Sala unitaria, revocó el mandamiento ejecutivo y ordenó el reintegro, estaban ya ejecutoriados el mandamiento de pago y la sentencia de pregón y remate, por no haberse interpuesto recurso alguno por las partes, esto es, por el Dr. Cabrera Moreno, que representaba como apoderado al acreedor, y por el Dr. Juan Santos Rivas que representaba también legalmente —como curador ad-litem— al deudor; si por consiguiente, no eran revocables por vía de apelación por el H. Tribunal Superior;

"c) Si el reintegro del pago del acreedor al deudor, ordenado por la Sala Unitaria del H. Tribunal, no podía llevarse a efecto, en esas condiciones, porque estaba de por medio una sentencia de remate aún en firme, porque nadie la había apelado, revocado ni anulado, y porque ya se había hecho el pago por virtud de tal sentencia al acreedor, cuya repetición no podía tampoco ordenarse de plano ni llevarse a efecto, sin fórmula de juicio, esto es violando el artículo 2513 y siguientes del C. C. que tratan de las formalidades y requisitos especiales que hay que llenar con relación al Pago De Lo No Debido; y

"d) Si, por consiguiente, el suscrito ex-Juez del Circuito Promiscuo de Buenaventura no podía haber dado cumplimiento a lo ordenado en cuanto a tal reintegro por el Tribunal, pues no era el caso, y si por lo mismo, el procedimiento del suscrito ex-Juez, lejos de ser delictuoso fue legal, porque volvió por los fueros de la justicia, de la ética y de la ley, al hacer pagar al 'Norlandia' lo que legalmente le debía a Cías. Unidas de Transportes" (fls. 9 a 13 Cuaderno 4º).

Tales fueron las pruebas cuya práctica denegó el Tribunal al decretar el diligenciamiento de las contenidas en los puntos 1º aparte b), 2º y 3º en providencia que la Corte entra a revisar en virtud del recurso subsidiario de apelación interpuesto por el procesado.

Para resolver, se considera:

En orden a la referida denegación de pruebas arguyó el Tribunal que "las copias pertinentes del juicio civil obran en el proceso y con base en ellas ciertamente se inició la investigación y se encausó al inculpado; que las del juicio ejecutivo, incluyendo las de las diligencias preventivas, tramitado en Cartagena, no pueden incidir en los resultados del proceso, y que la prueba pericial, del punto 6º, además de ser insólita por los fines que con ella se pretenden, contraría su objeto, claramente determinado en el art. 256 ibidem (Código de Procedimiento Penal)... Cuanto a las copias acompañadas con el memorial de pruebas, se ordena agregarlas al expediente, advirtiendo al doctor Moncayo que las pruebas se surten dentro del proceso y que ninguna se practicará sino por disposición del juzgador, por así preceptuarlo el art. 207 del mismo código" (Cuaderno 4º, fl. 14).

El artículo 208 de la Obra citada prohibe la admisión de pruebas no conduncentes a esclarecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso, de donde claramente se infiere que los jueces tienen la facultad legal de apreciar su procedencia para aceptarlas o para rechazarlas según que incidan o no en las resultas del juicio.

Fue lo que hizo aquí el juez del conocimiento, en forma que esta Sala de la Corte encuentra acertada. En efecto, no se ve la relación qué con las presentes diligencias pudieran tener los juicios ejecutivos adelantados con acción similar ante alguno de los Juzgados Civiles del Circuito de Cartagena (1º, 2º o 3º) y ante el Promiscuo del Circuito de Buenaventura. Como lo anota el señor Procurador Delegado "la determinación del Tribunal Superior de Cali es correcta, y expresamente autorizada por la ley. La corrección de su determinación consiste en que como juez del conocimiento está en el deber de dirigir el debate procesal hacia su finalidad legal, dentro de los dictados de la economía procesal, sin permi-

tir que se desvíe, entorpezca o dilate con hechos o circunstancias no atañederos a la cuestión misma materia del proceso. Y el amparo legal de tal determinación, está consagrado en el artículo 208 del Código de Procedimiento Penal que dice: 'No se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso'.

"Además, sobrarían otras consideraciones que este Despacho pudiera hacer para reforzar los acertados argumentos sostenidos por el Tribunal al denegar la práctica de pruebas que consideró inconducentes, ya que la jurisprudencia de la H. Corte ha reconocido el libre arbitrio que tiene el juzgador en la apreciación de la conducencia o inconducencia de las pruebas para establecer legalmente los hechos sometidos a su juzgamiento".

En cuanto al examen pericial no decretado por el Tribunal en el auto que se revisa, cabe decir que nada habría podido ser más improcedente que la designación de peritos para conceptuar sobre la legalidad de actuaciones judiciales, atribución reservada a los superiores jerárquicos de los funcionarios que la cumplen. Como es obvio y como lo preceptúa el artículo 256 del Estatuto Procesal, tal prueba sólo es pertinente cuando la investigación del hecho requiere conocimientos especiales de determinada ciencia o arte, exige avalúos, traducción de documentos a la lengua castellana o cotejos de letras.

Lo resuelto por el Tribunal en el auto reclamado se ajusta, por tanto, a las prescripciones legales y debe mantenerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y acorde con él, CONFIRMA la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.



INTERPRETACION DEL ARTICULO 231 DEL CODIGO PENAL A LA LUZ DE LAS ACTAS DE LA COMISION REDACTORA. — FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS Y EN DOCUMENTOS PRIVADOS

1º — Como acontece en toda obra legislativa, en el proceso de la reforma del Código Penal que vino a concretarse en la Ley 95 de 1936, se presentaron en las discusiones dentro de la Comisión encargada de su estudio, diversas modificaciones al proyecto inicial, algunas de las cuales fueron admitidas y otras rechazadas por el legislador a adoptar en forma definitiva el estatuto.

Fué así como al discutir el artículo 21 del proyecto, que hoy corresponde al 231 del Codigo, referente a los hechos constitutivos del delito de falsedad en documentos, la Comisión introdujo como nuevo un ordinal para 1º del articulo, en los siguientes términos: "los confeccione falsos en todo o en parte". El legislador no aceptó la modificacion por hallarla superflua ya que el caso en ella contemplado quedaba comprendido dentro del numeral 1º del proyecto inicial que decia "Contrahaga o finja letra, firma o rúbrica".

La razon es obvia: aunque dentro del significado lato del vocablo "documento" queda comprendido cualquier objeto que sirva para mostrar o comprobar algo, jurídicamente, y en lo que atane al fenomeno de la falsedad documentaria, el sentido en que lo emplea la ley es en el de ESCRITO destinado a probar un hecho generador, modificador o extintivo de un derecho o de una relación juridica o que contiene simplemente declaraciones de voluntad.

Los expositores de derecho penal al definir lo que es un documento para los efectos de la falsedad, concuerdan en que él requiere la forma escrita.

Ahora bien: escritura o escrito es la representación de las ideas por medio de signos y éstos, en cuanto se utilizan para representar los sonidos y articulaciones de un idioma, se denominan letras; de modo que el escrito o documento que expresa las manifestaciones de voluntad, está formado de letras. Contrahacer, imitar las letras que constituyen el texto del documento, es confeccionarlo falso y lo será en todo o en parte según la extensión parcial o total de los signos contrahechos.

El ordinal 1º del artículo 231 tal como quedó redactado en el Código, comprende, pues, tanto la firma y la rúbrica como las letras con que se confecciona el documento, y por tanto era redundante y superflua la modificación propuesta por la Comisión. Su rechazo por el legislador, no significa que quedara excluída del precepto la forma de falsedad que se tuvo en mientes al proponer el ordinal 1º del artículo 21 del proyecto que adoptó la Comisión. No. El legislador prescindio de tal formula porque la halló innecesaria, esto es, que sin la susodicha modificación, el artículo 21 (hoy 231 del Codigo Penal) comprende también la confección falsa en todo o en parte del documento, mediante la imitación de las letras que lo constituyen.

Es verdad que el documento contrahecho debe acercarse al modelo en forma que sea difícil distinguirlos; el acto del falsario debe tener aptitud e idoneidad para alcanzar a producir el engaño generador del perjuicio. Si no hay imitación de la verdad en forma capaz de originar el juicio erróneo, no sobreviene el daño y no se configura el delito de falsedad. Pero la eficacia de la mutación para causar el engaño, se relaciona tanto con el elemento subjetivo como con el objetivo; por una parte ha de tomarse en cuenta el sujeto a quien el documento mutado tiende a engañar, a sus condiciones y capacidades para advertir la alteración de la verdad, y por otra, la objetividad del modelo que se imita por el falsario, pues si éste ofrece una forma ordinaria y fácil, entonces en su imitación no habrán de emplearse dotes especiales de habilidad y destreza.

2 — La doctrina y la jurisprudencia han precisado los elementos que de acuerdo con

el artículo 231 del Código Penal configuran el delito de falsedad en documentos privados: ofensa a la verdad mediante la mutación que conduce al juicio equivocado, intención criminosa o sea el dolo específico y perjuicio a terceros, material o moral o propósito de causarlo, esto es, que el daño puede ser actual o potencial. Para que estos presupuestos se cumplan, resulta exigible, además, que el acto del falsario tenga aptitud para alcanzar el fin perseguido.

Tratándose de documentos públicos, la falsedad y el uso del documento, constituyen actos jurídicamente distintos que configuran por sí delitos diversos que concurren materialmente: el de falsedad que ofende la fé pública como derecho universal que es, ya que todos los asociados tienen interés en que se acatem y respetem las garantías de autenticidad con que son protegidos los documentos públicos, y que se consuma en el acto mismo en que se altera o se confecciona el documento mentiroso, porque es en ese instante cuando se quebrantan las normas con que el Estado tutela la fé debida a tales documentos, y el de estafa que hiere el interés particular y que se consuma cuando se utiliza el documento falso que entonces es un medio para realizar el segundo delito.

No ocurre lo mismo tratándose de la falsedad privada porque siendo el perjuicio a terceros uno de los elementos constitutivos del delito y siendo el uso del documento lo que actualiza el perjuicio, no es dable sostener que el acto de usar el documento, sea un hecho separable del delito mismo.

Es esta la razón que explica por qué el artículo 242 referente a la falsedad de documentos privados considera como una simple circunstancia agravante el uso del documento hecho por el propio falsario. En este caso la contrafacción y el uso concurren como elementos sustanciales del mismo delito.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente: Doctor Luis Sandoval Valcárcel.

VISTOS:

Contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 22 de junio de 1955 en el cual se condenó a Manuel Antonio Londoño Jiménez a la pena de cuatro años y cuatro meses y a José Ignacio Ortega Rúa a la de cuatro años de prisión y ambos a las accesorias consiguientes, al pago de perjuicios causados a José J. Jiménez y a multa de $ 100.00 cada uno, como responsables del delito de falsedad en documentos, el defensor de Londoño y el procesado Ortega interpusieron recurso de casación que la Corte declaró admisible.

El defensor de Manuel Antonio Londoño se abstuvo de presentar la demanda.

Los Hechos:

El 12 de agosto de 1954 se presentaron al tejar de Eleázar Cuartas en Medellín, Alfredo Londoño manejando un camión de su propiedad, el ayudante Joaquín M. Restrepo y Manuel Antonio Londoño Jiménez quien presentó un vale al despachador del tejar por 250 adobes, vale que llevaba la firma de José J. Jiménez. Ocasionalmente éste llamó al teléfono del tejar y como se le informara que estaban cargando el adobe pedido por él, Jiménez se dirigió al chircal, solicitó que le mostraran el vale y al ver que le habían falsificado la firma, presentó denuncia.

Del acervo probatorio aparece que Ortega Rúa como chofer que había sido de Jiménez estaba enterado de que en el chircal de Cuartas se hacían las entregas de adobe mediante vales y conocía la forma en que éstos se tramitaban. Ortega confiesa haberle dicho a Londoño que hiciera el vale, entregándole al efecto la hoja del talonario de vales en blanco y un vale viejo para que le sirviera de modelo. Agrega haber convenido que el valor de los adobes lo partirían entre los dos.

El examen grafológico señala a Londoño como autor tanto del escrito del texto del vale en que imitó la letra de Jaime Acosta —empleado de Jiménez encargado de hacer los vales— como de la firma suplantada de José J. Jiménez.

Con anterioridad Londoño y Ortega Rúa habían hecho efectivo otro vale, confeccionado en las mismas condiciones, mediante el cual recibieron 250 adobes que vendieron y se repartieron el valor entre los dos.

La Demanda:

El apoderado de José Ignacio Ortega al formular el libelo, sienta como base la consideración de que en el juicio no se decide solamente "si los papeles que aparecen a los folios citados (se refiere a los dos vales) constituyen documento o no", como —dice— lo entendió el Tribunal, sino que se controvierte otro punto vital al proceso, cual es el de saber si los vales falsificados por Londoño "pueden constituír el delito de falsedad en documentos", e invoca la causal primera de casación consagrada en el ordinal 1º del artículo 567 del C. de P. P. consistente para el caso en que la sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación de los artículos 231 y 240 del C. P. error que condujo al Tribunal a la aplicación indebida de los mismos preceptos y a la nó aplicación de los artículos 1º y 19 del mismo Código.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador 2º Delegado en lo Penal al emitir concepto de fondo, se expresa así:

"El Proyecto del Código Penal que vino a ser la ley 95 de 1936, al ser presentado al legislador para su aprobación, fué sometido a diversas modificaciones.

"Una de tales fué la supresión del ordinal que figuraba como primero en el artículo que vino a quedar distinguido con el número 231 del Código, pues se estimó, separándose de la autorizada opinión del eminente penalista doctor Carlos Lozano y Lozano, que la falsedad en todo o en parte de un documento, de cualquier clase que éste sea, está implícitamente comprendida en el contexto del artículo referido y, especialmente, en lo que dicen los ordinales 1º a 7º del mismo.

"De ahí que no pueda, por ningún motivo, estimarse que la infracción por la cual se procesó a Londoño Jiménez y Ortega Rúa, aquél como autor principal y éste como copartícipe o cooperador, no fué prevista por la ley penal.

"Es de observarse —dice el Procurador— que en este punto, como en general en todo el curso de la demanda de casación, el señor abogado recurrente se refiere únicamente a lo que dice relación al procesado Manuel Antonio Londoño Jiménez, sin nombrar en cambio a su representado José Ignacio Ortega Rúa.

"Es indudable que en el presente proceso se trata de una falsedad material puesto que se trató de la simulación de un documento privado en el cual se efectuó una mutación dolosa de la verdad, tratando de imitarla; con daño efectivo para José J. Jiménez, cuya firma fué contrahecha en los dos vales que figuran en el proceso (fls. 1º y 40) y para el señor Eleázar Cuartas (fl. 42) dueño del chircal donde, sobre la base del vale del folio 40, se entregaron los adobes; y potencial para el mismo en lo que se refiere al vale del folio 1º, que dio lugar al descubrimiento a los hechos investigados, el cual se trató de hacer efectivo en otro chircal de propiedad del citado Cuartas".

"Es bueno observar —agrega la Procuraduría que los actos tendientes al engaño son relativos a la subjetividad del engañado, es decir que aquello que no alcanza a producirlo en una persona ilustrada, vivaz o práctica, sí puede efectuarlo en una persona ignorante, sencilla o desprevenida, sin que sea torpe o estúpida.

"En el presente caso los vales estaban destinados a ser presentados a los encargados de despachar o entregar los materiales fabricados en unos chircales, es decir, en unas empresas rudimentarias y ordinarias, a los empleados inferiores de las mismas y por una persona, que lo era Londoño Jiménez compañero asiduo de Ortega Rúa, conocido éste como sujeto vinculado al presunto signatario de los vales, esto es, como trabajador dependiente de José J. Jiménez".

La Corte considera:

Con base en la causal primera del artículo 567 del C. de P. P. el recurrente formula tres cargos a la sentencia que la Corte estudia separadamente.

PRIMER CARGO: Puede sintetizarse así: en los casos previstos en el artículo 231 del C. P. no está comprendido el hecho de confeccionar en todo o en parte un documento falso, que fué el ejecutado por Londoño y Ortega. Y no estando previsto como delito tal hecho, tiene aplicación el artículo 1º del C. P. conforme al cual "nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió".

El libelo dice al respecto:

El hecho de confeccionar en todo o en parte un documento privado es diferente a las distintas circunstancias anotadas y especificadas taxativamente por el artículo 231 del Código Penal. También he de anotar que en el actual Código Penal, en su artículo 231 se suprimió el numeral primero que decía: "los confeccione falsos en todo o en parte".

"Las consecuencias jurídicas de este último hecho que he anotado son claras: no está consagrado como delito en nuestro estatuto punitivo el hecho de confeccionar en todo o en parte un documento privado. Y no lo está porque cuando se promungó la ley 95 de 1936, esta disposición no quedó incluída dentro de su articulado. Sacar una conclusión diferente sería tan grave y tan lesivo a los intereses de la sociedad y la justicia que equivaldría ni más ni menos que a violar o infringir la Constitución Nacional en su Título III, artículo 26 y el Código Penal en su artículo 1º.

"Consagra la anterior disposición el principio universal del nullum crimen sine lege, en otras palabras que no puede haber delito sin una disposición de la ley positiva que erija como delito determinado hecho. No olvidar que las leyes penales son de interpretación restrictiva, que en ellas no cabe el medio de analogía, pues si así ocurriera se abriría la puerta a la interpretación subjetiva de los falladores y la sociedad no tendría apoyo, amparo para reclamar sus derechos frente a la ley.

"Fué pues la sentencia que vengo acusando violatoria de la ley penal porque dejó de aplicar el artículo 1º de nuestro estatuto punitivo, en ella se quebrantaron principios universales de observancia en las normas jurídico-penales, se infringieron garantías constitucionales que amparan los derechos ciudadanos en la Nación".

Se contesta:

Como acontece en toda obra legislativa, en el proceso de la reforma del Código Penal que vino a concretarse en la ley 95 de 1936, se presentaron en las discusiones dentro de la Comisión encargada de su estudio, diversas modificaciones al proyecto inicial, algunas de las cuales fueron admitidas y otras rechazadas por el legislador al adoptar en forma definitiva el estatuto.

Fué así como al discutir el artículo 21 del proyecto, que hoy corresponde al 231 del Código, referente a los hechos constitutivos del delito de falsedad en documentos, la Comisión introdujo como nuevo un ordinal para 1º del artículo, en los siguientes términos: "los confeccione falsos en todo o en parte". El legislador no aceptó la modificación por hallarla superflua ya que el caso en ella contemplado quedaba comprendido dentro del numeral 1º del proyecto inicial que decía: "Contrahaga o finja letra, firma o rúbrica".

La razón es obvia: aunque dentro del significado lato del vocablo "documento" queda comprendido cualquier objeto que sirva para ilustrar o comprobar algo, jurídicamente, y en lo que atañe al fenómeno de la falsedad documentaria, el sentido en que lo emplea la ley es en el de escrito destinado a probar un hecho generador, modificador o extintivo de un derecho o de una relación jurídica o que contiene simplemente declaraciones de voluntad.

Los expositores de derecho penal al definir lo que es un documento para los efectos de la falsedad, concuerdan en que él requiere la forma escrita.

Manzini dice:

"En sentido propio, documento es todo escrito, fijado en forma transmisible, debido a un autor determinado, que contiene manifestaciones, declaraciones de voluntad o atestaciones de verdad aptas para fundar una prestación jurídica o probar un hecho jurídicamente relevante de una relación procesal o de otro carácter".

Sebastián Soler expone:

"Documento es una atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación jurídica. Este concepto, desde luego, es mucho más restrictivo que el concepto general e histórico de documento, con el cual tiene de común, sinembargo, la característica fundamental de ser **vox mortua**, por oposición a la **vox viva** del testimonio. Ese carácter de fijeza inerte, materializada, conclusa y autónoma, es precisamente lo que acuerda tanta importancia al documento dentro de la vida jurídica, pues en él arraiga la capacidad específica de servir como prueba objetiva de hechos y relaciones jurídicas" (Derecho Penal Argentino, Tomo V, pág. 354).

Ahora bien: escritura o escrito es la representación de las ideas por medio de signos y éstos, en cuanto se utilizan para representar los sonidos y articulaciones de un idioma, se denominan letras; de modo que el escrito o documento que expresa las manifestaciones de voluntad, está formado de letras. Contrahacer, imitar las letras que constituyen el texto del documento, es confeccionarlo falso y lo será en todo o en parte según la extensión parcial o total de los signos contrahechos.

El ordinal 1º del artículo 231 tal como quedó redactado en el Código, comprende, pues, tanto la firma y la rúbrica como las letras con que se confecciona el documento, y por tanto era redundante y superflua la modificación propuesta por la Comisión. Su rechazo por el legislador, no significa que quedara excluída del precepto la

forma de falsedad que se tuvo en mientes al proponer el ordinal 1º del artículo 21 del proyecto que adoptó la Comisión. No. El legislador prescindió de tal fórmula porque la halló innecesaria, esto es, que sin la susodicha modificación, el artículo 21 (hoy 231 del Código Penal) comprende también la confección falsa en todo o en parte del documento, mediante la imitación de las letras que lo constituyen.

En tales condiciones, el Tribunal interpretó y aplicó debidamente los artículos 231 y 240 del Código Penal.

SEGUNDO CARGO: El recurrente lo formula así:

"Dice el experto grafólogo que los vales fueron falsificados con imitación servil por Manuel Antonio Londoño Jiménez a fin de suplantar la firma del ofendido José J. Jiménez. El problema que se plantea es del siguiente tenor: saber si esa imitación burda o servil es suficiente, tiene capacidad intrínseca y extrínseca para producir el efecto de suplantar la firma o el nombre del ofendido José J. Jiménez.

"Y desde el punto de vista jurídico, para que la falsedad pueda ser idónea en su fin de mutar la verdad se necesita que los medios empleados lleven por un ordenamiento lógico a conseguir el fin delictuoso que se persigue, pues si ellos son inadecuados para producir el engaño que es elemento esencial al delito de falsedad, entonces se presenta la impunibilidad, por ser imposible el resultado delictuoso o peligroso que se persigue".

Como lo anota acertadamente el Procurador 2º Delegado en lo Penal, este cargo ataca la apreciación que hizo el Tribunal de la prueba pericial grafológica, materia que se relaciona con la causal 2ª de casación, que no fué invocada.

Pero además, por si se alega la posible influencia que pueda tener la errónea apreciación de pruebas en la aplicación indebida de la ley, caben estas observaciones.

Es verdad que el documento contrahecho debe acercarse al modelo en forma que sea difícil distinguirlos; el acto del falsario debe tener aptitud e idoneidad para alcanzar a producir el engaño generador del perjuicio. Si no hay imitación de la verdad en forma capaz de originar el juicio erróneo, no sobreviene el daño y no se configura el delito de falsedad. Pero la eficacia de la mutación para causar el engaño, se relaciona tanto con el elemento subjetivo como con el objetivo; por una parte ha de tomarse en cuenta el sujeto a quien el documento mutado tiende a engañar sus condiciones y capacidades para advertir la alteración de la verdad, y por otra, la objetividad del modelo que se imita por el falsario, pues si éste ofrece una forma ordinaria y fácil, entonces en su imitación no habrán de emplearse dotes especiales de habilidad y destreza. Es lo que ocurre en el caso de autos en que los vales legítimos que acostumbraba a usar Jiménez en el desarrollo de sus negocios, presentan una forma simple y lacónica; sólo constan de cinco palabras escritas sin complicaciones caligráficas, de suerte que la imitación podía realizarse fácilmente, como se realizó, aún con carencia de toda habilidad caligráfica, no obstante las diferencias temperamentales y habituales en la grafística de los autores de los escritos.

Por lo que hace al elemento subjetivo, los vales estaban destinados para presentarlos a obreros de un chircal, gentes ignorantes, de muy bajo nivel intelectual.

La aptitud y eficacia de los dos vales falsos para procurar el fin perseguido por los reos, quedó comprobado con la aceptación que de ellos hicieron los obreros de Eleázar Cuartas, quienes entregaron en ambas ocasiones los 250 adobes a que cada vale correspondía, de suerte que sin la coincidencia de la llamada telefónica hecha por Jiménez, la falsedad no hubiera sido advertida en la segunda vez, como no lo fué en la primera.

TERCER CARGO: Para sustentarlo el recurrente cita el siguiente aparte de la sentencia proferida por la Corte el 5 de agosto de 1949:

"En el caso **sub-judice**, en el primer delito se falsificó una carta para obtener la chequera, y posteriormente el cheque para hacerse pagar por este medio una suma de dinero ($ 1.000.00). Aparentemente puede pensarse que hubo una violación repetida no de una misma norma penal, sino de diversas, comprendidas dentro del mismo Título pero la falsificación de las cartas —se repite— sin la actualización del perjuicio real posible, no constituye falsedad en documentos privados sino el medio preparatorio para la realización de la falsedad en instrumentos negociables".

Con fundamento en tales consideraciones de la Corte, sostiene el apoderado de Ortega:

"Por qué no pensar, por qué no hallar con un poco de lógica y sindéresis una similitud grande en los hechos anotados en el caso de autos? Qué fué lo que hizo Manuel Antonio Londoño Jiménez al imitar servilmente la firma del ofendidido Jiménez, sino crearse un medio para el acto final, el de la apropiación indebida de los adobes?

"Y si hasta el momento en que ese vale fué confeccionado por Londoño Jiménez aún no se había perfeccionado el de falsedad en documentos privados y sólo existía un medio preparatorio para el fin que se buscaba, la apropiación indebida de los 250 adobes, por qué no pensar, lo repito, que ese acto fué parte del iter criminis recorrido por los reos para cometer otro delito diferente, por ejemplo, el de estafa en su forma imperfecta?"

Se replica:

La doctrina y la jurisprudencia han precisado los elementos que de acuerdo con el artículo 231 del Código Penal configuran el delito de falsedad en documentos privados: ofensa a la verdad mediante la mutación que conduce al juicio equivocado, intención criminosa o sea el dolo específico y perjuicio a terceros material o moral o propósito de causarlo, esto es, que el daño puede ser actual o potencial. Para que estos presupuestos se cumplan, resulta exigible, además, que el acto del falsario tenga aptitud para alcanzar el fin perseguido.

En el caso de autos, Manuel Antonio Londoño y José Ignacio Ortega consumaron la falsedad contrahaciendo, imitando en coautoría la letra de Jaime Acosta y la firma de José J. Jiménez en los dos vales de que trata el proceso y en los cuales existe la "atinencia a la vida jurídica", de que habla Pessina, porque estaban destinados a crear relación civil de deber, contraria a la verdad jurídica que es lo que en tales casos protege la ley.

La intención con que ejecutaron el acto fué el de obtener por tal medio la entrega de 250 adobes con cada vale, en forma ilegítima, atentando contra derecho ajeno. El fin perseguido por los falsarios fué el de obtener la entrega de los adobes en los chircales sin pagar su valor, infringiendo daño patrimonial al dueño del chircal si Jiménez desconocía la autenticidad de los vales o a éste si en virtud del engaño pagaba su precio.

El propósito de lucro fué manifiesto y los reos lo confiesan cuando informan que el producido de los adobes del primer vale, se lo repartieron entre los dos y que en la misma forma habían convenido distribuírse el valor de los del segundo.

El empleo del documento con el fin de engañar que es lo que actualiza el daño real o hipotético, se cumplió por los reos, quienes entregaron los vales a los despachadores de los dos chircales de Eleázar Cuartas, habiendo agotado el propósito y alcanzado el engaño en ambos casos, lo que demuestra la aptitud del documento falso para alcanzar su fin.

En síntesis, los procesados recorrieron en su totalidad la vía delictiva hasta agotar subjetiva y objetivamente todos los elementos que estructuran el delito de falsedad en documentos privados.

Con respecto a la tesis sostenida por el recurrente de que la falsificación de los vales constituyó apenas un medio preparatorio para la consumación de otro delito que pudo ser el de estafa, se observa:

Sabido es que tratándose de documentos públicos, la falsedad y el uso del documento, constituyen actos jurídicamente distintos que configuran por sí delitos diversos que concurren materialmente: el de falsedad que ofende la fé pública como derecho universal que es, ya que todos los asociados tienen interés en que se acaten y respeten las garantías de autenticidad con que son protegidos los documentos públicos, y que se consuma en el acto mismo en que se altera o se confecciona el documento mentiroso, porque es en ese instante cuando se quebrantan las normas con que el Estado tutela la fé debida a tales documentos, y el de estafa que hiere el interés particular y que se consuma cuando se utiliza el documento falso que entonces es un medio para realizar el segundo delito.

No ocurre lo mismo tratándose de la falsedad privada porque siendo el perjuicio a terceros uno de los elementos constitutivos del delito y siendo el uso del documento lo que actualiza el perjuicio, no es dable sostener que el acto de usar el documento, sea un hecho separable del delito mismo.

Es ésta la razón que explica por qué el artículo 242 referente a la falsedad de documentos privados considera como una simple circunstancia agravante el uso del documento hecho por el propio falsario. En este caso la contrafacción y el uso concurren como elementos sustanciales del mismo delito.

De acuerdo con los principios expuestos, resulta inadmisible la pretensión del recurrente al sostener que en la falsedad privada el uso del documento hecho por el falsario constituye delito de estafa y que la confección del documento puede calificarse como simple acto preparatorio de aquél.

El evento contemplado en la sentencia de la Corte que cita el recurrente, no guarda analogía con el que aquí se estudia. El aparte transcrito por él, en forma fragmentaria y dislocada que lo desfigura, se refiere a la falsificación de una carta para solicitar una chequera, acto en el cual la Corte no halló el elemento "perjuicio a

terceros" y por tanto, se negó a calificarlo como delito de falsedad en documentos privados, estimándolo simplemente como acto preparatorio de los delitos que sí halló consumados: el de falsedad en documentos públicos y el de estafa.

Dijo entonces la Corte:

"La falsedad en un documento privado si no se actualiza por el perjuicio real o posible a terceros no constituye propiamente delito y cuando ella sirve de medio preparatorio para cometer una falsedad en documento público, ese acto o ese hecho equívoco, no configura un delito independiente, ni jurídicamente determina la existencia de una infracción autónoma porque, en ese caso, falta el perjuicio que es uno de los elementos indispensables para su estructuración; entonces, ese hecho preparatorio por ser equívoco sirve de medio para configurar la falsedad en documentos públicos o instrumentos negociables, pero no, para establecer el fenómeno del delito continuado; ora, por no existir violación de una misma disposición de la ley penal, ya también, porque el hecho por carencia de perjuicio real o hipotético no constituye, propiamente, infracción penal... Pero la falsedad en el documento público y el uso posterior que de él se hizo, en perjuicio de terceros, no implica la negación del concurso de delitos falsedad y estafa; porque en tratándose de instrumentos negociables —cheques— asimilados por la ley, para efectos de la sanción, a documentos públicos, la estafa constituye una infracción independiente de la falsedad en documentos públicos. Sólo cuando la falsedad se consuma en documentos privados, el uso posterior de dicho instrumento se confunde con la falsedad; es decir, existe un sólo delito, por expresa determinación de la ley (artículo 242 del Código Penal)."

Como se ve, en el caso contemplado entonces por la Corte, aparte del USO del cheque falso, acto que configuró un delito de estafa, hubo otros dos actos independientes y separables: la falsificación de la carta en que se solicitaba una chequera y la falsificación del cheque. El segundo, de por sí, tipificó el delito de falsedad en documentos públicos, del cual no formó parte, por no constituír ningún elemento esencial en su estructuración, la falsificación de la carta. En tales circunstancias, la contrafacción de ésta, fué un acto extraño y separable del que constituyó la falsedad pública, y como tampoco alcanzó a configurar delito de falsedad privada por no entrañar perjuicio a terceros, pudo calificarse como acto simplemente preparatorio.

No ocurre lo mismo con los vales de que trata el caso de autos, porque su confección no es separable del delito cometido que fue el de falsedad en documentos privados; al contrario, constituye elemento esencial para su consumación y entonces no puede ser acto simplemente preparatorio. Tampoco puede hablarse de los vales como acto preparatorio del delito de estafa, porque como ya se observó doctrinariamente, tratándose de documento privado falso, el uso de él, ejecutado por el mismo falsario, determina, por mandato expreso de la ley (artículo 242 del Código Penal) una circunstancia agravante de la falsedad misma; no un delito distinto e independiente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

Primero. — Declárase DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Manuel Antonio Londoño Jiménez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 22 de junio de 1955. Condénase en costas a la parte recurrente.

Segundo. — No se INVALIDA la misma sentencia que fué materia del recurso de casación propuesto por el procesado José Ignacio Ortega Rúa, quien fué condenado a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente a favor del Tesoro Nacional, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago —en abstracto— de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, como agente responsable del delito de falsedad en documentos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario.

NO HAY IMPEDIMENTO EN LOS FISCALES CUANDO ESTOS SE LIMITAN A DECLARAR EN JUICIO QUE SE HA CUMPLIDO EL FENOMENO PRESCRIPTIVO DE LA ACCION POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO

Cuando los señores Fiscales se limitan a declarar en las diligencias sumarias que se ha cumplido el fenómeno prescriptivo de la acción por el transcurso del tiempo, no entran en el fondo de ninguna de las cuestiones sustanciales que en ellas se elucidan o debaten comprometiendo en alguna forma los derechos del reo o los intereses de la sociedad lesionada con el delito. En estas condiciones no puede decirse que manifiesten opinión sobre el asunto materia del juicio, como sí ocurre, por ejemplo, cuando se solicita por el agente del Ministerio Público que se sobresea en favor de un sindicado o que se le abra causa criminal, momentos estos del ejercicio funcional en que sí se le aplica a una determinada situación humana el propio criterio para decir el derecho, con la consecuencia de vincular a las resultas del respectivo proceso la responsabilidad ética del funcionario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal. Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Una vez cerrada la investigación en el sumario en averiguación de los responsables del robo efectuado en casa de Gonzalo Balanta Lasso el 25 de noviembre de 1944, el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cali, doctor Mario Suárez Paz, emitió concepto en los siguientes términos: "... no hay detalle o indicio alguno que haga presumir responsabilidad delictiva a cualquier persona, pero tampoco se puede decir que debe darse aplicación al art. 153 del C. de P. Penal, por cuanto que sí se ha constatado (sic) que hubo un delito de robo, según la diligencia de inspección ocular. Mas, como ordenar una nueva comisión sería inoperante, la Fiscalía opta por solicitar del señor Juez que en el presente caso dé aplicación al artículo 105 del C. Penal, porque el tiempo que ha transcurrido a esta parte es superior a nueve años, caso en el cual es más factible la prescripción". (Fl. 11, cuaderno 1º).

A su vez, en providencia de 18 de diciembre de 1956, el Juzgado decretó la cesación de procedimiento diciendo: "Hasta la fecha no ha sido posible identificar al autor o autores del reato en cuestión. Y como los hechos ocurrieron al finalizar el mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y el delito porque se procede está reprimido por el artículo 402 del C. Penal con pena de uno a ocho años de prisión, han transcurrido, a la fecha, más de doce años, tiempo éste que resulta corrido en exceso en relación con la disposición infracitada, de donde se colige que se ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, fuerza es agotar la instancia con la aplicación del artículo 153 del C. de P. Penal" (fl. 12 ibidem).

Al subir el negocio al Tribunal en consulta de lo resuelto, el señor Fiscal de esa Corporación doctor Suárez Paz —la misma persona que como Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cali había emitido en la primera instancia el concepto transcrito antes en parte— se manifestó impedido con fundamento en la causal 4ª **in fine** del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, impedimento que el Tribunal declaró infundado ordenando el envío de los autos a la Corte para lo de su cargo.

Se considera:

El Tribunal se fundó, para rechazar la causal invocada, en que ella solamente hace referencia a aquellos problemas fundamentales que dicen relación a la imputabilidad o responsabilidad del procesado, "pero no para aquellas providencias en que la opinión del funcionario, Juez o Magistrado, no juegan un papel preponderante dentro de la solución definitiva de los acusados frente a la ley", caso que no es el contemplado, pues aquí se trata simplemente de verificar "si realmente ha transcurrido el lapso necesario para dar cabida en autos al aludido fenómeno enervatorio de la acción".

Efectivamente, el doctor Suárez Paz no entró en el fondo de ninguna de las cuestiones sustanciales que en los procesos se elucidan o debaten comprometiendo en alguna forma los derechos del reo o los intereses de la sociedad lesionada con el delito. Simplemente se limitó a declarar que en las referidas diligencias se había cumplido el fenómeno prescriptivo de la acción por el transcurso del tiempo; y en esas condiciones no puede decirse que hubiera manifestado opinión sobre el asunto materia del juicio, como sí ocurre, por ejemplo, cuando se solicita por el Agente del Ministerio Público que se sobresea en favor de un sindicado o que se le abra causa criminal, momentos estos del ejercicio funcional en que sí se le aplica a una determinada situación humana el propio criterio para decir el derecho, con la consecuencia de vincular a las resultas del respectivo proceso la responsabilidad ética del funcionario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA que el doctor Mario Suárez Paz, Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, no se halla impedido para conocer del presente negocio.

Cópiese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro.— Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA EFECTOS DEL FUERO, EL NOMBRAMIENTO NO SE PRESUME Y DEBE PROBARSE PLENAMENTE CON LA COPIA DEL DOCUMENTO RESPECTIVO. — PROBADO DICHO NOMBRAMIENTO, SE PRESUME DE DERECHO EL EJERCICIO DEL CARGO. — LA POSESION PUEDE PROBARSE POR CUALQUIER MEDIO LEGAL. — ELEMENTOS DEL DELITO DE PREVARICATO. — EN EL ELEMENTO INTENCIONAL, DEBE ESTAR DEMOSTRADA LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL ESTADO ANIMICO Y LA PROVIDENCIA DICTADA

1.—En varias ocasiones esta Corporación ha sostenido que el hecho de sustraer el juzgamiento de determinada persona a las normas que rigen para el resto, no se debe a consideración a aquélla en sí misma, sino por fuerza del cargo desempeñado; que su nombramiento no está sujeto a presunciones de ninguna clase; que, por tanto, debe probarse plenamente, y que la prueba atinente es la copia del documento en que conste tal nombramiento y no otra alguna. También se ha dicho que es diverso este punto de aquel otro que se refiere a la posesión y al ejercicio del cargo; éste se presume de derecho; la posesión puede probarse por cualquier medio y aún presumirse, con base en dicho ejercicio, probado el nombramiento, vale decir, el nombramiento debe probarse con su medio propio; el ejercicio del cargo, probado aquel nombramiento, se presume de derecho; la posesión no requiere prueba especial. De tal suerte que basta la prueba de la designación, sin que la copia de posesión erradamente traída influya para no reconocer el fuero. Por esto, la Sala afirma que es competente para decidir en única instancia, sin que sea necesario previamente solicitar copia de la verdadera acta.

2.—Para que se configure el delito de prevaricato, en general debe reunir los siguientes elementos: a) Que el agente haya cometido la infracción con motivo o por razón del desempeño de funciones públicas que le correspondan, lo que presupone la calidad de funcionario público en aquél agente; b) Que éste dicte sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, expresa o manifiestamente injustos, a sabiendas de que, con la violación deliberada de norma legal, comete injusticia; y c) Que estas decisiones se hayan tomado por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. La incorrección jurídica de las resoluciones de un Magistrado no es suficiente para hacer presumir este elemento, porque es esencial, para que se configure el delito, la demostración plena de que el funcionario obró a sabiendas, en primer término, de que su providencia es contraria a la ley, y luego de que comete con ella injusticia palmaria, o sea, que debe demostrarse a cabalidad la existencia de este elemento intencional en su doble aspecto de violación de la ley y de violación de la justicia; ha de probarse, pues, o que el funcionario resolvió arbitrariamente, haciendo caso omiso de la ley, o que la aplicó en sentido opuesto a ella misma por modo notorio, para inferir daño a los derechos de las personas o a la seguridad social.

Para que tome cuerpo el último elemento, es indispensable probar, en primer término, la existencia de simpatía o animadversión, y luego que este estado de ánimo influyó en las decisiones del funcionario; es menester probar la relación de causalidad entre aquel estado anímico y el resultado de la actividad del funcionario, concretado en la providencia que él dicte, porque bien puede suceder que, a pesar de aquella simpatía o animadversión, el criterio no se haya torcido, ya por una recia formación moral, ya por otras causas que influyan para que no se tuerza el juicio, porque lo que constituye el ilícito, por este respecto, es precisamente el que se decida, no con rectitud, sino por malevolencia hacia unos o benevolencia hacia otros, es decir, por el ánimo torcido engendrado por aquellos sentimientos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Agotada la tramitación legal, sin que se observe nulidad declarable de oficio, y mediando concepto favorable del Ministerio Público, debe decidirse en estas diligencias seguidas contra el doctor Jorge Córdoba, a quien se denunció, en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por Julio Ortega B., como autor de algún ilícito de abuso de autoridad.

Dice el denunciante que, con ocasión de tramitarse en el Tribunal aludido el juicio sucesorio de Aquilino Ortega, aquella entidad, por medio del Magistrado doctor Córdoba, en Sala Unitaria, "revocó de modo injusto y arbitrario" la determinación del inferior en lo tocante al secuestro de inmueble ubicado en jurisdicción municipal de Ipiales, con lo que se quitó la tenencia de aquel inmueble a Manuel Rojas, que tenía título emanado del denunciante, quien, además, hace diversas consideraciones jurídicas sobre su derecho en las fincas materia de secuestro en el mentado juicio de sucesión.

De las piezas de este proceso se sabe que en el Juzgado del Circuito Civil de Ipiales cursaba, para la época de los hechos y desde dilatados tiempos atrás, el juicio de sucesión intestada de Aquilino Ortega B., hermano legítimo del denunciante Julio Ortega B., en cuyo juicio este último se había hecho parte como heredero, como cesionario y aún como directo interesado como dueño de algunos de los bienes afectados en la actuación. La hermana legítima del causante era también parte en la mortuoria, y su apoderado, en uso de facultades legales, solicitó el depósito de bienes inventariados que además de los muebles, precisa como consistentes "en una casa ubicada en esta ciudad en la plaza 20 de Julio y los fundos 'El Salado' y 'San José', ubicados en el corregimiento de La Victoria de este Municipio". El correspondiente depósito fue ordenado por el Juez del Circuito Civil el 10 de septiembre de 1952; Julio Ortega B. no se conformó con esta providencia, por lo cual su apoderado apeló de ella. Aquél consideraba lesivo de sus intereses el depósito porque, en parte del terreno que ocupaba la casa en el perímetro urbano de Ipiales, había edificado a sus expensas, y se había subrogado en unos derechos sobre ella por pago de anticresis que gravaba el predio, además de haber adquirido los derechos hereditarios que sobre ella tenían Segundo, Benjamín y Dolores, hermanos del causante y del denunciante. Alegaba éste por modo igual que, aunque el terreno de "El Salado" se había incluído en el inventario, con todo, por ser baldío, le había sido legalmente adjudicado, y creía tener otros derechos tanto por haber hecho diversas mejoras como a virtud de pago de anticresis que gravaba esta finca, con la consiguiente subrogación. En cuanto al predio de "San José", consideraba que tenía derechos a título de colono-cultivador y poseedor en común con otras personas. Pero tanto los anteriores bienes, como otros, Julio Ortega B. los había vendido a Manuel Rojas R., venta que fue rescindida posteriormente.

Los días 11 y 12 de agosto de 1953 se efectuó el depósito de los predios "San José" y "El Salado". De lo resuelto respecto de la primera finca, apeló el apoderado de Julio Ortega B.; el apoderado de la señora Ortega de Burgos apeló, a su turno, de lo que se decidió sobre "El Salado". Las resoluciones fueron, pues, diferentes, y cada parte que no se sintió favorecida recurrió. El 11 de septiembre del mismo año, se practicó la respectiva diligencia en lo tocante a la casa situada en el área urbana de Ipiales; aquí también apeló el apoderado de la señora Ortega de Burgos, porque la decisión favoreció a Julio Ortega B.

Concedidos los recursos, tocó decidirlos al doctor Córdoba, por haber conocido ya del mismo negocio, y fue así como falló el 12 de febrero de 1954. El Magistrado estudia precisamente la situación creada en cada una de las diligencias de depósito, sus antecedentes y las circunstancias en que se verificaron, para ver los derechos que cada uno de los interesados puede tener y los fundamentos legales de las decisiones del juez, y halló que Manuel Rojas B., respecto de "El Salado", no había acreditado con las pruebas del caso su carácter de poseedor; también halló que Julio Ortega B. no había probado suficientemente su carácter para que le favoreciera el depósito de la casa de Ipiales; consideró, además, en este último caso, que no eran pertinentes las disposiciones del secuestro preventivo entonces aplicadas por cuanto se trataba de uno de carácter definitivo. El Magistrado no señaló persona determinada como secuestre en las diligencias que, como consecuencia de las revocatorias, habían de practicarse nuevamente; ordenó en abstracto, en cada caso, el que tal nombramiento lo verificase el Juzgado; por consiguiente, como lo anota el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no puede deducirse responsabilidad al doctor Córdoba por lo que

el Juez resolviera en las diligencias de 16 y 18 de junio de 1954, efecto de la revocatoria.

Así, pues, en lo que toca con las resoluciones tomadas por el doctor Córdoba, materia de este informativo, no se demostró que hubiese obrado ni por simpatía o animadversión hacia unos interesados en el juicio de sucesión de Aquilino Ortega B., ni que lo hubiese hecho en abierta contraposición con la ley, ni, por ende, con la justicia. Porque no cristalizó en prueba alguna el cargo consistente en haber decidido el doctor Córdoba por animadversión contra el denunciante, que no pertenecía al mismo círculo político de aquél, y del que sí formaba parte el sobrino del mismo denunciante, hijo de su cuñada, poderdante ésta del abogado que apeló de las determinaciones contrarias a aquélla, así como tampoco tomó cuerpo aquel otro cargo de que se vulneraron manifiestamente los derechos del denunciante "por obra de un abuso de parte del funcionario que desató las apelaciones".

Por lo demás, el carácter de Magistrado, que por la época de los hechos tenía el doctor Córdoba, recibió comprobación mediante copia del acuerdo de nombramiento emanado de esta corporación y el correspondiente certificado de ejercicio del cargo, aunque erradamente se hubiese traído a los autos copia de acta de posesión para plaza en sala y tiempo diverso de los que tratan los autos.

Para mejor decidir, conviene hacer algunas anotaciones sobre competencia de la Corte, dado que, de los documentos comúnmente utilizados para demostrar el fuero de un procesado y, de consiguiente, aquella competencia, falta uno: el acta de posesión.

En varias ocasiones esta corporación ha sostenido que el hecho de sustraer el juzgamiento de determinada persona a las normas que rigen para el resto, no se debe a consideración a aquélla en sí misma, sino por fuerza del cargo desempeñado; que su nombramiento no está sujeto a presunciones de ninguna clase; que, por tanto, debe probarse plenamente, y que la prueba atinente es la copia del documento en que conste tal nombramiento y no otra alguna. También se ha dicho que es diverso este punto de aquel otro que se refiere a la posesión y al ejercicio del cargo; éste se presume de derecho; la posesión puede probarse por cualquier medio y aún presumirse, con base en dicho ejercicio, probado el nombramiento, vale decir, el nombramiento debe probarse con su medio propio; el ejercicio del cargo, probado aquel nombramiento, se presume de derecho; la posesión no requiere prueba especial. De tal suerte que, para el caso de autos, bastaba la prueba de la designación, sin que la copia de posesión erradamente traída influya para no reconocer el fuero. Por esto, la Sala afirma que es competente para decidir en única instancia, sin que sea necesario previamente solicitar copia de la verdadera acta, es decir, que está de acuerdo con su colaborador, quien manifiesta: "La personería o carácter de funcionario público favorecido con fuero especial que concurre en el acusado, puede considerarse aceptablemente comprobada con la documentación aludida de acuerdo con lo que dispone el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil; y por tanto no hay necesidad de solicitar la verdadera y correspondiente acta de posesión, pues ésta puede presumirse".

Con la base anterior, pasan a hacerse las consideraciones necesarias al logro del fin propuesto, vale decir, el de ver si es de imperativa aplicación el artículo 153 del C. P. P., por no aparecer que los hechos imputados existieran, tal como lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Puede afirmarse que el denunciante quiso, al referirse al delito de prevaricato, hacer encajar la situación del doctor Córdoba dentro de los términos del artículo 168 del C. P., porque no se trata, en ningún caso, de que aquél hubiese asesorado o patrocinado a personas que ante él litigasen o gestionasen. Ahora bien, para que se configure el delito de prevaricato, en general debe reunir los siguientes elementos: a) Que el agente haya cometido la infracción con motivo o por razón del desempeño de funciones públicas que le correspondan, lo que presupone la calidad de funcionario público en aquel agente; b) Que éste dicte sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, expresa o manifiestamente injustos, a sabiendas de que, con la violación deliberada de norma legal, comete injusticia, y c) Que estas decisiones se haya tomado por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Probada la calidad que constituye el primero de los elementos sintetizados, ¿hubo resolución expresa o manifiestamente injusta por parte del doctor Córdoba? No, primeramente porque no hay indicio siquiera de que obrase **a sabiendas** de ilicitud, vale decir, que la intención dolosa exigida por la ley no tuvo la más remota comprobación. La alegada incorrección jurídica de las resoluciones del Magistrado no es suficiente para hacer presumir este elemento, porque es esencial, para que se configure el delito, la demostración plena de que el funcionario obró a sabiendas, en primer término, de que

su providencia es contraria a la ley, y luego de que comete con ella injusticia palmaria, o sea, que debe demostrarse a cabalidad la existencia de este elemento intencional en su doble aspecto de violación de la ley y de violación de la justicia; ha de probarse, pues, o que el funcionario resolvió arbitrariamente, haciendo caso omiso de la ley, o que la aplicó en sentido opuesto a ella misma por modo notorio, para inferir daño a los derechos de las personas o a la seguridad social.

Faltando el anterior elemento, sería baldío entrar a examinar el último, pero, para claridad de la exposición, debe advertirse que tampoco existió. Efectivamente, para que tome cuerpo este elemento, es indispensable probar, en primer término, la existencia de simpatía o animadversión, y luego que este estado de ánimo influyó en las decisiones del funcionario: es menester probar la relación de causalidad entre aquel estado anímico y el resultado de la actividad del funcionario, concretado en la providencia que él dicte, porque bien puede suceder que, a pesar de aquella simpatía o animadversión, el criterio no se haya torcido, ya por una recia formación moral, ya por otras causas que influyan para que no se tuerza el juicio, porque lo que constituye el ilícito, por este respecto, es precisamente el que se decida, no con rectitud, sino por malevolencia hacia unos o benevolencia hacia otros, es decir, por el ánimo torcido engendrado por aquellos sentimientos.

Así, pues, debe decretarse la solicitada cesación de procedimiento, por no haber existido los hechos imputados al doctor Córdoba. Este, no delinquió; caminos distintos de imputación de ilícitos penales inexistentes tenía el denunciante para, si era el caso, dejar sin efectos contrarios a sus intereses lo decidido por el Magistrado. "Es de anotar —escribe acertadamente la Procuraduría—, de una vez, que contra las providencias del señor Magistrado sustanciador doctor Córdoba habría procedido el recurso de "súplica" ante los demás Magistrados de la Sala, pero esto no se efectuó. Y es muy de tener en cuenta que no basta tener el derecho sino que es necesario saberlo pedir... También debe observarse que el doctor Julio Ortega B. tiene expeditos todos los caminos que la ley le concede para ante la sucesión de su hermano el señor Aquilino Ortega B. y ante los demás interesados en ella como herederos o causahabientes, y que le correspondan en su condición de heredero, de acreedor, de subrogatario, de tenedor o poseedor, de implantador de mejoras, de adjudicatario, de propietario, etc. Lo interesante es que sepa hacer valer las acciones del caso".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal, en armonía con el concepto fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que los hechos imputados al doctor Jorge Córdoba, y materia de este informativo, no han existido, y en consecuencia ORDENA la cesación de todo procedimiento contra aquél, por dicha razón.

Cópiese, notifíquese, archívese.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SI LA PROVIDENCIA QUE CALIFICA EL MERITO DEL SUMARIO CONTIENE UN LLAMAMIENTO A JUICIO Y UN SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, ESTE DEBE CONSULTARSE ANTES DE TRAMITAR LA CAUSA O JUICIO

El artículo 5º del Decreto 3347 de octubre 31 de 1950, al establecer que "en todo caso los autos de sobreseimiento definitivo serán consultados"; es decir, modificó el contenido y alcance del artículo 430 del C. de P. P., al establecer en forma expresa y obligatoria la consulta para los autos de sobreseimiento definitivo. En otros términos, ninguna providencia de esta naturaleza causa ejecutoria si no es consultada, sólo en firme el auto o providencia que resuelve la consulta se puede decir, jurídicamente, que el auto de sobreseimiento tiene el carácter de definitivo.

En el presente caso, el proceso se adelantó omitiendo el cumplimiento del artículo 5º del Decreto número 3347 de 1950, que ordena la consulta del sobreseimiento definitivo y como esta determinación hace parte integrante y esencial del auto de noviembre nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro, que también contiene el llamamiento a juicio, estima la Corte que el procedimiento no podía adelantarse ni culminar con sentencia, mientras no se surta la consulta del sobreseimiento definitivo, porque si éste es revocado y reemplazado por un llamamiento a juicio, es obvio que la causa tenga un solo procedimiento y la sentencia se pronuncie sobre todos y cada uno de los cargos contemplados en el auto de proceder. En esta forma se cumple el contenido del artículo 54 del C. de P. P. que determina que los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en providencia de treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó al doctor **Alfonso Villalobos Serpa** a la pena de treinta días de arresto como responsable de un delito de abuso de autoridad y ordenó suspender la ejecución de la pena por un período de dos años.

Auto de proceder

En providencia de nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Tribunal calificó el mérito del sumario y en su parte resolutiva dice:

"**Resuelve.**—Llamar a responder en juicio criminal al doctor Villalobos Serpa, natural de Bucaramanga y vecino de Ocaña, de treinta y cinco años de edad (en 1952), casado y abogado de profesión, como responsable —cuando ejercía el cargo de Juez 1º del Circuito Penal de Ocaña, el cual desempeñó desde el 1º de diciembre de 1950 hasta julio inclusive de 1952—, de uno de los ilícitos de que trata el Código Penal en su Libro II, Título III y Capítulo VI, el cual tiene este encabezamiento: 'De los abusos de autoridad y otras infracciones'.

"2º — Sobreseer definitivamente en favor del mismo doctor Alfonso Villalobos Serpa por los demás cargos de que fue denunciado y a los cuales se ha hecho mención en esta prrovidencia".

Ejecutoriado el auto de proceder y omitida la consulta del sobreseimiento definitivo, el proceso se adelantó hasta dictar la sentencia que hoy es materia de consulta.

Se considera:

El artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, establecía que cuando el auto de proceder no fuere apelado y los procesados siendo varios no fueren todos llamados a juicio, o cuando hubiere serios motivos sobre la existencia de otro u otros partícipes del delito que no han sido descu-

biertos, el funcionario debía sacar copia para la consulta del sobreseimiento o para continuar la investigación, sin suspender el juicio.

Esta disposición fue reformada por el artículo 5º del Decreto 3347 de octubre 31 de 1950, al establecer que "en todo caso los autos de sobreseimiento definitivo serán consultados"; es decir, modificó el contenido y alcance del artículo 430 del C. de P. P., al establecer en forma expresa y obligatoria la consulta para los autos de sobreseimiento definitivo. En otros términos, ninguna providencia de esta naturaleza causa ejecutoria si no es consultada; sólo en firme el auto o providencia que resuelve la consulta se puede decir jurídicamente que el auto de sobreseimiento tiene el carácter de definitivo.

Cuando los delitos son conexos se investigan y fallan en un mismo proceso, bien sea que haya pluralidad de hechos o de personas en calidad de autores o cooperadores, ora para no separar la continencia de la causa, bien para no producir fallos de diverso contenido que den lugar a penas diferentes, o ya también, para llegar a un solo objetivo la sanción regulada por el sistema de la acumulación jurídica.

En el presente caso, el proceso se adelantó omitiendo el cumplimiento del artículo 5º del Decreto número 3347 de 1950, que ordena la consulta del sobreseimiento definitivo y como esta determinación hace parte integrante y esencial del auto de noviembre nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro, que también contiene el llamamiento a juicio, estima la Corte que el procedimiento no podía adelantarse ni culminar con sentencia, mientras no se surta la consulta del sobreseimiento definitivo porque si éste es revocado y reemplazado por un llamamiento a juicio, es obvio que la causa tenga un solo procedimiento y la sentencia se pronuncie sobre todos y cada uno de los cargos contemplados en el auto de proceder. En esta forma se cumple el contenido del artículo 54 del C. de P. P. que determina que los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso.

La jurisdicción y competencia las confiere la ley para el examen de todos y cada uno de los hechos investigados, facultad que se ejerce por el juzgador dentro de un mismo proceso, pues no hay razón jurídica para resolver sobre el contenido de uno o más de los hechos investigados dejando por fuera los otros. Por otra parte, si la sentencia debe pronunciarse de acuerdo con los hechos que motivaron el llamamiento a juicio, ella no podría dictarse sin el lleno de una formalidad esencial cual es la de saber si el superior en este caso, la Corte, confirma el sobreseimiento definitivo o lo modifica con un llamamiento a juicio; mientras esto no se cumpla la Entidad carece de jurisdicción y competencia para revisar la providencia consultada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE DE REVISAR la providencia consultada.

Notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.



PENAS. — LESIONES PERSONALES. — CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LOS ARTICULOS 37 Y 363 DEL CODIGO PENAL

La Ley no exige, para que la sanción penal pueda aumentarse por razón de la hora en que se ejecutó el delito, la deliberación en el agente acerca del tiempo de la consumación, sino que éste le haya dificultado la defensa al agredido. En tratándose de lesiones personales, las circunstancias enumeradas en los artículos 37 y 363 del Código Penal no son modificadoras ni constitutivas de la infracción, sino agravantes de la pena, al revés de lo que sucede en el homicidio que toma la denominación de asesinato cuando concurre alguna de las previstas en la última disposición citada. El legislador, al reprimir con especial rigor los atentados cometidos en las personas vinculadas al reo con los lazos de la sangre, no hace distinciones basadas en la concurrencia de estados pasionales o emotivos capaces de extirpar sentimientos y deberes de solidaridad familiar que la ley natural gravó hondamente primero en la conciencia de los hombres y han sancionado después todas las legislaciones positivas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal. Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

El defensor de Abelardo Católico recurrió en casación contra la sentencia de dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual el Tribunal Superior de Tunja condenó a su patrocinado a la pena principal de cuatro años de presidio como coautor en el delito de lesiones personales de que fue víctima José del Carmen Católico.

Cumplida la tramitación legal pertinente, la Sala entra a calificar el mérito del recurso.

Hechos y actuación procesal

Aparece de autos que, a eso de las ocho de la noche del domingo diecisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, José del Carmen Católico y su esposa Leopoldina Castelblanco regresaron de la población de Siachoque a su casa de habitación, ubicada en el sitio de "Las Margaritas", vereda de Juruvita de esa jurisdicción municipal; que José del Carmen se dirigió a un predio adyacente cuya posesión le habían venido disputando su hermano Abelardo y los hijos de éste, con el ánimo de asegurar allí una pollina de su propiedad; que poco después Leopoldina oyó gritos reveladores de que su esposo era objeto de un atentado, y que al salir a cerciorarse de lo ocurrido encontró a José del Carmen tendido sobre el suelo, inmóvil o exánime como resultado de las catorce lesiones de que habla la pericia médica "causadas con instrumento cortante y punzante, cortante y contundente y simplemente contundente, que produjeron en José del Carmen Católico una incapacidad definitiva de veinte días con la consecuencia de una cicatriz en la comisura labial izquierda, **que constituye desfiguración facial permanente**; amputación de la segunda falange del dedo índice de la mano izquierda, **que constituye una deformidad física y perturbación funcional permanente**; dificultad en los movimientos de flexión de los dedos de la mano izquierda y del dedo medio de la mano derecha, **que constituye perturbación funcional permanente**" (3 a 4, 31, 50 y 57 cuaderno 1º y 10 cuaderno segundo).

Llamados a responder en juicio Abelardo Católico, sus dos hijos Agustín y José Nicodemus y Angélica Hernández de Católico ,esposa de Agustín, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja condenó a éste "en su condición de **autor** del delito de lesiones personales inferidas a José del Carmen Católico Ortega" y absolvió a los restantes, en fallo que el Tribunal revocó para condenar a Abelardo y Agustín como **coautores** y a José Nicodemus y Angélica como **cooperadores secundarios.**

La demanda

Se alega en el libelo la causal de casación consagrada en el ordinal 2º del artículo 567 del Estatuto Procesal, que en el presente caso se hace consistir "en haberse deducido responsabilidad penal en la sentencia para Abelardo Católico de un delito de lesiones que no perpetró, invalidando la sentencia de primer grado".

Los motivos que el apoderado del actor aduce son, en síntesis, los siguientes: que solamente Agustín Católico Cuervo confesó su intervención en los hechos investigados, y que como la confesión no perjudica o beneficia sino a quien la hace "esa prueba nada tiene que ver con Abelardo"; que las declaraciones de José Nicodemus Católico, Angélica Hernández de Católico y Ana Sixta Cuervo, esposa de Abelardo, inculpan a Agustín únicamente; que las de Leopoldina Castelblanco, esposa del lesionado, Víctor Medina y Teresa Pérez "constituyen testimonios de oídas, pruebas de palabras, y las palabras no pueden probar los hechos jamás"; que en un principio José del Carmen afirmó haber sido Agustín quien lo atacó con la hoz y el cuchillo y que fue sólo tres meses después cuando acusó a Abelardo de haber esgrimido contra él tales armas, desvirtuando totalmente su primera versión, actitud contradictoria del ofendido que explican satisfactoriamente la comisión del delito mismo y la vieja enemistad existente entre los dos hermanos por intereses económicos; y, por último, que al recurrente no podían computársele —como circunstancia de mayor peligrosidad— ni el parentesco con la víctima porque las consideraciones y deberes inherentes a esa relación familiar "habían muerto en la práctica", ni la hora de ejecución del delito porque "no consta la menor actividad intelectual para que el hecho se sucediera de noche, en forma antelada", ni la pluralidad de armas porque "se viola así el principio non bis in idem". Hubo, pues, errada interpretación y apreciación de los hechos por parte del Tribunal Superior de Tunja —concluye textualmente el doctor Alfonso Navarrete— "al generalizar para todos los sindicados, especialmente para mi defendido, cargos probados concurrieron exclusivamente para Agustín Católico, extendiéndoles o atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, basando en esto y en los hechos manifiestamente contradictorios la condena de Abelardo Católico al tenor del artículo 374 del C. P....".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado, para pedir el mantenimiento de la sentencia impugnada, sostiene que la confesión de Agustín Católico, en cuanto éste se declara responsable único del ilícito, se desvirtuó por otras pruebas que inequívocamente señalan a su padre como partícipe en el mismo; sobre el aserto de que Leopoldina Castelblanco de Católico se pronunció contradictoriamente sobre los hechos, observa que el dicho de la denunciante no es la prueba principal, ni siquiera una de las decisivas, para establecer la responsabilidad de Abelardo y los demás sentenciados; anota que los demás cargos referentes a la apreciación de la realidad procesal se afirman pero no se demuestran, y encuentra ineficaz el análisis que se hace en la demanda de la dosificación de la pena por el aspecto de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad que se tuvieron en cuenta al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala

Como el Tribunal sentenciador declara que los hechos se estudiaron minuciosamente en el auto procesatorio y por ello estimó que era redundante "entrar en su repetición para llegar a la conclusión de que la imputabilidad material y la imputabilidad penal están ampliamente establecidas para que el señor Juez hubiera podido dictar la sentencia que se revisa", es necesario examinar los elementos de convicción que le sirvieron de fundamentos a la providencia calificadora para determinar si, efectivamente, aquéllos fueron mal interpretados o apreciados en orden a la condenación del recurrente.

Lo que primero se advierte es que Abelardo Católico Cuervo no fue sentenciado propiamente con base en ninguna de las cinco pruebas denominadas directas (reconocimiento judicial, dictamen de peritos, confesión, atestación de testigos y prueba literal), sino en la llamada indirecta o indiciaria, derivada en el presente caso de los testimonios rendidos en el juicio. "Cuando los testigos deponen sobre la existencia de un hecho y éste es reconstruído combinando simplemente las declaraciones —enseña Dellepiane—, el medio de prueba es el testifical... Pero si las declaraciones se hubieran combinado para establecer un hecho accesorio, un hecho que no fuera el principal, el sub-judice, y del primero se hubiera llegado al se-

gundo por la vía deductiva, entonces el medio de prueba empleado sería el indiciario, a pesar de haberse necesitado recurrir a testigos para llegar al resultado que se buscaba".

Según lo estatuído en el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, el examen de los testigos se comenzará por aquellos a quienes se presuma sabedores del hecho, entre los que deben contarse el ofendido, las personas de su familia y aquellas que dieren denuncio de la infracción; y así fue como en estas diligencias se oyó a la denunciante Leopoldina Castelblanco de Católico y a su esposo José del Carmen, cuyos relatos coincidieron substancialmente entre sí y concordaron luego con los de Víctor Medina Yanquen y Teresa Pérez, quienes no solamente oyeron las palabras de amenaza proferidas contra José del Carmen por Abelardo, José Nicodemus, Agustín y Angélica Hernández de Cuervo, sino que sintieron los numerosos golpes recibidos por la víctima.

Intentando desvirtuar estos testimonios, el demandante los llama "de oídas" y agrega que son "pruebas de palabras"; pero debe aclararse que no se trata de testigos de referencia o que conocieran los hechos por relación de terceros. Tanto Víctor Medina como Teresa Pérez deponen sobre lo que escucharon de los mismos labios de los protagonistas, por percepciones directas. Sólo que las palabras no se ven sino que se oyen, y el ruido producido por el ataque, aunque la lesión de los agresores escapara a la vista de los declarantes, pudo llevar al conocimiento de éstos la identidad del objeto percibido auditivamente. Lo cierto es que las múltiples lesiones descritas en el experticio médico como inferidas a la víctima con diversidad de instrumentos (cortantes y punzantes, cortantes y contundentes y simplemente contundentes) sacan también verdadera la versión de Medina Yanquen cuando dice: "se oían los garrotazos y yo conocía las voces de todos... yo ví a artos (sic) que le estaban pegando..."; y la de Teresa Pérez cuando asevera: "sentí que hechó (sic) a totiar (sic) como cuando se está apaliando (sic) habas..." (fls. 13 v. y 14 y 11 del cuaderno 1º).

El motivo relacionado con la confesión de Agustín es aún más inconsistente. Dice él en la primera de sus indagatorias: "...Iba yo para la casa de mis padres cituada (sic) en la vereda de Jurubita, iba solo y cuando me vio pasar, como a una cuadra de distancia Carmelo Católico se me dirigió insultándome de hijueputa, yo le decía cálmese don Carmelo porque es pa (sic) bainas, entonces se siguió hasta el predio de mis padres en donde me cogió a garrote con un bordón de recatón y me pegó cuatro leñazos y me cayó (sic) al suelo y yo me paré y le quité el bordón y me fui para mi casa, él me siguió con un cuchillo, la señora de Carmelo le gritaba, no vaya -por allá porque es para bainas y fue y lo trajo para su casa y yo me costé (sic) y tranqué mi puerta...". No obstante los términos de este relato, Agustín manifestó no saber ni presumir quién había lesionado a José del Carmen, y fue en su segunda indagatoria donde se inculpó a sí mismo agregando: "...en estas circunstancias, yo me paré y le quité el bordón y estando así José del Carmen sacó un cuchillo con el cual pretendió tirarme, pero yo me huí y salí corriendo sin que lograra hacerme nada y entonces yo me regresé para mi casa. Llegando a la casa volvió y me alcanzó José del Carmen y entonces viendo que me iba a tirar con el cuchillo yo le pegué un garrotazo en la mano que llevaba el cuchillo, lo cual hice con el bordón que yo le había quitado; el cuchillo saltó a un lado y yo lo levanté y me fuí y traté de entrarme a mi casa, pero en esos momentos José del Carmen me agarró de la ruana, me metió un estrujón y con una navaja que sacó quiso tirarme, lo cual viendo yo, le tiré con el mismo cuchillo que le había quitado ya en defenza (sic) personal y en mi propia casa.... Yo no recuerdo cuántas veces le tiraría con la cólera.... Yo no llevaba arma ninguna, pues iba únicamente para la casa de mis padres, sin que José del Carmen me dejara llegar allí. Advierto que mis padres no tienen intervención en este asunto, pues yo sólo fuí el de la molestia con José del Carmen...".

Pero si la confesión en referencia no fue espontánea, tampoco pueden predicarse de ella la sinceridad y la verosimilitud. Porque Agustín vino a declararse culpable el 25 de febrero, es decir cuando su hermano José Nicodemus, su madre Ana Sixta y su padre Abelardo habían desplazado hacia él toda la imputabilidad del ilícito desde el 19 del mismo mes, y después de que ambos denunciantes (José del Carmen y su cónyuge), al igual que la testigo Teresa Pérez, lo habían señalado como coautor de las lesiones, lo que explica que en su segunda declaración instructiva —ante una realidad procesal que lo comprometía ineludiblemente— se dijera autor único de aquéllas aduciendo la justificación de la legítima defensa con el doble fin de esquivar la propia responsabilidad y de librar a sus allegados inmediatos de la que pudiera caberles; y porque no se conforma con el ordinario suceder de las cosas humanas que,

en la lucha desigual que el confesante describe, recibiera apenas cinco heridas leves el que se dice insistentemente perseguido (en este caso Agustín) mientras en el cuerpo del supuesto perseguidor (en este caso José del Carmen) los peritos reconocieron quince, producidas con arma cortante e instrumento corto-contundente, casi todas graves, siete de ellas indicadoras, por su número y ubicación en las manos y los brazos, del afán con que la víctima, desesperadamente, detenía los efectos mortales de la feroz acometida.

Si las declaraciones de José Nicodemus, Angélica Hernández de Católico y Ana Sixta Cuervo inculpan exclusivamente a Agustín, ello sólo significa el interés de éste por sustraer a sus parientes de la acción de la justicia; y la circunstancia de que José del Carmen manifestara en un principio que Abelardo le "dio de garrotazos" y expresara después que le "picó las manos con un cuchillo", no entraña contradicción sustancial en tratándose de un ataque realizado con diversidad de armas por un número plural de agresores, ni constituye indicio suficiente para descartar la responsabilidad del recurrente, demostrada en el proceso por otros elementos de prueba.

Replicado así el examen crítico que se hace en la demanda de las principales piezas incriminatorias del proceso, oportuno es recordar el indicio de que Abelardo, su hijo José Nicodemus y su nuera Angélica Hernández, esposa de Agustín, negaran su presencia en el lugar de los hechos al perpetrarse la agresión, cuando por otros medios probatorios se demostró aquélla; y el de que, en favor del primero, tratara de adulterarse la verdad de los mismos mediante el falso testimonio de Rita María López, quien se retractó de haber puesto en boca de Leopoldina Castelblanco una versión contraria a lo que efectivamente había sucedido, reconociendo que había dicho mentira en su primera declaración a instancias de Ana Sixta Cuervo de Católico.

Se dice, finalmente, que en la individualización de la pena el Tribunal les atribuyó un valor probatorio que no tienen a las circunstancias de mayor peligrosidad: falta de respeto a los vínculos familiares entre agresor y agredido; hora en que se ejecutó el delito; pluralidad de armas esgrimidas contra el ofendido; artificios de que se valieron los procesados para llevarlo al lugar que facilitara el designio criminoso y motivo de la agresión, consistente en la posesión o dominio de un pedazo de tierra.

Para sustentar la impugnación del fallo por este concepto, se asevera que "la circunstancia de mayor peligrosidad debe cargarse en quien concurra" y que "de autos aparece como único armado Agustín Católico y como único atacante"; pero ya se ha visto que la responsabilidad de Abelardo Católico, como coautor del ilícito, se comprobó plenamente. Y en cuanto a la facultad otorgada al fallador en el Capítulo IV, Libro 1º, Título 1º, del Estatuto Procesal, ha dicho la Corte que "La subjetividad casi incontrovertible de que disfruta el impartidor de la justicia penal para mover su entendimiento entre los bajos mínimos y los altos máximos de la sanción en la mayor parte de los delitos, es un arbitrio respetable que únicamente en casos excepcionales dejará decir que hubo yerro en la pena por exceso o por defecto, siempre que el juzgador de instancia haya tenido en cuenta aquella ponderación".

El Tribunal —para calificar la delincuencia en grado medio— estimó como circunstancias de menor peligrosidad la falta de ilustración, clase social ínfima, pobreza y buena conducta anterior; y como de mayor peligrosidad las ya anotadas. Pero al referirse a éstas, el apoderado del actor objeta únicamente la apreciación que se hizo en la sentencia de la hora en que se ejecutó el delito, porque no consta que el agresor o agresores hubieran determinado anteladamente realizar de noche la infracción investigada; de la pluralidad de armas empleadas, porque se incurrió en violación del principio "non bis in idem"; y de las relaciones de parentesco entre el ofensor y el ofendido porque los dos hermanos (José del Carmen y Abelardo) habían llegado a ser "verdaderos extraños en razón de la animadversión por un terreno discutido".

Sobre la primera objeción, cabe decir que la ley no exige —para que la sanción pueda aumentarse por tal concepto— la deliberación en el agente acerca del tiempo de la consumación, sino que éste le haya dificultado la defensa al agredido; sobre la segunda, que en tratándose de lesiones personales, las circunstancias enumeradas en los artículos 37 y 363 del Código Penal no son modificadoras ni constitutivas de la infracción, sino agravantes de la pena, al revés de lo que sucede en el homicidio que toma la denominación de asesinato cuando concurre alguna de las previstas en la última disposición citada, de donde se concluye que es imposible la violación del principio "non bis in idem" en casos como el presente; y sobre la tercera, que el legislador, al reprimir con especial rigor los atentados cometidos en las personas vinculadas al reo con los lazos de la sangre, no hace distinciones basadas en la concurrencia de estados

pasionales o emotivos capaces de extirpar sentimientos y deberes de solidaridad familiar que la ley natural gravó hondamente primero en la conciencia de los hombres y han sancionado después todas las legislaciones positivas.

Demostrada así la invalidez de los cargos formulados en la demanda, la causal 2ª invocada no puede prosperar.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él NO INVALIDA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

PARA PODER JUZGAR LA CONDUCTA DE UN ABOGADO SEGUN EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 69 DE 1945, ES FUNDAMENTAL LA DEMOSTRACION DE QUE EL SUJETO PASIVO DE LA ACCION POSEE EFECTIVAMENTE AQUELLA CALIDAD

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal. Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Emilia Vega, vecina de Florencia (Caquetá), acusó ante la Procuraduría General de la Nación, en el mes de noviembre de 1954, al señor Alberto Palomino Salas por faltas contra la moral profesional, con fundamento en los siguientes hechos:

"Hace aproximadamente dos años más o menos el doctor Alberto Palomino Salas, quien actualmente ejerce su profesión de abogado en esta plaza, aprovechándose de mi absoluta ignorancia, pues soy analfabeta, alteró de un todo el contenido de una escritura pública por medio de la cual le hacía venta de una pequeña casa de mi propiedad en virtud de un compromiso contraído en la gestión de un negocio penal que adelantó en favor de mi hijo Dagoberto Vega. En dicho compromiso me obligaba a darle una de las casas de mi propiedad por la gestión y cuando fui a cumplir con mi obligación y prevalido de mi ignorancia hizo confeccionar la póliza y en la Notaría de esta ciudad con testigos buscados previamente para tal objeto por el mismo abogado se firmó la escritura de venta, sin que me diera cuenta de que allí se incluía la otra casa aledaña de la que le debía ceder por virtud del compromiso. Cuánta no fue mi sorpresa a los pocos días cuando el nombrado doctor Palomino Salas se presentó a solicitarme le desocupara la casa que le había vendido legalmente, indicándome que esa casa se la había vendido pues así consta en la escritura de venta.

"Ocurre, que al no desocupar la casa de mi propiedad y que consideraba de mi propiedad aunque ella o sobre ella tenía mejoras mi hijo ya nombrado, el nombrado abogado por medio del juicio especial de entrega me hizo desocupar la casa que no le había vendido consumándose un delito grave que lesiona los intereses de una mujer pobre con hijos y sin otro recurso que su trabajo cotidiano como lavandera".

El Tribunal Superior de Neiva, a donde fue enviado por la Procuraduría el memorial de queja, dio traslado de éste al abogado Palomino Salas, quien expuso:

"Con el señor Dagoberto Vega, tuve un negocio para librarlo de una ejecución que le seguían por asuntos de trabajo. Me pagó con una pequeña casa a lindes de la de la madre de Dagoberto Vega, señora Emilia Vega. Esta señora convino conmigo en que me vendía por $ 300.00 la casa a lindes y así se hizo el negocio y se firmó la respectiva escritura. Me pidió plazo para entregarme la casa, después de haber recibido la totalidad de los trescientos pesos valor de dicha casa, que tuve la precaución de contarle en la misma Notaría al firmarse la escritura. El señor Notario don Jorge Maine, es persona de reconocida honorabilidad y solvencia, como puede establecerlo el señor Procurador a la hora que lo crea necesario.

"La vendedora se demoró más de un año para desocuparme lo que había vendido y no sólo quería quedarse con la casa vendida sino con parte del solar de la otra que me dio en pago Dagoberto Vega, hijo de la señora Emilia Vega, incluyendo en lo que se apropiaba la denunciante Vega, un servicio sanitario que había construído allí (en la casa de Dagoberto) el señor Arcesio Silva, con los productos del arrendamiento de la misma casa y con dineros de su propiedad.

"Entonces pedí la entrega judicial y así lo resolvió el Juez y el del Circuito a donde recurrió el abogado de la señora Vega, en sentencias ejecutoriadas".

Entre las pruebas practicadas para esclarecer los hechos figurán en copia algunas piezas del juicio promovido por Félix Tovar contra Dagoberto Vega ante el Juzgado del Trabajo de Florencia, donde consta que, en virtud de las gestiones promovidas por el señor Palomino Salas como apoderado de Vega, se obtuvo el desembargo de dos casas de habitación ubicadas en el área urbana de Florencia, que se habían llevado a la traba ejecutiva como de propiedad del ejecutado, y que, en realidad, pertenecían a la denunciante; otras tomadas del juicio especial de entrega instaurado por el mismo Palomino Salas como comprador contra Emilia Vega cómo vendedora, de dos casas de habitación que resultaron ser las mismas a que se ha hecho referencia; y la escritura pública número 118 de 1º de abril de 1952, de la Notaría de Florencia, por medio de la cual Emilia Vega vendió al señor Alberto Palomino Salas "el derecho de dominio y posesión que la exponente tiene adquirido en dos casas de habitación situadas en esta ciudad, en la carrera 14 con calle 20.... de bahareque y techo de zinc, comprendidas dentro de los siguientes linderos:...".

Previa audiencia de su Colaborador Fiscal, el Tribunal del conocimiento absolvió al acusado en fallo de fecha 28 de octubre de 1955, que ahora revisa la Sala en vía de consulta.

Se considera:

Ya en este mismo asunto y antes de dictarse el Decreto Legislativo número 2593 de 25 de octubre último, por el cual se adscribió el conocimiento de los de su especie a esta Sala de la Corte, se había ordenado por la de Negocios Generales, a petición del Ministerio Público, el envío de las presentes diligencias al respectivo Tribunal Superior para que se practicara "la prueba relativa a la calidad de abogado del señor Alberto Palomino Salas"; pero, al dársele traslado por segunda vez al señor Procurador Delegado, ha dicho este funcionario:

"Esa alta corporación ha dicho en varias oportunidades y así también lo ha entendido esta Procuraduría, que 'para poder juzgar la conducta de un abogado según el procedimiento de la ley 69 de 1945, es fundamental la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efectivamente aquella calilad, demostración que consiste en la copia de la matrícula y la certificación de la inscripción del profesional ante el respectivo Tribunal'. (Subraya este Despacho). (Fallo de 20 de marzo de 1956 dictado en el juicio contra Héctor Cuesta Angel por faltas contra la ética profesional).

"Como en el negocio de la referencia el Tribunal solamente allegó al expediente copia de la diligencia de inscripción ante esa corporación del abogado acusado, pero omitió traer la copia de la respectiva matrícula, creo que debe procederse aquí como legal y jurídicamente se ha venido procediendo en casos similares, esto es, revocar el fallo consultado y devolver el negocio al Tribunal a fin de que dé cumplimiento a los requisitos expresados".

En efecto, no obra en los autos la comprobación plena de la calidad de abogado de Alberto Palomino Salas, pues el Tribunal se limitó a decir que este ciudadano es "Abogado titulado, según certificado expedido en fecha 30 de enero de 1939 y Acuerdo del 30 de mayo de 1932 del Tribunal Superior de Pereira", dato que no es suficiente a demostrar la expresada calidad como presupuesto necesario de la decisión que haya de tomarse sobre la responsabilidad que a la persona incriminada pueda o no deducírsele, y por ello lo procedente es acceder a la solicitud del Colaborador de la Sala.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, cído el concepto de la Procuraduría Delegada y acorde con ella, REVOCA la providencia consultada y, en su lugar, dispone que vuelvan los autos al Tribunal de origen para el fin indicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

NATURALEZA DE LA PROVIDENCIA REGULADA POR EL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.—PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA DEJAR DE INICIAR UNA INVESTIGACION CRIMINAL

1.—La Corte tiene dicho, con respecto a la providencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, que ella debe pronunciarse después de alguna actuación, como así lo indica el texto del mentado artículo cuando dice que ese fallo se dicte "en cualquier estado del PROCESO", y que no hay proceso mientras éste no se inicie; al agregar que debe aparecer la plena comprobación de los casos especificados, comprobación que de ordinario no aparecerá sino después de la práctica de algunas diligencias; y al emplear la expresión de que "la acción penal no podía iniciarse o proseguirse", todo lo cual dá a entender que el proceso ya se ha iniciado, pero no puede continuar.

"Pero sobre todo, enseña que tal proveído no se puede proferir simplemente para rechazar una denuncia criminal, la doctrina de que "una sentencia o un sobreseimiento no pueden dictarse sino como CONCLUSION DE PROCESO, y no hay proceso mientras no se dicte el auto en que se ordene iniciar la investigación, auto que por eso se llama "cabeza de proceso" (artículo 284 del Código de Procedimiento Penal)".

"Estima la Sala que en estas ocurrencias se debe rechazar la acción penal por medio de un auto en que se expongan las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indudablemente y, por tanto, debe tener apelación para ante el superior. Que así debe procederse, lo deduce la Corte de la naturaleza propia de esta actuación, y del caso semejante del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal". (Fallo de 26 de noviembre de 1948. G. J. Tomo LXV, 146).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

En grado de consulta corresponde a la Corte revisar la providencia de fecha veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en la cual declara que no puede iniciarse o proseguirse, por haber prescrito, la acción penal intentada contra el doctor Horacio Gil, en su calidad de Juez Quinto Civil de ese Circuito, por el delito de prevaricato.

Aunque el Tribunal consideró que aquí "propiamente no hay sumario, pues las piezas que integran este informativo no tienen esa calidad", sin embargo dio aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal por haber prescrito la acción y dado que para este efecto disponía del dictamen favorable del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado de rigor, solicita —con apoyo en la doctrina sentada por esta Sala en ocurrencias similares— la revocatoria del proveído consultado, anotando que si en verdad, como lo advierte el Tribunal, las presentes diligencias no pueden recibir la denominación jurídica de sumario, porque ni siquiera la denuncia se ratificó bajo juramento ni se dictó el correspondiente auto cabeza de proceso, no es procedente la aplicación del artículo 153, "puesto que la sentencia de que habla la citada disposición presupone la existencia de un proceso, que no existe en la documentación que compone este expediente"

Ciertamente, la Corte tiene dicho que "lo natural y lógico es que esa providencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se pronuncie después de alguna actuación, como así lo indica el texto del mentado artículo cuando dice que ese fallo se dicte "en cualquier estado del proceso", y no hay proceso mientras éste no se inicie; al agregar que debe aparecer la plena comprobación de los casos especificados, comprobación que de ordinario no aparecerá sino después de la práctica de algunas diligencias; y al emplear la expresión de que "la acción penal no podía iniciarse o proseguirse", todo lo cual dá a entender

que el proceso ya se ha iniciado, pero no puede continuar.

"Pero sobre todo, enseña que tal proveído no se puede proferir simplemente para rechazar una denuncia criminal, la doctrina de que "una sentencia o un sobreseimiento no pueden dictarse sino como **conclusión de proceso,** y no hay proceso mientras no se dicte el auto en que se ordene iniciar la investigación, auto que por eso se llama "cabeza de proceso" (artículo 284 del Código de Procedimiento Penal).

"...entonces cabe preguntar: ¿qué debe hacer un funcionario cuando antes de dictar el auto cabeza de proceso vea con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas cualesquiera, por ejemplo, por haber prescrito la acción que se pretende iniciar, o por no ser legítima la personería del querellante en los casos en que sea necesaria la querella, etc.?

"Estima la Sala que en estas ocurrencias se debe rechazar la acción penal por medio de un auto en que se expongan las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indudablemente, como que resuelve algo trascendental, definitivo e insubsanable y, por tanto, debe tener apelación para ante el superior. Que así debe procederse, lo deduce la Corte de la naturaleza propia de esta actuación, y del caso semejante del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal". (Fallo de 26 de noviembre de 1948. G. J. Tomo LXV, 146).

En consecuencia, se impone revocar la medida que es materia de estudio, para que el inferior proceda en forma que se acomode a las circunstancias. Y no está demás advertir —como lo ha expresado también la Sala— que la providencia que se dicte con sujeción a lo dispuesto por el artículo 153 en cita debe contener en su parte resolutiva dos ordenamientos: el primero relativo a la declaración de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, y el segundo, que es una conclusión del anterior, contentivo de la orden de cesar todo procedimiento contra el reo. La falta de uno de estos requisitos deja trunca la providencia, como sucede en el caso presente, en que se prescindió de la orden últimamente dicha, omisión en que debe cuidarse de incidir el Tribunal en lo futuro.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— acorde con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la providencia de que se ha hecho mérito, para los fines a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P.—Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

"El abuso previsto en el artículo 171 del Código Penal exige, como elemento constitutivo del delito, el que el acto arbitrario o injusto vaya en perjuicio de una persona o de una propiedad. En consecuencia, cuando la arbitrariedad se comete para beneficiar a alguien, el hecho queda penalmente en blanco y se regula por el principio NULLUM CRIMEN SINE LEGE, que nuestro derecho positivo consagra en los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, 43 de la ley 153 de 1887 y 1º del estatuto represivo".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán su decisión de fecha dos de marzo del año próximo pasado, en la cual declara que "No existen en este proceso los hechos imputados al doctor Isaac Velosa F. en su carácter de Juez del Circuito Penal de Santander. Consecuencialmente, no puede proseguirse acción penal", y "decreta la terminación del procedimiento criminal contra él".

Hechos

En un escrito que resultó apócrifo, en que se hizo figurar como signante al Secretario del Juzgado Penal del Circuito de Santander y dirigido al señor Ministro de Justicia, se le formularon varias imputaciones al titular de ese Juzgado doctor Isaac Velosa Fernández, por lo que el Director del Departamento de Vigilancia Judicial de dicho Ministerio lo remitió al Tribunal Superior de Popayán para que iniciara una investigación en orden a "los fines del Decreto 3665 de 1950 y para que esa Corporación se sirva devolverlo con el informe contentivo de las actuaciones surgidas".

Entre los cargos especificados en ese escrito — valga anotarlos a simple título informativo— estaban los de ser el Juez negligente y moroso; que frecuentemente faltaba a la oficina; que no brindaba garantías a los presos ni a sus apoderados; que interfería de acuerdo con el Director de la Cárcel las acusaciones que trataban de formularle los detenidos; que a Ananías Cardona lo tenía injustamente detenido y le había tergiversado el proceso porque había encabezado una acusación en su contra; que a un sujeto que mató un perro de propiedad de la concubina del referido Juez lo encarceló por espacio de cuatro meses, y finalmente, que en plena vacación judicial abrió el Despacho para admitir y darle posesión al doctor Elías Salazar G. como apoderado del detenido Agustín Silva, quien anticipó honorarios sin que se hiciera después nada en su favor.

El Tribunal dispuso "averiguar la veracidad de los cargos" y que "como ya se habían adelantado diligencias acerca de la actuación del funcionario acusado con respecto del procesado Ananías Cardona y se había ordenado al señor Juez Municipal de Santander averiguar la veracidad de lo ocurrido con la muerte de un perro y la actuación al respecto adelantada por el mentado Juez acusado", ellas se glosaran a esta investigación, para su adelantamiento conjunto por la vía criminal.

Como es obvio suponerlo, desde luego que la acusación resultó apócrifa, las pruebas obtenidas en el curso de la información sumaria fueron ampliamente favorables al Juez Velosa Fernández, a tal punto que todos los funcionarios que han intervenido en su conocimiento consideran de forzosa aplicación el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta a que no se han realizado los hechos delictuosos a aquél atribuídos.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal anota en su Vista que la medida adoptada en primera instancia para finalizar el negocio es correcta, por las siguientes razones:

"a) En dos documentos están consignadas las acusaciones hechas al doctor Velosa F. y ellos forman los folios primero y séptimo del cuaderno número primero, firmado aquél con unos rasgos inteligibles y atribuyéndose al Secretario del Juz-

gado a cargo del Juez acusado a lo cual daba una especie de verosimilitud el hecho de llevar estampado el sello de dicha oficina, y firmado el segundo por Agustín Silva, sujeto que se hallaba detenido por cuenta del Juzgado y sindicado de abigeato.

"b) Pero sucedió que el primero de los documentos referidos es apócrifo y anónimo, pues ni siquiera provino del Secretario mencionado y se desconoce su autor, aunque por su redacción y ortografía indica que debió provenir de persona bastante ilustrada.

"c) Esta calidad del documento citado le quita toda clase de valor al tenor del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal y ni siquiera ha debido servir para fundamentar la presente investigación.

"d) El otro documento apenas fue ratificado en parte por el signatario, es decir, en lo que se relaciona con la apertura del Juzgado durante una parte del día 28 de diciembre de 1953 para permitir a un abogado el estudio de un expediente, la presentación de un poder por el sindicado del mismo y el proferimiento del auto respectivo para así poder permitir el examen del proceso que se hallaba en estado de sumario.

"Este hecho no es delictuoso, puede haber constituído una irregularidad, pero nada más.

"Para que exista el abuso de autoridad se requiere que el acto cometido vaya contra una persona o una propiedad y, lo anteriormente anotado, no fue ni contra el sindicado ni siquiera contra la recta administración de justicia.

"En caso análogo dijo la Procuraduría:

"Sólo sería pertinente al caso la hipótesis del artículo 171 del Código Penal. Pero ocurre que el abuso allí previsto exige, como elemento constitutivo del delito, el que el acto arbitrario o injusto vaya en perjuicio de una persona o de una propiedad. En consecuencia, cuando la arbitrariedad se comete para beneficiar a alguien, el hecho queda penalmente en blanco y se regula por el principio **nullum crimen sine lege**, que nuestro derecho positivo consagra en los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, 43 de la Ley 153 de 1887 y 1º del estatuto represivo.

"Esta doctrina fue sostenida, con la aceptación de la H. Corte, en el proceso que se siguió contra el doctor Miguel Vega Olaya.

"Pero fuera de lo anterior, las explicaciones dadas por el doctor Velosa F. no sólo son satisfactorias y legales sino que se hallan comprobadas en la presente investigación.

"El acta de visita de cárcel que obra al folio 4, la comunicación del señor Personero visible al folio 5, la declaración del Director de la Cárcel del Circuito que aparece al folio 11 vto., etc., desvirtúan lo referente a los cargos que se le hacen con respecto al detenido Ananías Cardona.

"Lo relativo al perro de su propiedad o de la de su concubina, es totalmente falso como se desprende de las constancias que aparecen en la documentación que obra a los folios 6, 18 y 19.

"La concurrencia al Despacho y la labor allí desarrollada por el doctor Velosa F. está acreditada por la certificación del Personero que corre al folio 21, lo cual está de acuerdo con lo que el H. Tribunal expresa en el auto consultado:

"El doctor Isaac Velosa F., en su condición de Juez, ha disfrutado de la confianza del Tribunal, que aprecia sus cualidades de funcionario inteligente, activo, y honorable, calidades éstas que le han merecido su reelección para dos períodos consecutivos".

"Las acusaciones sobre concubinato y sobre mala conducta de los primos hermanos de su señora, no son materia de procesos como el presente.

"Así como lo relacionado con el abogado Elías Salazar García...".

La Corte comparte las anteriores apreciaciones de su inmediato colaborador, por estar ceñidas a la realidad procesal. Y como francamente el caso no da para extenderse en más comentarios, porque resultarían redundantes, con base en ellas procede a impartirle su aprobación a la providencia consultada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— acorde con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la decisión judicial de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL

"Uno de los medios naturales de extinguirse la acción o la condena penales, es la muerte del inculpado o del condenado, y el fundamento racional de este precepto estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que muerto el sujeto activo de la infracción o de la condena, prácticamente desaparece una de las partes del proceso penal, y el Estado no puede hacer efectiva la prosecución del juicio o los resultados de la condena por carencia de sujeto".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín ha sometido a consulta su providencia fechada el cuatro de julio del año próximo pasado, en la cual declara "que la acción penal se ha extinguido en este proceso, por muerte del procesado doctor Manuel Franco Rodríguez" y, en consecuencia, "ordena cesar todo procedimiento contra él".

Se trata del sumario levantado en averiguación de la responsabilidad que pudiera caber al doctor Manuel Franco Rodríguez como Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, por haber tenido al despacho sin actuación alguna, por espacio de cinco años, cuatro meses y ocho días, o sea del 16 de julio de 1945 al 24 de noviembre de 1950, el proceso que se seguía contra Rosa Ríos Llano por lesiones personales inferidas a Rosa Ulpiana Arboleda, dando con ello lugar a que prescribiera la acción penal.

Por estimar que la referida demora tenía justificación "en el excesivo número de asuntos" que cursaron en dicho Juzgado en el lapso indicado, como también que "el despacho del Juzgado era normal, vale decir, que no podría increparse al doctor Franco Rodríguez de negligencia o morosidad notoria en el diligenciamiento de los negocios", el a-quo profirió auto exculpatorio en pro del inculpado el 15 de junio de 1955, pero esa resolución hubo de ser revocada por la Corte en la suya del 4 de octubre siguiente, al absolver su consulta, visto que en manera alguna existía completa certeza sobre tales puntos, esto es, que la demora obedeciera "a recargo sobrehumano de trabajo" o "a causas extrañas a la voluntad del acusado". En consecuencia, el sobreseimiento se trocó en temporal, a fin de que se reabriera y complementara la investigación en la forma allí indicada.

Y, precisamente, en ese estado del negocio se produjo el deceso del doctor Franco Rodríguez, según lo acredita la copia de la partida correspondiente que aparece visible a fs. 64 y vto. expedida por el Notario 7º del Circuito de Medellín.

Ahora bien, atento a este hecho, el Tribunal de instancia expresa —como fundamento de la providencia revisada— que "Es el caso, entonces, de dar por terminado el proceso, por haberse extinguido la acción penal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 100 del Código Penal, que es de este tenor: "'La muerte del procesado extinguirá la acción penal...'", fuera de que también observa que ha transcurrido el término necesario para que la acción penal prescriba, conforme a los artículos 105 y 172 ibidem, causales éstas que imponen la cesación del procedimiento criminal, oportunamente solicitada por el Agente del Ministerio Público que intervino en la primera instancia.

Como bien lo anota la Procuraduría al emitir su dictamen favorable a lo resuelto en primer grado, "Por ambos conceptos, que lo están debidamente comprobados y manifiestos en la investigación, habría ocasión propicia para la aplicación de lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, conforme a repetida jurisprudencia de la H. Corte.

"Opta el H. Tribunal por declarar la extinción de la acción penal por razón de la muerte del procesado, por ser esta modalidad la más trascendental y definitiva".

La Corte ha dicho, ciertamente, en fallo que

cita y reproduce en lo esencial el inmediato colaborador Fiscal (mayo 5 de 1947), que "Uno de los medios naturales de extinguirse la acción o la condena penales, es la muerte del inculpado o del condenado, y el fundamento racional de este precepto estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que muerto el sujeto activo de la infracción o de la condena, prácticamente desaparece una de las partes del proceso penal, y el Estado no puede hacer efectiva la prosecución del juicio o los resultados de la condena por carencia de sujeto".

Por consiguiente, se concluye que la providencia consultada se ajusta estrictamente a la ley y no merece ningún reparo por parte de esta Corporación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal—, acorde con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la decisión judicial de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R.

Secretario.

ALEGADA UNA NULIDAD ANTE UN TRIBUNAL, NO PUEDE ESTE DICTAR SENTENCIA SIN DECIDIR SOBRE ELLA

No puede un Tribunal dejar sin respuesta una nulidad invocada y llenar al mismo tiempo los trámites propios del juicio. Porque si debe el juzgador dar contestación directa o indirecta a toda solicitud que se le haga, y sólo cuando aparezca meridianamente claro, por las razones expuestas por él, que no puede tomarse la determinación solicitada, podría llegar a decirse que hubo decisión sobre el punto, aunque éste no hubiese sido concretamente tratado, sinembargo no se ve fácilmente cómo puede darse por decidido un problema de la trascendencia de la nulidad dentro del proceso penal sin aludir siquiera a ella. Al dejar de resolverse un incidente, y nó una solicitud de poca o ninguna incidencia procesal, se llega por modo directo a la conclusión de que la tramitación legal del proceso no se cumplió, vale decir que se incidió en nulidad, porque no se llenó la plenitud de las formas legales que para fallar, ordena la Constitución Nacional en su art. 26.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Surtida la totalidad de los trámites legales, corresponde decidir sobre el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, contra la sentencia de esa entidad, por cuyo medio se confirmó el 30 de noviembre de 1954, la absolución dictada a favor de FRANCISCO PATIÑO GOMEZ y RAFAEL PEÑA PEREZ, en la causa que se les siguió, al primero como responsable de la muerte de Rafael Antonio Puerto y del delito de lesiones personales en Adriano Barrera, y al segundo por la responsabilidad que hubiera podido caberle en el último de los ilícitos mencionados.

LOS HECHOS:

Rafael Antonio Puerto y Adriano Barrera se hallaban tomando licor en la noche del treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete en un expendio de propiedad de Marco T. Holguín, situado en la vereda de Moniquirá, jurisdicción de Sogamoso; hacia la una de la mañana salieron de allí y, al pasar por un puente, se encontraron con Francisco Patiño Gómez y Rafael Peña Pérez, que, a su turno, habían ingerido bebidas embriagantes en otros sitios diversos de aquellos en que estuvieron Puerto y Barrera. Patiño Gómez Peña Pérez, tomando por ladrones a los otros dos, les interrogaron agresivamente y luego les atacaron. Peña fué a la casa de Holguín a informar que unos ladrones estaban en el puente; Holguín y su cónyuge se dirigieron a aquel sitio y vieron a Puerto ir a tierra, malamente herido. Este falleció en el lugar de los hechos. Barrera sólo sufrió lesiones menores.

La sentencia recurrida:

En traslado el negocio al Fiscal, para que conceptuara de fondo, éste lo devolvió al Tribunal con la solicitud de que se declarase nulo todo lo actuado a partir del auto que fijó fecha para el sorteo general de jurados, porque en el auto de proceder se calificó el homicidio como simplemente voluntario, y en los cuestionarios se omitió hacer la referencia al propósito de matar que hubiese abrigado Patiño Gómez al consumar el ilícito.

No obstante esta clarísima petición del Fiscal, sinembargo el Tribunal dictó sentencia sin tenerla en cuenta siquiera fuese para rebatirla y, fundado en las respuestas negativas del jurado, confirmó la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado al no encontrar que el veredicto fuese contraevidente ni que la sentencia de primer grado estuviese apartada de la ley.

La Demanda:

El Fiscal recurrente alega como causal de casación la de haberse pronunciado la sentencia en

juicio afecto de nulidad y ser, por tanto, violatoria de la ley procedimental, o sea, que se invoca la cuarta de las causales contenidas en el artículo 567 del C. de P. P. Divide el recurrente su estudio en dos capítulos, que a continuación se sintetizan.

En el primero de los capítulos mencionados, señala como disposiciones violadas en la sentencia, los artículos 26 de la Constitución Nacional y 28 de la Ley 4ª de 1943. Luego de transcribir los cuestionarios, de hacer ver cómo Patiño fue enjuiciado por homicidio, cómo es elemento constitutivo de tal delito la intencionalidad, y cómo no se incluyó en aquéllos, comenta: "La omisión en el cuestionario de circunstancia tan importante como la relativa al propósito de matar, constituye nulidad de aquellas que se llaman constitucionaes o supralegales, pues tal procedimiento hace que en el juicio no se llene la plenitud de las formas exigidas por el artículo 26 de la Constitución Nacional"; luego de copiar esta norma, continúa: "Entre las formas propias de los juicios ante el Jurado, ocupa lugar principal lo relativo al cuestionario sometido a su consideración. Si hay deficiencia en él, no hay plenitud de forma en el proceso". Se refiere después a la jurisprudencia de la Corte, según la cual la omisión del referido elemento en el cuestionario constituye nulidad sustancial en el procedimiento, y hay lugar a decretarla aunque sea absolutoria la respuesta del Jurado. Termina este capítulo de la demanda con estas consideraciones: "Conviene a la justicia en gran manera que los cuestionarios sometidos al Jurado, estén de acuerdo con el auto de proceder, a fin de que el veredicto sea claro, preciso y pertinente al asunto que ha sido materia de controversia. El artículo 26 de la Constitución Nacional dice que a nadie se le podrá juzgar sin la plenitud de las formas legales. La acción de juzgar comprende las facultades de absorver o de condenar, según la conciencia o la ley. Por tanto, ningún individuo podrá ser absuelto ni castigado, sin los requisitos constitucionales".

El segundo capítulo indica que la sentencia es nula por haberse violado los artículos 26 y 163 de la Constitución Nacional, y los 92, 200, 159 y 457 del C. de P. P. El recurrente estima quebrantados los artículos 200 y 457 del citado código, porque era indispensable que el Tribunal entrara a estudiar la nulidad que su fiscal le había planteado; "es de la esencia de los debates en materia penal —agrega el recurrente—, el ser controvertidos, por la importancia de los intereses y derechos que son materia de ellos", y explaya su pensamiento con cita de jurisprudencia de la Corte. El artículo 92 del C. P. P. sufrió menoscabo por cuanto la intervención del agente del ministerio público no puede ser inoperante a lo cual se llega si jueces y magistrados no entran a estudiar y resolver los conceptos y peticiones de aquél. Si el artículo 159 del código en referencia da las normas según las cuales han de redactarse las sentencias, y si precisamente el numeral 4º se refiere a las conclusiones definitivas del ministerio público que deben consignarse en aquellos proveídos, al no estudiar el Tribunal la solicitud de nulidad, violó tanto aquel artículo como el 26 de la Constitución; al confirmar el Tribunal la sentencia de primera instancia, implícitamente decidió que no había fundamento para decretar la nulidad, pero, al callar los motivos, quebrantó el artículo 163 de la codificación constitucional. "El Agente del Ministerio Público pregunta en esta ocasión: si su petición no era procedente, por qué no se expusieron las razones para rechazarla? Si era legal y tenía fundamento, por qué no se tuvo en cuenta?"

Manifestación de la Procuraduría

Como se ordenara el traslado a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 3º del decreto Nº 1154 de 1954, aquella entidad, por medio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, se abstuvo de ampliar la demanda de casación, por estimar que no se hallaba dentro de las hipótesis que exigen su intervención en este sentido, aunque sí observó "que de las varias determinaciones con opción que solicita el Fiscal recurrente, de la H. Corte, al iniciar el escrito de demanda, sólo es procedente una, de conformidad con el texto de la misma, o sea la que contempla el aparte b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal". Efectivamente, la demanda pide que, invalidado el fallo, se dicte el que ha de reemplazarlo, o se ordene devolver el proceso a quien corresponda para que se pronuncie sentencia o se reponga el procedimiento.

Consideraciones de la Corte

Se invertirá el orden propuesto en la demanda, para comenzar con el estudio de su Capítulo II, por cuanto lógicamente debe examinarse primero si, alegada una nulidad ante el Tribunal, po-

día éste dictar sentencia sin aludir siquiera por modo somero a lo que se le había solicitado por su colaborador fiscal.

La primera reflexión que puede hacerse es la de si podía el Tribunal dejar sin respuesta el pedimento de su Fiscal y llenar al propio tiempo los trámites propios del juicio. Porque si debe el juzgador dar contestación directa o indirecta a toda solicitud que se le haga, y sólo cuando aparezca meridianamente claro, por las razones expuestas por él, que no puede tomarse la determinación solicitada, podría llegar a decirse que hubo decisión sobre el punto, aunque éste no hubiese sido concretamente tratado, sinembargo no se ve fácilmente cómo puede darse por decidido un problema de la trascendencia de la nulidad dentro del proceso penal sin aludir siquiera a ella. Porque se trataba, además, de resolver un incidente procesal, y no una solicitud de poca o ninguna incidencia en el valor legal del proceso. Así, habiéndose dejado de decidir un incidente, se llega por modo directo a la conclusión de que la tramitación legal del proceso no se cumplió, vale decir, que se incidió en nulidad, porque no se llenó la plenitud de las formas legales que, para decidir, ordena la constitución nacional en su artículo 26.

Si pues la demanda prospera por este aspecto, no es necesario estudiar los puntos planteados con ella sobre el cuestionario. Ahora bien. Desde dónde arranca la nulidad a que se ha hecho referencia? Desde el momento en que ha debido decidirse la propuesta por el Fiscal, vale decir, desde el auto en que se ordenó fijar en lista el asunto (cuadernó 3º f. 4 vto.)

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— oído su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º — Invalidar la sentencia recurrida que profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en estas diligencias contra Francisco Patiño Gómez y Rafael Peña Pérez por homicidio en Rafael Antonio Puerto y lesiones en Adriano Barrera;

2º — Decretar la nulidad de lo actuado desde el auto en que, por el Tribunal, se ordenó la fijación de este asunto en lista, incluído tal auto en la nulidad declarada;

3º — Remitir el proceso al Tribunal de origen para que se reponga el procedimiento en el sentido de que trata la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, PARA CONOCER DE LOS DELITOS COMETIDOS POR MIEMBROS DE LA POLICIA

La jurisdicción y competencia de la justicia penal militar para conocer de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas de Policía, ha sido objeto de reglamentaciones sucesivas contenidas en los Decretos Nos. 1534 de 1950, 1231 de 1951, 1814 y 2900 de 1953 y 1426 de 1954.

El primero de estos Decretos da jurisdicción y competencia a la justicia penal militar para juzgar a miembros de la Policía cuando en actos de servicio o por funciones inherentes al mismo incurrem en hechos que atentan contra la vida e integridad personal; el segundo que modifica el anterior, determina que la justicia castrense sólo conocerá de los delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar, estableciendo la excepción de competencia para aquellos procesos en los cuales se hubiera convocado consejo de guerra verbal; el tercero, incorporó la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas como el cuarto componente del Comando General, pero, omitió reglamentar lo atinente a jurisdicción y competencia para delitos cometidos por miembros de la Policía; el cuarto, dispone que los procesos en curso contra miembros de la Policía que tengan FUERO MILITAR en virtud de la incorporación, deben tramitarse de acuerdo con sus disposiciones, y el último, establece que todos los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas de Policía en servicio, serán de conocimiento de la justicia penal militar.

Para que el delito —lesiones personales— cometido por Isaías Balaguera Suárez fuera de conocimiento de la justicia penal militar, sería necesario que el Decreto 1814 de 1953 que incorporó las Fuerzas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas como el cuarto componente así lo hubiera reconocido, o bien que el sindicado gozara con anterioridad a la expedición del mismo, de "fuero militar" según mandato del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953. Mas, como el delito fué cometido con anterioridad a la vigencia de los mencionados Decretos, es natural que la jurisdicción y competencia para conocer del proceso corresponde a la justicia penal ordinaria.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el incidente de colisión de competencias surgida entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Málaga y el Comando de la Quinta Brigada, para conocer del negocio adelantado en contra de ISAIAS BALAGUERA SUAREZ, quien —en ese entonces— era Agente de Policía Nacional "División Santander".

Antecedentes:

En providencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, el Juzgado del Circuito expresó las razones para abstenerse de conocer, y dice:

"Según el mismo expediente, Balaguera Suárez, cuando perpetró el ilícito se hallaba en ejercicio de las funciones de Agente de la Policía Nacional".

"En estas condiciones del delito, dándole estricto cumplimiento a los Decretos 2.900 de 1953 (Art. 141) y 1.426 de 1954 (Art. 1º), su conocimiento y sanción corresponde a la Justicia Penal Militar por tener sus fueros especiales".

"Por ello, se ordena, remitir este expediente al señor Comandante de la Quinta Brigada, Bucaramanga, para lo de su cargo".

En providencia de diez de enero de mil novecientos cincuenta y siete, el Comando de la Brigada afirma no ser competente para conocer del negocio, porque —en su concepto— el procesado no tiene fuero militar.

Después de analizar los Decretos Nos. 1814 de 10 de julio de 1953 y 1897 de julio 21 y 2.900 de 3 de noviembre del año citado, dice:

"Para los miembros de la Policía Nacional existe fuero militar a partir del 10 de julio de 1953, fecha del Decreto 1814, en virtud de la incorporación de esa Fuerza a las Fuerzas Armadas, y para los miembros de las Policías Seccionales, Departamentales y Municipales, a partir del 21 de julio del mismo año, por razón de la incorporación de estos Cuerpos Armados a la Policía Nacional".

"Como los hechos imputados al ex-Agente de la Policía BALAGUERA SUAREZ se perpetraron en fecha anterior a la del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953, que incorporó a la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas, la competencia para conocer del presente negocio radica en la justicia ordinaria, máxime si se tiene en cuenta que en la actualidad, en que se trata de juzgar al procesado, ya no ostenta la calidad de miembro de la Policía".

Se considera

La jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas de Policía, ha sido objeto de reglamentaciones sucesivas contenidas en los Decretos Nos. 1534 de 1950, 1231 de 1951, 1814 y 2900 de 1953, y 1426 de 1954.

El primero de estos Decretos da jurisdicción y competencia a la Justicia Penal Militar para juzgar a miembros de la Policía cuando en actos de servicio o por funciones inherentes al mismo incurren en hechos que atentan contra la vida e integridad personal; el segundo que modifica el anterior, determina que la justicia castrense sólo conocerá de los delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar, estableciendo la excepción de competencia para aquellos procesos en los cuales se hubiera convocado consejo de guerra verbal; el tercero, incorporó la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas como el cuarto componente del Comando General, pero, omitió r glamentar lo atinente a jurisdicción y competencia para delitos cometidos por miembros de la Policía; el cuarto, dispone que los procesos en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación, deben tramitarse de acuerdo con sus disposiciones, y el último, establece que todos los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas de Policía en servicio, serán de conocimiento de la Justicia Penal Militar.

Pero, ninguna de las normas de los Decretos citados es aplicable al problema sub-judice, ora porque el delito de lesiones personales no fue cometido en ejercicio de funciones ni por motivos inherentes a servicio (Decreto Nº 1534 de 1950), bien porque contra Isaías Balaguera Suárez no se había convocado ningún consejo de guerra verbal (Decreto Nº 1231 de 1950), ya porque en la vigencia del Decreto 1814 de 1953 se omitió reglamentar lo atinente a jurisdicción y competencia para juzgar a miembros de la Policía incorporados, en virtud de este Decreto, a las Fuerzas Armadas como cuarto componente de éllas, ora porque el sindicado en la época en que se cometió la infracción no se hallaba amparado por ningún fuero militar (Decreto 2.900 de 1953), y, finalmente, porque el hecho no fué realizado durante la vigencia del Decreto Nº 1426 de 1954.

Para que el delito —lesiones personales— cometido por Isaías Balaguera Suárez fuera de conocimiento de la Justicia Penal Militar, sería necesario que el Decreto 1814 de 1953 que incorporó las Fuerzas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas como el cuarto componente así lo hubiera reconocido, o bien que el sindicado gozara con anterioridad a la expedición del mismo, de "fuero militar" según mandato del artículo 140 del Decreto 2.900 de 1953. Mas, como el delito fué cometido con anterioridad a la vigencia de los mencionados Decretos, es natural que la jurisdicción y competencia para conocer del proceso corresponde a la justicia penal ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias en el sentido de atribuír el conocimiento del presente negocio al Juzgado Primero Penal del Circuito de Málaga.

Dése cuenta de lo resuelto al Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LOS INSPECTORES DEPARTAMENTALES DE POLICIA SON FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION, NO ASI LOS JUECES DE PREVENCION O DE POLICIA A QUIENES SOLAMENTE COMPETE EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS DETERMINADOS EN LA LEY 48 DE 1936 Y LOS CONSTITUTIVOS DE ESTADOS DE ESPECIAL PELIGROSIDAD. — EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD EL DECRETO 0014 DE 1955 SE APLICA SOLO EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO. — EN ESTE PROCEDIMIENTO EL AUTO DE DETENCION NO EQUIVALE AL DE LLAMAMIENTO A JUICIO DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO, MOTIVO POR EL CUAL NO PUEDE ALEGARSE QUE LA SENTENCIA ES INCONSONANTE CON LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE PROCEDER. — NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

1.—De conformidad con el artículo 2º del Decreto 1111 de 1938, son funcionarios de instrucción los enumerados en el artículo 64 de la Ley 169 de 1896, entre los cuales se encuentran los Inspectores de Policía. Es verdad que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 60 apenas les dio a éstos atribuciones de funcionarios de instrucción en las contravenciones y en infracciones penales cuyo conocimiento corresponda a la Policía o a los Juzgados Municipales pero esta disposición está suspendida en virtud de la primeramente citada, que dispuso que "mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter". Así las cosas, no cabe ninguna duda de que un Inspector General Departamental de Policía tiene carácter de funcionario de instrucción y, como tal, competencia para investigar infracciones.

2.—El Decreto 0014 de 1955 se refiere exclusivamente a los procesos que se adelanten por los estados de especial peligrosidad y no a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria, pues al paso que a éstos sólo se aplica el procedimiento especial señalado en ese estatuto (artículo 81), el conocimiento de aquéllos corresponde de modo exclusivo a los Jueces de Policía Judicial o de Prevención en donde existan, y a los Alcaldes Municipales en los demás sitios. Es, pues, sólo el procedimiento o tramitación que contempla el Decreto 0014 lo que se aplica a los delitos contra la propiedad de que conoce la justicia ordinaria, procesos cuya etapa investigativa y cuyo juzgamiento escapan, precisamente, al conocimiento de los Jueces de Policía Judicial o de Prevención, pues a éstos solamente compete el conocimiento de los hechos determinados en la Ley 48 de 1936 y los constitutivos de estados de especial peligrosidad.

3. — Los Jueces de Policía Judicial o de Prevención, no están comprendidos entre los funcionarios enumerados en el art. 64 de la Ley 169 de 1896, por lo cual no tienen el carácter de funcionarios de instrucción.

4. — Demostrado que de los procesos por "estados de especial peligrosidad" conocen las autoridades de policía por medio de sus organismos especiales; que de los procesos por delitos contra la propiedad conocen los funcionarios competentes según el Código de Procedimiento Penal, siguiendo el procedimiento especial creado por el Decreto 0014, y que de acuerdo con la legislación vigente los Inspectores de Policía son funcionarios de Instrucción, se concluye lógicamente que no se configura causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción en un proceso por el hecho de que un Inspector General Departamental de Policía inicie y adelante una investigación, hasta ponerla en estado de "dictar sentencia", tal como lo dispone el artículo 81 del Decreto 0014 de 1955.

5.—En el procedimiento del Decreto 0014 de 1955 no existe el auto de proceder ni se dispone que el auto de detención equivalga a aquél o que lo supla; en cambio, el artículo 55 manda que la captura y el auto de

detención se rijan por las normas generales, normas éstas según las cuales cuando la infracción porque se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si contra él resultare una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que es responsable, como autor o partícipe, de la infracción que se investiga, y la detención se ordenará en un auto en que debe expresarse el hecho que se averigua, los elementos probatorios allegados sobre su existencia, su calificación legal, la pena que la ley establece para él y las pruebas que aparezcan en el proceso en contra de la persona cuya detención se ordena (artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal y Decreto 2184 de 1951, artículo 2º).

Tales no son todos los requisitos exigidos para la viabilidad del auto de proceder pues para éste se requieren condiciones más rigurosas, entre ellas la plena prueba del cuerpo del delito y pluralidad de indicios graves de responsabilidad en el sindicado (artículo 429 C. P. P.), debiendo el auto ajustarse a los requisitos del artículo 431 y dictarse una vez cerrada la investigación. De otro lado, con la ejecutoria de esta providencia finaliza el sumario, que es reservado, y empieza el juicio o causa, que es pública, etapas que no existen en el procedimiento especial de que se viene hablando, en el cual se desarrolla un proceso continuo en el que la única oportunidad de verificar la calificación legal de los hechos se presenta en la sentencia, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario en el que dicha calificación se hace en el auto de proceder sin que pueda ella desatenderse en la sentencia ni en el interrogatorio a los jurados cuando éstos intervienen en el proceso, so pena de incurrir en causales que invaliden el juicio.

Refiriéndose a los autos de detención y proceder ha sostenido la Corte que "los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues, tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio".

6. — Como dentro del procedimiento del Decreto 0014 de 1955 no existe auto de proceder ni el de detención equivale a él, resulta fuera de lugar alegar en los juicios adelantados por los trámites de este procedimiento especial, que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha veintitrés (23) de enero de mil novecientos cincuenta y seis (1956), condenó a Luis Enrique Vega Vahos a la pena de dos (2) años de prisión y a las accesorias respectivas, como responsable del delito de estafa, fallo contra el cual interpusieron recurso de casación el procesado y su defensor.

Tramitado legalmente el recurso, el que sustentó, debidamente autorizado, el doctor Pedro Nel Jiménez Restrepo, la Sala procede a decidir sobre su mérito en la siguiente forma:

A Luis Enrique Vega Vahos se le acusa de que mediante argucias y engaños logró que la señora Nicolasa Higuita viuda de Pineda le tomara absoluta confianza hasta el extremo de que ésta, que había heredado de su esposo una cuantiosa fortuna, le confiriera un poder general con facultad para disponer de sus bienes, en cuyo ejercicio Vega Vahos, entre otros actos se hizo ceder de ella un crédito hipotecario por noventa mil pesos sin que en el ánimo de la otorgante existiera ni la más remota intención de cederlo, produciéndose así un enriquecimiento torticero

del acusado en detrimento de los bienes de la señora Higuita viuda de Pineda.

La Demanda:

Se invocan las causales cuarta y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, y no estar la misma en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Con relación a la causal cuarta, que el recurrente con toda lógica presenta primero, pues de resultar probada haría inoficioso el ocuparse de la tercera, éste razona así:

Habiéndose tramitado el negocio en sus dos instancias por el procedimiento señalado en el Decreto Legislativo 0014 de 1955, en cuyo artículo 49 se dispone que de los procesos que se adelanten por los estados de especial peligrosidad conocerán las mismas autoridades que conocen actualmente de los estados antisociales previstos en la Ley 48 de 1936, vale decir, los Jueces de Policía Judicial o de Prevención en donde existan, y los Alcaldes Municipales en los demás sitios (artículo 12 de esta ley), su conocimiento en la etapa investigativa estaba adscrito a los Jueces de Policía Judicial o de Prevención con sede en Medellín, y en ningún caso al Inspector Departamental de Policía, y, como la jurisdicción es de orden público, "no puede radicarse en determinado funcionario sino por la voluntad expresa de la ley".

El artículo 60 del Decreto Legislativo mencionado dá al auto de detención carácter de auto de proceder, y "una providencia de esta naturaleza sólo puede ser proferida por quien tenga investidura legal para ello, es decir que tenga jurisdicción".

A renglón seguido, y después de afirmar que el auto de detención "y también enjuiciatorio" se dictó por entregas, expresa que fueron violadas las prescripciones del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal según el cual el auto de proceder constará de una parte motiva y de una parte resolutiva, la última de las cuales contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio determinando el delito genéricamente, de acuerdo con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable, no cumplido lo cual se incurrió también en violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, "porque no se observaron las formas propias del juicio", y concluye: "El haber dictado el auto enjuiciatorio un funcionario que no tenía jurisdicción para ello, trae como consecuencia la inexistencia legal del auto de proceder, y en tales condiciones la sentencia acusada se dictó faltando esa formalidad procesal, falta que hace más ostensible el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional, pues no se observaron las formas propias del juicio, que principian con el auto de proceder, y esta circunstancia llevó al sentenciador, a quebrantar asimismo el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, y por esto también acuso la sentencia, pues el Tribunal ha debido tener en cuenta que un auto de proceder proferido por un funcionario incompetente, no existía. Y en esta serie de violaciones llegó a quebrantar también el artículo 49 del Decreto 0014 de 1955 y el artículo 12 de la Ley 48 de 1936".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en una Vista bien meditada, refuta la demanda y pide que no se case el fallo de segunda instancia. Después de demostrar que el Inspector Departamental de Policía de Medellín es funcionario de instrucción y que el auto de detención a que se refiere el Decreto 0014 de 1955 no equivale al de proceder del procedimiento ordinario, concluye: "Dentro del procedimiento especial del Decreto 14 de 1955 no hay auto de proceder ni el de detención se confunde con él. Es al funcionario de instrucción y no al del conocimiento a quien compete decretar la detención preventiva del procesado". "Es de evidencia inmediata que el ciudadano Vega Vahos fué juzgado con las formalidades propias del procedimiento especial creado por el decreto 14 de 1955, como se coligé de la simple vista del proceso. En tal virtud, el proceso no está viciado de nulidad, ni legal ni supralegal y la sentencia del Tribunal de Medellín es jurídicamente válida. De otra parte, no existiendo auto de proceder, no puede alegarse discrepancia entre éste y la sentencia, lo que significa como regla general que la causal tercera de casación no prospera cuando se trata de fallos por el procedimiento especial del decreto 14 de 1955, porque es obvio que no puede haber desacuerdo entre dos cosas, una de las cuales no tiene existencia".

Se considera:

De conformidad con el artículo 2º del Decreto 1111 de 1938 son funcionarios de instrucción los

enumerados en el artículo 64 de la Ley 169 de 1896, entre los cuales se encuentran los Inspectores de Policía. Es verdad que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 60 apenas le dio a éstos atribuciones de funcionarios de instrucción en las contravenciones y en infracciones penales cuyo conocimiento corresponda a la Policía o a los Juzgados Municipales pero esta disposición está suspendida en virtud de la primeramente citada, que dispuso que "mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter". Asi las cosas, no cabe ninguna duda de que el Inspector General Departamental de Policía de Medellín tiene carácter de funcionario de instrucción y, como tal, cómpetencia para investigar infracciones como la que aquí se contempla, toda vez que el artículo 49 del Decreto 0014 de 1955 se refiere exclusivamente a los procesos que se adelanten por los estados de especial peligrosidad y no a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria, pues al paso que a éstos sólo se aplica el procedimiento especial señalado en ese estatuto (artículo 81), el conocimiento de aquellos corresponde de modo exclusivo a los Jueces de Policía Judicial o de Prevención en donde existan y a los Alcaldes Municipales en los demás sitios. Es, pues, sólo el procedimiento o tramitación que contempla el Decreto 0014 lo que se aplica a los delitos contra la propiedad de que conoce la justicia ordinaria, procesos cuya etapa investigativa y cuyo juzgamiento escapan, precisamente, al conocimiento de los Jueces de Policía Judicial o de Prevención, pues a éstos sólamente compete el conocimiento de los hechos determinados en la Ley 48 de 1936 y los constitutivos de estados de especial peligrosidad, y ellos no se encuentran entre los funcionarios enumerados en el artículo 64 de la Ley 169 de 1896.

En consecuencia, y demostrado como está que de los procesos por "estados de especial peligrosidad" conocen las autoridades de policía por medio de sus organismos especiales; que de los procesos por delitos contra la propiedad conocen los funcionarios competentes según el Código de Procedimiento Penal, siguiendo el procedimiento especial creado por el Decreto 0014, y que de acuerdo con la legislación vigente los Inspectores de Policía son funcionarios de instrucción, se concluye lógicamente que no se configura causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción en este proceso por el hecho de que el Inspector General Departamental de Policía de Medellín hubiera iniciado y adelantado la investigación hasta ponerla en estado de "dictar sentencia", tal como lo dispone el artículo 81 del Decreto tantas veces mencionado.

En cuanto a la afirmación de que en el procedimiento especial consagrado en el Decreto 0014 de 1955 el auto de detención tiene el carácter de auto de proceder, cabe considerar:

Ya se ha visto que el Decreto 0014 contiene un procedimiento especial para juzgar los estados antisociales, el cual se aplica también a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria. Ahora bien, en este procedimiento no existe el auto de proceder ni se dispone que el auto de detención equivalga a aquél o que lo supla; en cambio, el artículo 55 manda que la captura y el auto de detención se rijan por las normas generales, normas éstas según las cuales cuando la infracción por que se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si contra él resultare una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que es responsable, como autor o partícipe, de la infracción que se investiga, y la detención se ordenará en un auto en que debe expresarse el hecho que se averigua, los elementos probatorios allegados sobre su existencia, su calificación legal, la pena que la ley establece para él y las pruebas que aparezcan en el proceso en contra de la persona cuya detención se ordena (artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal y Decreto 2184 de 1951, artículo 2º).

Tales no son todos los requisitos exigidos para la viabilidad del auto de proceder pues para éste se requieren condiciones más rigurosas, entre ellas la plena prueba del cuerpo del delito y pluralidad de indicios graves de responsabilidad en el sindicado (artículo 429 C. P. P.), debiendo el auto ajustarse a los requisitos del artículo 431 comentados por el recurrente y dictarse una vez cerrada la investigación. De otro lado, con la ejecutoria de esta providencia finaliza el sumario, que es reservado, y empieza el juicio o causa, que es pública, etapas que no existen en el procedimiento especial de que se viene hablando, en el cual se desarrolla un proceso continuo en el que la única oportunidad de verificar la calificación legal de los hechos se presenta en la sentencia, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario en el que dicha calificación se hace en el auto de proceder sin que pueda ella desatenderse en la sentencia ni en el interrogatorio a los jurados cuando éstos intervienen en el pro-

ceso, so pena de incurrir en causales que invaliden el juicio.

Refiriéndose a los autos de detención y proceder ha sostenido la Corte que "los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requieren para sustentar un auto de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues, tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio".

No existiendo, pues, en el procedimiento especial del Decreto 0014 auto de proceder; no confundiéndose el de detención con éste, y siendo el Inspector General Departamental de Policía de Medellín funcionario instructor al cual el artículo 81 del citado Decreto le adscribe la obligación de dictar el auto de detención al disponer que "deberá enviar el expediente para el fallo, una vez vencido el término probatorio", los argumentos esgrimidos por el recurrente en este punto quedan sin base y, consiguientemente, el cargo pierde toda su eficacia también por este aspecto.

Causal Tercera:

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Demostrado como está que dentro del procedimiento del Decreto 0014 de 1955 no existe auto de proceder ni el de detención equivale a él, resulta fuera de lugar invocar esta causal en los juicios adelantados por los trámites de este procedimiento especial.

No prospera la causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — ENEMISTAD GRAVE. — DEBE PROBARSE Y TENER EL CARACTER DE RECIPROCA PARA QUE PUEDA CONCEBIRSE

Cuando, de un lado, un funcionario recusado afirma que la reacción en él suscitada por la hostilidad verbal del recusante, en época muy anterior y en expediente distinto, ha desaparecido, y que su manifestación de impedimento en este proceso sólo ha tenido por objeto que no se dude de su imparcialidad; y cuando, de otro, la recusación interpuesta —a la cual no se acompañaron las pruebas exigidas por el art. 76 inc. 2º del C. de P. Penal—, no ha sido ratificada ulteriormente, en el supuesto de que este silencio no induzca a pensar que también en el recusante la vieja prevención se ha extinguido, faltaría el carácter recíproco de la grave enemistad, sin el cual no puede ésta concebirse.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Dentro del expediente que en el Tribunal Superior de Cartagena se le sigue al doctor Diego Alvarez Vera por faltas contra la ética profesional a virtud de queja de la señora Alejandrina Ochoa, el doctor Augusto Tinoco Pérez, Fiscal Segundo de la Corporación, se manifestó impedido en los términos que a continuación se transcriben:

"...Hace algunos años recibió esa Fiscalía una queja del señor Capitán Campo E. Cabeza Quiñones, en que acusaba de parcialidad al señor Juez Municipal de Sincelejo, quien le seguía unas sumarias. Dí traslado de dicha queja al Juzgado Penal del Circuito de allí. Este pidió las sumarias, y revocó un auto de detención que había dictado aquél. Tal providencia dio lugar a que el encargado de dicho Juzgado Municipal que lo era el mismo doctor Alvarez Vera, se pronunciara en términos desobligantes para con el suscrito. (Por cierto que el H. Tribunal, con base en concepto fiscal, confirmó la providencia del Juzgado del Circuito de Sincelejo).

"Caso omiso, como es apenas obvio, hizo el suscrito de la hostilidad verbal del doctor Alvarez Vera, hasta que un día, ante la insistencia, le hizo saber que no estaba dispuesto a tolerar más su campaña. Desde ese día cesó en élla el doctor Alvarez Vera. Con el transcurso del tiempo, la actitud de éste fue olvidada por mí, y la reacción que me produjeron sus frases (que no llegó a constituír enemistad grave) desapareció. De ahí la intervención mía como Fiscal en el asunto.

"Es más: a folio 53 aparece un escrito de recusación. Caso ninguno me mereció, no solo porque no se acompañaron pruebas (no es legal) sino porque, como lo dije, todo había cesado. Pero el doctor Alvarez Vera insiste, y no desea el suscrito dar ocasión a que se dude de su imparcialidad. Es así como se declara impedido para seguir conociendo de este proceso, con lo cual el doctor Alvarez Vera queda atendido..."

El memorial del folio 53 a que alude el doctor Tinoco Pérez fue el de recusación que el señor Alvarez Vera le dirigió con fecha 13 de abril de 1956 al señor Juez 66 de Instrucción Criminal, comisionado por el Tribunal para el adelantamiento de este informativo. Allí dijo el memorialista:

"...Entre el doctor Augusto Tinoco Pérez, Fiscal Segundo del Tribunal Superior, y el suscrito existe enemistad gravísima desde el año de 1950. Tan grave esa enemistad que el aludido funcionario en el año de 1953 me mandó a decir con el doctor Raom (sic) León y García que por su orden, un hermano de él, me refiero al Fiscal, me daría un balazo. En los exámenes preparatorios para optar grado, en la Universidad de Cartagena, repetidamente recusé al doctor Tinoco Pérez como examinador. La última recusación se verificó en el año de 1952, cuando la Facultad de Derecho nombró examinadores para mi tesis de grado; en esa fecha el doctor Tinoco Pérez fue sustituído por el doctor Mario Alario Difilipo, en virtud de mi recusación.

"En Cartagena y en varias ciudades del Depar-

tamento es notoria mi enemistad grave con el doctor Tinoco Pérez, sentimiento repulsivo que viene desde que el suscrito ejercía el cargo de Juez Municipal de Sincelejo y motivado por unas diligencias sumariales que se adelantaban en aquel despacho".

Sobre tales elementos de juicio el Tribunal declaró infundado el impedimento, no aceptó la recusación y ordenó el envío del expediente a la Corte para los efectos legales, expresando que el Fiscal no invocó ninguna de las causales previstas en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal; que la hostilidad verbal del recusante no alcanzó a originar la pretendida enemistad grave, porque el recusado olvidó con el tiempo los agravios; que el doctor Tinoco Pérez, sin reconocer que la causal exista, lo que no desea es dar ocasión a que se dude de su imparcialidad; y que el doctor Alvarez Vera no acreditó con las pruebas de que trata el inciso 2º del artículo 76 de la Obra citada la enemistad "gravísima" de que hace mención.

Se considera:

Lo que aparece de autos es que las relaciones entre los doctores Tinoco Pérez y Alvarez Vera se habían alterado por haberle remitido el primero al Juez Penal del Circuito de Sincelejo una queja en que se acusaba al segundo de parcialidad en el sumario que éste adelantaba, como Juez Municipal de la misma ciudad, contra el querellante Capitán Campo E. Cabeza Quiñones, lo que dio lugar a que el referido Juez de Circuito solicitara el respectivo expediente y revocara el auto en que el doctor Alvarez Vera había decretado la detención de Cabeza Quiñones.

De las transcripciones que se han hecho se infiere que, a raíz de la actuación del doctor Tinoco Pérez que se ha recordado, se produjeron tanto en el ánimo de éste como en el del doctor Alvarez Vera perturbaciones capaces de crear entre ambos una situación de carácter personal que por entonces hubiera podido ser considerada como constitutiva de la causal alegada. Pero los años transcurrieron, y hoy no puede aseverarse lo mismo. El funcionario afirma que la reacción en él suscitada por la actitud del sindicado, en época muy anterior, ha desaparecido y que su manifestación de impedimento en este proceso sólo ha tenido por objeto que no se dude de su imparcialidad, "con lo cual el doctor Alvarez Vera queda atendido".

De otra parte, el memorial de recusación interpuesto por el sindicado el 13 de abril de 1956 —al cual no se acompañaron las pruebas exigidas por el artículo 76, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal— no ha sido ratificado ulteriormente. Con todo, y en el supuesto de que este silencio no induzca a pensar que también en el recusante la vieja prevención se ha extinguido, faltaría el carácter recíproco de la grave enemistad, sin el cual no puede ésta concebirse.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA que el doctor Augusto Tinoco Pérez **no está impedido** para seguir conociendo de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

SE DECLARA ADMISIBLE UN RECURSO DE CASACION—TERMINO PARA INTERPONERLO. — LOS RECURSOS DE REPOSICION Y DE HECHO

Es obvio que al reponer la providencia que deniega la concesión de un recurso de casación, el Tribunal queda en plena libertad para tomar las decisiones conducentes a buscar la verdadera cuantía del juicio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, ocho de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

En escrito de fecha 7 de noviembre del año próximo pasado, el procurador judicial del demandante JOSE DEL C. TORRES, pide que no s admita el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia de 10 de octubre de 1956 del Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, por cuanto el memorialista considera que la Corte no tiene jurisdicción para conocer de dicho recurso.

Dice el peticionario: "La razón de mi petición radica en el hecho de que la H. Corte debe declararse sin jurisdicción por haberse concedido el recurso mal procedimentalmente. En efecto, la sentencia fue dictada el 10 de octubre y el H. Tribunal sin esperar a que transcurriera el tiempo legal de la notificación dictó el 11 siguiente un auto en el que reconocía una personería y negaba el recurso. Tal auto fue recurrido por el apoderado reconocido y en subsidio pidió las copias pertinentes para recurrir de hecho ante la H. Corte.

"Posteriormente se dictó por el H. Tribunal otro auto reconociendo nuevamente personería y citando para audiencia. Al verificarse esta pedí nulidad de todo lo actuado, a lo que no se accedió y en cambio se dispuso una tramitación distinta de la contemplada en el Código de Procedimiento Judicial para los recursos de hecho, siendo que el procedimiento es de orden público.

"Rendido el peritazgo ordenado, pedí nuevamente que se decretara la nulidad de todo lo actuado, lo que no fue aceptado por el H. Tribunal concediendo la casación finalmente.

"Al sentir del suscrito y respetando las decisiones del H. Tribunal Seccional, se ha incurrido en una nulidad pues el recurso desde un principio no fue interpuesto por quien debía hacerlo y la personería le fue equivocadamente reconocida. Asimismo, el H. Tribunal al cambiar el procedimiento señalado en el artículo 68 por el 92 del C. de P. L. ha incurrido en nulidad y por tanto el recurso está mal concedido, no adquiriendo jurisdicción la H. Corte".

Para resolver se considera:

1º) La sentencia recurrida fué dictada por el Tribunal en audiencia pública celebrada el 10 de octubre de 1956, y quedó notificada a las partes oralmente desde su pronunciamiento (art. 82 y 41 —nuemarl 2º— del C. de P. del T).

2º) El recurso de casación puede interponerse verbalmente en el acto de la notificación en audiencia, o por escrito dentro de los cinco días siguientes. En el primer caso, en la misma audiencia el Tribunal decidirá si lo otorga o deniega; en el segundo, el Tribunal resolverá dentro de los dos días siguientes al en que se interponga el recurso (artículo 88 del C. P. del T.)

3º) El mismo día en que se dictó la sentencia (10 de octubre), el doctor Rafael Espinosa, en su calidad de apoderado general de la Colombian Petroleum Company, manifestó por escrito que reasumía el poder (que había sustituído para el juicio en el Dr. Gilberto García G. fs. 9 del cuaderno 1º) y que interponía el recurso de casación (fls. 20 del cuaderno 2º).

4º) El Tribunal, por auto de 11 de octubre,

aceptó la representación del Dr. Espinosa y negó el recurso de casación por considerar que el negocio no tenía la cuantía legal, ya que tratándose del reconocimiento de una pensión jubilatoria de $ 416,25 mensuales, la obligación para la empresa era una carga indefinida imposible de apreciar en una suma total para los efectos de la casación, debiéndose, entonces, para ese fin tomarse únicamente el monto de la obligación mensual. De lo anterior aparece claramente que el recurso de casación fué interpuesto en tiempo, por quien tenía capacidad legal para ello, pues la personería del Dr. Rafael Espinosa como apoderado general de la Colombian Petroleum Company fué admitida desde la iniciación del juicio sin que existiera sobre ella controversia en las instancias (artículo 36 del C. de P. del T), y dicho apoderado podía en cualquier momento reasumir el poder que sustituyó en el Dr. Gilberto García (artículo 262 del C. J.) El Tribunal, por su parte, decidió también la petición del recurrente dentro del término legal y estando la sentencia debidamente notificada, ya que este requisito procesal quedó cumplido desde su pronunciamiento.

5º) El auto denegatorio del recurso de casación quedó notificado el 14 de octubre, pues la anotación en estado se hizo el 13 (fls. 21 vto. del cuaderno 2º), por ser el 12 día festivo (numeral 3º del artículo 41 del C. de P. del T.)

6º) El recurso de reposición debe interponerse dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la providencia cuando se hiciere por estados (artículo 63 del C. de P. del T.) Y el recurso de hecho previsto en el artículo 68 ibidem, se regula, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 513 y ss. del C. J. (artículo 145 del C. de P. del T.).

7º) El 16 de octubre el Dr. Espinosa presentó un escrito ante el Tribunal en que pide reposición del auto que le negó la casación, para que sea revocado y en su lugar se conceda dicho recurso. En subsidio solicitó las copias pertinentes para acudir de hecho ante esta Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (fls. 22 del cuaderno 2º). El mismo día el doctor Espinosa presentó también un memorial sustituyendo nuevamente el poder en el doctor García G. (fls. 25 ibidem).

8º) Por auto de 20 del mismo mes de octubre el Tribunal aceptó la sustitución de poder referida, y fijó audiencia para el 23 del mismo mes, con el objeto de resolver sobre el recurso de reposición interpuesto (fls. 26 ibidem).

9º) En la citada audiencia el Tribunal repuso el auto que denegó la casación y en cumplimiento del artículo 92 del C. de P. del T. procedió al nombramiento de un perito para que estableciera la cuantía de la demanda, y fijó el 25 del mismo mes para que dentro de audiencia pública se rindiera el correspondiente peritazgo (fls. 29 ib.)

10º) Dentro de la audiencia celebrada en la fecha indicada anteriormente, el perito dictaminó sobre la cuantía del juicio estimándola en $ 11.687.64. Del peritazgo se ordenó correr traslado a las partes por el término legal. (fls. 33 a 35 ibidem).

11º) Finalmente, en auto de 6 de noviembre siguiente, el Tribunal concedió el recurso de casación por estimar que de acuerdo con el dictamen pericial el negocio tiene un valor superior a $ 4.000.00.

Resulta también de lo expuesto que el recurso de reposición y el subsidiario de hecho fueron interpuestos en tiempo y que en su trámite y decisión el Seccional se ajustó a las normas reguladoras de la materia, sin que su conducta implicara cambio alguno de procedimiento que genere nulidad, como equivocadamente lo afirma el peticionario, porque es obvio que al reponer su providencia denegatoria el Tribunal quedaba en plena capacidad para tomar las decisiones conducentes a buscar la verdadera cuantía del juicio, para lo cual lo indicado era el dictamen pericial que decretó, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 92 del C. de P. del T.

En mérito de las consideraciones que preceden y por reunir los requisitos legales, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— admite el presente recurso de casación interpuesto por el doctor Rafael Espinosa, en su condición de apoderado judicial de la Colombian Petroleum Company, contra la sentencia de fecha diez de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el juicio que José del Carmen Torres adelantó contra la empresa recurrente.

Continúe la tramitación.

Notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constain — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio Secretario.

EL GRADO DE CONSULTA HA SIDO EST ABLECIDO EN FAVOR DE LA NACION, LOS DEPARTAMENTOS Y LOS MUNICIP IOS, PERO NO DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NA CIONALES PORQUE ES UNA ENTIDAD DISTINTA DE LA NACION

El grado de consulta a que se refiere el último inciso del artículo 69 del C. de P. L. fué establecido únicamente en favor de la Nación, los Departamentos y los Municipios. Y siendo la parte demandada y condenada, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, esto es, una entidad distinta de la Nación, según el fallo del A-QUO, resultaba improcedente la consulta ordenada por el mismo. En estas condiciones carecía de competencia el Tribunal para conocer del asunto SUB-LITE y su decisión es nula al tenor de lo dispuesto en el artículo 448, numeral 1º del C. J. aplicable en los juicios del trabajo conforme al artículo 145 del C. P. del T.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, once de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Ante el Juzgado del Círculo Judicial del Trabajo de Bucaramanga, Ana Beatriz Forero Urrea, por medio de apoderado, demandó al Ferrocarril Central del Norte, Sección Primera, representado por su Administrador, Mayor Manuel Almanza, para que por los trámites ordinarios se le condenara al pago de la suma de $ 3.801.60 por concepto de la pensión de invalidez de su hermano legítimo Alfonso Forero Urrea, correspondiente a dos años a razón de $ 158.40 mensuales, y al pago de las pensiones de invalidez que no le hubieren sido cubiertas al citado Forero Urrea al tiempo de fallecer. Durante la primera audiencia de trámite el apoderado de la actora corrigió la demanda en el sentido de incoarla contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su Administrador, General Carlos Bejarano.

Fundamentó la demanda en los siguientes hechos, que se sintetizan así: 1º) Alfonso Forero Urrea fue mucho tiempo trabajador de la empresa demandada; 2º) que sufrió accidente o enfermedad profesional, que le incapacitó absolutamente para el trabajo, motivo por el cual el Consejo de los Ferrocarriles le reconoció según Resolución Nº 1931 de 19 de junio de 1950, con aprobación del Ministerio de Obras Públicas y el H. Consejo de Estado, una pensión de $ 148.40; 3º) que Forero Urrea falleció poco tiempo después de haber empezado a beneficiarse de la pensión, el 4 de febrero de 1951; 4º) que abierto el juicio de sucesión en el Juzgado 1º Civil Municipal se declaró única heredera a Ana Beatriz Forero Urrea; 5º) que en tal condición reclamó a su favor, el pago de dicha pensión correspondiente a dos años; 6º) que la solicitud le fue negada definitivamente por Resolución Nº 3644 de 2 de noviembre de 1953; 7º) que los antecedentes de esta acción o reclamación reposan en los archivos de la empresa, y 8º) que la negativa de ésta a la solicitud de la actora se produjo contra el concepto favorable del abogado de la demandada.

La empresa, al contestar, remitió a prueba los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 7º y 8º; negó el 5 y al 6 manifestó que ni lo aceptaba ni lo negaba. Además propuso la excepción dilatoria de inepta demanda que fundó en la ilegitimidad adjetiva de la parte demandada.

Tramitado legalmente el juicio, el Juzgado de Trabajo de Bucaramanga lo decidió por medio de sentencia de fecha 8 de agosto de 1955, condenando a la empresa demandada al pago de las siguientes cantidades a favor de la actora: $ 1.784.64 por pensiones devengadas y no pagadas al extrabajador fallecido y $ 3.081.60 por concepto de la pensión por dos años después del fallecimiento. Declaró no probada la excepción propuesta de ilegitimidad de la personería sustantiva; y no condenó en costas.

Consultada la sentencia por no haber recurrido ninguna de las partes, el Tribunal Seccional de Bucaramanga en fallo del 4 de octubre del mismo año revocó el del a-quo y dispuso en el numeral 2º condenar a la empresa a pagar a la demandante el valor de las pensiones de invali-

dez que no le hubieren sido cubiertas a Alfonso Forero Urrea al tiempo de fallecer Absolvió a la demandada de los demás cargos y no condenó en costas.

La parte demandante interpuso recurso de casaiión y habiéndose admitido y tramitado legalmente, el negocio pasa a resolverse mediante el examen de la respectiva demanda.

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente a la casación parcial de la sentencia para que se condene a la parte demandada al pago de $ 3.801.00, equivalente a dos años de pensión de invalidez y a la cantidad determinada en moneda legal, resultante de pensiones no percibidas por Forero Urrea, desde el 27 de marzo de 1950 hasta el 4 de febrero de 1951 a razón de $ 158.40 mensuales.

Cuarto Cargo

Se estudia primeramente porque en razón de su prosperidad podrá la Corte, en función de instancia, proferir la decisión que corresponde por las modalidades procesales que más adelante se expresarán. En este cargo se acusa la sentencia de ser violatoria del art. 9º de la Ley 53 de 1945, "por aplicación indebida".

Dice el recurrente: "En la diligencia de inspección ocular (fl. 30 vto. c 1º) consta que fué reconocida una pensión de $ 158.40 mensuales a favor de Alfonso Forero Urrea, a partir del 27 de marzo de 1950; al folio 26 vto. consta que él murió el día 4 de febrero de 1951, en documento transcrito por el Juzgado 1º Civil de Bucaramanga". "Asimismo, no hay ninguna prueba de que la parte demandada hubiera pagado al causante o a cualquier otra persona suma alguna de dinero por concepto de la referida pensión. La actora afirmó que la parte demandada no había pagado las pensiones debidas al causante. Es una negación indefinida. La prueba del pago total o parcial correspondía a la demandada, la cual no aportó, como se ha dicho, ninguna prueba".

Para terminar afirma el acusador que "al proceder como se hizo en la sentencia recurrida, el fallador incurrió en error de hecho evidente en la apreciación y no estimación de tales pruebas, lo cual lo llevó a violar, por aplicación indebida el citado artículo 9º de la Ley 53 de 1945, que ordenó el pago de la pensión de invalidez a los trabajadores ferroviarios, en virtud del cual se le reconoció al causante la pensión ya aludida".

Se considera:

Evidentemente las pruebas acusadas dan base legal para una condena líquida por concepto de pensiones devengadas por el ex-trabajador Forero Urrea y que no aparecen pagadas a éste. Al folio 30 vto. obra la diligencia de inspección ocular practicada en forma legal, en la cual se comprueba que el mencionado ex-trabajador tiene a su favor una Resolución de la empresa demandada, por pensión de invalidez, montante a la suma de $ 158.40 mensuales, a partir del 27 de marzo de 1950, aprobada por el Ministerio de Obras Públicas y confirmada por el Consejo de Estado; al folio 26 aparece copia de la certificación del Notario 2º de Bucaramanga sobre defunción de Forero Urrea, ocurrida el 4 de febrero de 1951, y al folio 27 aparece el reconocimiento de Ana Beatriz Forero Urrea como heredera de aquél. La demandante afirmó que la empresa no había cubierto al ex-trabajador las pensiones debidas y la demandada no acreditó ningún pago. Al no apreciar tales pruebas y condenar en abstracto, el fallador incurrió en manifiesto error de necho, que lo llevó a la violación de la norma acusada.

Mas sucede que al entrar la Corte en su función de instancia encuentra que el fallo del a-quo no fué apelado por ninguna de las partes y que en atención a esta circunstancia, prevista en el ordenamiento 2º de la misma providencia, el juez, por auto de 12 de agosto de 1955 (fl. 52 vto.) dispuso la consulta de la sentencia con base en el artículo 69 del C. de P. L. De esta manera conoció y decidió el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga.

Sin embargo, no advirtió el **ad-quem** que el grado de consulta a que se refiere el último inciso del art. 69 citado, fué establecido únicamente en favor de la Nación, los Departamentos y los Municipios. Y siendo la parte demandada y condenada, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, esto es, una entidad distinta de la Nación, según el fallo del **a-quo**, resultaba improcedente la consulta ordenada por el mismo. En estas condiciones carecía de competencia el Tribunal para conocer del asunto sublite y su decisión es nula al tenor de lo dispuesto en el artículo 448, numeral 1º del C. J. aplicable en los juicios del trabajo conforme al artículo 145 del C. P. del T. Lo anterior implica que queda en firme la sentencia del **a-quo**, por no haber sido apelada.

En mérito de estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Labo-

ral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia objeto del recurso y, procediendo como Tribunal de instancia, declara que no es competente para conocer del fallo consultado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL COMISIONISTA PARA VENDER PUEDE TENER O NO CONTRATO DE TRABAJO, PERO EN EL PRIMER CASO SE REQUIERE LA PRESENCIA DE LAS CONDICIONES FIJADAS POR EL ARTICULO 98 DEL CODIGO DE LA MATERIA. — EL ERROR DE HECHO Y LA TECNICA PARA SU DEMOSTRACION

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E. once de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Carmen Amparo Laserna, mayor y vecina de Pereira, demandó, por medio de apoderado y en representación de su hijo menor José Aldemar Vélez Laserna, a la empresa denominada Manufacturas de Acero Edmundo Vallejo H. y Cía. del mismo domicilio y representada por su propietario Edmundo Vallejo, para que se reconociese en favor del segundo, en la cuota parte que le corresponde, el valor del seguro de vida de su padre natural Aldemar Vélez, trabajador fallecido al servicio de la demandada.

Según el libelo, el mencionado Vélez murió en aquella ciudad, el 7 de marzo de 1954, cuando trabajaba para el señor Vallejo, en calidad de empleado, desempeñando las funciones de agente viajero, y devengando un sueldo de $ 600 mensuales y el 5% de comisión sobre las ventas de mercancía que efectuara. La vinculación laboral, al momento de la muerte, había durado seis meses y la empresa debía atender al pago del seguro, cualquiera que hubiese sido la causa del fallecimiento, por el hecho de tener una nómina mensual superior a $ 1.000. El valor de esta prestación, debe repartirse entre el cónyuge sobreviviente y el hijo natural reconocido y representado por su madre.

El demandado se opuso a las pretensiones sintetizadas, manifestando, en lo fundamental, que Vélez no fue su empleado, sino un comisionista independiente que viajaba, por su cuenta, con muestrarios de mercancías de varias casas comerciales e industriales, sin recibir órdenes suyas ni de ninguna de las dichas casas, teniendo además la calidad de comerciante, con un pequeño almacén de muebles y de colchones situado en la carrera 9ª con la calle 14 de la ciudad mencionada; y proponiendo las excepciones de inexistencia de la obligación, petición indebida, inepta demanda, declinatoria de jurisdicción, la de falta de capital y la de nómina inferior a la que obliga a esta prestación, en el supuesto de que se estimase como contrato de trabajo la relación que los vinculó.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el del Círculo del Trabajo de Pereira, la desató absolviendo al demandado de todos los cargos que se le formularon, por encontrar que Vélez no fue empleado o agente viajero de la firma demandada, por cuya razón ésta no estaba obligada a pagarle seguro de vida a sus beneficiarios forzosos. No hizo condenación en costas.

Consultada esta providencia, el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales la confirmó en todas sus partes.

Contra la decisión anterior, proferida el 7 de marzo de 1956, interpuso el recurso de casación el apoderado de la demandante Laserna, y habiéndole sido concedido y tramitado en legal forma se va a resolver mediante el exámen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

La demanda de casación

En un solo cargo, formulado dentro de la causal primera del artículo 87 del CPT, y encaminado a demostrar que los autos sí establecen la existencia del contrato que desconoció el fallador, con las consecuencias a que aspira el libelo inicial, se acusa la violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 26, 27, 98, 289, 290, 291, 292 y 293 (sustituído por el artículo 11 del decreto 617 de 1954) del CST, "por apreciación errónea y falta de apreciación de la prueba documental, testimonios, confesión e inspección ocular".

Para sustentarlo dice el recurrente que el fallo del Tribunal descansa en las declaraciones de los testigos Julio César y Marco Tulio Morales y en las planillas de salários examinadas en

diligencia de inspección ocular; pero que estas pruebas fueron mal apreciadas, debiéndose a ello la conclusión acerca de que no existió contrato de trabajo entre los litigantes y la falta de reconocimiento de la obligación patronal sobre el seguro reclamado. En seguida analiza las piezas del proceso, en el orden en que figuran en él, con las siguientes apreciaciones:

a) La confesión hecha por el apoderado de Vallejo, cuando dice que Vélez trabajó como comisionista para vender con varias casas y con su mandante, a quien también le vendió mercancías (f. 10), manifestación que reitera a folio 13, prueba de la cual afirma que el sentenciador "echó de menos";

b) La certificación de la Tesorería de Rentas Municipales de Pereira (f. 25) de la cual se desprende que el almacén situado en la carrera 9ª con calle 15 de esa ciudad aparece inscrito por Edmundo Vallejo H. firma que cubrió su matrícula e impuestos mensuales respectivos, lo que significa que el almacén donde Vélez trabajaba cuando regresaba de sus correrías era también de propiedad del demandado;

c) los testigos Julio César y Marco Tulio Morales, que son enfáticos al declarar, el primero, acerca de que conoció a Vélez trabajando para varios patronos, pero que últimamente sólo lo hacía para Vallejo, con indicación aproximada del tiempo de la vinculación, y, el segundo, acerca de que sabe que trabajaba con el dicho Vallejo, aunque no supiera las condiciones de salario y porcentajes, y

d) el testimonio de Gabriel Robledo Castaño, a folio 37, quien sin saber el tiempo ni el sueldo devengado, sí dijo conocer que Vélez trabajaba a comisión con Vallejo.

En lo que se relaciona con la capacidad del patrono para satisfacer la prestación reclamada, desde el punto de vista del valor mensual de su nómina de trabajadores, cuestión ésta mal estimada también por el fallador, el recurrente señala error en la apreciación de la prueba de inspección ocular, pues no se imputó lo devengado por Vélez por concepto de comisiones, a pesar de que éstas tienen el carácter de salario, resultando por ello la dicha nómina mensual de la empresa de un valor de $ 800,45. En cambio, si se hubiese hecho el cómputo indicado, su valor habría sido de $ 1.179,05, sobrepasándose el límite que fija la ley para estos efectos.

El opositor, a su turno, replica que todas las pruebas del juicio, y no unas pocas, fueron debidamente apreciadas por el ad-quem, conforme a sus facultades de instancia y al sistema que impera en los juicios laborales; reproduce varios apartes jurisprudenciales del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sobre el particular y sobre las figuras del error de hecho y de derecho; examina las probanzas destacadas por el recurrente para significar que no ostentan lo pretendido por el impugnador, y las demás piezas que defienden las tesis opuestas, y alega acerca de los elementos necesarios para la existencia del contrato de trabajo y de los específicos para que se configure una relación de esta naturaleza con los agentes vendedores. Todo en defensa de la tesis y de las apreciaciones del fallo recurrido.

Se considera.

La demanda sintetizada presenta en forma contradictoria el camino para el examen del material probatorio a que se refiere, ya que enuncia apreciación errónea y falta de apreciación de un grupo de pruebas sobre el que no pudieron darse los dos fenómenos enunciados. Sinembargo, al examinárselas en la modalidad que parece más conforme con la decisión del ad-quem y con el propósito del recurrente resulta:

a) dijo el apoderado de Vallejo al contestar la demanda, según las propias transcripciones del cargo:

"En Pereira trabajó (Aldemar Vélez), como comisionista para vender de las siguientes casas: "...4) Con mi mandante Edmundo Vallejo, a quien también le vendió mercancías", (f. 10)".

"En el caso de Vélez, tomando la primera consideración, he afirmado que no solamente trabajaba para Vallejo sino también para las otras personas a que hago alusión en la contestación al punto primero de la demanda". (f. 13)".

De las manifestaciones anteriores lo único que aparece es que Vélez trabajó para Vallejo (y este hecho no lo desconoce el ad-quem) pero debe advertirse que, en ellas lo reconocido fue que tal trabajo se efectuó como "comisionista para vender" (para Vallejo y para otras personas) y esto otro tampoco fue negado por el fallador. No existe, pues, error de hecho sobre el particular, pero suponiendo que el Tribunal no hubiese reparado en ellas, al valorárselas como se reclama, tampoco podría deducirse la conclusión que interesa al recurso. Porque el comisionista para vender, puede tener o no contrato de trabajo; mas para estimarlo como empleado se requiere la presencia de las condiciones fijadas por el artículo 98 del CST, sobre la materia:

b) de la certificación de folio 25 v. no pueden deducirse todas las conclusiones que se pretenden ya que falta la correspondencia necesaria entre éllas y el hecho indicador. Pero si se supo-

ne que el almacén a que tal pieza alude es o era realmente de Vallejo, cabría observar que los testigos han hablado de un almacén de Vélez, atendido por éste y por la señora Laserna, situado en la carrera 9ª entre calles 13 y 14, esto es, que no se ostenta la identidad necesaria para dar paso a la demostración del cargo. Aparte de que si el trabajador se dedicaba a otros asuntos pierde nitidez el elemento "exclusividad" que contempla el precepto mencionado. Y la prosperidad de un cargo de la naturaleza del propuesto depende del error manifiesto que resalte de la debida apreciación de las probanzas.

c) que los Morales hubiesen manifestado que Vélez trabajaba para Vallejo en nada modifica la conclusión del **ad-quem**, pues éste no desconoció tal hecho, como se ha dicho, sino el de que ese trabajo se hubiese efectuado en las condiciones de subordinación necesarias para que se configurase el contrato laboral. Y las pruebas indicadas carecen de todo contenido sobre el particular. Ni se diga que, establecido el hecho de la prestación personal de servicios deba suponerse la vinculación contractual, porque, además de que el contrato de trabajo con agentes viajeros tiene modalidades especiales, que corresponde establecer al trabajador, en el proceso obran otras probanzas, no mencionadas por el recurrente, que fueron apreciadas en el sentido de que establecían la falta de subordinación o continuada dependencia, y

d) el testigo Gabriel Robledo Castaño solo dice, en el aparte transcrito por el recurrente, que sabe por comunicación directa de ambas partes que Vélez trabajaba a comisión con Vallejo, sin constarle nada más sobre el tiempo de los servicios ni el sueldo que devengaba.

De las piezas analizadas, únicas que se invocan para demostrar la tesis principal del recurso, no resulta que el sentenciador hubiese negado la existencia de un hecho establecido en el proceso, incurriendo en el error que se acusa. Mucho menos que tal error tenga carácter ostensible, como sería necesario para la prosperidad del cargo propuesto. En realidad, lo que acontece es que las pruebas que destaca el recurso no producen la convicción a que aspiraba la promotora de la litis, y que otras, de que no se ocupa la demanda de casación, inclinaron en contrario el juicio de los falladores de instancia, todo dentro de sus atribuciones, sin que el convencimiento definitivo resultase manifiestamente erróneo y susceptible de quebrantarse en el presente recurso extraordinario.

Finalmente, resultan inocuas las consideraciones relativas a la nómina de la empresa, ya que para estimar como sueldos recibidos por Vélez, habría sido necesario calificarlo, previamente, del modo perseguido por el acusador.

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 al recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio Secretario.

EN QUE CONSISTE LA SUBORDINACION O DEPENDENCIA. — EL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS O DE OBRAS PUEDEN DAR LUGAR A CONTRATOS DE TRABAJO, PERO EN TAL CASO, DEBEN DEMOSTRARSE LOS ELEMENTOS DE DICHOS CONTRATOS. — PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO

1. — La subordinación o dependencia, de conformidad con el artículo 23 del C. S. del T., tiene que ser continuada y en forma de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Es decir, que esa subordinación ha de consistir en poner a disposición del otro, el patrono, la capacidad, la energía de trabajo, que por ello queda sometida, jurídicamente hablando, bajo su dirección. Es precisamente este el pensamiento de los expositores Planiol y Ripert cuando al referirse a los contratos simplemente de obra, expresan: "pero si el obrero toma el trabajo a su riesgo, fuera de todo control ajeno, se convierte en empresario o sub-empresario, según que contrató con el dueño o con un empresario general".

2.—Tanto el arrendamiento de obras (locatio operatis), como el arrendamiento de servicios (locatio operarum), del derecho civil, pueden dar lugar a especies de contratos de trabajo, adecuándose sea al producto o al tiempo, pero en ambos, para que se conforme la calidad de contrato de trabajo, han de presentarse de manera clara e incontrovertible los elementos constitutivos del contrato de trabajo, que para el caso, están puntualizados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

3.—La presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo es verdadera y favorece el reconocimiento del derecho del trabajador, en tanto que no se demuestre por la parte opuesta, que los servicios no se prestaron en condiciones de continuada dependencia o subordinación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., once de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Miguel Angel Cantor, demandó por medio de apoderado ante el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, a la Compañía "Land Rober", representada por su Gerente, Danilo López, para que previos los trámites correspondientes y en sentencia definitiva, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenaciones:

"1º—Declarar la existencia del contrato de trabajo de índole verbal, celebrado entre Miguel Angel Cantor —como trabajador— y Land Rober —como patrono—. En desempeño de este contrato de trabajo mi poderdante laboró en forma continua durante el tiempo que va desde el 10 de junio de 1951 al 5 de noviembre de 1953, con una remuneración promedia y mensual de $ 400.00 m. cte.

"2º—Hacer las siguientes condenas en favor de mi representado señor Miguel Angel Cantor y en contra de la sociedad demandada 'Land Rober', por los conceptos que en seguida expreso:

"a) Cesantía ... ...$ 979.80
"b) Vacaciones.. ... ... 400.00
"c) Primas de servicio... ... ... 980.00
"d) Dominicales y festivos... ... ...

"e) A la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones debidas a los trabajadores.

"f) A las costas del presente juicio".

Dio como hechos, que contratando de manera verbal, trabajó al servicio de la demandada en forma continua como latonero, desde el 10 de junio de 1951 hasta el 5 de noviembre de 1953, con una remuneración mensual promedio de $ 400.00. Que los servicios fueron prestados por medio de contrato a destajo, en virtud del cual pactaba con la empresa el valor correspondiente a cada una de las reparaciones de automóviles, trabajando en los propios talleres de la demandada y usando máquinas y elementos de propiedad de la misma, como acetileno, oxígeno y demás herramientas, para la ejecución de los trabajos. Terminada la labor de latonería ordenada y dirigida por el Administrador, éste le recibía y hacía al actor las observaciones del caso para el perfeccionamiento de la tarea que en consecuencia, el demandante

jamás pactó reparaciones con los dueños de carros, pues, su actividad se limitaba a ejecutar trabajos de latonería encomendados por el Administrador, previo arreglo con éste del valor por tarea encomendada.

La compañía demandada contestó el traslado del libelo negando los hechos y oponiéndose a las pretensiones del demandante. Propuso las excepciones de "carencia de derecho" y "carencia de acción", fundadas en el hecho de no haber existido ninguna clase de contrato de trabajo, ni verbal, ni escrito.

Agotada la tramitación, el Juez del conocimiento absolvió a la demandada de todos los cargos formulados y condenó en costas, al llegar a la conclusión, de que los pagos que se hicieron al demandante por parte de la Compañía, no pueden considerarse salarios desde el punto de vista laboral, y porque no se demostró el elemento subordinación jurídica, indispensable para la existencia del contrato de trabajo.

El fallo fue apelado por el actor y concedido el recurso, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá lo decidió confirmando en todas sus partes la providencia del **a-quo** y condenando en costas al apelante.

Este mismo interpuso recurso de casación, que concedido y luego de la tramitación correspondiente, se va a decidir. Recurrente y opositor presentaron oportunamente sus respectivos escritos.

La demanda

Persigue la casación total de la sentencia, para que la Corte, Sala de Casación Laboral, constituída en Tribunal de instancia, revoque la del **a-quo** y en su lugar, despache favorablemente los pedimentos del libelo inicial.

Presenta dos cargos, que serán estudiados en el orden propuesto.

Primer cargo. — "La sentencia viola indirectamente el artículo 23 del C. S. del Trabajo, por haber incurrido el H. Tribunal en apreciación errónea, tanto de las posiciones absueltas por el representante de la demandada, como de los testimonios que obran en el proceso y del dictamen pericial, a travez (sic) de un error de hecho evidente o manifiesto, consistente en haber tenido como inexistente la subordinación jurídica del actor a la empresa o compañía Land Rober".

Agrega que, como consecuencia de la violación anterior, se infringieron los artículos 249, sobre derecho o auxilio de cesantía, 172 referente a descanso dominical, y 176 sobre forma de determinar el salario cuando éste no es fijo, para la remuneración del descanso dominical, 177 sobre remuneración de días festivos, 186 que establece las vacaciones anuales remuneradas, 189 que obliga al patrono a compensar en dinero las vacaciones cuando al terminar el contrato no se hubiese hecho uso de ellas, 306 sobre prima de servicios, y 65 sobre indemnización por no pago de salarios.

Alude a la sentencia del **a-quo**, en la cual éste aceptó no existir controversia sobre la prestación de servicios por parte de Cantor, pero sin embargo, no estimó como demostrado el elemento subordinación jurídica que es indispensable para la existencia de todo contrato de trabajo, y así expresó que los pagos que le hizo la empresa no pueden considerarse salarios desde el punto de vista laboral, por lo cual absolvió.

Que esta decisión fue aceptada integralmente por el Tribunal con la consideración además, de que a pesar de la tesis del apoderado del demandante en la segunda instancia, quien sostuvo tener plenamente establecidos los elementos del contrato de trabajo en los términos del artículo 23 del C. S. del T., y serle además favorable la presunción del artículo 24 siguiente, este precepto no excluye al trabajador de establecer que los servicios prestados lo fueron en una situación de subordinación jurídica, dependencia o subordinación exigida por el artículo 23 citado, entre sus elementos esenciales.

Hace análisis de las posiciones absueltas por el Gerente de la empresa, en las cuales, sostiene se produjo la confesión acerca de la dependencia del trabajador, y luego de amplia transcripción de las declaraciones y del dictamen pericial, pruebas en las cuales encuentra que contrarían sólo en parte la confesión aludida y que por lo demás la corroboran, cree dejar destruído el soporte en que descansa el fallo del Tribunal. Además, dice, que la compañía en ninguna de las instancias demostró la calidad de contratista independiente que se le asignó a Cantor, ya que, por el contrario, el trabajador laboró en favor de la empresa, utilizando medios y equipos de propiedad de ésta y actuando en sus mismos talleres. En cuanto a los riesgos, agrega, no se ha demostrado que el actor los corriera.

El opositor, a su vez, le hace reparos a la impugnación por error de hecho, pues, estima que la libre apreciación que concede al Juez el artículo 61 del procesal del Trabajo, impide que en el recurso de casación se desconozca dicha libertad.

En cuanto a las pruebas, y de manera especial lo que se relaciona con las posiciones, deben ser

analizadas, teniendo en cuenta el principio de indivisibilidad, es decir, acogiendo en su integridad el contenido de ellas y no únicamente pasajes aislados de las exposiciones que se estimen favorables. Se adentra en otras consideraciones para estar acorde con el fallo recurrido en cuanto en éste se apreció como no demostrado el elemento subordinación, requisito esencial en todo contrato de trabajo.

Se considera:

Para resolver lo planteado por el cargo, se hace indispensable el estudio de las pruebas, a fin de deducir de ellas, si en realidad existe el error de hecho evidente de no haber aceptado como establecido en los autos el elemento subordinación o dependencia, esencial en todo contrato de trabajo, como lo sostiene el recurrente, o si por no hallarse comprobado, la decisión del ad-quem no puede ser casada.

Danilo López, en las posiciones absueltas (fls. 33 ss.), en su calidad de Gerente y representante legal de la Empresa demandada, afirma que Cantor trabajaba en los talleres como latonero, haciendo los presupuestos de las reparaciones a la vez, aunque también hacía por fuera de los talleres y por su cuenta, reparaciones de esta naturaleza. Que por los trabajos verificados se le firmaban vales para ser cubiertos el día del pago. Que era él, Cantor, quien entregaba las obras realizadas y sólo cuando los interesados no acudían oportunamente, eran entregadas a López, quien las recibía para luego en caso de reclamos hechos por los interesados, por desperfectos en la parte técnica, correrle traslado a Cantor. Que los precios de las reparaciones los contrataba Cantor, y a veces por ausencia de éste lo hacía López como Gerente, más, en todo caso, asesorado de Cantor para poder dar el precio al dueño del automóvil. Que las herramientas y los materiales para las reparaciones eran de Cantor, y lo único que se le prestaba a veces era el equipo de oxígeno o cualquiera herramienta que no pudiera tener en el momento, lo cual se hacía en la misma forma que a otro particular, por medio de una ficha que el mismo taller suministraba. Que no se le pagó ninguna prestación, ni dominicales, porque Cantor no era trabajador del taller. Que Cantor para los trabajos a que se comprometía, tenía obreros pagados por él.

Antonio José Barrero (fl. 39 a 40), testigo presentado por la parte demandante y ex-trabajador de la empresa, conoció a Cantor como latonero de los talleres de Land Rober, y dice que entre el Gerente y él dirigían a Cantor en su trabajo de latonería por cuanto recibía los automóviles y se los entregaban a Cantor para que hiciera las reparaciones; más cualquiera que fuese la forma, éste fijaba el precio de ellas, y ganaba el 50% del precio fijado. Que utilizaba fichas del taller para obtener herramientas en calidad de préstamo para los trabajos a que se comprometía. Que herramientas y material los suministraba el taller.

Bernardo Jaramillo (fl. 18, 19 y 20) expresa que conoce el taller del cual es Gerente Danilo López por ser contador de él desde junio de 1951 y va todos los días al establecimiento; que Cantor iba a trabajar a los talleres cuando quería; que contrataba con López y realizaba los trabajos con ayudantes, es decir, aclara, con empleados que Cantor tenía bajo su dependencia; que los trabajos realizados eran de latonería y excepcionalmente de soldadura; que las herramientas eran de propiedad de Cantor y que éste estipulaba con López el precio determinado por la obra que se presentara, y algunas veces lo convenían los propietarios con López o con Cantor, sin que cuando esto último ocurría Cantor fuese desautorizado; que a Cantor no se le fiscalizaba la realización de la obra, ni el tiempo, ni la ejecución, es decir, explica en cuanto al tiempo, él era libre para desempeñar el trabajo en forma continua o para suspenderlo temporalmente; que es cierto que el actor no tenía salario fijo, ni honorario, ni sometimiento alguno a la empresa; que no estaba sometido al horario ni al reglamento de la empresa y que, aún más, cuando había trabajos de latonería, dentro del personal de la empresa no había quién los hiciera; que la obra se recibía a satisfacción, siempre, de quien la contratara.

Lucía García Cáceres (fls. 21 y ss.) depone que le consta, por ser la Secretaria de Danilo López, que Cantor no ha sido trabajador ni empleado permanente, porque trabajaba en el taller por cuenta de él y tenía obreros que él pagaba y manejaba como un patrón; que Cantor no estipulaba precio con López por las obras que ejecutaba en el taller; que utilizaba sus propias herramientas. Que hacía las obras con libertad, pues no estaba sometido a reglamento y a horario de trabajo, como los demás obreros; que era el único trabajador de latonería en el taller y que realizaba esos trabajos y los repartía entre los trabajadores que tenía bajo su dependencia; que asistía al taller tres o cuatro días por semana, pues, unas veces no iba, por lo general los lunes. Que Cantor tenía tres o cuatro obreros en forma permanente, y que ese

número variaba de acuerdo con el trabajo que tuviera; que sus trabajadores no podían entrar a hacer las reparaciones mientras él no estuviera; que cuando los dueños de carros, al recibir los trabajos no quedaban satisfechos, hacían el reclamo a Cantor; que con las fichas se le prestaban a Cantor algunas herramientas para que las llevara a su casa pero para trabajar en el taller no.

Julio César Aguado Durán (fls. 23 y ss.), afirma en su declaración que Cantor contrataba con el Gerente de la empresa los trabajos, y que esto le consta, porque llevó varios carros al taller para ser reparados. Que a veces López contrataba directamente las reparaciones de latonería con los dueños de los carros, previa consulta con Cantor, puesto que éste era quien fijaba los precios de los trabajos, más a veces no estaba presente Cantor en el horario de trabajo y entonces López contrataba las reparaciones que después sometía a la aceptación de Cantor. Que declara en calidad de revisor de la contabilidad y por ello sabe que no existe equipo especial para trabajos de latonería en el taller; no le consta que Cantor estuviese sometido a reglamento y a horario de trabajo y menos a salario fijo, pues no figura en la nómina de trabajadores. El precio de las reparaciones de latonería eran pagados por el taller, según le consta por haber visto en los libros de contabilidad. No le consta que Cantor haya prestado herramientas dentro del taller ni recuerda si la empresa tiene equipo de soldadura autógena o eléctrica.

Pedro Ignacio Ballén Ruiz (fls. 27 y ss.) testigo presentado por la parte actora, dice que le consta que Cantor fue contratado por la empresa Land Rober para que trabajara en latonería, más no le consta el arreglo personal que hayan hecho; que Cantor iba todos los días a trabajar, excepto algunos días que por diligencias personales no asistía al taller; que el actor no ganaba los domingos y días festivos porque el salario de ambos era a destajo; que la empresa para los trabajos de latonería suministraba materiales y herramientas, aunque Cantor llevaba martillos y bloques; que cuando Cantor necesitaba herramientas, enviaba a su ayudante; que primero el único latonero del taller fue Cantor y luego éste llevó dos ayudantes, los cuales duraron trabajando con él unos dos o tres meses, tiempo en el cual Cantor les pagó el sueldo; después éstos pasaron a órdenes de la empresa.

La inspección ocular prácticada en los libros de la empresa, es muy poco lo que aporta en luces a la cuestión debatida, por cuanto la perito fue nombrada para observar sobre el salario devengado por el actor y sobre la índole de la labor realizada.

Rindió el dictamen con una enumeración completa de lo pagado a Cantor por los trabajos verificados y hace una transcripción de la leyenda con que figuran esos pagos, todos los cuales se refieren a obras de latonería.

Lo anterior constituye la totalidad de las pruebas aportadas por las partes, y no se puede decir que de ellas se desprenda con evidencia el hecho por demostrar como esencial del contrato de trabajo: la subordinación o dependencia.

Están acordes los declarantes en afirmar, que el actor fue un trabajador para realizar obras que se determinaban previamente en sus características y precio; que las realizaba bajo su control y riesgo, con personal subalterno de obreros a quienes contrataba y pagaba directamente; que no se sometía a horario, ni a reglamento, y en cuanto a la realización, era autónomo; que para los trabajos de latonería el taller no tenía ningún obrero de esta especialidad, lo cual implica la necesaria contratación con Cantor. De otra parte, ningún elemento probatorio expresa una permanencia completa del actor en el talller durante las horas de trabajo, que recibiera instrucciones cada día para la ejecución de las obras que indistintamente se le impusieran, ni que formara parte de la nómina, porque si bien es cierto que los pagos se le hacían ordinariamente en la época de éstos, no le quita la eventualidad a la labor sujeta en sus realizaciones a las exigencias del cliente que antes que a ningún otro, llegaban a conocimiento del experto que aceptaba en cuanto forma y precio llevar a cabo su realización.

La prestación del servicio, y la remuneración por éste, perfectamente establecidos en los autos, habían llevado a la convicción de la existencia de un contrato de carácter laboral si la ausencia del otro elemento esencial, que resulta de las probanzas aportadas, no impusiera la conclusión a que llegó el **ad-quem** para absolver, al no encontrar establecido el elemento subordinación; subordinación o dependencia, que de conformidad con el artículo 23 del C. S. del T. invocado, tiene que ser continuada y en forma de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Es decir, que esa subordinación ha de consistir en poner a disposición del otro, el patrono, la capacidad, la energía de trabajo, que por ello queda sometida, jurídicamente hablando, bajo su dirección. Es precisamente este el pensamiento de los expositores Planiol y Ripert cuando al

referirse a los contratos simplemente de obra, expresan: "pero si el obrero toma el trabajo a su riesgo, fuera de todo control ajeno, se convierte en empresario o sub-empresario, según que contrató con el dueño o con un empresario general".

Resta dejar establecido que, tanto el arrendamiento de obras (locatio operis), como el arrendamiento de servicios (locatio operarum), del derecho civil, pueden dar lugar a especies de contratos de trabajo, adecuándose sea al producto o al tiempo, pero en ambos, para que se conforme la calidad de contrato de trabajo, han de presentarse de manera clara e incontrovertible los elementos constitutivos del contrato de trabajo, que para el caso, están puntualizados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

No aparece ostensible el error de hecho acusado por el recurrente según el análisis de las pruebas, que llevara al Tribunal Seccional a no estimar el elemento subordinación en la prestación de servicios debatida, única manera de hacer procedente la solicitud de revisión impetrada, y al prosperar este primer aspecto de la acusación todo avance en el estudio de las disposiciones que también cita como violadas, es inoficioso. El cargo no prospera.

Segundo cargo.—La sentencia viola directamente, por errónea interpretación el artículo 24 del C. S. del T. en cuanto éste presume que toda prestación de servicios personales, está regida por contrato de trabajo. A consecuencia de esta equivocada interpretación se infringieron los artículos 249, 172, 176, 177, 186, 189, 306 y 65 del C. S. del T., y como resultado final, el sentenciador se pronunció por la absolución del demandado.

Para sustentarlo afirma, que a pesar de que el Tribunal Seccional dic por establecida la prestación de servicios, estimó como no demostrado el elemento subordinación, indispensable para aceptar la existencia del contrato de trabajo, y a pesar tambien, de la presunción que establece el artículo 24 del C. S. del T., sostiene la sentencia; que este precepto no excluye al trabajador de la obligación de establecer que los servicios prestados lo fueron en una situación de subordinación jurídica, como tampoco queda eximido de probar los tres elementos esenciales de la relación de trabajo. Que según lo que queda expresado, sólo para esta clase de servidores se invierte el principio "actori incumbet probatio" y se descarga el peso de la prueba sobre la otra parte, lo cual está en contradicción con la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que ha expresado: "La ley colombiana presume el contrato de trabajo en toda relación de servicios personales, vale decir, que comprende a todas las categorías sin excepción". Para concluir sostiene que la Compañía no desvirtuó la plena prueba de la presunción del artículo 24 del C. S. del T.

El opositor estima a su vez, que lo lógico hubiera sido invocar el artículo 24 en el primer cargo, pero que aún así resulta evidente que el Tribunal estimó destruída por las pruebas la presunción, y no hay base para declarar probada la existencia del contrato de trabajo. Que no puede hablarse de errónea interpretación del artículo 24, que por su texto claro no es susceptible de interpretación, porque en tratándose de una presunción legal, como la que establece el precepto, es admisible la prueba en contrario, que fue precisamente lo que encontró el Seccional comprobado con las establecidas en los autos.

Se considera:

Tiene razón el recurrente al sostener que el sentenciador interpretó erróneamente el artículo 24 del C. S. del T. cuando afirma en el fallo recurrido, que la presunción de este precepto, no excluye al trabajador de la obligación de establecer que los servicios prestados lo fueron en una situación de subordinación jurídica, porque la presunción es verdadera y favorece el reconocimiento del derecho del trabajador, en tanto no se demuestre por la parte opuesta, que los servicios no se prestaron en condiciones de continuada dependencia o subordinación.

Sobre el mismo tema, la Corte, Sala de Casación Laboral, en reciente fallo, ha dicho: "En virtud del artículo 24 del Código Laboral, 'se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo', pero tal presunción, como tuvo oportunidad de advertirlo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, no es de derecho sino juris tantum, por lo cual admite prueba en contrario, es decir, permite demostrar que los servicios personales recibidos se prestaron en razón de un vínculo distinto al de contrato laboral... El sentenciador no incurrió en interpretación errónea del artículo 24 citado, por la circunstancia de aceptar contraprueba a la presunción juris tantum establecida en esa norma, porque por su naturaleza esta figura jurídica lleva en sí la posibilidad de ser destruída en la controversia judicial".

No interpretó, pues, el Tribunal Seccional en forma correcta la norma, mas como quedó establecido al considerar el primer cargo propuesto, los servicios prestados por el trabajador se prestaron en forma distinta al de un contrato de trabajo, la sentencia no podrá reformarse y la con-

tinuación del estudio de este segundo cargo en cuanto a las otras normas que se citan como infringidas, es ineficaz.

En mérito de todo 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 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el juicio seguido por Miguel Angel Cantor contra la Compañía Land Rober, ambos con domicilio en esta ciudad.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón—Enrique Arámbula Durán—Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAS RELACIONES LABORALES ENTRE LOS TRABAJADORES OFICIALES QUE APARECEN LIGADOS POR CONTRATO DE TRABAJO, Y LA ADMINISTRACION, SE RIGEN POR LAS NORMAS APLICABLES A LOS TRABAJADORES PARTICULARES QUE ESTABAN EN VIGENCIA ANTES DE LA EXPEDICION DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — MEDIO NUEVO EN CASACION. — ERROR DE HECHO. — REFORMATIO IN PEJUS. —VIOLACION DE UNA NORMA CONSTITUCIONAL

1.—Es inadsible que en casación la parte recurrente niegue la existencia de una relación contractual que reiteradamente confesó en las instancias.

Y es que ningún precepto de orden público se opone a la conclusión del Tribunal, porque aun cuando es cierto que de las pruebas traídas a los autos aparece la naturaleza oficial del Colegio demandado, y la calidad de empleado oficial que tuvo el demandante, ello no se opone a que su relación pueda considerarse como de contrato de trabajo y regularse por las normas pertinentes a éste, pues la ley colombiana consagra esta ficción según el principio general del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 en armonía con la regla especial del artículo único de la Ley 6ª de 1946.

No hay pues, en el planteamiento que hace el recurrente una razón de puro derecho o un aspecto relativo al orden público que le permita a la Corte avocar y decidir el punto que se le propone. Se trata simplemente de una cuestión de hecho no alegada en las instancias y que, por lo tanto, constituye un verdadero "medio nuevo" en casación según la reiterada doctrina de la Corte que aparece compendiada en sentencia de 22 de junio de 1956 (G. J. LXXXIII, pág. 69).

2.—Habiendo temido el demandante el carácter de empleado oficial, y sobre la base de que el vínculo que ligó a las partes ha de considerarse como de contrato laboral, el ordenamiento jurídico que gobernó la situación de autos no es el del Código Sustantivo del Trabajo, sino el que regía para los trabajadores particulares antes de la expedición de este Estatuto y que continúa vigente para los trabajadores oficiales que aparezcan ligados por un contrato de trabajo en virtud de la ficción legal que establece el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el artículo único de la Ley 6ª de 1946. Este tema jurídico ya fue explicado y definido por la Corte, como puede verse en la sentencia de 19 de diciembre de 1956 (G. J. T. LXXXIII, pág. 1150).

3 — La acusación contra las disposiciones del C. S. del T. que cita el recurrente, debió proponerse por infracción directa, por haberse aplicado tales normas a una situación no regulada por ellas, pero no cabía hacerlo como lo presentan los cargos, por error de hecho, ya que este medio de infracción obedece simplemente a un fenómeno de error en la apreciación probatoria, pero bajo el supuesto necesario de que la norma o normas respectivas sean aptas para regular el derecho discutido.

4 — Respecto a vacaciones el Seccional se limitó a confirmar la absolución del a-quo. La parte demandante no apeló del fallo de primera instancia, conducta procesal que traduce su voluntaria conformidad con tal absolución y que hizo perder a dicha parte el interés jurídico para recurrir en casación en busca de una condena por este extremo de la litis. Además, las pretensiones del acusador chocan con el principio de la REFORMATIO IN PEIUS enunciado al decidir el cargo único del Capítulo III de recurso del Colegio demandado, porque la condena que se solicita desmejoraría la situación de ese Instituto, único apelante de la sentencia de primer grado.

5 — El impugnador reclama falta de consonancia entre la sentencia y la demanda respecto al pedimento de costas, pero olvida que estas materias tienen sus reglas específicas y propias en el Estatuto procedimental y con las cuales era necesario integrar la proposición jurídica acusatoria para presentarla al examen de la Corte, sin que bastara la cita escueta del art. 45 de la Constitución que trae el cargo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, trece de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, en el juicio adelantado por JORGE MORA TOSCANO contra el COLEGIO DE BOYACA.

Antecedentes

Jorge Mora Toscano demandó, por medio de apoderado, ante el Juez del Trabajo de Tunja, al Colegio de Boyacá, representado por su Síndico, señor Jorge Sarmiento Buitrago y por el Gerente de la Caja de Previsión Social del Instituto Reverendo Padre Luis Leví Leguizamón, para que se declarase que el Instituto demandado incumplió el contrato de trabajo que tenía celebrado con el actor y se condenara a aquél a pagar a éste la suma de $ 10.670.00 por concepto de lucro cesante, perjuicios materiales y morales, vacaciones y auxilio de cesantía, así como también la indemnización por mora en el pago de deudas laborales y las costas del juicio.

Los hechos del libelo, en lo fundamental dicen: Que Mora Toscano fué elegido Síndico del Colegio de Boyacá en el mes de febrero de 1949 para el período que terminaba el 31 de enero de 1950; que en la sesión de la Consiliatura celebrada el 1º de febrero de 1950, Mora Toscano fué reelegido en el mismo cargo "para el período comprendido del 1º de febrero de 1950 al 31 de enero de 1951", pero que según el artículo 19 de los Estatutos del Colegio (Acuerdo Nº 2 de 5 de febrero de 1948) que establece que "El Síndico será nombrado por la Consiliatura para períodos de dos años, pero podrá ser reelegido", dicha elección configuró un contrato de trabajo entre Mora Toscano y el Colegio de Boyacá con término fijo de dos años que empezaron el 1º de febrero de 1950 y debían terminar el 31 de enero de 1952; que estando Mora Toscano en ejercicio de su cargo, la Consiliatura, con fecha 21 de febrero de 1951, decidió romper unilateralmente el contrato de trabajo que tenía pactado con el demandante, y procedió a reemplazarlo, nombrando, al efecto, al señor Jorge Sarmiento Buitrago, quien entró a suceder al actor el 15 de marzo de 1951; que la terminación del contrato de trabajo referido fué ilegal pues las partes no habían pactado ni podían pactar válidamente cláusula de reserva, y al demandante no se le dio ni pagó preaviso alguno, ni se le cancelaron previamente todas sus prestaciones, ni la reforma, posterior a su contrato, que se hizo a los Estatutos del Colegio, acortando a un año el período del Síndico, podía afectar el derecho adquirido del actor a que se le respetara el primitivo término estatutario de dos años; que el incumplimiento del contrato por parte del Colegio de Boyacá causó al actor perjuicios consistentes en el lucro cesante y en el daño emergente, que deben serle indemnizados; que a Mora Toscano no se le concedieron vacaciones, ni al ser despedido se le pagó su auxilio de cesantía ni las demás prestaciones legales, las que deben serle liquidadas sobre la base de un sueldo mensual de $ 420.00; y que el 12 de abril de 1951, Mora Toscano solicitó de la Caja de Previsión Social del Colegio de Boyacá el reconocimiento de sus prestaciones sociales, sin que hasta la fecha de la demanda le haya sido resuelta su solicitud.

El procurador judicial del Instituto demandado se opuso a la acción manifestando que la Consiliatura del Colegio al nombrar por segunda vez a Mora Toscano el 1º de febrero de 1950, lo hizo para un período expreso de un año, contado desde esta fecha hasta el 31 de enero de 1951; que es verdad que el Reglamento del Colegio fija períodos de dos años para el cargo de Síndico, pero que la Consiliatura bien puede apartarse de sus propios reglamentos, haciendo elección por sólo un año, como sucedió con el actor; que no es cierto que la terminación del contrato de trabajo entre el patrono (Consiliatura del Colegio) y el empleado Mora Toscano haya sido ilegal, pues el nombramiento fué de duración determinada y Mora Toscano desde el mismo día que aceptó el cargo sabía que su contrato de trabajo era solamente por un año que expiraba el 31 de enero de 1951, por lo cual la Consiliatura desde aquel día quedaba en plena libertad para nombrar a otra persona en ese cargo, sin necesidad de dar a Mora preaviso alguno; que además de que Mora sabía con un año de anticipación cuándo terminaba su período, debía suponer que no sería reelegido, entre otras cosas, por la pugna y desacuerdo permanente que existió entre él y el Rector de entonces que era al mismo tiempo Vicepresidente de la Consiliatura; que no procede la petición de vacaciones, pues tanto el Síndico como los profesores y demás empleados del Colegio gozan de descansos remunerados quince días a mediados de cada año y en los me-

ses de diciembre y enero, de todos los años; que la Caja de Previsión Social del Colegio, reconoció al actor $ 639.89 por cesantía y que presentada por éste la cuenta de cobro respectiva, dicho valor se le giró en un cheque que Mora Toscano no se presentó a retirar, cheque que acompaña a la contestación de la demanda para que sea entregado a su destinatario por el Juez; que el actor no tenía derecho a alimentación ni a alojamiento y que si la Resolución de la Caja tuvo en cuenta el alojamiento para liquidar la cesantía, lo hizo en forma gratuita y sin fundamento alguno; y que solamente el señor Jorge Sarmiento Buitrago, como Síndico, es el representante legal del Colegio, pues el gerente de la Caja de Previsión no representa al establecimiento demandado. Además propuso la excepción de pago respecto al pedimento por cesantía.

En sentencia de 22 de abril de 1953, el Juez del conocimiento dispuso:

"1º — Condenar al Colegio de Boyacá, de esta ciudad, representado en el Síndico de dicho plantel, a pagar a favor del señor Jorge Mora Toscano, la suma de DOS MIL UN PESO CON VEINTIOCHO CENTAVOS ($ 2.001,28), por concepto de lucro cesante en el presuntivo.

"2º — Condenar al Colegio de Boyacá representado en el Síndico de dicho plantel, a pagar a favor del señor Jorge Mora Toscano la suma de OCHOCIENTOS UN PESO CON ONCE CENTAVOS ($ 801,11) por concepto de cesantía

"3º — Condenar al Colegio de Boyacá, representado por el Síndiio de dicho plantel, a pagar a favor del señor Jorge Mora Toscano, la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($ 3.872,00) por concepto de salarios caídos.

"4º — Condenar al Colegio de Boyacá, representado en el Síndico de dicho plantel, a pagar las costas del juicio. y

"5º — Absolver al Colegio de Boyacá, de las demás peticiones de la demanda".

El Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, al conocer de la apelación interpuesta por el apoderado del Colegio demandado, en fallo de 8 de octubre del mismo año y con salvamento de voto del Magistrado Dr. Carlos E. Restrepo J. decidió la alzada así:

"1º REVOCASE el numeral 1º de la sentencia apelada.

"2º CONFIRMASE el numeral 2º de la misma providencia.

"3º MODIFICASE el numeral 3º, el cual quedará así:

"CONDENASE al Colegio de Boyacá representado por su Síndico señor Jorge Sarmiento Buitrago a pagar a favor del señor JORGE MORA TOSCANO, la suma de CINCO MIL OCHOCIENTOS DOS PESOS ($ 5.802.00) Mcte. por concepto de salarios caídos.

"4º CONFIRMASE el numeral 5º

"5º Sin costas en la presente instancia".

Posteriormente el Tribunal corrigió el Nº 3º de su fallo, por haber incurrido en error aritmético, y fijó la condena por "salarios caídos" en la suma de $ 5.302.00.

LA CASACION

Por razones de orden lógico se estudiará primero la demanda del Colegio de Boyacá.

El recurso de la parte demandada

Divide su acusación en dos capítulos y mediante la formulación de tres cargos con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T. y uno con base en la causal segunda, persigue la casación parcial de la sentencia indicada, "en cuanto por ella se condenó al Colegio de Boyacá a pagar a Jorge Mora Toscano la suma de $ 801.11, por concepto de auxilio de cesantía y de $ 5.302, 00, por salarios caídos, y que, como Tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado de Trabajo de Tunja el 22 de abril de 1953, en sus ordenamientos 1º, 2º, 3º y 4º, absolviendo en su lugar a la parte que represento de estos cargos del libelo".

CAPITULO I

Primer cargo

Está formulado así: "Acuso la sentencia recurrida por error de hecho en que incurrió el H. Tribunal del Trabajo de Tunja, consistente en la no apreciación de determinadas pruebas que en seguida especificaré, lo cual lo condujo a la violación del artículo 2º del Decreto-Ley 2158 de 1948, por aplicación indebida, que a su turno llevó al H. Tribunal a violar los artículos 1º de la Ley 6ª de 1945; 4º, 22, 65 y 249 del C. S. del T y 5º del C. P. y M. normas éstas sustantivas de carácter nacional".

Como pruebas dejadas de apreciar, se indican: Los Estatutos del Colegio de Boyacá, contenidos en la Ordenanza 24 de 1912 de la Asamblea de Boyacá (fls. 100 y 100 vto.); la inspección ocular practicada sobre los libros y archivos del Colegio (fls. 83 y 84); las Actas Nos. I de 1950 y 4 de 1951 (fls. 69), y 20 de 22 de febrero de 1949 y 9 de 10 de marzo de 1950 sobre nombramiento

y posesión del actor como Síndico del plantel respectivamente.

Sostiene el acusador que siendo el Colegio de Boyacá una Institución fundada con carácter oficial según Decreto de 17 de Mayo de 1822, el Síndico, cargo que fué creado por la Ordenanza 24 de 1912, es un empleado departamental, que no está ligado al Departamento ni al Colegio por un contrato de trabajo sino por una relación de derecho público, por lo cual su situación no se regula por los artículos 249 y 65 del C. S. del T. sino por el régimen de prestaciones oficiales; que en tales condiciones la jurisdicción especial del trabajo no puede conocer de juicios contra el citado Colegio, por cuanto, en relación con el Síndico, no existe contrato de trabajo, ya que a éste empleado se le exige la posesión entre las condiciones esenciales para entrar a ejercer el cargo; que, en consecuencia, el Seccional violó lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2158 de 1948, que exclusivamente y en tratándose de acciones ordinarias, sólo dá competencia a la Jurisdicción del trabajo para "decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo"; que violó también el artículo 22 del C. S. del T., que define lo que se entiende por contrato de trabajo, ya que lo aplicó indebidamente a un caso en donde tal contrato no existía; que infringió igualmente el artículo 65 ibidem que sanciona la mora del patrono que a la terminación del contrato de trabajo no paga los salarios y prestaciones, pues en este caso no puede hablarse de patrono ni de trabajador en el sentido que a estas palabras les dá el Derecho del Trabajo; que asimismo violó el artículo 249 del Código, por cuanto él otorga un derecho a los trabajadores particulares ligados con un patrono por un contrato de trabajo, é infringió el artículo 5º del C. de R. P. y M, ya que, definiendo éste lo que se entiende por empleado público, no lo aplicó al caso de autos.

Agrega el recurrente que como el contrato de trabajo no se configura porque así lo denominen las partes, ni deja de serlo porque se le dé otro nombre, el cargo no constituye un medio nuevo en casación, ya que el problema planteado se refiere al orden público, que no puede renunciarse, y los documentos que demuestran el vínculo que ligó al actor con el Instituto demandado se sometieron a la consideración del Juzgado y del Tribunal de instancia. Termina el acusador afirmando que la violación de las citadas normas incidió en la parte resolutiva del fallo, por cuanto en éste se hacen condenas en contra del Colegio de Boyacá, como si el actor hubiere estado vinculado al plantel con un contrato de trabajo.

Se considera:

Persigue el recurrente que la Corte declare que entre las partes de esta litis no existió un vínculo contractual de trabajo sino una relación de derecho público, ajena, por lo tanto, a la competencia de la jurisdicción laboral. Pero la Sala estima que no procede detenerse en el estudio de fondo del problema planteado por el acusador, porque es suficiente, para desestimar el cargo, advertir que en él se propone un medio nuevo, inadmisible en casación.

En efecto, la existencia del contrato laboral no fué punto debatido en la litis, pues tánto el demandante como el Instituto demandado sostuvieron durante todo el juicio que su vínculo fué de esta naturaleza; y concretamente la parte demandada, cuyo recurso se estudia, así lo aceptó desde la contestación de la demanda como puede verse de la relación que sobre el particular se hizo al principio de este fallo, y que luego ante el Tribunal, el apoderado del Colegio reafirmó en su alegato diciendo: "De suerte pues, que si el señor Síndico al ser nombrado por un período de un año consideraba que con esto se habían violado los estatutos del Colegio, tenía completa libertad para no aceptar el nombramiento, o sea en el presente caso el contrato de trabajo con el Colegio de Boyacá, pues a eso equivale el nombramiento". Por eso el Juez de primer grado y el Tribunal al calificar el vínculo como de contrato de trabajo advirtieron que no se detenían en el estudio de este punto, porque no habiendo sido materia de controversia era innecesario entrar a considerarlo (fls. 113 del cuaderno 1º y 47 del cuaderno 2º). Resulta entonces inadmisible que ahora en Casación la parte demandada niegue la existencia de una relación contractual que reiteradamente confesó en las instancias.

Y es que ningún precepto de orden público se opone a la conclusión del Tribunal, porque aún cuando es cierto que de las pruebas traídas a los autos aparece la naturaleza oficial del Colegio demandado, y la calitad de empleado oficial que tuvo el demandante, ello no se opone a que su relación pueda considerarse como de contrato de trabajo y regularse por las normas pertinentes a éste, pues la ley colombiana consagra esta ficción según el principio general del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 en armonía con la regla especial del artículo único de la Ley 6ª de 1946.

No hay pues, en el planteamiento que hace el recurrente una razón de puro derecho o un aspecto relativo al orden público que le permita a la Corte avocar y decidir el punto que se le pro-

pone. Se trata simplemente de una cuestión de hecho no alegada en las instancias y que, por lo tanto, constituye un verdadero "medio nuevo" en casación según la reiterada doctrina de la Corte que aparece compendiada en sentencia de 22 de junio de 1956 (G. J. LXXXIII, pág. 69).

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Cargos segundo y tercero

Se estudiarán conjuntamente por cuanto ambos se resuelven con una misma consideración de derecho.

Sobre la base de que el sentenciador incurrió en error de hecho por equivocada apreciación de pruebas que se singularizan, el segundo cargo acusa infracción indirecta de los artículos 249 y 253 del C. S. del T. y 100 del C de P del T; y el tercero acusa violación, por aplicación indebida, del artículo 65 del C. S. del T.

En cuanto al segundo cargo explica el acusador que en la inspección ocular se determinó únicamente el sueldo del demandante en enero de 1951, pero que no existe prueba de lo devengado por éste en el mes de febrero, no obstante lo cual el Tribunal procedió a efectuar la condena presumiendo que el sueldo del actor no tuvo variaciones posteriores; que el ad-quem no interpretó correctamente la Resolución de la Caja de Previsión del Colegio sobre reconocimiento del valor de la cesantía a Mora Toscano y el cual ha debido respetarse por cuanto fué aceptada por el demandante, ya que su manifestación de reservarse el derecho de posterior reclamo en caso necesario no implicaba su no aceptación de tal suma; que la circunstancia de que cinco días después hubiera el actor pasado la cuenta que obra a fls. 58, indica que éste no creyó necesario hacer posteriores reclamos contra la citada Resolución; que habiéndose reconocido por la Caja un derecho concreto al demandante, éste carecía, en cuanto a lo allí reconocido, de acción para reclamarlo por la vía ordinaria, teniendo únicamente la vía ejecutiva para hacer efectivo ese derecho que nadie discutía y cuya obligación constaba en acto o documento emanado del Colegio; y que ni siquiera con el salario que presumió el Tribunal, se encuentra bien liquidada la cesantía que se reclama. Termina así el impugnador: "Este error evidente de hecho en que incurrió el H. Tribunal, incidió en la parte Resolutiva de la sentencia recurrida, ya que si no hubiera sido por tal error, no se hubiera condenado al Colegio de Boyacá como se hizo al pago de un derecho ya reconocido, ni por la suma que se expresa en la sentencia. Se violaron en consecuencia las normas citadas al plantear este cargo".

Respecto al cargo tercero dice el impugnador que al ser nombrado nuevamente Síndico, Mora Toscano reclamó de la Consiliatura el pago de unas vacaciones, reclamo que volvió a hacer cuando entregó el cargo al nuevo Síndico; que igualmente pidió se le reconociera el valor del sueldo durante el tiempo gastado en la entrega de su cargo; que posteriormente, y sin saberse cuándo, reclamó de la Caja de Previsión del Colegio, entidad autónoma y con personería jurídica propia, el pago de sus prestaciones sociales; que tramitada la correspondiente solicitud, la Caja expidió la Resolución reconociéndole la suma que allí aparece y que es la que confiesa la Institución deberle al actor; que Mora Toscano se notificó de dicha Resolución el 25 de abril y no interpuso contra ello recurso alguno, y que implícitamente aceptó no tener que hacer posteriores reclamos contra ella, ya que el 30 de abril pasó las cuentas de cobro respectivas; que se ignora si entre esta última fecha y el 30 de julio siguiente solicitó Mora el pago de la suma reconocida; que lo único cierto es que el cheque respectivo le fué girado el 2 de agosto y el 8 del mismo mes se le notificó al Colegio la demanda judicial que motivó este juicio; que no aparece probado el reclamo hecho por el actor sobre prestaciones desde el 12 de abril de 1951, pues la nota de fs. 2 está suscrita por persona cuya identidad se ignora y carece de sello responsable; que durante el tiempo que duró la tramitación de la solicitud ante la Caja mal pueden causarse "salarios caídos", ya que esta sanción sólo procede en casos de mala fé y no se aplica a quien reconoce su obligación; que la Caja no podía consignar suma alguna a favor del empleado mientras no se produjera el desacuerdo en cuanto al monto de dichas prestaciones, pero que hizo la consignación cuando después de aceptada determinada suma, el actor, quien no hizo uso de los recursos legales contra la Resolución de reconocimiento, se negó a recibir y prefirió demandar al Plantel. Y finaliza el acusador: "Así las cosas hubo por parte del H. Tribunal una indebida aplicación de la norma sustantiva, que incidió en la parte resolutiva de la sentencia, desde luego que condenó al Colegio al pago de los salarios caídos. Igualmente se configura de acuerdo con lo dicho, una interpretación errónea de la norma".

Se considera:

De las pruebas que obran en los autos aparece que el Colegio de Boyacá es una institución docente de carácter oficial, como con acierto lo sos-

tiene en su primer cargo el recurrente. Así lo indica el Decreto que lo estableció, dictado el 17 de mayo de 1822 por el General Santander (en desarrollo de la Ley de 6 de marzo del año 11º. (1821), número de orden 14 de la Codificación Nacional) y cuyo artículo 1º dice: "En conformidad del artículo 1º de la citada ley, se establece en la ciudad de Tunja, Capital del Departamento de Boyacá un colegio donde se eduque la juventud bajo las reglas que prescribirá el Gobierno, y con el nombre de Colegio de Boyacá". Lo demuestra también la Ordenanza 24 de 1912 de la Asamblea de Boyacá (fls. 100 vto. del C. 1º) y el Acuerdo Nº 2 de 5 de febrero de 1948 sobre Reglamento del Colegio (fls. 12 a 42 ibidem) normas éstas que ostensiblemente dicen del origen oficial de la Institución y de la intervención directa que tienen el Gobernador y la Asamblea de Boyacá en la designación de las directivas del Instituto (el Rector es nombrado por el Gobernador, el Director de Educación preside la Consiliatura o cuerpo de Gobierno del Colegio, dos Consiliarios son nombrados por la Asamblea), y que hablan también del auxilio oficial que se vota anualmente para "el sostenimiento" del citado Instituto y del régimen de control oficial sobre su presupuesto fiscal. Y, en consecuencia, los empleados al servicio del Colegio de Boyacá son también oficiales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5º del C. de R. P. y M y 4º del Decreto 652 de 1935, situación que, respecto al actor, aparece todavía aún más evidente a través del juramento que prestó para la posesión del cargo y del pago correspondiente de estampillas, que son requisitos legales para el desempeño de destinos públicos.

Habiendo tenido el demandante el carácter de empleado oficial cuando prestó sus servicios de Síndico al Colegio demandado, cuestión que no admite dudas por las razones ya analizadas, y sobre la base que trae la sentencia y que se mantiene por no haber prosperado el primer cargo, de que el vínculo que ligó a las partes ha de considerarse como de contrato laboral, el ordenamiento jurídico que gobernó la situación de autos no es del Código Sustantivo del Trabajo, sino el que regía para los trabajadores particulares antes de la expedición de este Estatuto y que continúa vigente para los trabajadores oficiales que aparezcan ligados por un contrato de trabajo en virtud de la ficción legal que establece el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el artículo único de la Ley 6ª de 1946. Este tema jurídico ya fué explicado y definido por la Corte, como puede verse en la sentencia de 19 de diciembre de 1956, que decidió el recurso de casación en el juicio que Miguel Insignares adelantó contra la Sociedad Raymond Concrete Pile Company of South America, no publicada todavía en la Gaceta de la Corporación.

Las consideraciones anteriores llevan a la necesaria conclusión de que el error del sentenciador estuvo fundamentalmente en haber decidido estos aspectos de la litis con aplicación de las normas del C. S. del T. que no eran las que regulaban las materias controvertidas. La acusación, entonces, contra las disposiciones del Código Sustantivo que cita el recurrente, debió proponerse por infracción directa, por haberse aplicado tales normas a una situación no regulada por ellas, pero no cabía hacerlo como lo presentan los cargos, por error de hecho, ya que este medio de infracción obedece simplemente a un fenómeno de error en la apreciación probatoria, pero bajo el supuesto necesario de que la norma o normas respectivas sean aptas para regular el derecho discutido.

Los cargos son ineficaces y no prosperan.

CAPITULO II

Cargo único

Dice el impugnador: "Acuso la sentencia recurrida dentro de la causal segunda del artículo 87 del C. P. del T. (Decreto 2158 de 1948), por cuanto ella, violando el artículo 494 del C. J. aplicable por analogía a los juicios del Trabajo, según lo establece el artículo 145 del citado Decreto, contiene decisiones que hicieron más gravosa la situación de la parte demandada, única apelante del fallo de primera instancia".

El acusador sustenta así el cargo: "En efecto, la sentencia proferida por el Juzgado del Trabajo de Tunja el 22 de abril de 1953, al fallarse —respecto a la acción por salarios caídos instaurada por el actor en su demanda—, condena al Colegio de Boyacá, en el numeral 3º de la parte resolutiva "a pagar a favor del señor Jorge Mora Toscano, la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($ 3.872,00), por concepto de salarios caídos", y la sentencia de segunda instancia, proferida por el H. Tribunal del Trabajo de Tunja el 8 de octubre de 1953, corregida por providencia de 15 del mismo mes (folios 64 y 65), modifica el citado numeral, y se condena a la misma institución a pagar a Mora Toscano "la suma de CINCO MIL TRESCIENTOS DOS PESOS ($ 5.302,00), por concepto de salarios caídos".

"Como puede verse a los folios 150 y 151 del cuaderno número 1 y 1 y 5 del cuaderno número 2, el único apelante fue el Colegio de Boyacá.

"En consecuencia, el H. Tribunal de Tunja, reformó el fallo apelado en contra del único apelante, haciéndole más gravosa la situación y violando así, en lo que se refiere a la acción por salarios caídos, que conserva su propia individualidad, las normas citadas al plantear el cargo".

Se estudia:

Tiene razón el recurrente, pues el Juez de primer grado condenó a la suma de $ 3.872.00 por concepto de "salarios caídos", y como solamente apeló el Colegio demandado, no podía el Seccional aumentar la condena por este extremo de la litis sin violar el principio de la reformatio in peius consagrado en el artículo 494 del C. J. y en virtud del cual no le es dable al Superior hacer más gravosa la situación del único apelante.

Prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia en este aspecto de la condena por indemnización moratoria, porque respecto a él, incurrió el ad-quem en la causal segunda de casación laboral invocada en el cargo, al elevar su valor a la suma de $ 5.302.00. La Corte, en función de instancia, reducirá el valor de dicha indemnización a la suma fijada en el fallo de primer grado.

La demanda del trabajador

Mediante la formulación de tres cargos, el recurrente persigue la casación parcial de la sentencia indicada, para que en su lugar se dicte "la correspondiente sentencia al tenor de la demanda"; y concreta el alcance de la impugnación en los siguientes términos:

"A) La impugno en cuanto el numeral 1º de la parte resolutiva "revoca el numeral 1º de la sentencia apelada" y deja insubsistente, por tanto, la condenación que el Juez de primera instancia hizo respecto de los "salarios faltantes" para completar la prórroga presuntiva del contrato de trabajo;

"B) La impugno en cuanto el numeral 4º de la parte resolutiva "confirma el numeral 5º" de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, absolviendo, en consecuencia, al demandado del pago de vacaciones, que fué solicitado en la PETICION CUARTA de la demanda; y

"C) La impugno en cuanto en ninguna parte de la sentencia recurrida se resolvió nada sobre las "costas" a que fué condenada la parte demandada por el Juzgado de primera instancia".

Primer cargo

Acusa infracción indirecta de los artículos 49 y 64 del C. S. del T. a través de error manifiesto de hecho consistente en no dar por establecido, estándolo, que por parte del Colegio de Boyacá hubo consentimiento tácito a la prórroga presuntiva del contrato de trabajo con el actor, equivocación en que incurrió el Seccional por mala apreciación de pruebas que singulariza.

Dice el impugnador que con las probanzas que indica se demuestra: Que Mora Toscano fué designado Síndico el 3 de febrero de 1949; que tomó posesión del cargo el 22 del mismo mes; que se le comunicó que esa designación le fué hecha para "el período que termine el 31 de enero de 1950"; que el 1º de febrero de 1950 fué reelegido nuevamente "para el período comprendido del 1º de febrero de 1950 al 31 de enero de 1951; que se posesionó el 10 de marzo de 1950; que el 22 de febrero de 1951 fué elegido Síndico el Sr. Jorge Sarmiento Buitrago, en reemplazo de Mora Toscano, y que aquél tomó posesión el 14 de marzo de 1951.

Sostiene el acusador que conforme a lo expuesto es indubitable que después de extinguido el plazo de un año inicialmente estipulado, el actor continuó prestando sus servicios al patrono con el consentimiento tácito de éste, pues el Colegio sabía que el período pactado vencía el 31 de enero de 1951 y supo asi mismo que Mora Toscano continuó ejerciendo el cargo después de esa fecha, no obstante lo cual se abstuvo de nombrarle reemplazo antes de vencerse dicho período, y solamente veintidós días después de producida la prórroga presuntiva del contrato, procedió a elegir la persona que había de reemplazarlo, y que por no haberlo apreciado y decidido así, el Seccional incurrió en ostensible error de hecho.

Se considera:

Con fundamento en lo explicado al decidir los cargos segundo y tercero del recurso de la parte demandada, debe concluírse que los derechos que reclama el acusador no tienen su fundamento legal en el Código Sustantivo del Trabajo; sino en las normas anteriores a éste, tales como la ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, disposiciones, entre otras, que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha en que entró a regir el Código Sustantivo y que, como ya se dijo, aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales de las características del demandante. En estas condiciones el cargo resul-

ta ineficaz para vincular a la Corte al examen de las cuestiones que plantea el recurrente, pues el Tribunal no pudo infringir, por falta de aplicación, las normas del Código Sustantivo que cita el acusador, por la elemental razón de que dicho Estatuto no gobernó la situación de autos.

No prospera el cargo.

Segundo cargo

Acusa infracción indirecta del artículo 186 del C. S. del T. a través de error de hecho en que incurrió el sentenciador por haber dejado de apreciar el Acuerdo Nº 2 de 5 de febrero de 1948, de la Consiliatura del Colegio, que contiene el Reglamento del mismo.

Sostiene el impugnador que el artículo 20 del Reglamento citado determina una serie de funciones y deberes que el Síndico ha de cumplir, no solamente durante el año escolar sino también durante todo el año del calendario y aún durante las vacaciones escolares de diciembre y enero, por lo cual el Síndico es un empleado administrativo que no está cobijado por el régimen de vacaciones de los empleados escolares; y que por no entenderlo así el Seccional y pasar por alto el artículo 20 del Reglamento, incurrió en ostensible error de hecho al considerar al actor como empleado escolar, negándose, por ello, a reconocerle los quince días de vacaciones que establece la disposición legal cuya infracción acusa.

El opositor dice que el cargo es improcedente, pues el actor carece de interés jurídico para acusar en este aspecto la sentencia del Seccional, que en relación con el pedimento sobre vacaciones no hizo otra cosa que confirmar el fallo de primer grado, no apelado por el demandante; y para apoyar su tesis, transcribe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el particular.

Se considera:

Para desestimar el cargo basta observar que respecto a vacaciones el Seccional se limitó a confirmar la absolución del **a-quo.** La parte demandante no apeló del fallo de primera instancia, conducta procesal que traduce su voluntaria conformidad con tal absolución y que hizo perder a dicha parte el interés jurídico para recurrir en casación en busca de una condena por este extremo de la litis, como lo anota con acierto la oposición. Además, las pretensiones del acusador chocan con el principio de la **reformatio in peius** enunciado al decidir el cargo único del Capítulo II del recurso del Colegio demandado, porque la condena que se solicita desmejoraría la situación de ese Instituto, único apelante de la sentencia de primer grado. Esto, aparte de las razones sobre inaplicabilidad del C. S. del T. que como en el cargo anterior, obran también en éste para rechazarlo por ineficaz.

Tercer cargo

Acusa infracción del artículo 45 de la Constitución Nacional.

Afirma el recurrente que en la petición séptima de la demanda inicial se solicitó se condenara en las costas del juicio a la parte demandada, en caso de oposición; que el Juez **a-quo,** en el numeral 4º de la parte resolutiva de su sentencia condenó al Colegio de Boyacá a pagar dichas costas; que el Seccional, al decidir la apelación interpuesta por el demandado, no resolvió nada en cuanto a esta petición, pues ni confirmó ni revocó lo resuelto al respecto por el inferior, dejando así sin decidir la petición sobre costas hecha en la demanda, con lo cual violó el artículo constitucional citado. Advierte el acusador que es verdad que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecido que la cuestión de costas no es materia de casación, pero que ello es así, únicamente en los casos en que el Tribunal sentenciador haya dictado alguna resolución sobre el punto, mas nó cuando como en el caso de autos, el Seccional no dispuso nada sobre el particular, sino que se limitó a guardar silencio.

Se considera:

El art. 45 de la Codificación Constitucional, cuya infracción acusa el recurrente, dice: "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución".

El impugnador reclama falta de consonancia entre la sentencia y la demanda respecto al pedimento de costas, pero olvida que estas materias tienen sus reglas específicas y propias en el estatuto procedimental y con las cuales era necesario integrar la proposición jurídica acusatoria para presentarla al examen de la Corte, sin que bastara la cita escueta de la norma constitucional que trae el cargo.

No prospera la acusación.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia es nombre de la

República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto por su numeral 3º (corregido posteriormente como ya se advirtió) modificó el numeral 3º del fallo de primera instancia y, en su lugar, CONFIRMA EL CITADO NUMERAL TERCERO del fallo proferido por el Juez del Trabajo de Tunja el 22 de abril de 1953. NO LA CASA en lo demás.

Costas a cargo de la parte demandante recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

(Con salvametno de voto) Juan Benavides Patrón

Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín—Sergio Antonio Ruano—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JUAN BENAVIDES PATRON

La salvedad que anuncié al suscribir la providencia anterior obedece, según dije en las sesiones de la Sala dedicadas a estudiar el proyecto presentado por el magistrado sustanciador Dr. Constaín, a que su referencia al artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, hecha en la decisión del primer cargo del recurso sustentado por la parte demandada, me obliga a repetir mis puntos de vista acerca del dicho precepto, expuestos en forma extensa desde hace varios años. Porque el problema de las relaciones de trabajo a que alude la citada disposición, siempre ha tenido para mí una categoría jurídica superior a la de esa norma reglamentaria, y por ello no puedo aceptarla como fundamento de decisión. Aunque mi opinión sobre el particular corre publicada en el Tomo VII, números 59 a 64, de la Gaceta del Trabajo, órgano oficial del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, a páginas 420 a 426, la importancia del tema y el deber de presentar en cada caso concreto las razones de juzgamiento me obligan a reproducir los argumentos principales de la tesis que he venido sosteniendo:

"La naturaleza de las relaciones entre la administración pública y sus servidores y el tratamiento que a ellas deba dispensar el derecho del trabajo constituye uno de los temas más complejos de esta nueva disciplina jurídica. Sobre el particular, algunos sostienen que la distinción entre trabajadores oficiales y trabajadores particulares ha perdido validez y que lo importante es el fenómeno social del trabajo, que reviste las mismas modalidades intrínsecas, desde el punto de vista de quien lo presta, y debe disfrutar, por tanto, de la misma protección, cualquiera que sea la persona o entidad que lo reciba o aproveche. Por el contrario otros consideran con la doctrina administrativa, que tales relaciones son situaciones legales y reglamentarias, expedidas unilateralmente por la administración y condicionadas tan sólo a las necesidades o exigencias del servicio público. Es nota singular, para el cabal conocimiento del problema, la de que ellas se establecen por actos - condiciones, ajenos a la voluntad contractual.

"La oposición entre estas dos tesis responde a concepciones jurídicas acerca del Estado y del Derecho y reviste singular importancia en los tiempos actuales, en que el poder de expansión del primero ha invadido actividades económicas y sociales que correspondían anteriormente al dominio de la iniciativa particular, al paso que el derecho laboral, de carácter igualmente expansivo, aspira a comprender en su ámbito a todos los hombres que trabajan, rechazando, cada vez con mayor éxito, las distinciones circunstanciales, para sólo atender al esfuerzo humano, considerado en sí mismo y como fenómeno social.

"En el terreno de las consecuencias prácticas, nada empecería a la conservación y respeto de aquella distinción tradicional, de tan sólidos fundamentos jurídicos, si no fuera porque, en determinados aspectos, las legislaciones otorgan una mejor protección al trabajo particular que al oficial. Concretamente, la seguridad en el empleo; la posibilidad de trabajo o de su conservación independientemente de las consideraciones políticas que determinan la actividad estatal; la discusión contractual o convencional de la remuneración y, generalmente, la mejor estimación de ésta; la licitud de las luchas colectivas para su mejoramiento y el de las condiciones del trabajo; el recurso extraordinario de la huelga; la mayor amplitud de derechos en la sindicalización, constituyen ventajas inconcebibles en el tratamiento oficial y autorizan a creer en un mejor amparo del derecho laboral, por los aspectos indicados. No ocurre otro tanto con el régimen de las llamadas prestaciones sociales porque de ellas también disfrutan los trabajadores oficiales.

"De otra parte, la señalada invasión del Estado en las actividades particulares o que anteriormente se consideraban del ámbito particular —y, para algunos, hasta exclusivas de él—, ha inducido a estimar a los trabajadores oficiales en dichas actividades como sujetos propios del mismo derecho protector del trabajo particular. Es una asimilación en razón de la actividad o de la función del Estado. Conforme a este criterio, si el servicio se presta en una actividad estatal de las que tradicionalmente constituyen o constituían sus fines propios —policía, justicia, ejército, etc— el trabajador es oficial y su situación se regula por el derecho administrativo; si se presta en una actividad distinta que, en cierta forma, podría ser desarrollada por la iniciativa particular, el

trabajador es particular u oficial asimilado a particular, ya que al respecto existe alguna confusión, mas en todo caso su situación se regla por el derecho del trabajo.

"Como se ve, esta tendencia funcionalista o en razón de la actividad del Estado, difiere de la radical que pretende un tratamiento uniforme para toda clase de trabajo, sea oficial o particular, en atención a la naturaleza del esfuerzo humano. Y discrepa también de la otra tesis extrema conforme a la cual el Estado jamás actúa por procedimientos contractuales y sus servidores siempre quedan sometidos a reglamentaciones de derecho público. En mi concepto, se trata de una tesis que sólo incorpora al derecho laboral a los trabajadores de la administración, cuando ésta actúa en actividades particulares o que bien podrían ser desarrolladas por particulares.

"Para mí tengo que este criterio, lógico y defensable por distintas razones, ofrece el inconveniente de que remite la calificación del trabajador a la de la actividad que ejecuta el Estado; y si la legislación positiva no define convenientemente esta materia, como es el caso de la colombiana, será preciso en cada asunto particular examinar aquella función estatal para decidir, con criterio jurisprudencial variable y dependiente de distintos conceptos, si la que se define es susceptible o no de ser establecida o desarrollada por los particulares. Por esto he sostenido en distintas oportunidades que ninguna materia requiere, con más urgencia que ésta, una definición legislativa; y mientras ella no se produzca es forzoso recurrir al ordenamiento jurídico general del país.

"En efecto, en el derecho colombiano la calificación del empleado público ha venido reglada por el Código de Régimen Político y Municipal, con sus conocidas distinciones entre "magistrados", "simples funcionarios públicos" y "meros oficiales públicos"; mas en todo caso determinada aquella calidad por el desempeño de destinos creados o reconocidos por las leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos. Y para el acceso a la función pública el mismo Código y la Constitución Nacional estatuyen acerca de los requisitos extrínsecos e intrínsecos, es decir, nombramiento y juramento (y caución, en algunos casos), entre los primeros, e idoneidad, nacionalidad, edad y sexo, entre los segundos. En consecuencia, la condición y el régimen del empleado público están determinados en la Constitución Nacional y en el Código mencionado, sin que, sobre el particular, existiese duda alguna hasta el año de 1944, ya que la legislación del trabajo hasta esta fecha, inclusive la Ley 10 de 1934 y su decreto reglamentario, fueron explícitos al consagrar que sus beneficiarios sólo se entendían para los empleados fuera del servicio oficial.

"Pero en el año de 1944, al expedirse el Decreto 2350, que sirvió de antecedente a la Ley 6ª del siguiente, el Ejecutivo decidió extender el tratamiento de la legislación laboral a los trabajadores de construcción y sostenimiento de las obras públicas de la Nación, Departamentos, Intedencias, Comisarías y Municipios y al de las empresas industriales, comerciales, agrícolas y ganaderas que dichas entidades explotasen con ánimo de lucro. Se incorporó así a la legislación patria el criterio de la protección laboral para los trabajadores oficiales de determinadas actividades, en estatuto de jerarquía, bastante para modificar el régimen legal anterior, si bien insuficiente en lo que contrariase a la Constitución Nacional.

"La Ley 6ª de 1945 no recogió el precepto mencionado. Y sólo su Decreto reglamentario número 2127 del mismo año, se refirió a estas actividades especiales, en términos que, en verdad, han creado este complejísimo problema jurídico. Así, dice el artículo 4º en su primera parte, que las relaciones entre los empleados públicos y la administración no constituyen contratos de trabajo y se rigen por las leyes especiales, con lo cual se respeta el entendimiento jurídico anterior y el régimen administrativo del empleado público. Mas el precepto agregó: "a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares, o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma", estableciendo un régimen de excepción. No sobra apuntar, respecto de éste, que la redacción es tan defectuosa que el intérprete no alcanza a definir sin vacilaciones, si los trabajadores en estas actividades sí tienen contrato de trabajo o si son oficiales que no se rigen por los estatutos especiales sino por los del derecho laboral. Sea como fuere, en una u otra forma, y continuando con el aspecto sustantivo del precepto, es fácil observar que la referencia a las dos últimas categorías parece responder —y sin duda ésta fue la intención— al criterio funcionalista enantes expuesto, aunque carece de propiedad jurídica al suponer propósitos de explotación y de lucro en la actividad estatal, a la manera de los particulares, y resulta incuestionablemente confusa y antitécnica al establecer identidades imposibles en uno y otro orden, así se las aprecie desde el pun-

to de vista meramente formal. Porque la actividad pública no es jurídicamente estimable, ni en su ausencia, ni en sus fines, ni en sus procedimientos, como la de los particulares. Además, la primera categoría exceptiva —obras públicas— es menos defensable, y sólo podría explicarse por consideraciones políticas o por la superada distinción entre la supremacía del esfuerzo intelectual sobre el material y viceversa como determinante para la calificación del trabajador, en empleado u obrero, respectivamente, y por erróneo entendimiento de que en tales obras todo el personal de trabajadores tienen la última condición.

"De otra parte, el carácter subalterno del precepto reglamentario impide aceptar que, con sólo él, pueda establecerse que la simple ejecución de una labor en las actividades a que se refiere el decreto determine el régimen jurídico del trabajador. A contrario sensu tampoco es aceptable que fuera de las excepciones consagradas en aquél no sea posible calificar como particular al trabajador que presta sus servicios a la administración, en virtud de vinculación distinta o ajena al estatuto reglamentario de acceso a la función pública.

"Y es que no debe olvidarse que conforme al régimen jurídico colombiano, el Estado puede actuar por procedimientos de derecho público o por procedimientos de derecho privado en razón de una doble personalidad, o ficcionada doble personalidad, que algunos autores rechazan, pero que, en todo caso, tiene contemplación legal y aceptación jurisprudencial. Además, es bien sabido que la Administración puede celebrar contratos, de la órbita administrativa cuando de ella se trata, y de la competencia de la justicia ordinaria si fuesen civiles o regulasen situaciones jurídico-privadas. Creada la jurisdicción especial del trabajo, para decidir las controversias que se susciten del contrato laboral, no hay duda de que a ella compete la solución de las que tengan su origen en los contratos de tal naturaleza, cuando la administración actúa como sujeto de una relación contractual-laboral.

"Entonces, lo importante para decidir la cuestión de fondo que examino y para determinar la competencia de la jurisdicción del trabajo, no es la actiivdad estatal, como pretendé el discutido artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en que ha venido informándose el equivocado criterio sobre la materia, sino la naturaleza jurídica del vínculo entre la administración y su servidor. Y como tal vínculo puede establecerse, según el ordenamiento jurídico actual del país, o por medio de contratos de trabajo o mediante reglamentaciones administrativas, no vacilo en afirmar que la única solución acorde con tal ordenamiento, es la que atienda a la forma de establecimiento de la relación de servicio. Esto es, si el trabajador se incorpora al servicio de la administración en virtud de contrato celebrado con ella, es sujeto del derecho laboral y las controversias que se originen de tal contrato competen a la jurisdicción especial; en cambio, si su acceso a la función pública se produce en razón de un estatuto reglamentario, que ha creado el cargo y provisto a su desempeño, mediante nombramiento y posesión, es un empleado oficial sujeto del derecho administrativo, y las controversias que se susciten entre él y la administración, en razón de sus servicios, corresponden a la jurisdicción contenciosa.

"Podría pensarse que este es un criterio formalista, por cuanto atiende a la manera cómo se establece el vínculo con la Administración. Mas considero que es precisamente en razón de la forma del establecimiento de tal vínculo como se generan la calidad del trabajador y el régimen jurídico aplicable, ya que nuestro derecho no ha consagrado la tesis de la identidad de condiciones por el esfuerzo humano, sino que distingue entre el servidor público en virtud de contrato y el incorporado al servicio de la administración por estatutos de derecho administrativo. Por lo demás, esta tesis tiene respaldo doctrinario. Por ejemplo, Krotoschin, en su Curso de Legislación del Trabajo, enseña: "No todas las personas que trabajan para el Estado son empleados públicos en sentido estricto. Hay personas a las cuales no **se les nombra en la forma que es usual en el nombramiento de esos empleados,** sino que se las ocupa como si fueran trabajadores particulares, es decir, en virtud de un **contrato de trabajo.** Estos trabajadores del Estado lo son en el sentido específico del derecho del trabajo y, en consecuencia, no habría ningún motivo para excluírlos de la aplicación de las leyes laborales pertinentes". (Lo subrayado es mío). Como se ve, la diferencia estriba en la forma como se establezca el vínculo: si por contrato o por acto administrativo.

"De otra parte, el derecho colombiano registra procedimientos inconfundibles para el acceso a la función pública, y ellos no fueron desconocidos por los redactores del Código Procesal del Trabajo, que reconocieron ciertamente la posibilidad de relaciones laborales entre la administración y sus servidores (que yo no niego) mas sólo cuando ellas tuviesen su origen en un verdadero contrato de trabajo. Así, en la "Presentación" de

tal estatuto dijeron: "Se atribuye a la justicia del trabajo exclusivamente el conocimiento de los litigios originados en el contrato de trabajo, de modo que se le suprime la facultad de decidir de los que se susciten entre la Administración Pública y sus servidores, para respetar una situación de hecho inmodificable, que obliga por ahora a conservar el fuero especial que aquélla tiene; de modo que sólo conocerá la jurisdicción del trabajo de los litigios entre esa Administración y sus trabajadores, cuando entre ella y éstos exista un verdadero contrato de trabajo. Es incuestionable, pues, que la competencia de la justicia laboral está determinada por la existencia de un contrato de esta naturaleza; y si el vínculo entre la administración y su servidor se estableció en virtud del acto administrativo de un nombramiento, no puede sostenerse la existencia de una vinculación contractual. Y obsérvese que en el caso de autos ni siquiera opera la presunción de que por la prestación de servicios a la entidad demandada, debe suponerse la existencia de tal contrato laboral. Porque en el proceso obran las probanzas que acreditan la forma como se establecieron las relaciones que se califican: nombramiento de la junta administrativa y posesión del demandante.

"Conviene insistir en que el nombramiento para un cargo público es un acto administrativo, que escapa a la jurisdicción laboral, y que la aceptación del mismo por el favorecido y la consiguiente posesión para su desempeño no constituyen concierto contractual. De la misma manera, considero que el período establecido, para el ejercicio de un destino público, en virtud de un estatuto regamentario administrativo no puede confundirse con el plazo de duración de un contrato; y si la administración remueve del cargo al empleado que lo desempeña, antes del vencimiento de su período, la controversia jurídica que ese acto suscite compete a la jurisdicción contencioso-administrativa y la acción correspondiente para obtener la anulación del segundo acto administrativo no es de origen contractual laboral, sino de naturaleza bien distinta, de innecesaria mención. Todavía más: la providencia que, en su caso, ordena el restablecimiento al cargo y la cancelación de los sueldos por el tiempo correspondiente difiere jurídicamente de la que decreta el pago de los denominados salarios faltantes".

Todo lo anterior con respeto por la opinión de mis distinguidos colegas de Sala.

Bogotá, abril 23 de 1957.

Juan Benavides Patrón — Vicente Mejía Osorio, Secretario

LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO MEDIANTE PREAVISO SOLO OPERA EN LOS DE DURACION INDETERMINADA. — CARGO POR LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — ESTA CAUSAL NO PROSPERA CUANDO DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA HAN APELADO LAS DOS PARTES

1.—La reserva de la facultad de terminar el vínculo laboral mediante preaviso sólo opera para los contratos de duración indeterminada.

2.—Tratándose de la causal 2ª del artículo 87 del C. P. L., no procede la indicación de normas legales violadas ni el concepto en que lo fueron. Basta únicamente demostrar cuánto se hizo más gravosa la situación de la parte apelante con el fallo de segundo grado.

3.—La REFORMATIO IN PEJUS, como en diferentes ocasiones lo ha sostenido la Corte, sólo se opera cuando el superior enmienda el fallo, objeto del recurso, en el sentido de agravar la situación adquirida por el único apelante. Este fenómeno no se contempla cuando las dos partes litigantes apelan del proveído, como en el caso sub-lite.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, veintitrés de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Alvaro Suárez Gómez, por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali a la empresa "Aceites y Abonos del Valle, Ltda.", representada por su gerente Joaquín Paz Borrero, para que por los trámites ordinarios se le condenara al pago de lo siguiente:

1º—Por concepto de sueldos dejados de devengar desde el día del despido hasta el 31 de agosto de 1953 fecha de terminación del contrato de trabajo, a razón de $ 867.31, $ 4.336.35.

2º—Por concepto de auxilio de cesantía durante dos años de término del contrato, $ 1.734.62.

3º—Por concepto de vacaciones correspondientes al segundo año de servicios, $ 433.65.

4º—Por prima semestral equivalente a la cuarta parte de un sueldo promedio, $ 216.82.

5º—Por preaviso, $ 2.601.93.

6º—Por concepto de participación de utilidades del 5% en 1952, $ 1.077.00.

7º—Por concepto de gastos de viaje hasta Barranquilla la suma de $ 100.00.

8º—Las costas del juicio, incluyendo honorarios de abogado, estimadas en $ 1.500.00.

El demandante fundamentó las peticiones en los hechos que así se sintetizan:

Que Alvaro Suárez Gómez, ingeniero químico, fue llamado con fecha 20 de julio de 1951 a Barranquilla, para ocupar en Cali la dirección técnica y administrativa de la firma "Aceites y Abonos del Valle, Ltda.", ofreciéndosele contrato por dos años, con $ 500.00 de sueldo y el 5% sobre las utilidades líquidas; que con fecha 31 de agosto de 1951 el señor Herman F. Honeysberg, subgerente de la empresa, pasó una carta a Suárez Gómez en la cual le concreta condiciones, sueldo y duración del contrato a partir del 1º de septiembre de 1951; que en ella se pactó como remuneración mensual durante los primeros cuatro meses la suma de $ 500.00 y una participación en las utilidades del 5%, autorizándosele para retirar por este concepto $ 100.00 mensuales; que la liquidación de las participaciones del 5% se haría cada seis meses; que a partir del 1º de enero de 1952 el sueldo sería de $ 700.00 quedando igualmente facultado para retirar los $ 100.00 mensuales como abono a sus utilidades, sin que estuviese obligado a reembolsarlos en caso de que la liquidación dicha no alcanzase a cubrir esas sumas; que la duración del contrato sería de dos años a partir del 1º de septiembre de 1951 y que cada una de las partes podía darlo por terminado avisando a la otra por lo menos con tres meses de anticipación; que durante el desarrollo del contrato de trabajo la empresa pretendió cambiar las condiciones y la duración del mismo; que aun cuando no se determinó la jornada diaria de trabajo, el ingeniero Suárez Gómez prestaba sus servicios durante doce horas diarias y continuas, jornada ésta que posteriormente disminuyó a la de ocho horas; que la empresa incumplió la obligación de hacer a favor del actor las liquidaciones semestrales de utilidades

del 5%, alegando que no se habían producido y fundándose para ello en operaciones de devaluación de maquinarias y materias primas que arrojaron pérdidas aproximadas de $ 40.000.00; que los dueños de la empresa trataron de provocar y obtener el retiro de Suárez Gómez y, en desarrollo de ese plan, fueron restándole atribuciones a fin de colocarlo en situación difícil y adjudicarle responsabilidades que no le correspondían; que en diferentes épocas el actor, en su condición de director técnico, se dirigió a los dueños de la empresa informándoles sobre diferentes asuntos relacionados con la marcha de ella y con su gestión; que con fecha 5 de febrero de 1953 dio un informe técnico sobre producción, costos y gastos generales para deducir como ganancias líquidas de ese año la suma de $ 45.541.18, exigiendo su participación; que fue despedido de la empresa con fecha 26 de marzo de 1953; que los salarios devengados por Suárez Gómez durante los diez y nueve meses de trabajo fueron así: de septiembre a diciembre de 1951, $ 2.000.00; de enero a diciembre de 1952, $ 8.400.00; y de enero a marzo de 1953, $ 2.100.00; que las participaciones fueron así: en el primer lapso de 1951, $ 400.00, en 1952, el 5% sobre $ 45.541.18 o sea $ 2.277.05, y de enero a marzo de 1953, $ 300.00, o sea que, el total que debió devengar por sueldos y utilidades durante los diez y nueve meses, fue la suma de $ 15.477.00; que para liquidar el auxilio de cesantía cuando se trata de jornales variables, deben tenerse en cuenta los doce últimos meses de servicios, en este caso un jornal promedio de $ 867.31; que los anticipos que recibió por concepto del 5% de utilidades no son reembolsables; que tiene derecho a que se le reconozca por la empresa el viaje de regreso a la ciudad de Barranquilla o su equivalencia en dinero.

Subsidiariamente de la primera petición solicita condena de $ 4.336.55 "por valor de los salarios en el tiempo que faltaba para cumplirse el término del contrato presuntivo de trabajo que se renovaba cada seis meses según la ley".

Por último solicita, como "petición global", condena al "pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones que resulten probados en el juicio...".

La demandada al contestar se atuvo a la prueba de todos los hechos relacionados en el libelo y anunció excepciones para la primera audiencia de trámite.

El Juzgado Segundo del Círculo de Trabajo de Cali, decidió la litis en fallo de 30 de noviembre de 1954 así:

"1º—Condénase a la empresa Aceites y Abonos del Valle Ltda., representada por su Gerente el señor Joaquín Paz Borrero, a pagar tres días después de ejecutoriada esta providencia a favor del señor doctor Alvaro Suárez Gómez, o de quien sus derechos represente, las siguientes sumas de dinero:

a) Por concepto de cesantía correspondiente al tiempo comprendido entre el 12 de septiembre de 1951 hasta el 27 de marzo de 1953, a razón de $ 700 mensuales, la suma de seiscientos ochenta pesos con setenta y cinco centavos .. ..$ 680.75

b) Por concepto de vacaciones la suma de trescientos cincuenta pesos 350.00

c) Por concepto de primas de servicios, la suma de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos..... 466.66

d) Por concepto del 5% de participación en utilidades, la suma de mil doscientos cincuenta pesos 1.250.00

SUMAN.....$ 2.741.41

2º—Absuélvase a la misma empresa, de todos los demás cargos formulados por el doctor Armando L. Rivera O., en demanda de 13 de abril de 1953.

"3º—Sin costas".

Apelada esta decisión por los apoderados de las partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, reformó la sentencia del a-quo así:

"1º—CONDENASE a la sociedad 'Aceites y Abonos del Valle, Ltda.' domiciliada en Cali, representada por su gerente señor Joaquín Paz Borrero, a pagar al doctor Alvaro Suárez Gómez o quien sus derechos represente, las siguientes sumas de dinero por los conceptos que a continuación se expresan:

a) Por concepto de preaviso la suma de $ 2.625.-

b) Por concepto de auxilio de cesantía la suma de $ 1.305.00.

c) Por concepto de vacaciones la suma de $ 437.50.

d) Por concepto de prima de servicios la suma de $ 1.100.00.

e) Por concepto de participación de utilidades la suma de $ 1.250.00.

TOTAL: $ 6.717.50.

Pero como a esta suma debe restársele el valor de la consignación efectuada por la empresa, vale decir $ 1.638.70 la condena a la sociedad demandada asciende sólo a $ 5.078.80.

2º—Absuélvese a la sociedad demandada de todos los demás cargos formulados contra ella.

3º—Condénase en costas a la parte demandada en la primera y segunda instancia".

Alcance de la impugnación

"Con la presente demanda de casación me propongo —dice el recurrente— obtener que esa Corporación case la sentencia de segunda instancia de que da cuenta este libelo, en cuanto por ella, se hicieron en contra de la Sociedad que represento las condenas a que se contraen los numerales 1º y 3º de la parte resolutiva de dicho fallo, y que, como Tribunal de instancia, REVOQUE la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado 2º del Trabajo de Cali en su ordenamiento primero, y en su lugar absuelva a 'Aceites y Abonos del Valle Ltda.' de los cargos de la demanda a que hacen relación las condenas de tal ordenamiento, teniendo para ello en cuenta que con la consignación hecha por la Sociedad se pagaron todas las prestaciones sociales a que tuvo derecho el actor".

Cargos de la acusación

El recurrente la divide en dos capítulos, el primero por la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., que contiene cinco cargos, y el segundo por la causal 2ª del mismo artículo, que contiene un cargo.

CAPITULO PRIMERO

Primer cargo

Lo formula así:

"Acuso la sentencia recurrida por error de hecho en que incurrió el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, consistente en la no apreciación de la prueba de confesión hecha por el señor apoderado de la parte actora en la demanda inicial, y que lo condujo a la violación, por vía indirecta, de los artículos 186 del C. S. del T. y 607 del C. J., normas éstas sustantivas de carácter nacional.

"La confesión no apreciada por el Tribunal de segunda instancia, está contenida en el punto tercero de la parte petitoria de la demanda y en los hechos 3º, 11, 13 y 14 de la misma (folios 2, 5 y 6 del cuaderno número 1), y fue hecha por el apoderado de Alvaro Suárez Gómez, teniendo facultad para ello".

El impugnador empieza transcribiendo parte del libelo de demanda y hace resaltar los siguientes hechos: el 3º, en el cual se afirma que el actor quedaba encargado de la dirección técnica de la empresa el 1º de septiembre de 1951; el 11º, en el cual se alude a la circunstancia de encontrarse el doctor Suárez Gómez en vacaciones el 29 de diciembre de 1952 en la ciudad de Barranquilla; el 13º, en que se afirma que el actor fue despedido con fecha 26 de marzo de 1953 y el 14º, en el cual se sostiene que "Los salarios devengados por el doctor Suárez G. durante los diez y nueve meses de trabajo han sido los siguientes...". Refiérese también al punto 3º de las peticiones del libelo, en el cual se solicita condena por vacaciones "correspondientes al segundo año de servicios pactados".

De lo anterior concluye el recurrente: que el actor trabajó del 1º de septiembre de 1951 al 26 de marzo de 1953, es decir, 18 meses, 26 días; que no trabajó 2 años completos; que el 29 de diciembre de 1952 estaba el actor en uso de vacaciones en la ciudad de Barranquilla; que en la demanda sólo se solicitan vacaciones correspondientes al segundo año, incompletamente servido. Manifiesta que no obstante estas circunstancias el Tribunal condenó al pago de las vacaciones reclamadas y que por ello "salta a la vista el evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal sentenciador al no apreciar la confesión hecha en la demanda".

Se considera:

Respecto a la condena compensatoria por vacaciones dijo el sentenciador: "No demostró la demandada que el trabajador hubiese disfrutado de las vacaciones que reclamaba y a las cuales tenía derecho por haber laborado durante más de un año. Debe entonces condenarse a la empresa a que compense en dinero las vacaciones no disfrutadas, o sea el equivalente a 15 días de salario, lo que da un total de $ 437.50".

Evidentemente el Tribunal no advirtió la manifestación hecha por el apoderado del actor en el punto 11º de los hechos, en donde claramente acepta que su mandante se encontraba de vacaciones en diciembre de 1952, ni valoró la copia de la carta de fecha 29 de diciembre de 1952, de los folios 27 a 29 del cuaderno de pruebas del actor, aportada al juicio por éste, en la cual afirma: "También le informaré en ésta sobre la producción del 1º al 15 de diciembre del presente año, fecha en que salí de vacaciones". Estas manifestaciones, relacionadas con el punto 14 de los hechos, en el cual el apoderado afirma que su mandante trabajó 19 meses, y con el punto 3º de las peticiones, en el cual pide la condena de vacacio-

nes correspondientes al segundo año de servicios, llevan a concluir que la condenación sobre este extremo era improcedente. De modo que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho al no apreciar las pruebas anteriores, circunstancia ésta que lo indujo a aplicar indebidamente el artículo 186 del C. S. del T., desde luego que el actor, por no haber trabajado completo el segundo año de servicios, carecía de derecho para reclamar las vacaciones correspondientes a este período, las cuales se ordenan compensar en dinero por el fallo impugnado. Tiene razón el recurrente. El cargo prospera y en consecuencia habrá de casarse la sentencia por este aspecto, para proferir la absolución que corresponde.

Segundo cargo

Lo formula así:

"Acuso la sentencia recurrida por error de hecho en que incurrió el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, consistente en la no apreciación de la prueba de confesión hecha por el apoderado de la parte actora en la demanda inicial, y que lo condujo a la violación, por vía indirecta, de los artículos 306 del C. S. del T. y 607 del C. J., normas éstas sustantivas de carácter nacional".

Dice el recurrente: "La confesión no apreciada por el Tribunal de segunda instancia está contenida en el punto cuarto del libelo (folio 7 del cuaderno número 1), y fue hecha por el apoderado del actor estando facultado legalmente por éste. Aunque la súplica respectiva no tiene en la demanda ningún fundamento de hecho, debe tenerse en cuenta lo pedido, que implica la confesión de que en el caso de probarse el derecho, éste está limitado a lo suplicado, ya que con ello se indica que por este mismo concepto no se adeuda nada más. En la demanda formulada por el apoderado del actor, se solicita en el punto cuarto de la parte petitoria, la condena a la sociedad de la siguiente prestación: "Cuarto. — Por concepto de prima semestral (lo subrayado es mío) la suma de doscientos diez y seis pesos con ochenta y dos centavos ($ 216.82) y equivalente a la cuarta parte de un sueldo promedio devengado". Agrega que con esta petición el apoderado del actor está confesando que sólo se adeuda por concepto de prima semestral "la parte proporcional a un trimestre". Observa que el fallador de segundo grado, sin sustentarse en ninguna prueba "condena al pago de la prima correspondiente a la parte proporcional del segundo semestre de 1951, y de la prima de los dos semestres de 1952", y manifiesta que la no apreciación de la confesión del apoderado "hecha en la demanda", configuró el evidente error de hecho que llevó al Tribunal a la infracción del artículo 607 del C. J. y del artículo 306 del C. S. del T.

Se considera:

Cuanto a prima de servicios dijo el Tribunal:

"No aparece tampoco en el juicio la prueba de que la sociedad demandada hubiese cancelado la prima de servicios de que trata el artículo 306 del C. S. por lo cual es del caso condenar al pago de esta prestación, presumiendo que la empresa tiene el capital necesario para pagar la totalidad de ella, dado que no se aportó la prueba del capital de la empresa, que de acuerdo con el artículo 195 del C. S. debe darla el patrono.

"Deberá entonces liquidarse esta prestación en la siguiente forma:

a) Prima de servicios correspondiente al lapso comprendido entre el 1º de septiembre de 1951 y el 31 de diciembre de ese mismo año, que debió ser cubierta en los primeros veinte días de diciembre, liquidada con un sueldo promedio de $ 675.00 ($ 400.00 sueldo fijo, más $ 175.00 por concepto de porcentaje sobre ganancias) 225.00

b) Prima correspondiente al año de 1952, a razón de un mes de salario..... 875.00

TOTAL.....$ 1.100.00

Como el a-quo condenó por este concepto a la suma de $ 466.66, el Tribunal también habrá de reformar en esta parte la sentencia que se revisa".

En el alcance de la impugnación solicita el recurrente la revocatoria de la sentencia de primer grado en su ordenamiento 1º y en el cargo que se examina acusa violación del artículo 306 del C. S. del T. Por tanto persigue la aplicación de esta norma pero en la cuantía estimada en el punto 4º del libelo, ya que textualmente dice que "debe tenerse en cuenta lo pedido". Y como el a-quo condenó por concepto de primas en suma mayor, el impugnador en realidad lo que busca es la modificación del punto 1º, ordinal c) de tal fallo, que ordena al pago de las primas de servicio. Aceptando, como es verdad, que los falladores aplicaron el artículo 306 acusado, es el caso de examinar si hubo mala aplicación de esta norma, por cuanto dejó de apreciarse la prueba que se singulariza, incurriendo por ello el Tribunal en manifiesto error de hecho.

Sobre esta base se tiene que el ad-quem condenó por primas de servicio correspondientes a cua-

tro meses de 1951 y todo el año de 1952. Pero como el recurrente reclama que no se tuvo en cuenta la prueba que él denomina de confesión, es de advertirse que si bien es cierto que el apoderado del actor en el punto 4º de la parte petitoria solicitó condena por $ 216.82, en la "petición global" del mismo libelo demanda "Se decrete a favor de mi mandante y contra el demandado el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones que resulten probadas en el juicio conforme al principio de derecho laboral de que el Juez de Trabajo no está constreñido por la litis contestatio". De manera que lo manifestado en el punto 4º petitorio debe relacionarse con lo que se solicita en la "Petición global", interpretando que lo que el actor aspira es a que se le reconozcan todas las prestaciones a que tenga derecho y se condene en las cantidades que resulten probadas en la litis. La Corte en diferentes fallos ha sostenido que "la demanda tiene que apreciarse armónicamente como un conjunto a que concurren los hechos fundamentales y que no consiste tan sólo en su parte petitoria". De ahí que el Juez del conocimiento condenara a suma mayor y como el ad-quem encontrase errada la liquidación, modificó la condena aumentándola, lo que pudo hacer en virtud de la apelación interpuesta por la parte demandante. Esta es la razón para que se mantenga tal decisión por el concepto indicado, con la advertencia de que la Sala no entra a examinar la exactitud de la liquidación, debido a la falta de prosperidad del cargo propuesto.

Finalmente se observa que el recurrente invoca la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en el juicio de Germán Arango vs. Editorial Minerva Ltda. Mas este antecedente no es aplicable al caso que ahora se define porque en aquél el cargo prosperó por haberse fallado sobre un extremo no pedido, mientras que en éste, la petición global de la demanda inicial permitía, por acto de interpretación que no se ostenta erróneo, entender que también se reclamaba lo reconocido por el Tribunal.

Tercer cargo

Acusa la sentencia "por error de hecho en que incurrió el sentenciador de segunda instancia, por errónea e indebida apreciación de una prueba y por falta de apreciación de otras, que en seguida determino, y que lo condujo a la violación por vía indirecta de los artículos 57, numeral 4º, 127, 144, 289, 253, 306 del C. S. del T.; 210 y 568 del C. J., subrogado por el artículo 60 de la ley 63 de 1936, todas normas sustantivas de carácter nacional".

Señala como prueba indebidamente apreciada el dictamen pericial (folios 48 a 50 y 54 a 56 del cuaderno número 1), afirmando que se "le dio un valor que no tiene" y que "en su fondo y en su forma es contradictorio entre sí"; acusa al sentenciador de haber fraccionado tal prueba "para darle valor a una parte y desechar otra", conducta que no puede justificarse con el principio de la libre apreciación probatoria de que gozan los jueces de trabajo.

Como dejada de apreciar indica "la prueba de confesión hecha en la demanda por el apoderado del demandante, en el hecho 15 de la misma y en el punto 6º de la parte petitoria del libelo (folios 6 y 7 del cuaderno número 1). A este respecto manifiesta que conforme al hecho 15 sólo en 1952 la empresa produjo ganancias líquidas a favor del actor y que en el punto 6º petitorio se solicita por concepto de participación de utilidades del 5% en ese año, la suma de $ 1.077.00, afirmándose que el actor recibió un anticipo de $ 1.200.00; agrega que con la confesión hecha en la demanda está demostrado que el actor recibió $ 400.00 en 1951 y $ 300.00 en 1953, por dicho concepto, y que estas cantidades sí las tuvo en cuenta el Tribunal. Además manifiesta que como los honorarios del perito no fueron cubiertos por la parte actora, el dictamen, como lo dispone la ley 63 de 1936, no debió tenerse en cuenta por el sentenciador.

Se considera:

En el caso que se contempla se trataba de hacer una estimación de las utilidades de la empresa durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios. De ahí que fuera necesario ocurrir por medio de perito a los libros de contabilidad, fuente insustituíble de esta información. Fue designado por el a-quo el señor Carlos Obregón, quien en audiencia del 15 de julio de 1954 leyó su dictamen, en el cual indica lo siguiente: que en el lapso comprendido entre el 1º de septiembre y el 31 de diciembre de 1951 la sociedad demandada tuvo una pérdida que asciende a la cantidad de $ 28.368.43; que en el año siguiente —1952— no hubo utilidades, pues "se igualaban las pérdidas y ganancias con los gastos generales, en la suma de $167.545.-20"; que sólo en el primer trimestre de 1953 aparece una utilidad de $ 10.633.41, "según datos que arrojan los balances, de donde se sacaron estas cifras"; que el 5% de esa suma de $ 531.67, cantidad que le corresponde al actor por concepto de par-

ticipación (folio 50 c. p.). Puesto en conocimiento de las partes, el apoderado del demandante solicitó ampliación y fue así como el perito en nuevo estudio encontró que la empresa había hecho un ajuste en los precios de las mercancías y materias primas, precisamente a raíz de la entrada del trabajador, afirmando que el mismo Administrador de la Fábrica le había manifestado que sin ninguna razón valedera la firma había cotizado los productos "a precios más altos de los que se vendían en el mercado". A este respecto agrega el perito: "1º—Los balances pasados por la empresa al doctor Suárez Gómez carecen de firma responsable en su mayoría, por lo cual el carácter legal de éstos no existe; 2º Porque con el libro Caja-Diario, base y nervio de toda contabilidad, tampoco sería del caso, porque precisamente en el mismo mes en que se hizo la devaluación, abundan las correcciones por medio de tachaduras y enmendaturas que hacen perder también el carácter legal de éste" (folios 55 c. p.).

Estas irregularidades impidieron al perito descubrir la verdad de los hechos contables en relación con las utilidades de la empresa y por tanto pretendió deducirlas por otros medios. Dice así al folio 56 cuaderno número 1: "Observando las utilidades producidas por la Empresa en meses anteriores a la entrada del doctor Suárez Gómez, y observando también las producidas antes de la salida del mismo fijó la cantidad de $ 3.500.00 como utilidad mensual que en los diez y ocho meses en que estuvo al frente de sus funciones llegara a un valor de $ 63.000.00 y sobre ésta liquidando el 5% arroja un valor de $ 3.150.00 que son los que corresponden al doctor Suárez Gómez como utilidades".

El Tribunal dijo lo siguiente: "Participación de utilidades.—Ya se vio antes que de acuerdo con el dictamen pericial rendido por el señor Carlos A. Obregón, dictamen que, vuelve y se repite, no fue objetado por la parte demandada, el total que le corresponde al trabajador por concepto del 5% sobre las utilidades que produjo la empresa durante el tiempo trabajado por éste fue de $ 3.150.- Ahora bien, como la empresa había anticipado por este concepto la suma de $ 1.900.00, tal como consta en la misma experticia y como fue reconocido por el demandante, queda un saldo a favor del trabajador por $ 1.250.00, suma a que condenó el a-quo".

De lo transcrito se desprende con evidencia que fue errónea la apreciación que al dictamen le dio el sentenciador, puesto que el perito al fijar las utilidades de la empresa, durante el tiempo que en ella trabajó el actor, tomó en consideración, como él mismo lo expresa, utilidades producidas en época anterior a la entrada de aquél. Del dictamen sólo queda en pie la utilidad arrojada por los balances en el primer trimestre de 1953 y que el perito registra en la cantidad de $ 10.633.41. Pero ni aun en esta parte puede tenerse en cuenta el referido experticio, porque en virtud de lo que dispone el artículo 19 del C. S. del T. y el 145 del C. P. L. debe darse aplicación al artículo 60 de la Ley 63 de 1936, que subrogó al artículo 568 del C. J. Conforme a esta disposición no puede tenerse como prueba tal avalúo, ya que no existe constancia en los autos sobre el pago o arreglo de los honorarios periciales.

Bastan estas consideraciones para que prospere el cargo y por este aspecto se case la sentencia.

No obstante lo que antecede, la Corte procederá en las declaraciones de instancia tomando como base las condiciones pactadas en la carta de fecha 31 de agosto de 1951, dirigida por el Sub-gerente de la empresa al doctor Alvaro Suárez Gómez, prueba aceptada por la demandada, que obra al folio 9 del cuaderno de pruebas del actor. En ella se conviene para el lapso comprendido entre el 1º de septiembre y el 31 de diciembre de 1951, un sueldo mensual de $ 500.00, 5 % de bonificación sobre utilidades de la empresa y una autorización para retirar 100.00 mensuales a cuenta de esta bonificación; y del año de 1952 en adelante se eleva el sueldo a $ 700.00, se concede la misma participación del 5% y la autorización para retirar a cuenta de ésta la misma suma de $ 100.00 mensuales. En consecuencia, la utilidad que aparece demostrada de autos fue de $ 1.900.00, que el actor recibió en cuotas de $ 100.00 por mes, junto con los sueldos ya dichos. El recibo de estas bonificaciones lo confiesa el apoderado del actor en el hecho 15 y en la petición 6ª del escrito de demanda. Por tanto procede la absolución a la sociedad por este extremo, esto es, el de la petición 6ª del libelo inicial.

Cuarto cargo

Lo plantea el recurrente como subsidiario del anterior, así: "Acuso la sentencia recurrida por infracción directa de los artículos 19, 127, 189, 253 y 306 del C. S. del T. y 60 de la ley 63 de 1936, que subrogó el 568 del C. J., normas éstas sustantivas de carácter nacional, en que incurrió el Tribunal sentenciador por no haberlas aplicado al caso subjudice".

No se estudia este cargo por haber obtenido el

recurrente la prosperidad del anterior, en el cual se le dio la razón, respecto a la aplicación que reclama del artículo 60 de la ley 63 de 1936.

Quinto cargo

Lo plantea así: "Acuso la sentencia recurrida por error de hecho en que incurrió el Tribunal de segunda instancia por errónea interpretación de las pruebas que en seguida especifico y que lo condujo a la violación por vía indirecta de los artículos 13, 43, 46, 48, 61, 62 y 64 del C. S. del T., normas éstas sustantivas de carácter nacional".

Enumera como pruebas apreciadas erróneamente las siguientes: a) Carta de agosto 31 de 1951, suscrita por el Sub-gerente de la firma (fl. 9, cuaderno de prueba del actor); b) Carta de marzo 26 de 1953 dirigida por el Gerente al demandante (fl. 43 mismo cuaderno); c) Declaración de Jorge Borrero Irragorri (fl. 34, cuaderno número 1).

Afirma que la carta del 31 de agosto "contiene las condiciones que la Empresa y el trabajador pactaron, para que éste entrara al servicio de aquélla, las cuales fueron ratificadas por la declaración de don Jorge Borrero Irragorri"; que el Tribunal determinó "que las relaciones entre las partes se rigieron por un contrato escrito, a término fijo" y que si ello es cierto, "no cabe en él y es ineficaz la cláusula de reserva. Solamente procede la facultad para las partes de terminar un contrato en cualquier momento, mediante preaviso legal o convencional, en aquellos contratos de duración indeterminada, los de término presuntivo. En los demás tal cláusula es nula y no produce efecto. Solamente puede terminarse un contrato a término fijo por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo, o por las causales establecidas en los artículos 62 y 63 del C. S. del T." Más adelante expone: "El H. Tribunal consideró que el trabajador no tenía derecho al preaviso por cuanto había sido despedido con justa causa. Esta no es la razón para llegar a esta conclusión. La verdadera no es otra que la consideración de la ineficacia de la cláusula pactada; su ilegalidad y por tanto la imposibilidad de aplicarla al caso de autos, en el cual existió un contrato de trabajo pactado a término fijo". En lo anterior hace radicar la apreciación errónea de esta prueba.

Aduce que el sentenciador, aunque reconoce que Suárez Gómez no tenía derecho al preaviso pactado, la empresa debe ser condenada a él "por haberlo concedido graciosamente en carta de 26 de marzo de 1953", conclusión que por equivocada ataca el recurrente, alegando que el Tribunal transcribió inexactamente "el aparte pertinente de dicha comunicación". El impugnador transcribe los apartes de la referida carta y por último afirma que ella "no es ninguna confesión de deber", pero que como así lo consideró el sentenciador, erró en la apreciación de tal prueba y consiguientemente violó las normas señaladas al decretar la condena por preaviso pedida en la demanda.

Sobre el extremo del preaviso dice el fallo acusado:

"Ninguna consideración hizo el a-quo acerca de esta solicitud contenida en el punto 5º del escrito de demanda y tendiente a que se reconociera a favor del trabajador un total de $ 2.601.93 por concepto de preaviso".

"Sin embargo el Tribunal está acorde en determinar la condena a la sociedad demandada por este concepto, pues si bien es cierto que la empresa al dar por terminado en forma unilateral y sin previo aviso el contrato de trabajo lo hizo ajustada en un todo a las disposiciones legales que rigen al respecto, no lo es menos que a pesar de ello en carta de 26 de marzo de 1953 en que se le comunicó al trabajador la cesación de sus labores le reconoce el derecho al pago del preaviso de despido, cuando dice: "Rogamos a usted se sirva pasar inmediatamente por la subgerencia de la empresa, a cargo del señor Joaquín Paz Casas para efectos del pago de las sumas que se le adeudan por sueldo del presente mes, **preaviso de despido**, participación del 5% y cesantía". (Subraya el Tribunal).

Argumenta el ad-quem que no puede desechar la concesión graciosa del patrono al trabajador, "ya que es bien sabido que las disposiciones del C. S. del Trabajo contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores y que por consiguiente bien pueden los patronos reconocer mayores derechos y mayores garantías a las contenidas en ese estatuto".

Por esta razón, aun cuando considera que el trabajador no tenía derecho al pago del preaviso de tres meses pactado, ordena a este lapso a la sociedad demandada.

Se considera:

Los contratantes estipularon en la cláusula 4ª de la carta contrato de fecha 31 de agosto de 1951 (fl. 9 cuaderno de pruebas del actor) lo siguiente: "La duración de este contrato es por dos años a partir de la fecha. Dando cada una de las partes a la otra aviso por lo menos de tres meses de an-

ticipación de su intención de darlo por terminado".

De la cláusula transcrita claramente se deduce que el contrato fue celebrado a término fijo. En estas condiciones no era procedente pactar el aviso con tres meses de anticipación, ya que tal requisito resultaba ineficaz, comoquiera que la reserva de la facultad de terminar el vínculo laboral mediante preaviso sólo opera para los contratos de duración indeterminada (artículo 48 C. S. del T., modificado por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954). Aun cuando esto es así y el Tribunal considera que el trabajador no tenía derecho al preaviso pactado, sin embargo ve en la carta del 26 de marzo de 1953 (fl. 43), pasada a su empleado por la empresa, una concesión graciosa de los tres meses de sueldo que reconoce y ordena pagar. La Sala considera equivocada tal apreciación del sentenciador, como pasa a demostrarse: en la carta mencionada la sociedad expresa al trabajador concretamente el motivo del despido, consistente en "el sistemático y continuado incumplimiento de sus obligaciones convencionales y legales", colocándolo así en la causal 2ª del artículo 63 del C. S. del T. En la última parte de dicha carta le dice: "Rogamos a usted se sirva pasar inmediatamente por la Sub-gerencia de la Empresa, a cargo del señor Joaquín Paz Casas para efectos del pago de las sumas que se le adeuden por sueldo del presente mes, preaviso de despido, participación del 5% y cesantía". Hay gran diferencia en la forma transcrita por el Tribunal en la expresión "SE ADEUDAN", que erradamente copió, y la usada en la carta "ADEUDEN". Esta última inflexión verbal es un subjuntivo, que al decir de los gramáticos, es un modo del verbo que indica que una acción se concibe como subordinada a otra y por ende dudosa. Dice don Andrés Bello en su Gramática Castellana: "Piden de ordinario el subjuntivo común las palabras o frases subordinadas que denotan incertidumbre o duda, etc." Así pues la expresión "pago de las sumas que se le adeuden equivale tanto como a "pago de sumas que pudieran adeudársele", lo cual no constituye el reconocimiento de una deuda, como lo estimó equivocadamente el sentenciador. Tiene pues la razón, por este concepto, el recurrente. Y es jurídica también la apreciación que hace con relación al caso sub-lite, ya que en él, por haber sido unilateral e ilegal la ruptura del contrato, el trabajador tenía acción para reclamar el lucro cesante de que trata el numeral 2º del artículo 64 del C. S. del T. No obstante haberse pedido esta indemnización en la demanda, los juzgadores no produjeron condena al respecto y la sociedad demandada es la que ha recurrido en casación atacando con éxito la relativa al preaviso.

Lo expuesto lleva a considerar que el Tribunal incurrió en equivocada apreciación de las pruebas acusadas, al deducir de ellas una obligación que no contenía, circunstancia que lo llevó a condenar a la demandada por suma correspondiente a tres meses de salario.

Prospera el cargo y la sentencia habrá de casarse en el sentido de absolver a la sociedad por el extremo a que fue condenada.

CAPITULO SEGUNDO

Cargo único

"La sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal del Trabajo de Cali —dice el impugnador— contiene decisiones que hicieron más gravosa la situación de la parte demandada, la cual apeló de la sentencia de primera instancia. Por tanto acuso el fallo por violación de los artículos 494 del C. J., y 306 del C. S. del T., a la cual llegó el sentenciador de segunda instancia por indebida aplicación del artículo 50 del C. P. del T. (D. L. 2158 de 1948)".

Alude el recurrente a la parte petitoria de la demanda, en la cual el actor solicita condenas por varias prestaciones estimadas en cantidades fijas; cita los conceptos y las sumas por los cuales condenó el a-quo y sostiene que el Tribunal "hizo más gravosa la situación de la demandada, al aumentar la condena en lo que hace relación con primas de servicio a $ 1.100.00". Para terminar manifiesta: "Falló pues el H. Tribunal ultrapetita e hizo más gravosa la situación del demandado apelante. Violó en esta forma los artículos 494 del C. J., 50 del Decreto Ley 2158 y 306 del C. S. del T."

Se considera:

En primer lugar cabe la observación de carácter técnico respecto de la presentación de este cargo ya que, tratándose de la causal 2ª del artículo 87 del C. P. L., no procede la indicación de normas legales violadas ni el concepto en que lo fueron. Bastaba únicamente demostrar cuánto se hizo más gravosa la situación de la parte apelante con el fallo de segundo grado. No obstante este reparo, tampoco tiene razón el recurrente, pues como se expuso al estudiar el segundo cargo, la demanda inicial se interpretó en su conjunto, y

por tanto, los falladores podían condenar a todo lo que la intención del libelo comprendía, ajustándose a la ley su proceder por este aspecto. Además, la apelación interpuesta por ambas partes le daba al demandante el derecho a que se le mejorara su situación, sin que pueda configurarse en el caso de autos la violación del artículo 494 del C. J., pues la **reformatio in pejus,** como en diferentes ocasiones lo ha sostenido la Corte, sólo se opera cuando el superior enmienda el fallo, objeto del recurso, en el sentido de agravar la situación adquirida por el único apelante. Este fenómeno no se contempla cuando las dos partes litigantes apelan del proveído, como en el caso sublite.

Basta lo anterior para desechar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto por su numeral primero condena a la sociedad demandada al pago de preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios y participación de utilidades; en cuanto por su numeral tercero condena a la demandada en costas de la segunda instancia; y procediendo como Tribunal de instancia, REVOCA los ordenamientos b) y d) del punto 1º del fallo del a-quo, produciendo en su lugar absolución por los extremos de vacaciones y participación en utilidades a que ellos se refieren, y REFORMA los ordenamientos a) y c) del mismo punto, en el sentido de CONDENAR a la sociedad denominada "Aceites y Abonos del Valle, Ltda.", representada por su gerente Joaquín Paz Borrero, a pagar al doctor Alvaro Suárez Gómez o a quien sus derechos represente, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las siguientes cantidades: un mil doscientos cincuenta y siete pesos con setenta y dos centavos m. l. ($ 1.257.72), por concepto de auxilio de cesantía durante el tiempo de servidio de 18 meses, 26 días; un mil pesos m. l. ($ 1.000.00) por concepto de primas de servicio correspondientes a 4 meses de 1951 y todo el año de 1952. En total, dos mil doscientos cincuenta y siete pesos con setenta y dos centavos ($ 2.257.72), suma de la cual deberá descontarse la cantidad de un mil seiscientos treinta y ocho pesos con setenta centavos m. l. ($ 1.638.70), depositada en el Banco de la República por la demandada y posteriormente recibida por el apoderado del actor, según lo expresa el fallo del ad-quem. NO CASA la sentencia en lo demás.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón—Enrique Arámbula Durán—Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PENA MORATORIA EN QUE INCURRE EL PATRONO POR EL NO PAGO OPORTUNO AL TRABAJADOR DE SALARIOS Y PRESTACIONES, PUEDE SER RECLAMADA POR LOS HEREDEROS DEL TRABAJADOR. — ESTA SANCION NO SE ORIGINA POR EL NO PAGO DEL SEGURO DE VIDA. — PAGO DE CESANTIA Y PRIMA DE SERVICIOS EN CASO DE MUERTE DEL TRABAJADOR. — PROHIBICION A LOS PATRONOS DE HACER DEDUCCIONES, COMPENSACIONES O RETENCIONES DEL MONTO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DEL TRABAJADOR

1.—Los herederos son los continuadores de la persona del de cujus en el orden patrimonial, esto es, adquieren PER UNIVERSITATEM inmediatamente y de pleno derecho el dominio de todos sus bienes. Sólo por el hecho de la muerte, pero sin necesidad del lleno de formalidad alguna, pasan a los herederos los bienes, derechos, acciones, deudas del difunto. En el caso del artículo 65 del C. S. del T. no se trata de una sanción de "salarios caídos", como impropiamente se le denomina, sino de una pena moratoria que origina un derecho pecuniario —vale decir un crédito— a favor del trabajador, y como tal no puede extinguirse con la muerte de éste, pues que siendo un bien patrimonial, lógico y jurídico es que se transmita a sus herederos. Y este derecho, como todo derecho patrimonial, conlleva la acción para ejercitarla contra el deudor. No era necesario, pues, que la ley consagrara expresamente que tal derecho-crédito se transmitía a los herederos del trabajador, pues siendo ellos los continuadores de su persona, bastaba la aceptación universal de esta ficción legal. Ocurre lo mismo en el campo del derecho civil, ya que si el trabajador al morir deja un crédito, éste y sus intereses moratorios pueden reclamarse por sus herederos.

2.—El no pago oportuno del valor del seguro no origina consecuencialmente la sanción del artículo 65 del C. S. del T., ya que la condena por mora se produce por el retardo del pago de prestaciones de que es titular el trabajador y no en el caso del seguro de vida, que es un derecho reconocido legalmente a favor de los beneficiarios de aquél.

3.—El artículo 258 del C. S. del T. establece que el auxilio de cesantía, transmisible por causa de muerte, cuando valga $ 5.000.00 o menos, se pagará ciñéndose al procedimiento establecido por el artículo 212 ibidem, esto es, el que reglamenta el pago del seguro. Esta regla procedimental exige como requisitos: a) La presentación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles o de las pruebas supletorias de ley y una información sumaria de testigos que acredite quiénes y cuántos son los herederos; b) Que antes de efectuar el pago de la prestación el patrono dé aviso al público, con 30 días de anticipación, por lo menos dos veces en la prensa. Sólo después de cumplidos estos requisitos se puede hablar de que la prestación es exigible por parte de los herederos del causante.

4. — Cuanto a las primas de servicio, en caso de muerte del titular, la ley no tiene señalado ningún procedimiento, por lo cual analógicamente deben aplicarse las reglas que establecen el pago de la cesantía.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, tres de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

La señora Ruth Zuluaga v. de Gutiérrez, por medio de apoderado, obrando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Iván, Alvaro y Oscar Gutiérrez Zuluaga, demandó a la sociedad comercial "Gómez y Mejía Ltda." ante el Juzgado 2º del Trabajo de Manizales para que, por los trámites del ordinario laboral, se le condenara a pagar a los demandantes lo siguiente: a) $ 24.000.00, como beneficiarios del seguro del señor Noel Gutiérrez Peláez; b) $ 4.500.00 o más, valor del auxilio de cesantía del mismo; c) al pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del C. S. del T.

La parte demandante fundamentó su reclama-

ción en los siguientes hechos: que Noel Gutiérrez, esposo de la señora Ruth Zuluaga, prestó sus servicios como agente viajero a la sociedad demandada por lapso mayor de tres años; que cuando realizaba una correría por Santander falleció trágicamente el 18 de noviembre de 1954; que el sueldo devengado por el empleado fue de $ 2.000, según carta del Gerente de 7 de diciembre de 1954; que la Compañía de Seguros reconoció y pagó a la demandada el valor del seguro de Noel Gutiérez por $ 24.000.00, pero ni seguro ni cesantía ni primas han sido pagados a la parte demandante.

En la primera audiencia de trámite fue corregida la demanda en el sentido de reclamar de la firma demandada el pago de las primas de servicio. Asimismo la parte actora acepta que se descuente lo que aparezca deberle el trabajador a la firma siempre que la deuda conste en documento emanado de aquél.

En la contestación de la demanda Gómez y Mejía Ltda. sostiene que el contrato laboral sólo se inició el 21 de abril de 1954; niega el monto del sueldo promedio que indica la demanda; acepta el fallecimiento de Noel Gutiérrez en accidente de trabajo y la constitución del seguro de vida respectivo. Propone la excepción de compensación con base en deudas por salarios anticipados recibidos por el trabajador, en la cantidad de $ 7.752.72 y la de pago total en los gastos de entierro y parcial en lo demás.

La sociedad demandada formuló contra la parte actora demanda de reconvención, cuyos hechos se sintetizan así: 1º que Noel Gutiérrez Peláez prestó sus servicios como agente viajero; 2º que falleció en accidente de trabajo al servicio de la empresa; 3º que adeudaba a la misma, por concepto de salarios anticipados, la suma de $ 7.252.72; 4º que al fallecer estaba casado con doña Ruth Zuluaga, matrimonio del cual nacieron Iván, Alvaro y Oscar, menores de edad; 5º que la empresa hizo gastos de entierro que sobrepasaron en $ 1.259.80; 6º que la demandada desde el fallecimiento del trabajador trató de que se le cubrieran estas deudas, pero que como la viuda de Gutiérrez no aceptó, hubo de consignar ante el Juzgado 2º del Trabajo de Manizales la suma que considera deber; 7º que "La señora Ruth Zuluaga de Gutiérrez, en su propio nombre y como representante de sus hijos menores, ha demandado a la sociedad mencionada"; y 8º que la empresa "ha reconocido deber por prima de servicios, cesantía y seguro colectivo".

La reconvenida acepta los hechos 1º, 2º, 4º, 7º y 8º; el 3º ni lo acepta ni lo niega, pues ratifica su afirmación de que se haga el descuento de las sumas debidas por Gutiérrez, siempre que consten en documentos suscritos por él. Al hecho 5º, dice que nunca exigió a la empresa se excediera en los gastos de entierro; al hecho 6º, responde que ni el valor de la cesantía ni el de las primas fueron consignados y que del valor del seguro cobrado por la firma, ésta retiró para sí una parte.

El Juzgado 2º del Trabajo de Manizales desató la litis en sentencia del 13 de septiembre de 1955 así: por el numeral 1º condena a "Gómez y Mejía Ltda." a pagar a los actores beneficiarios la suma de $ 24.000.00, valor del seguro; por el numeral 2º condena a la misma a pagar a los demandantes $ 3.799.72 por concepto de auxilio de cesantía del fallecido y $ 3.355.03 por primas de servicios; por el numeral 3º declara probada parcialmente la excepción de compensación propuesta por el apoderado de la demandada hasta la suma de $ 7.154.75, por concepto de deudas contraídas por el extrabajador Noel Gutiérrez; por el numeral 4º se declaran sin fundamento las excepciones de "pago" y de "pago parcial", propuestas por la empresa demandada; por el numeral 5º se ordena pagar por el Banco de la República de Manizales al apoderado de la parte demandante la suma de $ 16.861.62, dinero correspondiente a lo consignado por la firma demandada; por el numeral 6º declara que una vez cancelado este título, la demandada sólo tiene como saldo en su contra la suma de $ 7.138.38, ya que esta cantidad más el valor del título asciende a $ 24.000.00, valor del seguro de vida; por los numerales 7º y 8º absuelve a la firma demandada y a la señora Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez y a quienes legalmente represente ésta, de los demás cargos formulados en la demanda principal y en la de reconvención, respectivamente. No condenó en costas.

Apelada esta providencia por los apoderados de las partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, por medio de fallo del 14 de febrero de 1956 la reformó así: por el numeral 1º condena a la firma "Gómez & Mejía Ltda." a pagar a la parte demandante la suma de $ 26.927.58, remanente que resulta de descontar de $ 31.845.68 —valor del seguro, de la cesantía y de las primas de servicio—, la cantidad de $ 4.918.10, deuda comprobada a cargo del trabajador, que se ordena compensar; por el numeral 2º se condena a la misma sociedad a pagar a los demandantes la cantidad de $ 65.93 diarios "por concepto de salarios caídos", contados a partir del 18 de noviembre de 1954 hasta que se verifique el pago; por el nu-

meral 3º se declara fundada parcialmente la excepción de compensación. No condenó en costas.

Contra esta providencia interpuso recurso de casación el apoderado de la sociedad demandada. Admitido y tramitado en forma legal pasa a decidirse previo examen de los cargos formulados.

La demanda persigue la casación del fallo del ad-quem para que, convertida la Corte en Tribunal de instancia, reforme la sentencia de primer grado "en el sentido de declarar que procede la compensación respecto del valor de los gastos especiales hechos con motivo de la muerte del señor Gutiérrez Peláez, en cuanto excedieron de su último sueldo mensual, y también en la suma adelantada a la señora Zuluaga de Gutiérrez".

El opositor en extenso memorial expone con amplitud sus razones para que se sostenga el fallo de segunda instancia.

Primero y segundo cargos

Los dos primeros cargos pueden estudiarse en conjunto por la similitud que guardan. El primero se formula por "violación del inciso primero del artículo 65 del C. S. del T., en relación con los artículos 5º, 22, 23 y 61, ordinal d) del mismo Código por interpretación errónea". Y el segundo por "violación directa del inciso segundo del artículo 65 del C. S. del T., por haberlo aplicado a una situación no regulada por él".

Cuanto al primer cargo afirma el recurrente que "el Tribunal Seccional, al decretar salarios caídos para la viuda y los hijos del señor Gutiérrez Peláez, entiende que si el patrono, en el caso de que el contrato termine por muerte del trabajador, no paga inmediatamente a sus herederos o causahabientes, las prestaciones que durante la ejecución del contrato o con motivo de su extinción, hayan surgido o surjan a favor del causante o de quienes estén investidos de la calidad de beneficiarios, debe cubrir a éstos o a los herederos o causahabientes, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo". Agrega que "Tal interpretación pugna con el sentido natural y obvio del precepto que señalo como violado, el cual se refiere concreta y exclusivamente al **trabajador** o **asalariado**". Transcribe definiciones del vocablo "trabajador" para sostener que "ni en la doctrina ni en el derecho positivo el término trabajador o asalariado es comprensivo en sí mismo de 'heredero' o 'causahabiente' o 'beneficiario' ". Dice que "Las prestaciones o indemnizaciones debidas al trabajador, como sus obligaciones, lo son **intuitu personae**, por regla general"; que "no hay de dónde inferir que en caso de muerte del trabajador, esté obligado el patrono, para con personas que no han tenido ni tienen con él una relación contractual, a reconocerles la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo". Cita una jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo sentada en fallo de 27 de septiembre de 1954, en el juicio de Belén Borrero vs. Silvestre Rodríguez y otros, para concluir en que "La equivocada estimación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y de las disposiciones concordantes, indujo al Tribunal Seccional a aplicarlo al caso de autos, no siendo aplicable".

En relación con el segundo cargo el recurrente expresa: "Quebrantó así el Seccional, directamente, la disposición citada, la cual supone que la mora afecta al propio trabajador, y no consagra para los causahabientes o beneficiarios la indemnización...". De manera que el recurrente sostiene la misma tesis con que fundamenta el cargo primero, ya que extraña que el sentenciador hubiera aplicado dicha norma —el artículo 65— a la situación de autos, en su concepto no regulada por tal disposición.

Se considera:

El sentenciador dijo: "Es evidente que las prestaciones a que tenga derecho el trabajador se defieren a sus causahabientes o sucesores en el instante de la muerte de aquél. Y son, por tanto, un **iuresuccessionis**, como en el caso de la cesantía, cuya transmisibilidad por causa de muerte se halla establecida en el artículo 258 del C. S. del T.". Más adelante afirma: "En el caso a estudio y a la luz de estos presupuestos jurídicos, puede concluírse que, habiéndose deferido las prestacicnes, como la cesantía, en cabeza de los herederos del causante en el momento de la muerte de éste, con todos los derechos correspondientes, resulta evidente la obligación por parte de Gómez y Mejía Ltda. de pagar a la señora Ruth Zuluaga vda. del de cuius y a sus menores hijos representados por ella, Iván, Alvaro y Oscar Gutiérrez Zuluaga, la indemnización a que se refiere el artículo 65 del C. S. del T., por haberse retardado en el pago del seguro y de las prestaciones debidas, confesadas y reconocidas, por haberlas retenido sin autorización legal y por haber hecho una consignación parcial del valor que en realidad confesó deber...".

Aunque es evidente que en el texto del artículo 65 acusado se leen los términos "trabajador" y

"asalariado", no obstante, la situación de autos no alcanza a ser discutible. Basta considerar que los herederos son los continuadores de la persona del de cujus en el orden patrimonial, esto es, adquieren **per universitatem** inmediatamnete y de pleno derecho el dominio de todos sus bienes. Sólo por el hecho de la muerte, pero sin necesidad del lleno de formalidad alguna, pasan a los herederos los bienes, derechos, acciones, deudas del difunto. En el caso del artículo 65 del C. S. del T. no se trata de una sanción de "salarios caídos", como impropiamente se le denomina, sino de una pena moratoria que origina un derecho pecuniario —vale decir un crédito— a favor del trabajador, y como tal no puede extinguirse con la muerte de éste, pues que siendo un bien patrimonial, lógico y jurídico es que se transmita a sus herederos. Y este derecho, como todo derecho patrimonial, conlleva la acción para ejercitarla contra el deudor. No era necesario, pues, que la ley consagrara expresamente que tal derecho-crédito se transmitía a los herederos del trabajador, pues siendo ellos los continuadores de su persona, bastaba la aceptación universal de esta ficción legal. Ocurre lo mismo en el campo del derecho civil, ya que si el trabajador al morir deja un crédito, éste y sus intereses moratorios pueden reclamarse por sus herederos.

Cuanto a la jurisprudencia a que alude el recurrente es de advertir que ella no es aplicable a la situación de autos, pues allí se estableció que el no pago oportuno del valor del seguro no originaba consecuencialmente la sanción del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, hoy artículo 65 del C. S. del T., ya que la condena por mora se produce por el retardo del pago de prestaciones de que es titular el trabajador y no en el caso del seguro de vida, que es un derecho reconocido legalmente a favor de los beneficiarios de aquél.

No ve la Sala que el Tribunal haya interpretado erróneamente el artículo 65 del C. S. del T., en relación con las demás disposiciones señaladas por el impugnador, ni que se haya aplicado a una situación no regulada por la citada norma.

Por lo anterior, los cargos examinados no prosperan.

Tercer cargo

Se formula así: "Violación directa, por falta de aplicación de los artículos 258, 294 y 212 del Código Sustantivo del Trabajo, y 893 a 970 del Código Civil, en relación con el artículo 65 del primero de dichos Códigos, en cuanto disponen la observancia de ciertas reglas de procedimiento, previamente al pago de las prestaciones derivadas del fallecimiento del trabajador".

Afirma el acusador: "El Seccional dio por sentado que las primas de servicio y el auxilio de cesantía a que tuvo derecho el señor Gutiérrez Peláez se transmitieron a sus causahabientes, y que el seguro de vida surgió a favor de los beneficiarios con motivo de la muerte del trabajador. Pero olvidó que las primas de servicio se transmiten conforme a las reglas del juicio de sucesión; que la cesantía menor de $ 5.000.00 no se reconoce a los herederos sino después de que acrediten serlo con las copias de las partidas eclesiásticas o de los registros civiles, más una información sumaria de testigos, y no se paga sino después de dar aviso público con treinta días de anticipación, y que el seguro sólo se paga a quienes muestren tener el carácter de beneficiarios, treinta días después de la fecha del último de los dos avisos que deben darse dentro de un lapso que la ley ni siquiera precisa". Arguye que no puede configurarse la mora desde la fecha misma de la muerte del causante, el trabajador en este caso, porque es preciso para quien hace el pago saber a quién debe hacerlo y esto no era posible hasta no establecer claramente la calidad de herederos en los reclamantes.

Se considera:

Evidentemente las normas laborales señaladas por la acusación consagran reglas de procedimiento que deben observarse previamente para el pago del auxilio de cesantía y seguro de vida del trabajador. Se advierte que el Tribunal no tuvo en cuenta este procedimiento y de ahí que hubiera condenado a la sociedad demandada al pago de la indemnización por la mora desde la fecha misma del fallecimiento de Gutiérrez Peláez.

En el caso sub-lite la demandada estaba obligada a pagar a los sucesores del trabajador fallecido auxilio de cesantía, primas de servicio y seguro de vida. Necesario era en relación con las dos primeras prestaciones, precisar el momento en que el deudor debía cumplir esa obligación, puesto que él indicaba la fecha inicial del retardo para los efectos de la sanción establecida en el artículo 65 del C. S. del T.

Ahora bien: el artículo 258 del C. S. del T. establece que el auxilio de cesantía, transmisible por causa de muerte, cuando valga $ 5.000.00 o menos, se pagará ciñéndose al procedimiento establecido por el artículo 212 ibidem, esto es, el que

reglamenta el pago del seguro. Esta regla procedimental exige como requisitos: a) la presentación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles o de las pruebas supletorias de ley y una información sumaria de testigos que acrediten quiénes y cuántos son los herederos; b) que antes de efectuar el pago de la prestación el patrono dé aviso público, con treinta días de anticipación, por lo menos dos veces en la prensa. Sólo después de cumplidos estos requisitos se puede hablar de que la prestación es exigible por parte de los herederos del causante.

En el caso que se estudia se advierte que si bien la parte demandante presentó las partidas civiles correspondientes, la sociedad demandada se abstuvo de publicar el aviso de que trata la mencionada regla, para los efectos del pago de la cesantía, pues los avisos que obran a los folios 17, 18 y 19, sólo se refieren al valor del seguro de vida.

Ante este incumplimiento de parte del patrono y considerando que el procedimiento a que se hace referencia sólo tiene por finalidad que aquél conozca plenamente quiénes son los acreedores de las prestaciones del trabajador fallecido, para que pueda efectuar el pago y liberarse legalmente de él, debe examinarse si existe medio probatorio en el expediente que acredite el conocimiento por parte de la demandada de los verdaderos y únicos causahabientes de Gutiérrez Peláez. A este respecto obra en el expediente al folio 7 una carta dirigida por el gerente de la sociedad, señor José Gómez Arrubla, a la viuda señora Ruth Zuluaga de Gutiérrez, documento que expresa: "Primeramente quiero expresarle nuevamente mi más sentido pésame por la muerte de su esposo Noel y nuestro compañero de trabajo quien siempre se distinguió por su corrección, lealtad y amor al trabajo y su desaparición la hemos sentido todos nosotros como si fuese la de un hermano. No dejo de comprender muy bien su situación ya que tiene tres pequeños hijos que tendrá que levantar y aunque es difícil porque el mundo se torna cada día más difícil, hay que tener fe en Dios Nuestro Señor quien siempre velará por las personas buenas, además todos sus familiares tendrán que poner de su parte para ayudar a usted y a sus queridos hijos. Espero que en los primeros días de enero usted podrá recibir el valor del seguro que es de $ 24.000.00 más unos $ 4.500.00 que corresponden a cesantía, de estos valores debemos descontar un saldo a cargo de Noel que en los libros figuraba el día de su muerte por valor de unos $ 8.500.00 aproximadamente". Tal carta lleva fecha 7 de diciembre de 1954, y como se observa, el gerente de la sociedad demandada confiesa tener pleno conocimiento de la viuda y herederos de Gutiérrez Peláez. Ello se corrobora con la afirmación que en los hechos de la demanda de reconvención hace la parte demandada cuando dice en el punto cuarto: "Al fallecer el señor Gutiérrez Peláez estaba casado con la señora Ruth Zuluaga, matrimonio del cual nacieron Iván, Alvaro y Oscar Gutiérrez Zuluaga, menores de edad".

De manera que con estas pruebas se concluye que 30 días, a partir de la fecha de la carta —7 de diciembre de 1954—, debe considerarse que el patrono entró en mora de pagar el auxilio de cesantía a los herederos del trabajador fallecido. Cuanto a las primas de servicio, en caso de muerte del titular, la ley no tiene señalado ningún procedimiento, por lo cual analógicamente deben aplicarse las reglas que establecen el pago de la cesantía. Pero como éstas no se cumplieron en el caso de autos, la fecha de la mora en la cancelación de esta prestación debe ser la misma que se fijó para el auxilio de cesantía. Cuanto al seguro no hay discusión, pues ya se dijo que la mora en el pago de éste no origina la sanción que establece el artículo 65 del C. S. del T.

Dada la razón al recurrente, prospera el cargo y, asumiendo la Corte las funciones de Tribunal de instancia, habrá de reformar el fallo en el sentido de que la condena a que se refiere el numeral 2º de la parte resolutiva se empiece a contar desde el 7 de enero de 1955.

Cuarto cargo

Lo formula así el recurrente: "Violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por indebida aplicación, y de los artículos 258, 294 y 212 del Código Sustantivo del Trabajo y 757 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas".

El error de derecho lo hace consistir en dar por establecido que la viuda y sus menores hijos son los herederos reconocidos para recibir el valor de las primas de servicio, por no obrar en autos la providencia del juez reconociéndolos como tales.

Los errores de hecho los hace consistir el recurrente en haberse admitido sin la información sumaria de testigos y sin la constancia del aviso público que la viuda y sus menores hijos son los beneficiarios del auxilio de cesantía y del seguro del trabajador.

Se considera:

Dijo el sentenciador: "Es una realidad jurídica plenamente demostrada en los autos que el señor Noel Gutiérrez Peláez esposo y padre legítimo de los reclamantes y únicos beneficiarios, estuvo ligado por contrato laboral a la compañía 'Gómez y Mejía Ltda.', cuyo gerente es el señor José Gómez Arrubla. Así se desprende claramente de la carta suscrita en Manizales por el citado gerente José Gómez Arrubla de fecha siete (7) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), dirigida a la señora Ruth Zuluaga de Gutiérrez a Bogotá, ratificada por él en todas sus partes (fs. 7 y 74 vto.), como también de las posiciones absueltas por el mismo gerente Gómez Arrubla (fs. 71 a 74) y de las demás constancias del juicio".

Conviene advertir que la sociedad demandada jamás desconoció en las instancias la calidad de esposo del fallecido en la señora Ruth Zuluaga de Gutiérrez y la condición de herederos en los citados menores Iván, Alvaro y Oscar. No sólo de la carta de 7 de diciembre de 1954, sino de la afirmación hecha en el punto 4º de la demanda de reconvención, se desprende la comprobación de esta circunstancia. Y no habiendo sido objeto de controversia este punto, el planteamiento que de él hace el recurrente en casación indudablemente constituye un medio nuevo, el cual, según la reiterada jurisprudencia de la Corte en esta materia, no puede ser admitido ni examinado en el recurso extraordinario propuesto. Además, si bien es cierto que no se produjo el aviso público de que trata la regla contenida en el artículo 212 CST., esta omisión, imputable a la sociedad demandada, no puede alegarse en su favor. y ella nada demostraría ante el reconocimiento expreso del patrono en la carta varias veces citada. Para concluir debe advertirse que el sentenciador no sólo tuvo en cuenta las actas de los folios 2 a 6 ni la confesión a que alude el recurrente, sino otras pruebas arriba examinadas, que no señala la acusación.

Por las razones anteriores la Sala considera que el Tribunal no incurrió en errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas acusadas y por tanto no se configura la violación indirecta de las normas que señala el recurrente.

En consecuencia el cargo no prospera.

Quinto y sexto cargos subsidiarios

Se estudian en conjunto por la relación que guardan entre sí.

El 5º acusa violación, por falta de aplicación, del inciso 2º del artículo 65 del C. S. del T., a consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, y el 6º cargo, por errónea interpretación del inciso 2º del mismo artículo.

Afirma el recurrente que el Tribunal consideró no válida la consignación por haberse condicionado al finiquito o paz y salvo y no representar lo que la demandada confesó deber. Al respecto dice: "El error consiste, por una parte, en atribuír a la manifestación que hizo el apoderado de Gómez & Mejía Ltda. el alcance de una condición obligatoria para el Juez y extraña al ordenamiento legal. Perdió de vista el fallador que conforme al inciso 2º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, el patrono cumple con sus obligaciones consignando la suma que crea deber, **mientras la justicia del trabajo decide la controversia**, de donde se deduce que si el trabajador no aceptó la misma suma antes de la consignación, ya no se le entregará sino hasta cuando la justicia decida, a menos que se declare satisfecho con el pago de lo consignado". Más adelante dice: "Que hubo oferta y no se llegó a ningún acuerdo, lo comprueban la confesión de la demandante en posiciones (folio 125) y las declaraciones de los señores Guillermo Ochoa y Hugo Ramírez Hoyos (folios 130 y 175). Y que de la consignación tuvo conocimiento la parte interesada, se deduce de la solicitud de entrega que en la primera audiencia de trámite hizo el apoderado de la demandante (folio 52 vto.)". En cuanto al punto sostenido por el Tribunal de que "la consignación no representó cuantitativamente lo que el demandado confesó deber" alega el recurrente que el hecho de que inicialmente la demandada haya estimado como monto de las prestaciones debidas una suma aproximada, no impide que posteriormente, mediante examen del caso, llegue a una conclusión diversa. Según el impugnador la empresa consideró que Gutiérrez Peláez había tenido una sociedad con Hugo Ramírez entre el 12 de septiembre de 1951 y el 21 de abril de 1954, lapso en el cual el primero no era trabajador de la demandada (fls. 30 a 35). Añade además que después de la muerte de Gutiérrez la sociedad "realizó erogaciones" en provecho de la familia del extinto (declaración de Hugo Ramírez— (fls. 173 a 175), diligencias del folio 177. Afirma que por no haber apreciado el sentenciador estas pruebas desconoció equivocadamente la validez de la consignación. Asimismo transcribe en apoyo de su tesis una certificación del Juzgado 2º de Manizales que versa

sobre conceptos interpretativos del inciso 2º del artículo 65 del C. S. del T.

Se considera:

En cuanto al valor de la consignación dice el Tribunal: "La consecuencia lógica entre los numerales 1º y 2º del artículo 65 que se comenta, llevan necesariamente a la conclusión de que el patrono no consignó la suma que confesó deber, sino otra muy distinta e inferior, en contravención al numeral 1º del mismo artículo 65 y de lo dispuesto en los artículos 59 y 149 del C. S. del T., ya que ha retenido las prestaciones y parte del valor del seguro del extinto. Aún más, al efectuar la consignación, ha tratado de compensarse por derechas reduciendo ésta al valor depositado, es decir, disminuyéndola en la suma de once mil seiscientos treinta y ocho pesos con treinta y ocho centavos ($ 11.638.38), puesto que confesó deber la cantidad de veintiocho mil quinientos pesos ($ 28.500.00) y solamente depositó la suma de dieciseis mil ochocientos sesenta y un pesos con sesenta y dos centavos ($ 16.831.62). Y como tal retención o compensación está expresamente prohibida por la ley, con las excepciones taxativas señaladas por la misma, la consignación así hecha el 4 de marzo último (1955), no puede exonerar a la empresa deudora de los salarios caídos". (Subraya el Tribunal).

El testigo Guillermo Ochoa dice al folio 30: "Yo tuve el cheque girado a la señora Ruth Zuluaga de Gutiérrez, en el cual se le pagaban las prestaciones al señor Noel Gutiérrez, y la señora mencionada no quizo (sic) recibirlo diciéndome que le comunicara a la firma 'Gómez y Mejía Ltda.' que ella no aceptaba ese cheque". Hugo Ramírez Hoyos dice al folio 175: "Una vez ya en la ciudad de Bogotá, el suscrito, se entrevistó con la señora Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez, y con el señor Alberto Zuluaga, hermano de la citada señora Ruth Zuluaga, y les ofrecí que aceptaran la liquidación hecha por la firma, y la señora Zuluaga vda. de Gutiérrez, se negó a recibir el cheque que personalmente llevaba para el pago de las prestaciones, alegando la citada señora que no recibía dicho cheque, por haberse descontado por la firma 'Gómez y Mejía Ltda.' unos dineros...".

La señora Zuluaga v. de Gutiérrez dice al folio 125: "La firma mencionada 'Gómez y Mejía Ltda.' antes de entrar en conversaciones conmigo para el pago de las prestaciones la firma 'Gómez y Mejía Ltda.', cobró el seguro de mi esposo, y descontaron lo que él estaba debiendo, y el resto me enviaron en cheque por veinte mil y pico de pesos, el cual yo lo devolví así como también un recibo por el total de veinticinco mil que era lo que le correspondía por seguro y por prestaciones, esto por conducto de Guillermo Ochoa".

A los folios 27 a 29 obra el acta de consignación de fecha 4 de marzo de 1955, llevada a cabo ante el Juzgado del conocimiento por el apoderado de la sociedad demandada. En ella se calcula la cesantía en $ 1.116.30, la prima de servicios en $ 757.84 y el seguro se estima en $ 24.000.00. De la suma de estas cantidades —$ 25.874.14— la sociedad descuenta la suma de $ 9.012.52 por concepto de sueldos anticipados del trabajador, gastos de rescate, traslado del cadáver y sepelio, quedando la suma de $ 16.861.62, que es la cantidad consignada mediante título número 18657 del Banco de la República. Advierte el representante de la sociedad demandada "que el retiro de este dinero, sólo puede hacerse, mediante el finiquito de paz y salvo, con la empresa, pues de lo contrario, según el artículo 65 del C. Sustantivo del Trabajo, el depósito debe permanecer en el Banco, hasta que la justicia decida".

Al folio 52 vto., durante la primera audiencia de trámite, aparece la manifestación del apoderado de la actora a objeto de que le sea entregada "a buena cuenta la cantidad de dinero depositada por la Cía.". Pero el Juez no accedió a esta solicitud.

Las pruebas anteriores, cuyos párrafos pertinentes se han transcrito, demuestran: que la sociedad demandada hizo oferta de pago a la señora v. de Gutiérrez, pero ésta la rehusó: que la demandada verificó por su cuenta una compensación e hizo ante el a-quo consignación por el remanente; cuyo monto atrás se indicó; que la entrega de este saldo se condicionó a que la actora firmara a favor de la sociedad un finiquito o paz y salvo, y que aquélla, por medio de su procurador, solicitó tal suma a buena cuenta, lo que le fue negado.

Sin embargo, estas probanzas no desvirtúan las consideraciones del sentenciador cuando afirma que la sociedad no consignó la suma que desde un principio confesó deber, por medio de su Gerente, en carta de 7 de diciembre de 1954 (fl. 7), sino una cantidad inferior. Y no es aceptable la razón que da el recurrente de que el patrono, no obstante haber confesado inicialmente la suma adeudada, pudo luego llegar a una conclusión diversa, pues ésta, expresada en la diligencia de consignación, ciertamente implica un menoscabo de los derechos emanados del contrato de trabajo, ya que ni siquiera se consignó el monto cabal del valor

del seguro de vida, el cual ha venido reteniéndose ilegalmente. Otra razón que expresa el sentenciador y que esta Sala acoge, para sostener la invalidez de la consignación, es la compensación operada directamente por el patrono y que resulta arbitraria e ilegal a todas luces, por cuanto no se cumplen en ella los requisitos señalados en los artículos 59 y 149 del C. S. del T.

Ante estas circunstancias no puede estimarse que la sociedad demandada procedió, al efectuar la consignación, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 65, pues como queda establecido, lo depositado por ella es inferior a la suma que inicialmente confesó deber.

En cuanto al certificado expedido por el Juez 2º del Trabajo de Manizales, en relación con sus opiniones sobre el inciso 2º del artículo 65 del C. S. del T., la Sala sólo observa que esta forma de expedir certificaciones es insólita y desacostumbrada en la órbita de las funciones judiciales, ya que conforme al estatuto procedimental los jueces sólo pueden certificar sobre hechos de que tengan conocimiento en los procesos de su competencia.

Lo expuesto lleva a concluir que no se violó ni se interpretó erróneamente por el sentenciador la norma laboral acusada.

Por tanto el cargo no prospera.

Séptimo cargo

Lo plantea así el recurrente: "Violación directa del artículo 247 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación".

El impugnador hace consistir la violación de la norma en la circunstancia probada de que "Gómez y Mejía Ltda." hizo gastos de entierro del Sr. Gutiérrez en una suma mayor a la que por ley estaba obligado a efectuar, y no se ordenó la compensación respecto de la cantidad excedida.

Se considera:

El artículo 13 del C. S. del T. establece que sus disposiciones "contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores" y que "No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo".

En el presente caso, conforme al artículo 247 acusado, el patrón estaba obligado a pagar gastos de entierro de su trabajador "hasta una suma equivalente al salario del último mes". Si la empresa se excedió en este monto, tal circunstancia no puede mirarse como infracción de la norma que consagra el derecho mínimo puesto que no existe constancia de autos de que la viuda hubiese reclamado nada al respecto y además, se ocasionaron gastos, como rescate, preparación y traslado del cadáver, a los cuales la Empresa debía atender por razón de las características mismas que produjeron el deceso de su empleado.

Por último, la concordancia lógica entre las normas generadoras de derechos sociales en nuestro Código y el principio consagrado en el artículo 13 del mismo, implican que no se configura la violación de aquéllas en caso de que el patrón se exceda voluntariamente en su reconocimiento.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

Octavo cargo

Lo formula así: "Violación del artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo, por indebida aplicación, a consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación le las pruebas".

Afirma que no se apreció la confesión de la demandante, corroborada por las declaraciones de Guillermo Ochoa, Hugo Ramírez y Myriam Jaramillo (fls. 125, 129, 130 y 178), por lo cual el Tribunal no compensó la referida suma de $ 500.00, de las prestaciones reconocidas y decretadas.

Se considera:

A los folios 193 y 194 del expediente, el Tribunal formula las consideraciones que lo llevaron a establecer la compensación que en el fallo impugnado decreta. Parte de la base de la confesión de la actora (punto 7º de la contestación de la demanda), que equivale a la absolución que da a la séptima pregunta de las posiciones, cuando dice que reconoce las deudas de su esposo, siempre y cuando haya documentos firmados por él, que las acrediten.

Dice así el ad-quem: "Ciertamente, como la señora Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez y sus menores hijos pudieron no tener conocimiento alguno de las deudas contraídas por su esposo a favor de la sociedad demandada, la aceptación de aquéllas, **siempre que estén suscritas por el finado**, está indicando claramente su lealtad en el proceso y su voluntad manifiesta de cubrirlas, si se prueban legalmente".

"De lo dicho aquí se desprende como corolario lógico la necesidad de observar con detenimiento la inspección ocular practicada por el señor Juez de instancia (fls. 79 a 83, 102, 103 y 105 a 107), para saber cuáles deudas suscribió el extinto a favor de la compañía demandada, las cuales han aceptado sus beneficiarios exclusivos o herederos, y cuáles están probadas, en armonía con los presupuestos legales sustentados". Pasa luego el Tri-

bunal a examinar las consideraciones del perito sobre las sumas suscritas por Noel Gutiérrez y sobre las que no tienen esta condición, para hacer deducciones aritméticas y concluir que sólo puede compensarse con las prestaciones reconocidas la suma de $ 4.918.10.

De manera que el ad-quem, en materia de compensación, basó su proveído en la confesión de la demandante, pero especialmente en la inspección ocular y en la prueba pericial, las cuales el acusador ni señala ni ataca en el cargo que se estudia. Y como en casación es de rigor que el recurso ataque los fundamentos jurídicos de la sentencia, no siendo ellos impugnados, no procede la restauración del derecho a que aspira el recurrente.

Por lo tanto el cargo no prospera.

En mérito de lo que antecede la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto por su numeral 2º condenó a la parte demandada a pagar a la señora Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez y a sus menores hijos que representa, "la cantidad de sesenta y cinco pesos con noventa y tres centavos m. cte. ($ 65.93) diarios, por concepto de salarios caídos, desde el dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) hasta el día en que se verifique el pago". REVOCA la absolución de primer grado sobre este punto, y en su lugar CONDENA a la sociedad "Gómez y Mejía Ltda.", representada por su gerente señor José Gómez Arrubla, a pagar a la señora Ruth Zuluaga vda. de Gutiérrez y a sus menores hijos Iván, Alvaro y Oscar Gutiérrez Zuluaga o a quienes representen sus derechos, la suma de $ 65.93 diarios, como indemnización moratoria, desde el 7 de enero de 1955 hasta el día en que se verifique el pago de las condenas por auxilio de cesantía y primas de servicio. NO LA CASA en lo demás. Del valor total de las condenas se descontará la suma de diez y seis mil ochocientos sesenta y un pesos con sesenta y dos centavos m. cte. ($ 16.861.62), consignada por la Empresa conforme al título 18657 del Banco de la República, de 4 de marzo de 1955, la cual se ordena entregar a la parte demandante.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón — Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. — RECONOCIMIENTO TACITO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

De conformidad con el artículo 645 del C. J. cuando obran en los autos documentos privados que fueron enunciados en el libelo inicial, con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, y no fueron objetados y por el contrario aceptados, tienen pleno valor y no pueden desestimarse como pruebas en armonía con dicho precepto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Pablo Antonio Ricaurte, demandó por medio de apoderado a la "Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A.", para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle, lucro cesante, saldo de preaviso, saldo de cesantía correspondiente al primer contrato de trabajo que lo ligó con la demandada, auxilio de cesantía por el segundo y último contrato de trabajo, "salarios caídos" por no habérsele hecho el examen médico de retiro, y las costas del juicio en caso de oposición.

Refiere el libelo, que Ricaurte fue contratado por la empresa demandada para trabajar a su servicio en el sector de Belencito, Departamento de Boyacá, con el "cargo de Capataz de obreros de la construcción del alto horno", el día 20 de junio de 1953, mediante una remuneración de $ 15.00 diarios por término indefinido, habiendo permanecido en su trabajo hasta el 18 de junio de 1954, fecha en la que se dio por expirado dicho contrato de trabajo y se celebró otro por escrito, con el mismo salario diario y por un término de seis meses.

Estando el actor cumpliendo ejemplarmente los deberes del nuevo contrato, el día 27 de julio de 1954, se le despidió intempestivamente, alegándose como causal en la carta de despido, la "terminación parcial" de la obra, e invocándose el artículo 61 del C. S. del T.

Al ser despedido Ricaurte, la empresa no hizo distinción alguna para efectos de la liquidación de sus prestaciones sociales, en cuanto a los dos contratos de trabajo celebrados, sino que involucró todo en un solo tiempo de servicios. Igualmente, se desconoció el carácter que tenía el demandante de trabajador de la construcción, no computándosele la liquidación de su cesantía conforme lo ordena el C. S. del T., para esta clase de trabajadores.

Como el demandante fue despedido faltando 129 días para cumplirse el plazo pactado en el nuevo contrato, se le adeuda lo correspondiente a dicho término. En el supuesto de que se hubiese tratado de un solo contrato de trabajo celebrado a término indefinido, la empresa adeudaría al trabajador el plazo o preaviso legal de 45 días y, como en la liquidación de sus prestaciones únicamente aparecen pagados 7 días, la empresa le sale a deber 38 días, a razón de $ 15.00 diarios, por tal concepto.

La entidad demandada no hizo practicar el examen médico de retiro al trabajador, ni le dio el certificado de salud correspondiente a pesar de haberlo solicitado.

El Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá desató la controversia, en sentencia de fecha 9 de agosto de 1955, así:

"1º—Condénase a la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río a pagar a Pablo Antonio Ricaurte, de las condiciones civiles anteriormente expresadas, la suma de **dos mil ciento cuarenta y cinco pesos** ($ 2.145.00) como indemnización proveniente de ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo.

"2º—Declárase probada la excepción de pago para la petición de cesantía.

"3º—Absuélvese a la Empresa demandada de las demás peticiones del libelo.

"4º — Condénase parcialmente en costas a la parte demandada".

Ambas partes interpusieron recurso de apelación contra el anterior proveído y al subir los autos al Tribunal Seccional del Trabajo del mismo lugar, esta Entidad decidió revocar el numeral primero del fallo apelado, y, en su lugar, absolvió a la Empresa demandada de la petición de lucro cesante formulada en el libelo; modificó los numerales segundo y tercero del mismo fallo y la

absolvió de las restantes peticiones de la demanda; revocó el numeral 4º de la sentencia recurrida e impuso las costas de la primera instancia al demandante y lo condenó a pagar las de la segunda.

El apoderado del trabajador impuso el recurso de casación, recurso que concedido por el Seccional y tramitado en legal forma, pasa a decidirse.

La demanda de casación

Persigue la revocatoria de la parte resolutiva del fallo del ad-quem, para que la Sala dicte en su lugar, el que confirme las condenas hechas en la sentencia de primera instancia.

"Con base en las causales contempladas en el artículo 87 del C. de P. L., por ser dicha sentencia violatoria de la Ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea", propone tres cargos, cuyo orden es como sigue:

Primer cargo

Acusa "violación indirecta de la ley sustantiva del trabajo, por errónea estimación de las pruebas".

"El Tribunal sentenciador de segunda instancia cometió error de hecho manifiesto, al dejar de considerar y aplicar varias pruebas, aportadas o producidas dentro del juicio de trabajo en estudio, en legal y debida forma, por las partes litigantes al interpretar erróneamente las aportadas o producidas directamente por la parte actora y que fueron decretadas por el juzgador de instancia y se practicaron o tuvieron en cuenta con audiencia de la contraparte".

Transcribe en seguida apartes de los fallos de primera y segunda instancia, para afirmar que aun cuando uno y otro fallador aceptó que se trata de un solo contrato de trabajo por todo el tiempo servido y no de dos, como se declaró en la demanda inicial, discrepan los sentenciadores, en cuanto para el de segunda instacia, no se puede condenar, y así procedió, por ausencia de pruebas que demuestre el extremo correspondiente a la fecha del despido que no encontró demostrado en forma legal. Avanza en el análisis de los documentos aportados que aparecen a los folios 2, 3 y 4 del expediente, de la misma manera que transcribe la respuesta dada por el representante de la Empresa demandada al punto concreto de la fecha del despido, para agregar, que la forma como se aportaron los documentos de los folios aludidos, está autorizada por el artículo 25 del C. S. del T. y por el artículo 645 del C. J., aplicable. Todo para concluir ratificando la interpretación errónea de las pruebas hecha por el fallador de segunda instancia, que le llevara a violar de manera indirecta los artículos 45, 47 y 64 del C. S. del T., que tratan de la forma como deben celebrarse los contratos, de su duración presuntiva de seis meses cuando no se ha estipulado expresamente el término de duración y, de la indemnización cuando se produce una ruptura unilateral e ilegal del contrato, y así, en vez de confirmar la condena del a-quo por lucro cesante, la revocó y absolvió a la Empresa demandada.

El opositor a su vez rechaza las argumentaciones del recurrente, y acepta en todas sus partes los razonamientos del ad-quem, en cuanto no aceptó las pruebas de los folios 2, 3 y 4 del expediente como debidamente acreditados. Además, expresa, si como se sostuvo en la demanda inicial el trabajador fue contratado para determinada obra y esa obra cuando fue despedido no se había terminado, era imprescindible haber aportado la prueba de tal situación de hecho para poder establecer la duración del vínculo laboral.

Se considera:

El escrito del recurrente, en su presentación general, denota inseguridad en el planteamiento de las acusaciones; invoca las causales del artículo 87 del C. de P. L., sin tener en cuenta que la segunda causal de este precepto se refiere a "decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte apelante", que nada tiene que ver con la acusación a la sentencia recurrida, según se desprende de la misma exposición que hace a lo largo de la sustentación del cargo. Parece que confunde las diversas formas de violación de la primera causal con las causales mismas. Acusa estas distintas formas de violación sin expresar cómo pudo ocurrir la falta de aplicación, la aplicación indebida, o la interpretación errónea, si cada una de estas maneras de violaciones tiene fundamento distinto, y sin que además, exprese para cada caso la norma concreta que estima violada, rigores que exige la técnica de este recurso.

Sin embargo de lo expresado, se adelantará el estudio del primer cargo, que sí puntualiza como de violación indirecta a través de errónea estimación de algunas pruebas.

Dice el Tribunal Seccional en el fallo recurrido:

"Ante todo, conviene observar que los documentos que obran a folios 2, 3 y 4 del expediente provienen de terceras personas, por lo cual, para es-

timarlos como pruebas han debido ser ratificados en juicio por quienes los suscriben. Con ésto, en manera alguna, se quiere decir que tales terceros, altos empleados de la Empresa demandada, no estén en capacidad de obligarla en todo lo de su resorte, sino que la manera de obligarla, según la ley, es por medio de su testimonio en juicio.

"A folio 15 de los autos obra el contrato de trabajo celebrado por las partes el dieciocho de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, sustitutivo de uno anterior que comenzó a ejecutarse el veinte de junio de mil novecientos cincuenta y tres. De acuerdo, pues, con este documento, la relación de trabajo que ligó a los litigantes se inició en la fecha últimamente mencionada y fue desde el principio, una misma, modificada posteriormente, según se dejó visto, en algunas de sus condiciones.

"Si bien la parte demandada, en la contestación del libelo inicial, aceptó haber dado por terminado este contrato, es decir, haber despedido al actor, es lo cierto que negó los restantes hechos afirmados por el demandante en dicho libelo, entre los cuales se cuenta la fecha de terminación del vínculo laboral. Por lo mismo y ante la ausencia de pruebas que acrediten esta fecha, de importancia fundamental para despachar favorablemente la condena por lucro cesante que reclama el actor, se debe concluir en la absolución de la parte demandada por este concepto, sin otra consideración".

De lo transcrito se desprende que el ad-quem acepta con el Juez del conocimiento, que el negocio versa sobre un contrato de trabajo de duración con término presuntivo, que tuvo comienzo el 20 de junio de 1953; mas discrepa, en cuanto a que el a-quo acepta como fecha de despido el 27 de julio de 1954, que indican los documentos de folios 2, 3 y 4, comprobantes que el de segunda instancia no estimó como eficaces para ser apreciados, por no aparecer ratificados por quienes los suscriben, aunque acepta que se trata de documentos firmados por altos empleados de la empresa, que bien pueden obligarla en todo cuanto corresponda a las funciones que allí desempeñan.

No acepta la Sala el razonamiento expuesto, si en verdad los documentos que se acompañaron a la demanda inicial, posteriormente fueron acogidos como pruebas por el a-quo, al decretar las pedidas según consta en auto que se conoce al folio 13 del expediente, y si al contestar la demanda y solicitar pruebas el apoderado de la empresa (fl. 11), en el numeral 6 de éstas, también pide la "copia de la notificación o aviso de terminación del contrato de trabajo del actor", que corresponde exactamente a la prueba del folio 2 del expediente, que se ha mencionado. Pero es más: a folios 56 y 57, el apoderado de la empresa al intervenir en la audiencia correspondiente a la segunda instancia, hace estas afirmaciones que el ad-quem no debió ignorar:

"El trabajador Ricaurte Fonseca prestó sus servicios en una obra o labor concreta y específica: capataz de primera en el trabajo de plomería y herrería de Alto Horno. Prueba de la afirmación anterior se encuentra en el comprobante de liquidación de prestaciones sociales (fl. 4) en el contrato de obra suscrito entre la Empresa y el trabajador (fl. 15) y en el documento que en copia presento en esta audiencia (fl. 55), el cual fue decretado como prueba, y mediante el cual pretendo abundar en las pruebas que conduzcan a la certeza de que el trabajador demandante fue contratado para una obra o labor específica y determinada".

Lo anterior significa que la parte demandada por conducto de su apoderado, aceptó tales documentos, que por ello, deben ser apreciados en todo su contenido.

Tiene razón el recurrente, cuando con base en los artículos 25 del C. de P. L. y 645 del C. J., afirma que el ad-quem cometió el error ostensible de desestimar las pruebas, si fueron enunciadas en el libelo inicial y si obrando en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no fueron objetadas y por el contraria aceptadas, y aún pidió otras que las corroboran, lo cual les da pleno valor de conformidad con el último precepto citado, aplicable al caso.

El a-quo, procedió bien, en consecuencia, cuando no sólo a virtud del artículo 61 del C. de P. L., que le faculta para no estar sujeto a la tarifa legal de pruebas, sino con atención a lo dispuesto en el artículo 645 del C. J., aceptó como demostrado el hecho de la fecha del retiro que contienen esos documentos.

Conforme con que la fecha del retiro corresponde al 27 de julio de 1954, única objeción que impidió al ad-quem aceptar la condena producida por el Juez del conocimiento por lucro cesante, a que se refiere el inciso 2º del artículo 64 del C. S. del T., procede la revisión en el sentido solicitado por el recurrente, solución que, por lo demás, se encuentra ajustada a la realidad probatoria.

Segundo cargo

"La sentencia del Tribunal sentenciador de segunda instancia viola directamente los artículos 45, 47 y 64 del C. S. del T., por cuanto deja de aplicarlos al caso sub-judice, a pesar de estar demostrados inequívocamente los derechos del demandante, así: el primero, porque a pesar de que concluye por aceptar que el plazo del contrato de trabajo no fue estipulado ni para la realización de una obra o labor determinada, ni para ejecutar un trabajo ocasional o transitorio, como lo pretende la demandada, desechó o revocó la condena del a-quo que estableció el plazo presuntivo de seis meses para la relación laboral; porque no aplicó para este mismo caso el plazo presuntivo de seis meses.y porque, tratándose como se trató de ese plazo presuntivo de seis meses, no estableció la condena por lucro cesante en contra de la demandada para el resto del nuevo período de seis meses que estaba corriendo, cuando la demandada en 27 de julio de 1954, resolvió romper unilateralmente el contrato de trabajo y despedir al demandante".

Tercer cargo

"El Tribunal sentenciador de segunda instancia violó también por aplicación indebida los artículos 61, ordinal b), 48, y artículo 1º, Decreto 616 de 1954, del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que, a pesar de estar demostrado que las relaciones contractuales del trabajo cumplidas entre demandante y demandada no fueron para la ejecución de una obra o labor pecial (sic) o determinada, ni para plazo determinado, ni para un trabajo ocasional o transitorio, sino las que se gobiernan por el plazo presuntivo de seis meses, aceptó sin embargo, el despido hecho por la demandada al demandante, de manera intempestiva, con rompimiento unilateral del contrato laboral y sin el pago o indemnización de los perjuicios correspondientes a esta clase de despido, o sea el valor de los salarios del resto del nuevo período de seis meses que estaba en vigor para la fecha del despido, o lucro cesante, como acertadamente lo decretó el fallador de primera instancia, al condenar a la demandada a pagar la cantidad de dos mil ciento cuarenta y cinco pesos ($ 2.145.00) por dicho concepto, sino que revocó dicha condena, como si se tratara de contrato pactado a término fijo o para obra determinada".

En relación con el segundo cargo, la Sala observa que, habiendo quedado resuelto favorablemente el primer cargo que persigue la misma conclusión que éste, es inoficioso su estudio.

En cuanto al tercero también parece que busca el mismo entendimiento, mas en forma ligera cita como violadas por aplicación indebida, disposiciones que se relacionan con contratos de obra o cláusula de reserva que no fueron precisamente las tenidas en cuenta por el ad-quem. Por lo demás, toda la impugnación se encamina a obtener, según lo expresa el recurrente al fijar su alcance, que se vuelva sobre la condena del -aquo, objetivo logrado con la solución al primero. Por tanto, se desestima el cargo.

En mérito de lo que se deja 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia del Tribunal del Trabajo de Bogotá, proferida en el ordinario seguido por Pablo Antonio Ricaurte contra la "Empresa Siderúrgica de Paz de Río S. A.", en cuanto absolvió a la Empresa de la petición de lucro cesante y en cuanto impuso las costas de la primera y de la segunda instancia a la parte demandante, y en su lugar y procediendo como Tribunal de instancia, confirma la condena por lucro cesante decretada en el numeral 1º de la sentencia del a-quo, y la condena parcial en costas decretada en el numeral 4º. No la casa en lo demás. No hay costas en la segunda instancia, ni en el presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Enrique Arámbula Durán — Miguel Antonio Constaín — Sergio Antonio Ruano — Juan Benavides Patrón — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INTERES JURIDICO EN LA CASACION POR LAS LIMITACIONES DE LA ALZADA. — LOS DEFECTOS EN EL RITO PROBATORIO COMO VIOLACION DE MEDIO DE LA LEY

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Eduardo Murillo Díaz demandó, por medio de apoderado, a la Empresa Arrocera San José, representada por su Gerente, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, se la condenase a pagarle las sumas de diez mil seiscientos ochenta pesos, por concepto de participación en las ventas de la demanda; dos mil ciento setenta y cinco pesos con ochenta y cuatro centavos, por cesantía; ciento sesenta pesos con sesenta y cinco centavos, por vacaciones; ciento sesenta pesos con sesenta y cinco centavos por primas de servicio; un mil trescientos noventa y dos pesos con treinta centavos, como remuneración de domingos trabajados; cuatrocientos un pesos con sesenta y dos centavos como remuneración de trabajo en días festivos; seiscientos noventa y seis pesos por medios sábados trabajados; ciento treinta y nueve pesos con treinta y tres centavos como indemnización de la incapacidad sufrida por una operación a que fue sometido; la correspondiente al porcentaje a que tiene derecho en la cosecha que se estaba terminando cuando presentó su demanda y en cuya preparación intervino, y la debida por mora en la satisfacción de sus acreencias, a razón de diez pesos diarios desde el día de su despido.

Según el libelo, Murillo Díaz trabajó para la Arrocera San José desde el 20 de agosto de 1951, en virtud de contrato por el que se convino una remuneración de siete pesos diarios, alimentación y una participación en las ventas de la demanda consistente en un bulto de arroz por cada cien de los que ésta produjera. Por diversas circunstancias el demandante tuvo que retirarse de la empresa en junio de 1955. Durante todo el tiempo trabajó dominicales y festivos, sin que le reconocieran la remuneración suplementaria. Desde que Murillo ingresó a la empresa hasta el 30 de junio de este último año las ventas tuvieron un valor de $ 1.068.000,00 y al momento del retiro se hallaba en vía de recolección la cosecha correspondiente a los meses de febrero a junio de dicho año, en cuya preparación intervino el demandante por lo cual tiene derecho al porcentaje pactado. Al promediar el año de 1952 el gerente de la Arrocera le suspendió al demandante la alimentación que se le venía suministrando, reconociéndole, en cambio, la suma de quince pesos como auxilio para este efecto. Al romper la demandada el contrato de trabajo existente debe pagarle el valor de su término presuntivo. Hacia el 28 de mayo de 1955 el gerente le manifestó a Murillo, en casa de Pedro Alvarez, que "ya tenía la liquidación de los porcentajes pero que sólo le correspondían $ 6.800,00 y eso en una letra de cambio o en un cheque a seis meses de plazo". A Murillo no le han pagado los valores que reclama.

Como fundamentos de derecho el libelo invoca los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor negando, en lo sustancial, los hechos relatados y ateniéndose a lo que se demostrase en el juicio.

En fallo de 23 de enero de 1956 el Juzgado del Trabajo de Ibagué, que fue el del conocimiento, condenó a la sociedad demandada a pagar a Murillo Díaz las sumas de $ 7.695,72 por concepto de porcentajes en el producido total de las ventas de arroz; $ 1.703,15 por cesantía; $ 2.949,80 como remuneración de dominicales trabajados; $ 993,30 por festivos laborados; $ 505.95 por vacaciones; y $ 1.065,41 por primas de servicios. La absolvió de las demás peticiones del libelo inicial y declaró sin lugar a costas.

Por apelación del apoderado de la empresa demandada (la del apoderado del trabajador fue declarada extemporánea) subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo del mismo lugar, entidad que confirmó la providencia de primer grado en la suya del 23 del mes de marzo siguiente.

Contra la sentencia anterior ha interpuesto el recurso de casación la sociedad demandada, y habiéndosele concedido y tramitado en legal forma se va a resolver mediante el examen de la corres-

pondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO:

Persigue el quebrantamiento del fallo del ad-quem para que, en lugar de las condenas decretadas y en decisión de instancia, se absuelva a la empresa demandada de la totalidad de las pretensiones del libelo inicial, y, en subsidio, para que se las limite a las que procedan liquidándolas solamente con base en el salario fijo que devengaba el trabajador. Al efecto formula dos cargos, así:

Primer cargo. — Acusa la sentencia de ser violatoria, con infracción de medio, de los artículos 25, 42 y 79 del CPT y 597 del C. J. en concordancia con el 26 de la Constitución Nacional, lo que produjo la violación, por aplicación indebida, de los artículos 57, numeral 4º, 127, 177, 179, 186 189, 249, 253 y 306 del CST normas éstas sustantivas en las que reposan las condenas impugnadas, las cuales se produjeron con estimación de pruebas que fueron solicitadas cuando ya había precluído el término procesal de que disponía el actor para ello y que son por tanto legalmente ineficaces, así como en una pericial inexistente.

Para sustentar su acusación, el recurrente singulariza las probanzas que tuvo en cuenta el Tribunal para dar por establecido que el promotor de la litis devengó, primero, un sueldo de $ 120 mensuales y, luego, uno de $ 300, más una participación del 1% sobre el producto bruto de las ventas de arroz efectuadas por la sociedad demandada, y para aceptar, asimismo, que trabajó domingos y días de fiesta y que se le adeudan vacaciones, primas de servicio y cesantía, por tiempos y sumas determinados. Y alega que esas pruebas fueron producidas con quebrantamiento del rito procesal, ya que su solicitud no se hizo en la oportunidad debida sino en la primera audiencia de trámite, inclusive sin enunciación en los escritos de demanda y de respuesta, y su práctica se adelantó por medios irregulares y hasta por un procedimiento escrito en el que sólo se hablaba de constituírse en audiencia pública para salvar las apariencias. De la prueba pericial advierte, además, que no fue comprendida por el decreto respectivo. El recurrente concluye su cargo analizando la forma cómo se llegó al establecimiento de los hechos principales de la litis por la valoración de las pruebas que destaca, todo lo cual es violatorio, con infracción de medio, del artículo 25 del CPT, que exige en la demanda con que se inicia el pleito una relación de los medios de prueba que el actor pretenda hacer valer para establecer la verdad de sus afirmaciones; del artículo 79 del mismo estatuto, sobre el procedimiento para cuando fracase el intento conciliatorio; del 42 ibidem que obliga a que las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación de los juicios laborales se efectúen oralmente, en audiencia pública, so pena de nulidad; del 597 del C. J. sobre las condiciones para estimar el mérito de las pruebas y del 26 de la Constitución Nacional según el cual nadie puede ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Por la violación de estos preceptos el Tribunal produjo, indebidamente, las condenas sustentadas en las normas laborales consagratorias de los derechos que reconoció.

Se considera.

Al sustentar el recurso de apelación ante el Tribunal, el apoderado de la empresa demandada explicó cómo lo que consideraba indebido en el fallo del a-quo era, por una parte, la estimación del tiempo trabajado por Murillo Díaz para una sociedad de hecho anterior a la constitución regular de la sociedad demandada, alegando que las obligaciones sólo debían declararse desde la existencia de ésta, y, por otra, que se imputase "el pago de un porcentaje que es verdaderamente imaginario" concretando, por este aspecto, su aspiración a que las condenas se reformasen en el sentido de no incluír suma alguna por concepto de porcentajes. Tales manifestaciones, según la conducta procesal observada en el plenario por la parte demandada, limitaron su interés en el dicho recurso y dieron base al ad-quem para que entendiese, con declaración expresa sobre el particular, que las exigencias del apelante se encaminaban a obtener esas reformas. Entonces, las posibilidades del presente recurso, por razón de las limitaciones de la alzada, quedan circunscritas al examen de los extremos relacionados con la condena por el porcentaje de participación en las ventas de arroz de la empresa, conforme al ordinal a) del punto 1º del fallo de primera instancia —ya que la sentencia del Tribunal es totalmente confirmatoria—; con las repercusiones del dicho porcentaje en el salario que se tomó como base para la liquidación de los otros derechos reconocidos, y con la estimación del tiempo servido a la sociedad de hecho que precedió a la constitución regular de la sociedad demandada,

ocurrencia ésta que el Tribunal fijó en el 2 de mayo de 1952.

Como la prueba que fundamentalmente corresponde al interés jurídico concretado en los dos primeros asuntos es el dictamen pericial, a ella se contraerá el estudio del cargo en lo que se relaciona con esos aspectos.

A tal efecto, categóricamente debe declararse que la demanda inicial no enunció el medio probatorio respectivo; que en la primera audiencia de trámite no se formuló corrección o adición de la demanda; que el decreto sobre pruebas no se ocupa debidamente de la pericial; que la rendición del experticio lo mismo que todos los actos procesales relativos al traslado para su conocimiento se produjeron fuera de audiencia pública, según lo revelan las constancias procesales de los folios 4, 8, 31, 45, 45 v. y 46 a 52 v. Y como todo ello es violatorio de los preceptos destacados por el recurrente, que ciertamente estatuyen sobre lo alegado por él, se impone el quebrantamiento de fallo recurrido, para, en su lugar y dentro de los términos explicados, liquidar las prestaciones debidas sobre la base del sueldo devengado, con exclusión de los $ 225,23 computados como porcentaje mensual por las participaciones sobre ventas. Asimismo, se revocará la condena por este último concepto, esto es, por participación en las ventas, que no tienen otra base cuantitativa que la del dicho dictamen pericial.

En lo que se relaciona con el tiempo servido, consideraciones semejantes a las expuestas imponen la desestimación del correspondiente a la sociedad de hecho de que hablan los autos, debiéndose producir las condenas con valoración tan sólo del transcurrido entre el dicho 2 de mayo de 1952 y el 27 de mayo de 1955, fecha de la terminación del vínculo, según las deducciones de instancia y conforme a las finalidades de la apelación, que delimitan el interés jurídico del presente recurso.

En consecuencia, los valores debidos son los siguientes:

Cesantía

A los tres años veinticinco días estimables, con un último sueldo de $ 300 mensuales, según los datos del Tribunal mantenidos en el presente recurso por las razones expuestas, corresponden $ 920,84. La circunstancia de que el sueldo expresado constituye un aumento, que se produjo en 19 de marzo de 1954, no impone las dos liquidaciones a que aludió el **ad-quem**, pues precisamente porque tal aumento afecta el cómputo de la cesantía durante los tres años anteriores, debe liquidarse también con base en él todo el tiempo servido por Murillo Díaz entre el 2 de mayo de 1952 y el dicho mes de marzo de 1954, por ser inferior a los tres años de retrospectividad.

Dominicales y festivos

La liquidación de estas súplicas del libelo inicial, sobre las bases de los días estimables trabajados y de los sueldos correspondientes a los mismos, con la remuneración legal que corresponde a aquéllos, arroja un total de $ 2.283,42 por 160 dominicales y de $ 657,82 por 47 festivos. A estos valores se reducirán las condenas de primer grado.

Vacaciones

A los tres años completos de servicios estimables corresponden $ 450,00, sobre la base del sueldo de $ 300 indicado. No procede deducción alguna de la suma apreciada por el Juez con apoyo en el dictamen pericial, en motivación acogida por el **ad-quem**, porque, desechada tal probanza, los datos que sobre el particualr hubiesen podido aprovecharse resultan igualmente inapreciables.

Primas de servicio

Lo correspondiente al segundo semestre del 52, a los años de 1953 y 1954 y a los meses y días de 1955 arroja un total, sobre las bases y consideraciones expuestas, de $ 722,41. Se reformará en este sentido la decisión del **a-quo**.

En la forma anterior prospera el cargo y no será necesario estudiar el segundo de la demanda de casación presentada, por perseguir una finalidad subsidiaria e inferior a la que logró el que acaba de resolverse.

En mérito de todo lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida y, reformando la del **a-quo**, REVOCA la condena por concepto de porcentajes en el producido de las ventas a que se refiere el ordinal a) del punto 1º del dicho fallo, en suma de siete mil seiscientos noventa y cinco pesos con setenta y dos centavos ($ 7.695,72), absolviendo en su lugar a la sociedad demandada de este extremo de la litis; y reduce a las sumas de novecientos veinte pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 920,84), dos mil doscientos ochenta y tres pesos con cua-

renta y dos centavos ($ 2.283,42), seiscientos cincuenta y siete pesos con ochenta y dos centavos ($ 657,82), cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450,00) y setecientos veintidós pesos con cuarenta y un centavos ($ 722,41) las condenas sobre cesantía, dominicales, festivos, vacaciones y primas de servicio, a que se refieren, respectivamente, los ordinales b), c), d), e) y f) de la misma providencia de primer grado, proferida por el Juzgado del Trabajo de Ibagué, el 23 de enero de 1956, en el ordinario laboral que promovió Eduardo Murillo Díaz contra la empresa Arrocera San José, ambos de las generalidades de autos. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en la segunda instancia ni en el presente recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROHIBICION DEL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES EN ESPECIE. — QUE COMPRENDE EL SALARIO EN ESPECIE. — LA DACION EN PAGO EN EL DERECHO LABORAL.— FINIQUITO

1 — Cuanto al pago de salarios en especie, conviene recordar la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en fallo de 3 de noviembre del año de 1954, en el juicio de Medardo Girón contra la sucesión de Joaquín Saavedra. Dijo así el Supremo: "Dentro de la política social de protección al salario, la tendencia universal moderna ha impuesto el pago en metálico como forma principal de remunerar el trabajo humano. Por eso el "truck system" o sistema de trueque, que consiste en pagar el salario en mercancías o en bonos o papeles que no tienen curso legal y únicamente son canjeables por artículos de consumo inmediato suministrados por el patrono en sus propios establecimientos o comisariatos, ha sido prohibido en casi todos los países por ser un sistema inmoral y lesivo de los intereses de los trabajadores, que facilita el fraude del patrono para disminuir la remuneración del asalariado mediante el encarecimiento arbitrario del valor de los suministros".

"El artículo 24 de la Ley 83 de 1931 prescribió que los sueldos y salarios debían ser pagados en moneda legal —(principio que reprodujo, en cuanto al salario en dinero del artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo)—. Y como lo observa el ad-quem, los numerales 1º y 3º del artículo 27 del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 6ª del mismo año y los artículos 136 y 137 del C. S. del T. prohiben expresamente el "truck system" y la venta de mercancías o víveres por el patrono a sus asalariados, con las excepciones allí previstas. De la situación normativa anterior el Seccional dedujo que el único salario en especie permitido en la legislación colombiana era el constituído por alimentación, vestido y alojamiento para el trabajador y su familia; y que cualquiera otra retribución en especie que se pactara era ilícita y, por lo tanto, nula, por lo cual no podía tomarse en cuenta como elemento integrante para calcular el monto de las prestaciones laborales".

"La definición de salario como concepto jurídico-legal, sólo vino a establecerse por el artículo 127 del C. S. del T. pero con anterioridad a la expedición de este Estatuto (que es la situación dentro de la cual debe estudiarse el caso SUB-LITE, pues el contrato del actor terminó el 31 de marzo de 1950, es decir, antes de la vigencia del citado Código), existían ya disposiciones que permitieron a la jurisprudencia estructurar un amplio concepto del salario, para aplicarlo, no sólamente a los casos previstos de liquidación del auxilio de cesantía, sino a todo el régimen general de prestaciones, normas que, por otra parte, pueden considerarse como los antecedentes inmediatos del artículo 127 del C. S. del T."

Invoca el Tribunal Supremo como disposiciones que antecedieron a la última norma citada, las siguientes: el art. 25 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que establece como cómputo del salario no sólo la remuneración fija, "sino toda remuneración eventual devengada, o que se pague en especie"; el art. 2º de la Ley 65 de 1946, que ordena que en la liquidación de la cesantía se apliquen las reglas del Decreto 2567 de 1946 y que en su cómputo se tenga en cuenta no sólo "el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios"; la primera parte del parágrafo 1º del art. 6º del Decreto 1160 de 1947, reglamentario de la citada Ley 65 de 1946.

Más adelante expresa así el fallo transcrito:

"Los textos normativos relacionados anteriormente contienen, sin lugar a dudas, un concepto extensivo de lo que debe entenderse por salario, que obliga, en consecuencia, a una interpretación amplia de los mismos, pues sobre la base doctrinaria

de que el salario debe ser la contraprestación integral de lo que reciba el trabajador por sus servicios, dichos textos aceptan como tal no solamente la remuneración fija, sino toda retribución ordinaria y permanente que se perciba a cualquier otro título y que directa o indirectamente tenga por objeto compensar servicios laborales. Y como la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947 son disposiciones posteriores a las Leyes 83 de 1931, 6ª de 1945 y al Decreto 2127 del mismo año, ningún criterio de hermenéutica se opone a concluír que las limitaciones establecidas en normas anteriores se armonicen con el criterio de amplitud conceptual de normas posteriores, para tratadistas que consideran posible, y a veces conveniente la remuneración en especie, no obstante reconocer la prevalencia del sistema de remuneración en metálico, se entienda que el salario en especia puede consistir en elementos distintos a la alimentación, vestido y alojamiento, sin que por ello se contraríe o desconozca la reglamentación prohibitiva del "truck system".

2. — En cuanto al fenómeno de la dación en pago basta decir que la Corte lo registra en su jurisprudencia, y la figura mencionada es distinta del pago efectivo, que regula el art. 1626 del C. C. Pero ello no obsta para que la extinción de una obligación pueda hacerse, en determinado caso, con cosa diversa a la que se debe, siendo equivalente a ella y mediante acuerdo mutuo entre acreedor y deudor.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Ante el Juzgado 2º del Trabajo de Manizales, Lilia Valencia de Berrío demandó solidariamente a los señores Miguel Duque Londoño y Rubén Duque para que, previos los trámites de rigor, se les condenara al pago de las siguientes sumas: $ 2.500.00 por concepto de auxilio de cesantía; $ 1.250,00 por concepto de vacaciones; $ 1.200.00 por primas de servicio en los años de 1950 a 1954; $ 12.122.00 por remuneración de 728 dominicales trabajados, sobre una asignación mensual de $ 250.00; $ 1.638.68 por remuneración de 98 días festivos patrios; $ 699.72 por remuneración de 42 festivos religiosos, y $ 21.840 por concepto de salarios no pagados en dinero durante el tiempo del contrato de trabajo.

Fundamentó tales peticiones en los siguientes hechos:

Que la demandante trabajó al servicio de los d mandados en la empresa agrícola ganadera "Bocachica", ubicada en el Municipio de Risaralda, en un lapso comprendido entre 1940 y el 27 de mayo de 1954; que se ocupaba en las faenas propias de la ganadería, producción, explotación de café, pagos a los trabajadores y en general todas las labores domésticas; que gozó de un salario en especie equivalente a $ 30.00 mensuales "para alimentación y alojamiento", pero que como no tuvo remuneración en dinero estima el salario total en $ 250.00 mensuales, a la vez que solicita el justiprecio de éste por perito; que trabajó todos los días festivos patrios, religiosos y dominicales, sin la remuneración legal correspondiente; que no disfrutó de vacaciones ni se le pagaron las primas de servicio ni el auxilio de cesantía; que la empresa donde trabajó tiene un valor superior a $ 200.000.00; que la demandante recibió como dación en pago "por los servicios prestados por concepto de cesantía, prestaciones sociales y cualquiera otro servicio prestado en el tiempo de 14 años que estuvo trabajando en la finca denominada "Bocachica", el inmueble a que se refiere la escritura pública Nº 701 de 20 de abril de 1954, pasada ante el Notario 1º de Manizales, pero que "De conformidad con las leyes laborales, la dación en pago a que se refiere el hecho anterior no libera a los demandados".

El demandado Rubén Duque, por medio de apoderado, al contestar la demanda negó algunos hechos, dijo que otros no le constaban y manifestó que nunca fué patrono de la demandante; se opuso a la condena impetrada y formuló como excepciones dilatorias las de ilegitimidad de personería adjetiva e inepta demanda y como perentorias, las de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y la de prescripción. A su vez el demandado José Miguel Duque Londoño, por medio de apoderado, al contestar la demanda, negó algunos hechos y sobre otros expresó que no los afirmaba ni los negaba, se opuso a la condena pedida y propuso las siguientes excepciones: como dilatorias, las de ilegitimidad de personería adjetiva y la de inepta demanda; y como perentorias la de pago, la excepción de transacción, la de petición de modo indebido, la de falta de causa, la de salario pactado, la de obligación restringida, la de inexistencia de las obligaciones enunciadas, la de pres-

cripción y la de compensación. Formuló además demanda de reconvención para que se condenase a Lilia Valencia de Berrío a reintegrar al actor la suma de $ 11.887.60 "por concepto del mayor valor pagado sobre el monto real debido por prestaciones sociales y créditos laborales..." Tal demanda la fundamentó en los siguientes hechos: "1º) El señor José Miguel Duque Londoño, contrató para el servicio doméstico de su persona a la señora Lilia Valencia de Berrío". "2º) Dicha contratación se hizo con anterioridad al 19 de febrero de 1945 (fecha de vigencia de la Ley 6ª de 1945). La fecha precisa no la recuerda". "3º) Trabajó como criada doméstica hasta el 27 de mayo de 1954, fecha en la cual, como afirma dicha criada se retiró voluntariamente del servicio". "4º) Mi mandante, que creyó deber una suma exorbitante a dicha criada, y ante la situación conflictiva que ésta le planteara, le liquidó en abril 20 de 1954, pero con extensión a mayo 27 de 1954, una suma total de DOCE MIL PESOS ($ 12.000.00)" "5º) Tal suma así liquidada se extendía (sic) a la cobertura de valor de prestaciones sociales y créditos afines que mi mandante pudiera deberle a su criada Lilia Valencia". "6º) La suma de $ 12.000.00 dicha, fué recibida por la señora mencionada, y a la vez invertida por ésta en el pago de precio de una casa en Manizales, o inmueble. El correspondiente contrato de compraventa corre extendido en escritura pública número 701 de abril 20 de 1954. Notaría primera de Manizales, con referencia de registro y de matrícula que se darán posteriormente". "7º) Es el caso que Lilia Valencia de B. como criada del servicio doméstico del señor Miguel Duque Londoño, solo tenía derecho a cobrar a su retiro las siguientes prestaciones y créditos (Todo en conformidad con la Ley 6ª de 1945, disposiciones concordantes y C. S. T.)" El apoderado de la trabajadora al contestar la anterior demanda de reconvención respondió los anteriores hechos así: "Al hecho primero. Ciertamente la señora Valencia de Berrío fué contratada como lo afirma el actor, pero no para el servicio doméstico, sino para las actividades y labores a que se refiere el hecho cuarto de la demanda principal". "Al hecho segundo. Es cierto. Se verificó a principios del año de 1940, como se expresó en el hecho tercero de la demanda principal". "Al hecho tercero. Es cierto que trabajó hasta el 27 de mayo de 1954, pero no como criada doméstica". "Al hecho cuarto. Su creencia no era equivocada, es la realidad del hecho. Nos atenemos a lo que expresa la escritura citada". "Al hecho quinto. Está contestado en el anterior. Y en cuanto a los créditos en referencia, sería conveniente conocer la afinidad y consanguinidad de los mismos". "Al hecho sexto. No es cierto. La señora Valencia de Berrío no recibió dinero. En lo demás, me atengo a lo que diga la escritura en referencia". "Al hecho séptimo. La liquidación es la que resulte de los hechos, las pruebas y los derechos que otorga la ley. El patrono no las determina". "Al hecho octavo. No entiendo esa contabilidad". "Al hecho noveno. No es cierto, si algo dice, no lo entiendo, etc."

Tramitada legalmente la litis, el Juzgado Segundo del Trabajo de Manizales, por sentencia de 27 de junio de 1955, absolvió a los demandados de todos los cargos contenidos en la demanda, lo mismo que a la señora Valencia de Berrío de los que le fueron hechos por los demandados. No condenó en costas.

Ambas partes apelaron del fallo, por lo cual el Tribunal Seccional de Manizales, por medio de sentencia de 26 de abril de 1956, decidió el recurso reformando el fallo del a-quo así: declara probadas las excepciones de prescripción parcial y pago total de las prestaciones demandadas; absolvió a los demandados de todas las reclamaciones formuladas por la actora y confirmó los numerales 2º y 3º del fallo recurrido, absolución de la demandante y no condenación en costas. No condenó en ellas en este recurso.

Contra esta providencia interpuso recurso de casación el apoderado de la demandante. Concedido en legal forma y tramitado convenientemente pasa a decidirse, previo examen de la demanda respectiva.

Alcance de la impugnación

Persigue la casación parcial del fallo recurrido para que la Corte, en función de instancia, decida sobre lo principal del pleito, en el sentido de reformar el fallo, haciendo en su lugar las siguientes declaraciones y condenas:

1º Declarar probada únicamente la excepción de prescripción parcial.

2º Condenar a los demandados a pagar a Lilia Valencia de Berrío las siguientes cantidades:

a) Auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicios, con sueldo de $ 168 mensual, por un valor de .. ..$ 2.371.00
b) Cuatro años de vacaciones no disfrutadas 336.00
c) Primas de servicios de 1951 a 1954 .. 490.00
d) Valor de 156 domingos trabajados en los últimos tres años 873.60
e) Valor de 54 días de fiestas patrias y

religiosas en los 3 últimos años, a $ 3.60 por día 302.40

f) Indemnización por no pago oportuno de salarios y prestaciones, a $ 5.60 por cada día de retardo, desde el 27 de mayo de 1954 hasta que se verifique el pago.

g) Costas de la instancia y del recurso.

3º No Casar el fallo en lo demás.

Cargos Primero y Segundo

Se examinan simultáneamente porque ambos se dirigen a obtener, mediante la casación parcial del fallo recurrido, el reconocimiento del auxilio de cesantía y la compensación por vacaciones causadas y no disfrutadas, con ataque de las mismas pruebas y con fundamento en igual argumentación, según se verá.

El Cargo Primero, con base en la causal 1ª del art. 87 del C. de P. L, acusa violación indirecta de los arts. 254 y 256 del C. S. del T, a consecuencia de errores de hecho "en la apreciación de la prueba documental y la confesión", circunstancia que impidió la aplicación del art. 249 ibidem.

El Segundo Cargo acusa violación indirecta del art. 189 del C. S. del T, por error de apreciación en las mismas pruebas indicadas en el anterior, lo que determinó la inaplicación de los arts. 186, 189 (num. 2º) y 190 del mismo Código.

Al fundamentar los cargos anteriores el impugnador destaca como error del Tribunal el que hubiese considerado que la terminación del contrato laboral ocurrió el 20 de abril de 1954 —fecha de la escritura de dación en pago— y nó el 27 de mayo del mismo año, cuando finalizan los servicios de la actora. De ello infiere que el pago, efectuado en estas condiciones, contravino claros preceptos laborales y, por tanto, resulta abiertamente ilegal, inoportuno e ineficaz.

Se considera:

Como se observa, el recurrente ataca en estos cargos la eficacia y legalidad del pago, por haberse efectuado antes de la terminación del vínculo laboral, con prescindencia de los requisitos legales pertinentes. Empero, es lo cierto que estas circunstancias no fueron planteadas en la demanda inicial ni se discutieron o alegaron en las instancias del juicio ni fueron objeto de los fallos respectivos, como pasa a demostrarse.

El actor afirma en el hecho 8º de la demanda que recibió el inmueble a que se refiere la escritura pública Nº 701 del 20 de abril de 1954, pasada ante el Notario 1º de Manizales, como dación en pago por las prestaciones y servicios de todo género en un lapso de 14 años de labores en la finca Bocachica, y agrega: "De conformidad con las leyes laborales, la dación en pago a que se refiere el hecho anterior, no libera a los demandados" (fl. 7 v). También se afirma en el hecho 3º del libelo que la relación laboral duró catorce años; la actora hace la misma afirmación al contestar la 20ª pregunta del cuadro de posiciones (fl. 52 vto.), y en los pliegos de posiciones a que sometió a los demandados (fls. 72 y 96), persigue acreditar una duración contractual de 14 años; por último, la copia de la escritura pública acompañada a la demanda establece plenamente el referido hecho.

Admitiendo que hubo contrato de trabajo entre las partes y que éste persistió durante catorce años, el fallador de primer grado entra a estudiar si la dación en pago contenida en la escritura pública ya citada, constituye una conciliación extrajuicio de las partes o "una prueba relacionada con la extinción de una obligación" o si puede equipararse a la transacción. Decide que esta figura jurídica se operó entre las partes, le dá el efecto de extinguir las obligaciones reclamadas y absuelve a ambas de los cargos que se formularon. El apoderado de la demandante al alegar en el recurso de alzada excluye la dación en pago por cuanto "los salarios y prestaciones deben pagarse en dinero y no en especie"; afirma que el fenómeno de la transacción no ocurre en cuestiones laborales, ya que lo pertinente es la conciliación; sostiene que "sólo surge la prueba del contrato de trabajo, con su tiempo, pero no surge la prueba extintiva de las obligaciones que dimanen de ese contrato de trabajo", y termina solicitando la revocatoria de la sentencia en el numeral 1º para que se condene a lo pedido en la demanda, que se confirme el numeral 2º y se condene en costas a los demandados.

El fallador de segundo grado admitió también probado de autos el contrato de trabajo, la duración de éste y el sueldo mensual devengado por la actora; examinó la escritura pública de dación en pago, el finiquito que ella contiene, dijo que no se había operado propiamente una transacción, conforme al art. 15 del C. S. del T, y concluyó que "simplemente se hizo a la actora el pago de todas sus prestaciones por los trabajos realizados en la hacienda Bocachica". Consideró más jurídico declarar probadas las excepciones de prescripción parcial y la de pago total de las prestaciones reclamadas, reformando así el fallo apelado y absolviendo en consecuencia a los demandados.

El relato que precede demuestra que el planteamiento de los cargos no guarda armonía con los objetivos de la demanda, de las alegaciones de instancia ni de los fallos impugnados, pues en ninguna pieza procesal se alude o reclama la ilegalidad del pago por haberse hecho anticipadamente. El ataque a la dación en pago, contenida en la escritura pública, se enfocó por otros aspectos, ya referidos. De manera que el argumento extemporal que ahora plantea el recurrente al impugnar el fallo del Tribunal sólo constituye un motivo nuevo que no tiene entrada en casación.

Por lo expuesto se desestiman los cargos.

Tercer cargo

Acusa la sentencia por violación indirecta de los arts. 65, 134, 179 y 182 del C. S. del T. "por error en la estimación de las pruebas relacionadas en el cargo primero".

Manifiesta el recurrente que la prosperidad de uno cualquiera de los cargos anteriores "lleva anexa como lo pido la sanción pro salarios caídos". Plantea la tesis de que aun aceptando como liberatorio "el pago a que se contrae la escritura de 20 de abril de 1954, dicho pago surtiría efectos para el pasado, pero no puede dársele el valor de una condonación de futuras prestaciones e indemnizaciones surgidas del contrato laboral en su vigencia posterior, o sea en el período comprendido entre el 20 de abril y el 27 de mayo. Y como no se pagaron a la terminación del contrato, es procedente la condena en salarios caídos". Aduce el impugnador que aun aceptando el pago como legal, "no puede comprender los dominicales y festivos trabajados entre el 20 de abril y el 27 de mayo, período en el cual continuó en ejecución el contrato de trabajo".

Se considera:

La alegación que por pena de la mora en el pago de salarios y prestaciones (art. 65 del C. S. del T.) plantea ahora el recurrente, constituye un medio nuevo, que en casación no puede examinarse, ya que este extremo no fué pedido en la demanda ni expuesto o discutido en las instancias del juicio.

Por esta razón el cargo se desecha.

Cuarto cargo

Lo formula así el recurrente:

"Aplicación indebida de los artículos 14 y 340, y violación también por vía indirecta de los artículos 136 y 137 del C. S. del T. por error en la apreciación de la prueba consistente en la escritura pública Nº 701 de 20 de abril de 1954, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Manizales, violación que condujo a la no aplicación de los artículos 65, 179, 182, 186 189 190 249 y 306 del mismo Código".

Refiérese a las manifestaciones de las partes contenidas en la escritura pública varias veces citada, en especial a la constancia de la actora, por medio de la cual declara a paz y salvo al Sr. Duque por todo concepto; dice que en el planteamiento del recurso no sólo persigue "enmendar un agravio patrimonial", sino también "dar campo a la interpretación jurisprudencial" respecto de tres interrogantes que formula así: "1º Tiene valor el "finiquito" otorgado por el trabajador durante la ejecución del contrato de trabajo? 2º Es válido el pago total en especie de salarios, prestaciones o indemnizaciones causadas o eventuales? 3º La DACION EN PAGO es equivalente al PAGO EFECTIVO en derecho laboral?"

En cuanto a lo primero el impugnador se reafirma en que el finiquito sólo es oportuno a la finalización de la relación laboral, porque entonces es "cuando se hacen efectivas algunas prestaciones"; afirma que constituye grave error del Tribunal haberle dado mérito probatorio de finiquito" a la escritura que obra a fl. 3 y 4, toda vez que allí no se hace ninguna "liquidación" de las prestaciones debidas y demás cargas imputables al patrono y en favor de la trabajadora demandante".

Cuanto al segundo interrogante dice el acusador que aunque la ley laboral permite que parte del salario pueda pagarse en especie, no todo puede hacerse de esta manera, y que el mismo criterio debe aplicarse al pago de las prestaciones; alude al sistema de trueque y manifiesta que el ad-quem incurrió en manifiesto error "al no apreciar la certificación inserta en el mismo instrumento público (fl. 4 vto.) en el cual aparece que el predio objeto de la dación en pago, tenía en la misma fecha de la escritura, un avalúo catastral desenglobado en forma que para cada una de las casas en que se divide el inmueble, determinado por las fichas catastrales en la cláusula primera, valía la suma de $ 900.00 o sea un avalúo total de $ 1.800.00". De lo anterior deduce que "es palmaria la renuncia de derechos, y

la violación del art. 14 del C. S. del T, por parte del Tribunal sentenciador".

En relación con el tercer interrogante afirma el recurrente que "la DACION EN PAGO no es el PAGO mismo, y por lo tanto no tiene entrada en el derecho laboral". Afirma que el Tribunal estimó como equivalentes estos dos fenómenos jurídicos y transcribe algunas jurisprudencias que sobre estos puntos ha pronunciado en diferentes ocasiones la Corte Suprema de Justicia.

Se considera:

Ciertamente el Tribunal concluye que con la escritura pública se cubrieron a la trabajadora todas sus prestaciones por concepto de los servicios prestados durante 14 años en la hacienda "Bocachica". Por medio de la cláusula 3ª de este instrumento se estima el inmueble transferido en la suma de $ 12.000.00 ml. y se dice: "suma con la cual le quedan pagados a la señora Lilia Valencia Saldarriaga de Berrío, los servicios prestados por concepto de cesantía, prestaciones sociales y cualquiera otro servicio prestado en el tiempo de catorce años..." Más adelante, al aceptar la actora la escritura en mención, manifiesta que "declara a paz y salvo por todo concepto al señor José Miguel Duque Londoño".

Aunque no lo expresa, a esta inequívoca manifestación de la trabajadora le da el ad-quem el valor de un finiquito, pues al tratar de comparar el monto total de las acciones o prestaciones no prescritas con el valor en que fué estimado el inmueble, acepta que se saldaron, o mejor, pagaron las cuentas u obligaciones por parte del patrono. En apoyo de esta consideración transcribe doctrinas sobre finiquito del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, las cuales le dan validez siempre que la certificación o constancia sea espontánea, es decir, no obtenida por presión o dolo y no constituya menoscabo alguno de los derechos del trabajador.

Respecto de la impugnación que hace el recurrente de que es palmaria la renuncia de derechos por parte de la actora, a consecuencia de que el Tribunal no reparó en la certificación inserta al fl. 4 vto. en la cual se expresa un avalúo total de inmueble en la suma de $ 1.800,00, debe advertirse que el ad-quem apoya su decisión en todo el acervo probatorio que obra de autos. Así, a los fls. 59, 59v. y 60 aparece la copia de la escritura pública Nº 1113 de 5 de junio de 1951, por la cual el demandado José Miguel Duque Londoño compró a Manuel J. Pulgarín y a Anicia Castaño de Reina el inmueble transferido a Lilia Valencia de Berrío. En cláusula 3ª de este instrumento se lee: "Que el precio de esta venta es la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00) moneda corriente..." En la demanda de reconvención de José Miguel Duque Londoño contra Lilia Valencia de Berrío, aquél afirmó en el hecho 6º: "La suma de $ 12.000.00 dicha, fue recibida por la señora mencionada, y a la vez invertida por ésta en el pago de precio de una casa en Manizales o inmueble. El correspondiente contrato de compraventa corre extendido en escritura pública número 701 de abril 20 de 1954, Notaría Primera de Manizales, con referencia de registro y de matrícula que se darán posteriormente". La demandada, al contestar este hecho por medio de apoderado, dijo: "No es cierto. La señora Valencia de Berrío no recibió dinero. En lo demás, me atengo a lo que diga la escritura en referencia".

Adviértese primero que resulta cierto lo manifestado en posiciones por José Miguel Duque (fls. 61 a 63) respecto al precio de $ 8.000.00 que pagó por el inmueble en 1951; en segundo término se observa que Lilia Valencia de Berrío, al contestar el hecho 6º negó haber recibido dinero, pero en lo demás se atuvo al tenor de la escritura, esto es, aceptó el precio de $ 12.000,00 convenido. Indica lo anterior que ante estas probanzas sobre precio de la casa, el sentenciador no podía ni debía apreciar la certificación catastral inserta al fl. 4vto. en la cual aparece estimada en $ 1.800,00. Ahora bien: verificando las operaciones aritméticas de rigor, se obtiene un monto de $ 4.354,00 a que asciende el valor de las prestaciones y salarios no prescritos al tiempo de la demanda, cálculo hecho con base en un sueldo mensual de $ 168.00 y un tiempo de servicios de 14 años, extremos comprobados en el expediente. En tales condiciones, pues, no puede afirmarse que el finiquito conlleve renuncia de derechos por parte de la actora.

El aspecto que plantea el recurrente sobre la validez del finiquito producido antes de la terminación del contrato, no fué propuesto en las instancias, por lo cual no se examina. Sinembargo se advierte que la valoración que a tal constancia dio el sentenciador es correcta, porque como ya se vio, el pago excede en cuantía apreciable al valor de las prestaciones y salarios cancelados.

Cuanto al pago de salarios en especie que acusa el impugnador, conviene recordar la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en fallo del 3 de noviembre del año de 1954, en el juicio de Medardo Girón contra la sucesión de Joaquín Saavedra. Dijo así el Supremo: "Dentro de la política social de protección al sa-

lario, la tendencia universal moderna ha impuesto el pago en metálico como forma principal de remunerar el trabajo humano. Por eso el "truck system" o sistema de trueque, que consiste en pagar el salario en mercancías o en bonos o papeles que no tienen curso legal y únicamente son canjeables por artículos de consumo inmediato suministrados por el patrono en sus propios establecimientos o comisariatos, ha sido prohibido en casi todos los países por ser un sistema inmoral y lesivo de los intereses de los trabajadores, que facilita el fraude del patrono para disminuír la remuneración del asalariado mediante el encarecimiento arbitrario del valor de los suministros".

"El artículo 24 de la Ley 83 de 1931 prescribió que los sueldos y salarios debían ser pagados en moneda legal (principio que reprodujo, en cuanto al salario en dinero el artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo). Y como lo observa el ad-quem, los numerales 1º y 3º del artículo 27 del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 6ª del mismo año y los artículos 136 y 137 del C. S. del T. prohiben expresamen el "truck system" y la venta de mercancías o víveres por el patrono a sus asalariados, con las excepciones allí previstas. De la situación normativa anterior el Seccional dedujo que el único salario en especie permitido en la legislación colombiana era el constituído por alimentación, vestido y alojamiento para el trabajador y su famiia; y que cualquiera otra retribución en especie que se pactara era ilícita y, por lo tanto, nula, por lo cual no podía tomarse en cuenta como elemento integrante para calcular el monto de las prestaciones laborales". ,

"La definición de salario como concepto jurídico legal, sólo vino a establecerse por el artículo 127 del C. S. del T. pero con anterioridad a la expedición de este Estatuto (que es la situación dentro de la cual debe estudiarse el caso sub-lite, pues el contrato del actor terminó el 31 de marzo de 1950, es decir, antes de la vigencia del citado Código), existían ya disposiciones que permitieron a la jurisprudencia estructurar un amplio concepto del salario, para aplicarlo, no sólamente a los casos previstos de liquidación del auxilio de cesantía, sino a todo el régimen general de prestaciones, normas que, por otra parte, pueden considerarse como los antecedentes inmediatos del artículo 127 del C. S. del T."

Invoca el Tribunal Supremo como disposiciones que antecedieron a la última norma citada, las siguientes: el art. 25 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que establece como cómputo del salario no sólo la remuneración fija, "sino toda remuneración eventual devengada, o que se pague en especie"; el art. 2º de la Ley 65 de 1946, que ordena que en la liquidación de la cesantía se apliquen las reglas del Decreto 2567 de 1946 y que en su cómputo se tenga en cuenta no sólo "el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios"; la primera parte del parágrafo 1º del art. 6º del Decreto 1160 de 1947, reglamentario de la citada Ley 65 de 1946.

Más adelante expresa así el fallo transcrito:

"Los textos normativos relacionados anteriormente contienen, sin lugar a dudas, un concepto extensivo de lo que debe entenderse por salario, que obliga, en consecuencia, a una interpretación amplia de los mismos, pues sobre la base doctrinaria de que el salario debe ser la contraprestación integral de lo que reciba el trabajador por sus servicios, dichos textos aceptan como tal no solamente la remuneración fija, sino toda retribución ordinaria y permanente que se perciba a cualquier otro título y que directa o indirectamente tenga por objeto compensar servicios laborales. Y como la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947 son disposiciones posteriores a las leyes 83 de 1931, 6ª de 1945 y al Decreto 2127 del mismo año, ningún criterio de hermenéutica se opone a concluír que las limitaciones establecidas en normas anteriores se armonicen con el criterio de amplitud conceptual de normas posteriores, para que, de acuerdo con los más destacados tratadistas que consideran posible y a veces conveniente la remuneración en especie, no obstante reconocer la prevalencia del sistema de remuneración en metálico, se entienda que el salario en especie puede consistir en elementos distintos a la alimentación, vestido y alojamiento, sin que por ello se contraríe o desconozca la reglamentación prohibitiva del "truck system".

En el caso sub-lite y concretamente en relación con el pago efectuado por el patrono, consistente en una casa de habitación, para cancelar prestaciones y salarios debidos, se observa que no se quebrantó ninguna disposición legal, por cuanto en tal operación no se empleó el sistema del trueque, que prohibe el art. 136 del C. S. del T. Además, comprobado está de autos que, el valor monetario del inmueble supera al de las prestaciones y salarios debidos y cancelados a la actora.

Cuanto al tercer interrogante formulado por el recurrente, respecto a la figura jurídica denominada en el Derecho Romano "datio in solu-

tum", que acoge el Tribunal cuando expresa que "mediante la escritura dicha, simplemente se hizo a la actora el pago de todas sus prestaciones", cabe observar: Ennecerus, en su Tratado de Derecho Civil (Tomo II, Vol. 1º pág. 315) dice: "Con el asentimiento del acreedor puede prestarse, en lugar de la prestación debida, otra cosa distinta (prestación en lugar de cumplimiento o en lugar de pago, datio in solutum). En tal caso la obligación se extingue ipso jure lo mismo que por el pago, pues el acreedor queda satisfecho".

En cuanto a este fenómeno de la dación en pago basta decir que la Corte lo registra en su jurisprudencia y, como lo sostiene el impugnador comentando la cita que hace, la figura mencionada es distinta del pago efectivo que regula el art. 1626 del C. C. Pero ello no obsta para que la extinción de una obligación pueda hacerse, en determinado caso, con cosa diversa a la que se debe, siendo equivalente a ella y mediante acuerdo mutuo entre acreedor y deudor. En la situación de autos, por ejemplo, se convino por la parte acreedora en recibir en pago de las prestaciones y salarios cosa distinta a la debida, que no sólo resultó ser equivalente a ella sino de más valor, como quedó suficientemente establecido y explicado. De manera que la solución del pago, por todas estas consideraciones, aparece correcta y legal.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que el Tribunal no infringió las disposiciones laborales acusadas por el recurrente.

El cargo no prospera.

En mérito de lo que antecede la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SE CONSIDERA BIEN DENEGADO UN RECURSO DE CASACION. — EL VALOR DE LOS "SALARIOS CAIDOS", QUE PUEDAN CAUSARSE CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACION DE LA DEMANDA, NO SE COMPUTA EN LA MASA VALUABLE DEL JUICIO

No le es posible a la Sala ampliar el petitum de la demanda para calcular los "salarios caídos" a partir de una fecha anterior a la expresamente fijada en aquélla, pues tal procedimiento constituiría una reforma oficiosa, por la Corte, del libelo inicial.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

El apoderado judicial de JOAQUIN GUTIERREZ interpuso recurso de hecho ante esta Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se le conceda el de casación contra la sentencia de 22 de noviembre del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el juicio que el recurrente adelantó contra el MUNICIPIO DE BUGA (Empresa del Acueducto Público).

El Tribunal Superior de Cali negó el recurso de casación por estimar que no era procedente, ya que el juicio no tenía la cuantía señalada en el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, pues la suma de todas las peticiones de la demanda inicial no superaba la cantidad de $ 4.000.00.

El apoderado del demandante solicitó reposición de la providencia denegatoria fundándose en que en la demanda con que se inició el juicio, la cuantía del mismo se estimó en suma superior a los $ 3.000.00, y que como dicho juicio fué iniciado bajo la vigencia del artículo 86 del Decreto 2158 de 1948 (C. de P. del T.), cabe la concesión del recurso, porque para esos efectos debe atenerse a lo dispuesto por la ley vigente al tiempo de la iniciación de la litis. Además, agregó el recurrente que "no debe perderse de vista que la cuantía del juicio fué fijada en la demanda en una suma superior a $ 3.000.00 y $ 4.000,00 es superior a $ 3.000.00, de ahí que con la propia tesis del Tribunal sea igualmente viable el recurso".

El Tribunal Superior de Cali, previas algunas consideraciones sobre tránsito de procedimientos, no accedió a reponer su proveído por estimar que la norma aplicable era el artículo 9º del Decreto 1762 de 1956, disposición vigente en el momento en que se interpuso el recurso. Y sobre el argumento final de que $ 4.000.00 es mayor que $ 3.000.00, dijo: "pero hay que distinguir que no siempre de la estimación de la cuantía de una demanda en más de $ 3.000.00 resulta necesariamente $ 4.000.00. Ni siquiera el presente es un caso de duda, para dar aplicación al artículo 524 del C. de Procedimiento Civil, mediante justiprecio pericial, porque como se dijo en el auto denegatorio del recurso, los valores del petitum de la demanda no alcanzan a $ 4.000.00, sobre la base de una remuneración de $ 75.00 mensuales, en relación con todas las prestaciones e indemnizaciones allí enunciadas y computando los salarios caídos hasta la fecha de la presentación del libelo".

Ante la Corte el apoderado de Gutiérrez sustenta así el recurso de hecho:

"Para fundar el derecho que creo tener a que se condeda el recurso de casación, me basta observar que en la demanda se afirma que mi mandante trabajó del 1º de noviembre de 1949 al 8 de marzo de 1950, o sea durante 4 meses y 8 días, con un contrato de trabajo a término fijo de un año y con un sueldo de $ 75.00 mensuales, y que en ella se solicitan específicamente las condenas por lucro cesante (salarios del tiempo faltante), indemnización por mora en el pago, cesantía, vacaciones y primas. Tal demanda fue presentada el 31 de enero de 1954 y notificada en julio del mismo año.

"Con esos solos datos, y sin tomar en cuenta la viabilidad o improcedencia de las peticiones, tendríamos estos valores:

"a) Lucro cesante (7 meses 22 días) . .$ 580.00
b) Mora (Mzo. 8|50 - Enero 31|54) 3 a 10 m 23 d 3.507.50
c) Cesantía (4 m 8 d.) 26.66

d) Prima (4 m 8 d) 26.66
e) Vacaciones proporcionales (4 m 8 d) 13.33
$ 4.154.15

"Por tanto, procede el recurso de casación interpuesto".

Para resolver, se considera:

En la demanda inicial el actor afirma que devengó un salario de $ 75.00 mensuales, y sobre esta base pide lo siguiente: $ 575.00 por lucro cesante (7 meses y 20 días); $ 2.700,00 por salarios caídos causados del 1º de febrero de 1951 hasta el 31 de enero de 1954 (mes en que se presentó la demanda); los salarios caídos que se causen del 1º de febrero de 1954 en adelante hasta la fecha en que se le haga el pago total de las prestaciones reclamadas; y "las demás prestaciones sociales que se probaren en el curso del juicio tales como cesantía, vacaciones, primas, etc." y a las cuales el recurrente asigna un valor total de $ 66,66. Dentro de los anteriores pedimentos, y como no hubo fallo extra ni ultra petita de primera instancia, la cuantía del juicio, para efectos del recurso de casación, sería de $ 3.341,65, pues el valor de los "salarios caídos" que hubieran podido causarse del 1º de febrero de 1954 en adelante, es decir, con posterioridad a la presentación de la demanda, no se computan en la masa valuable del juicio, según reiterada jurisprudencia de la Corte (Autos de 28 de febrero y 7 de marzo de 1957).

Para el recurrente la cuantía del juicio asciende a la suma de $ 4.154,15, porque calcula el valor del pedimento sobre indemnización moratoria en la cantidad de $ 3.507,50, equivalente a los salarios del tiempo comprendido entre el 8 de marzo de 1950, fecha de la terminación del contrato de trabajo, y el 31 de enero de 1954, mes en el que se presentó la demanda. Pero como el actor sólamente pidió condena por este extremo de la litis, a partir del 1º de febrero de 1951, no le es posible a la Sala ampliar el petitum de la demanda para tomar una fecha anterior a la expresamente fijada en ella y obtener así la cifra a que llega el recurrente en busca de que se le conceda el recurso de casación, ya que ello constituiría una reforma oficiosa, por la Corte, del libelo inicial.

La Sala encuentra ajustada a derecho la valoración de la cuantía del juicio, en suma inferior a $ 4.000-00, que hizo el Tribunal Superior, y la declaratoria consiguiente sobre la no procedencia del recurso. (Art. 9º del Decreto-Ley 1762 de 1956).

En mérito de lo expresado, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— considera BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACION interpuesto por el apoderado de Joaquín Gutiérrez contra la sentencia de 22 de noviembre de 1956, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali en el juicio seguido por el recurrente contra el Municipio de Buga.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior de Cali para que conste en autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EN ACCION DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS, PUEDEN COADYUVAR LEGITIMAMENTE EN LA CAUSA DEL DEMANDANTE, QUIENES, POR DERECHO EMANADO DEL VERDADERO DUEÑO Y DEL CUAL RECIBIAN ALGUN PROVECHO, DETENTABAN MATERIALMENTE EL BIEN EN EL MOMENTO DE LA OCUPACION POR PARTE DE LA ENTIDAD PUBLICA

En la acción indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, pueden coadyuvar legítimamente en la causa del demandante, aquellas personas que en el momento de la ocupación por parte de la entidad pública, detenten materialmente el bien por derecho emanado del verdadero dueño, del cual deriven provecho alguno, pues en tal circunstancia, al tercero podrían causársele igualmente perjuicios con la ocupación, distintos de los que puede alegar el dueño del terreno expropiado. Pero si la ocupación del tercero no es legítima, sino que resulta de actos clandestinos o arbitrarios realizados contra la voluntad del dueño o sin su aquiescencia, es claro que ello no puede generar obligaciones a cargo del propietario, ni de ninguna otra persona o entidad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor José Jaramillo Giraldo)

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la sociedad "Inversiones Ferias Limitada", por medio de apoderado demandó al Municipio de Bogotá, para que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes condenaciones:

"PRIMERO) A pagar a la sociedad 'Inversiones Ferias Limitada' o a quien sus derechos represente y dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda legal colombiana (o la que en el juicio se determine), como valor de la indemnización que corresponde por haber ocupado el Municipio con trabajos de obras públicas el lote de terreno de propiedad de la Compañía situado en el barrio de San Cristóbal de Bogotá, al que corresponde en la nomenclatur urbana el número 13 45 Sur de la carrera 6ª (antes 12 A 67 Sur), de una cabida de 5.000 varas cuadradas y alinderado como se expresa más adelante.

"SEGUNDO) A pagar las costas del presente juicio si el Municipio se opusiere a esta demanda".

Posteriormente, y también por medio de apoderado, el señor Antonino Papa presentó un memorial pidiendo que en la sentencia que recaiga al juicio se reconozca y ordene el pago a su favor del treinta y siete y medio por ciento de la indemnización, pues en el momento de ser ocupado el lote de terreno objeto del litigio por parte del Municipio, y con motivo de tal ocupación, se frustró el contrato de explotación de tal terreno celebrado en septiembre de 1944 entre los señores Hernando Villa (padre), Hernando Villa (Hijo) y el señor Miguel A. Rosas, del cual es cesionario, y en el que tenía una participación del 37½ por ciento de las utilidades.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, una vez tramitado debidamente el juicio y agotado el procedimiento, dictó sentencia de primer grado en los siguientes términos:

"1º CONDENAR al Municipio de Bogotá a pagar a Inversiones Ferias Limitada, tan pronto como quede ejecutoriado este fallo y con intereses moratorios si fuere el caso, la suma de cuarenta y cinco mil pesos ($ 45.000.00);

"2º CONDENAR al Municipio de Bogotá a pagar a Inversiones Ferias Ltda. en abstracto, los perjuicios sufridos como lucro cesante, por la ocupación del lote citado;

"3º Previamente y para obtener el pago, Inversiones Ferias Ltda. debe otorgar a favor del Mu-

nicipio de Bogotá el correspondiente título traslaticio de dominio del lote materia de este litigio; y,

"4º Declarar que el coadyuvante carece de interés legítimo, personería sustantiva o derecho alguno para reclamar del Municipio de Bogotá indemnización alguna".

Las partes apelaron de tal decisión y el negocio pasó al Consejo de Estado en segunda instancia; mas éste hubo de pasarlo a la Corte, por competencia, en virtud del fallo dictado por esta Corporación el 20 de junio de 1955, sobre inexequibilidad del Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, y de lo ordenado por el Decreto Nº 0293 de 1956.

En esta instancia se produjeron algunas pruebas pedidas por el señor Antonino Papa; éste y las partes alegaron por escrito, y se dictó el auto de citación para sentencia, siendo llegado el momento de fallar.

Acción del demandante

Con los documentos que el actor acompañó a su demanda, y las pruebas que adujo dentro del respectivo término probatorio, en orden a demostrar los presupuestos de la acción incoada, halló el Tribunal de primera instancia mérito suficiente para que la acción prosperara en la forma arriba transcrita. La Sala al revisar el proceso encuentra que los hechos aducidos por la sociedad demandante y el derecho por ella invocado están bien analizados, y las conclusiones se ajustan a la ley en cuanto a la sociedad demandante.

En efecto, consta que al constituírse la sociedad Inversiones Ferias Limitada por escritura número 2307, de 6 de mayo de 1949, de la Notaría Cuarta de Bogotá, sus socios Julia Stanovich de Villa, Margarita Villa de Gómez Jaramillo, Graciela, Elsa, Jorge y Hernando Villa Stanovich, aportaron entre otros bienes, el derecho de dominio y posesión que proindiviso tenían sobre un lote de terreno, con sus anexidades y dependencias, situado en el barrio de San Cristóbal de esta ciudad, distinguido antes con el número 12-A-67, y hoy con el número 13-14 Sur de la carrera 6ª, comprendido dentro de los siguientes linderos: por el oriente, con la carrera 6ª; por el norte, con propiedades de la Beneficencia de Cundinamarca, Carolina de Castillo, María de Peñarredonda y Limbania Montoya; por occidente, con La Quinta de Ramos; y por el sur, río Fucha de por medio, con lote de la sucesión de María Rozo L. La copia de la escritura, debidamente registrada, se halla a folios 1 a 10 vuelto del cuaderno Nº 1.

El Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá certifica sobre la vigencia del registro en cabeza de Inversiones Ferias Limitada, y acerca de la cancelación de los registros anteriores en un lapso de treinta años. Este certificado obra a folios 15 y 15 vuelto del cuaderno número 1.

La Cámara de Comercio de Bogotá certifica sobre la existencia de la sociedad denominada "Inversiones Ferias Limitada" y la personería de la señora Julia Stanovich viuda de Villa para representarla en su carácter de gerente en ejercicio. Este documento aparece a folios 20 y 20 vuelto del cuaderno Nº 1.

En el ejemplar de los Anales del Concejo de Bogotá correspondiente a la edición del 2 de mayo de 1949, debidamente autenticado, aparece el contrato celebrado entre el Municipio de Bogotá y los señores Jorge Enrique Hoshino y Jorge E. Hoshino, para la construcción por parte de éstos y a todo costo, del denominado Parque Oriental, sobre el río San Cristóbal, contrato aprobado el 20 de abril de 1949. El ejemplar de los Anales obra a folios 20 a 24 del cuaderno Nº 2.

Copias de las cuentas pagadas a los contratistas de la construcción del parque, cuyo primer contado fue hecho por el Municipio el 20 de mayo de 1949, y el último, el 20 de junio de 1950. Estas copias expedidas por orden de la Contraloría Municipal, obran a folios 24 a 28 del cuaderno Nº 2.

Testimonios rendidos por los señores Carlos Páez y Ricardo Lugo, a quienes les consta personalmente que el día 29 o 30 de mayo de 1949, una cuadrilla de obreros al servicio del Municipio ocupaba el lote de propiedad de Inversiones Ferias Limitada, y el sobrestante de ella impidió a la señora Margarita Villa de Gómez y a los declarantes que sacaran piedra de allí, alegando que ese terreno ya no era particular sino del Municipio; que los declarantes habían estado días antes sacando material de ese lote por orden de dicha señora Margarita de Gómez y en su compañía, sin obstáculo alguno. Los testimonios mencionados obran a folios 11 y 18 del cuaderno Nº 2.

Diligencia de inspección ocular practicada en los días 5 y 6 de diciembre de 1951 y 22 de enero de 1952, y dictamen de peritos, sobre localización técnica del terreno de propiedad de la compañía demandante y el hecho de la superposición en él del llamado Parque Oriental. Es-

tas pruebas obran a folios 16, 17, 30, 54 y siguientes del cuaderno Nº 2.

La Compañía Inversiones Ferias Limitada ejercita la acción que consagran los artículos 263 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, llamada de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, y ha demostrado en el juicio, con las probanzas relacionadas: 1º Que el Municipio de Bogotá planeó la construcción del parque oriental de Bogotá y ejecutó esa obra desde el mes de abril de 1949 en adelante, con miras al servicio público y el interés social; y, 2º Que la construcción abarcó el terreno de su propiedad particular. De estos hechos surge inequívocamente el derecho a la indemnización que demanda.

Intervención del señor Antonino Papa

El señor Antonino Papa ha intervenido en el juicio para que se le reconozca y pague el treinta y siete y medio por ciento del valor de las indemnizaciones que correspondan a la sociedad demandante, y para ello se funda en los siguientes hechos:

1) Conforme al documento de fecha 1º de septiembre de 1944, entre el doctor Hernando Villa Granados, el señor Miguel A. Rosas y el señor Hernando Villa S. se celebró un contrato por el cual se declara que el primero compra a Dolores Rodríguez el lote de terreno del barrio de San Cristóbal (el que hoy es materia de este juicio), y que el objeto principal de la compra es el de "explotar Villa el negocio de extracción de piedras, trituración de éstas, sacar gravilla y arena lavada, etc. para venderlas a las personas que necesiten de tales materiales" (cláusulas 1ª y 2ª); que Miguel A. Rosas en colaboración con Villa S. se encargan del trabajo de extracción, producción y venta de los materiales "bajo la dirección del propietario Dr. Villa"; que éste suministra $ 150.00 para herramientas y $ 300.00 para instalación y primeros gastos del desarrollo del negocio (cláusula 3ª); que las utilidades se repartirán así: treinta y siete y medio por ciento para el doctor Villa, como propietario del terreno; treinta y siete y medio por ciento para el señor Rosas como "administrador", y el veinticinco por ciento restante para Villa S. (cláusula 4ª); que a cargo del propietario doctor Villa estará la contabilidad, recaudación y manejo de dineros, pago de cuentas y liquidación de utilidades (cláusula 5ª).

2) Documento fechado el 28 de diciembre de 1944, por el cual Miguel A. Rosas declara que ha cedido sus derechos en el contrato de explotación al señor Antonino Papa, del cual tiene recibidos "NUEVE CIENTOS SESENTA PESOS moneda corriente, a buena cuenta y por pagos anticipados de la negociación".

3) Documento de fecha 9 de abril de 1952, por el cual Miguel A. Rosas expresa que la cesión de su parte en el contrato celebrado con los señores Villas, tiene por causa la ayuda y colaboración en dinero, maquinaria y trabajo que le prestó el señor Antonino Papa, y que, como el negocio se frustró por haber ocupado el Municipio de Bogotá el terreno de la explotación, la indemnización de perjuicios le corresponde también, pues deben considerarse cedidos a su favor los derechos y acciones para reclamarla.

El Tribunal de primera instancia analiza en su fallo la posición del señor Antonino Papa en los siguientes términos:

"No existe constancia alguna en el informativo de que el señor coadyuvante hubiera empezado a explotar el lote en mención. No puede aceptarse la afirmación del apoderado del coadyuvante de que la ocupación por parte del Municipio de Bogotá impidió que se explotara el lote, pues dicho documento fue firmado el 1º de septiembre de 1944 y estampillado el día siguiente en la Administración de Hacienda Nacional. De esa fecha a la ocupación del lote corrieron alrededor de cinco (5) años y no aparece alguna prueba acerca de la explotación.

"Además, la fecha de la cesión lleva la de 28 de diciembre de 1944 y aparece estampillado el documento el 26 de agosto de 1949, es decir, posteriormente a la ocupación del lote.

"Además, el documento de donde pretende derivar el coadyuvante su pretendido derecho equivale a un mal esbozo de sociedad comercial. La sociedad comercial o cualquiera otra debe constituírse por los medios establecidos en la Ley como son la escritura pública y la correspondiente anotación ante la Cámara de Comercio. Las sociedades que se establecen y constituyen sin tales requisitos son las sociedades que se denominan de hecho y cuya terminación ocurre por la muerte de uno de los socios. En el caso presente sin haberse iniciado la explotación, el señor Hernando Villa (senior) murió y ello equivalía a que la sociedad de hecho formada por el señor Rosas y el señor Villa (senior) quedara disuelta y extinguida.

"Por lo anteriormente expuesto considera el Tribunal que la parte coadyuvante carece de personería sustantiva, interés legítimo o derecho alguno para ser indemnizado".

Consideraciones de la Sala

Para definir acertadamente la posición del señor Antonino Papa dentro de este juicio, es imprescindible hacer un breve análisis del origen de sus pretendidos derechos, o sea el contrato celebrado entre los señores Hernando Villa Granados, Miguel A. Rosas y Hernando Villa S. Los términos de aquella convención, aunque redactados en forma imperfecta, permiten considerarla como una simple sociedad comercial, en la que el señor Hernando Villa G. compra un terreno apropiado para la extracción de piedra y arena y se asocia con el señor Miguel A. Rosas y su hijo Hernando Villa S. para trabajarlo. El doctor Villa aporte el terreno y el dinero necesario para herramientas y para los primeros gastos de instalación y desarrollo del trabajo; y además se obliga a llevar la contabiidad, recaudar y manejar los dineros, pagar las cuentas y liquidar las utilidades. Y por su parte Miguel A. Rosas y Hernando Villa S. se encargan del trabajo de extracción de la piedra y la arena, la producción del triturado y la venta de tales materiales "bajo la dirección del propietario Dr. Villa". Los socios se reparten entre sí las ganancias en la proporción conocida. No se fija término para la duración de la sociedad ni se prevén las causas de su disolución, por lo cual deben aplicarse las previstas por la ley.

Tal como la define el artículo 2079 del Código Civil, la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación. Cuando el objeto de la asociación es el de desarrollar actividades comerciales, el contrato es solemne, es decir, que se forma y prueba por escritura pública, sujeto al registro civil y a la inscripción comercial en las Cámaras del ramo.

La sociedad que no ha sido constituída con el lleno de los requisitos enunciados se denomina sociedad de hecho. Existe, claro está, el ánimo de asociación y la existencia de una relación jurídica entre los socios por virtud de sus aportes, sus obligaciones y la participación en las pérdidas y las ganancias, pero, o no alcanzan en su forma el grado de perfección legal, o resultan de simples acuerdos verbales.

El contrato de los señores Villas y Rosas, por la circunstancia de constar solamente en un documento privado, debe clasificarse como una sociedad de hecho, que comenzó desde la fecha del contrato, y se disolvió, por ministerio de la ley, al producirse la muerte del socio Hernando Villa Granados, propietario del terreno. Surge esta conclusión de lo ordenado en los artículos 2091 y 2129 del Código Civil, que dicen: "Artículo 2091. No expresándose plazo o condición para que tenga principio la sociedad, se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato; y no expresándose plazo o condición para que tenga fin, se entenderá contraída por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia". "Artículo 2129. Disuélvese asimismo la sociedad por la muerte de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición de la ley o por acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes, con los herederos del difunto o sin ellos..."

Es evidente, por tanto, que la sociedad de hecho de que se viene tratando, se disolvió a la muerte del socio Villa Granados, acaecida con anterioridad a la ocupación del terreno por parte del Municipio de Bogotá, que dio origen al presente pleito, pues para la época de la ocupación ya se había protocolizado y registrado el juicio de sucesión respectivo, y el bien raiz había pasado primero al dominio privado de la familia Villa Stanovich y luégo al de Inversiones Ferias Limitada. Ahora bien: como no consta en los autos, ni se ha pretendido aducir por el señor Antonino Papa que la sociedad continuara su existencia con los socios sobrevivientes, es decir, Antonino Papa como cesionario de Rosas, y Villa Stanovich, o entre éstos y los herederos de Villa Granados, y que por tal circunstancia el terreno materia de la litis fuese un bien de aquella sociedad, forzoso es concluír que esa sociedad carece del título legal para reclamar del Municipio parte alguna de las indemnizaciones que correspondan al dueño del terreno.

Con todo, pudiera argüirse que la sociedad tantas veces mencionada, aunqué disuelta legalmente, no se ha liquidado aún, y que, por tanto, subsisten derechos del antiguo socio. Ello puede ser así pero cualquier derecho que éste tuviese que hacer efectivo con motivo de la liquidación de la sociedad, sólo podría ventilarse particularmente entre los interesados, pero no en este proceso.

No obstante, y haciendo abstracción de esta circunstancia, insiste el señor Antonino Papa en su derecho, alegando que él explotaba el terreno al tiempo de la ocupación por parte del Municipio, y que tal ocupación hizo imposible que continuase la explotación, frustrándose el beneficio que hubiera podido reportar. Mas a qué título la explotaba? Si la sociedad se había disuel-

to por el fallecimiento del propietario del terreno; si los adquirentes de dicho bien, señores Villas, no pactaron nueva asociación; si el actual propietario —Inversiones Ferias Limitada— no ha hecho contrato alguno con el señor Antonino Papa sobre explotación del terreno, ni éste ha demostrado tener tal vinculación, es obvio que su situación en el proceso, no es, ni puede ser acogida, tal como si exhibiera un título justo y legítimo, y por ende, respetable, para la explotación que dice realizaba en el terreno en el momento de la ocupación.

La Sala quiere dejar claramente establecido que en la acción indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, pueden coadyuvar legítimamente en la causa del demandante, aquellas personas que en el momento de la ocupación por parte de la entidad pública, detenten materialmente el bien por derecho emanado del verdadero dueño, del cual deriven provecho alguno, pues en tal circunstancia, al tercero podrían causársele igualmente perjuicios con la ocupación, distintos de los que puede alegar el dueño del terreno expropiado. Pero si la ocupación del tercero no es legítima, sino que resulta de actos clandestinos o arbitrarios realizados contra la voluntad del dueño o sin su aquiescencia, es claro que ello no puede generar obligaciones a cargo del propietario, ni de ninguna otra persona o entidad.

El hecho de haber admitido el Tribunal Administrativo, en principio, la coadyuvancia del señor Antonino Papa, no quiere decir que estuviese dando por demostrado su derecho a la indemnización demandada. Simplemente aceptó, en vista de los documentos aducidos por él, la personería para actuar en el juicio, dándole oportunidad de probar sus vinculaciones jurídicas con el propietario del terreno y su legal explotación de él. No logró el señor Antonino Papa dar en el proceso tales demostraciones, y por consiguiente, su pretensión a obtener el treinta y siete y medio por ciento de la indemnización, no puede serle reconocida. Esta afirmación, obvio es decirlo, no significa desconocimiento alguno de los derechos que el señor Papa pueda tener dentro del proceso de liquidación de la sociedad de hecho que tuvo con los señores Villas, como cesionario del señor Miguel A. Rosas.

Perjuicios

Ningún reparo tiene que hacer la Sala a la sentencia de primer grado, en cuanto determina el monto del daño emergente sufrido por Inversiones Ferias Limitada con la ocupación de su predio. Tal monto ha sido deducido del dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado que rindieron los peritos nombrados por las partes, al que el artículo 721 del Código Judicial le asigna el valor de plena prueba. Por tanto, el total de cuarenta y cinco mil pesos ($ 45.000.00) que resulta del valor de las 5.000 varas cuadradas de tierra ocupadas por el Municipio, a razón de nueve pesos la vara cuadrada, ha de mantenerse, tanto más cuanto que no hay objeción por parte del demandante ni del Ministerio Público.

En relación con el lucro cesante dice el Tribunal Administrativo, en el fallo que se revisa: "...los señores peritos en su dictamen lo apreciaron desde el punto de vista comercial en $ 14.000.00 y desde el punto de vista industrial en $ 12.000.00; posteriormente al hacer la aclaración de su dictamen afirmaron que dichos datos (sobre lucro cesante) 'deben considerarse apenas como un indicio o guía de lo que hubiera podido obtenerse en la hipótesis de una composición homogénea del terreno, hipótesis que mientras no se hagan los sondeos correspondientes, no puede tenerse ni como aproximada a la verdad geológica'. Los señores peritos, pues, tienen duda manifiesta acerca de la verdad de sus apreciaciones sobre el lucro cesante causado a los interesados y por lo tanto el Tibunal desecha tal apreciación y resuelve condenar en abstracto al Municipio de Bogotá a pagar los perjuicios causados por concepto de lucro cesante".

Para la Sala falladora, no solamente los señores peritos consideran su apreciación del lucro cesante como una simple guía o indicio de lo que pudiera obtenerse con un examen científico del terreno, sino que además —y esto es lo fundamental— su estudio se basa en la hipótesis de que el terreno estuviese siendo explotado en el momento de la ocupación, pues no hallaron en el expediente —como en realidad no se encuentra— prueba alguna de que allí existiese un establecimiento de explotación industrial o comercial.

El propietario del terreno, Inversiones Ferias Limitada, no alegó jamás indemnización del lucro cesante por ese concepto. Por el contrario, con posterioridad al dictamen expresó lo que sigue: "A primera vista parecerá extraña esta actitud de la parte demandante (apoyar una solicitud de los peritos para que se les eximiera de la aclaración del dictamen pedida por el señor Papa sobre lucro cesante, solicitud que le fue negada por el Tribunal), en cuanto se opone a una cosa que seguramente redundaría en su provecho; pues es claro que si como posibilidad de

explotación de piedra, resulta una apreciación de cien mil pesos o más, la primera beneficiada sería la Compañía que represento. Pero el suscrito apoderado, desde un principio y como está a la vista, ha querido conducir este juicio dentro de una absoluta seriedad y corrección, y a su entender la tentativa de traer a cuento una presunta explotación de la piedra del lote, constituye una falta completa de seriedad... ...Desde el día en que la Compañía Inversiones Ferias Limitada es la dueña del lote en cuestión hasta el día de hoy, no emprendió actividad seria de ninguna especie tendiente a la explotación comercial de la piedra del lote, ni celebró convenio con nadie referente a tal explotación, ni vendió piedra a nadie..."

La prueba tendiente a establecer el lucro cesante por el negocio de extracción de materiales del inmueble objeto de este juicio fue, pues, aducida en la primera instancia exclusivamente por el señor Antonino Papa en pro de sus intereses en el pleito, con el resultado ya conocido; a saber, que los peritos se encontraron ante una falta absoluta de prueba sobre la realidad objetiva de la explotación. En esta etapa del juicio el señor Papa adujo algunos elementos de prueba y con base en ellos, nuevos peritos dictaminaron sobre el lucro cesante que éste alega haber sufrido con la ocupación del inmueble. Sin embargo, este aspecto del problema no puede considerarse ya, en vista de las conclusiones a que ha llegado la Sala respecto a la posición del señor Antonino Papa en el proceso.

En la sentencia apelada se hace, con todo, una condenación en abstracto por concepto de lucro cesante en contra del Muniipio de Bogotá y en favor de Inversiones Ferias Limitada, no obstante haberse tenido en cuenta que la sociedad demandante nada pidió al respecto, ni hubo prueba de la existencia de ese perjuicio que la sustentara. El fallo por este aspecto debe ser revocado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Confírmanse los numerales primero (1º) y tercero (3º) del fallo apelado.

2º Revócase el numeral segundo (2º) del mismo sobre condenación al pago de perjuicios por concepto de lucro cesante.

3º Niéganse las peticiones del coadyuvante señor Antonino Papa.

No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Abelardo Gómez Naranjo — Manuel Buenahora — Salvo mi voto, Camilo Rincón Lara — José Jaramillo Giraldo — Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR CAMILO RINCON LARA

La salvedad de mi voto en el fallo que precede obedece a que, en mi concepto, se ha debido condenar al Municipio de Bogotá a pagar a la Sociedad "Inversiones Ferias Limitada", como lucro cesante, los intereses legales sobre la suma de $ 45.000,00 valor del inmueble ocupado, desde la fecha de la ocupación, puesto que en la demanda se pide "la indemnización que corresponde por haber ocupado el Municipio con trabajos de obras públicas el lote de terreno de propiedad de la Compañía...", y según el art. 1.613 del C. C. la indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

A este respecto, al salvar mi voto en el fallo de 28 de febrero último, proferido en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá, reproduje el resumen de las razones de orden jurídico que en otros salvamentos he dejado expuestas. En efecto expresé:

"En fallo de casación de 19 de julio de 1943 (G. J. Nº 1998-1999, páginas 593 a 598), dijo la Corte que ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro se determine por el procedimiento que señala el art. 553 del C. J. "ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente".

"La Corte, al sentar esta doctrina, lo hizo con criterio muy distinto al que tienen hoy, sobre la misma cuestión, mis honorables colegas de Sala, pues en tanto que éstos estiman indispensable la comprobación del lucro cesante, en aquélla se consideró, no obstante la desestimación de la cuantía asignada a dicho lucro por los peritos, que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, y en tal forma se hizo la condena, para lo cual se tuvo en cuenta que el dueño de una cosa dañada u ocupada deja de reportar utilidades o ganancias desde el día del daño o de la ocupación. Tal es, exactamente, lo que ocurre en el caso de autos, porque desde la ocupación del inmueble por parte de la Nación se privó al demandante del goce de su propiedad y consecuencialmente se le privó del aprovechamiento o utilidad que derivaba o estaba en condiciones de derivar de aquella propiedad. Esta deducción se hace inobjetable al considerar que de haberse llevado a cabo legalmente la expropiación, la entidad demandada habría pagado previamente la plena indemnización y el demandante hubiera podido utilizarse de esa suma.

"De otra parte no podría sostenerse que los intereses legales sólo serían causables desde la ejecutoria del fallo que decreta la indemnización del daño emergente, porque la obligación de la entidad demandada surgió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad; y porque ha de tenerse en cuenta el principio que informa algunas reglas relativas a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, como las del art. 964 del C. C. puesto que el poseedor vencido es obligado a restituír los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes o después de la demanda, según sea poseedor de mala o buena fe.

"Fuera de esto, se incurriría en ostensible contrasentido si al acudir a la fijación del tipo de interés legal por imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, se exigiera a la vez la comprobación de aquellas bases. La suma en que se estima el inmueble ocupado es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario sobre la cual, como es obvio, debe aquel intereses legales hasta la fecha de su cancelación. Ese tipo de interés se ha fijado para aplicarlo cuando no existe convención o estipulación al respecto (art. 1.617 del C. C.) y por lo mismo no constituye un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que lo origina.

"La doctrina de la Corte, atrás citada, de fecha 19 de julio de 1943, fué aplicada por esta Sala en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá, (G. J. Nº 2171-72-73, pág. 649), en el de Mauricio Alvarez Correa contra la Nación, (G. J. Nº 2157-58 pág. 332) y en el de Silena Sardi de Tenorio contra la Nación (G. J. Nº 2170, pág. 361) Al fallo dictado en este último negocio pertenece el siguiente párrafo:

"Teniendo en cuenta que como principio general, de acuerdo con la Constitución Nacional, el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propia-

mente una recompensa por los perjuicios sufridos sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de intereses a la rata legal, para compensar el lucro cesante".

"Por todas estas razones considero que en el presente negocio ha debido condenarse al pago del lucro cesante, representado por los intereses legales del monto en que se estimó el inmueble ocupado".

Fecha ut supra.

Camilo Rincón Lara

COMUNIDAD HERENCIAL.—DE QUE SE COMPONE.-LA HERENCIA O SUCESION CARECE DE CAPACIDAD PARA SER PARTE, Y, POR TANTO, NO SUSTITUYE LA PERSONALIDAD DEL CAUSANTE.— SI EL DAÑO NO SE HA INFERIDO AL PATRIMONIO DE AQUEL, EL HEREDERO SOLO PUEDE EJERCITAR LA ACCION INDEMNIZATORIA EN SU PROPIO NOMBRE. — PARA LA TITULARIDAD DE LA ACCION DEBE TENERSE EN CUENTA LA CALIDAD CON QUE ACTUA EL DEMANDANTE

1 — La comunidad herencial comprende todo lo que por activo o por pasivo transmite el causante a sus herederos, según la ley, desde el mismo instante de su muerte. Los elementos positivos y negativos que la forman son, por tanto, indeterminados y desde luego, el activo está sujeto esencialmente a la afectación del pasivo. Pero la herencia o sucesión carece de capacidad para ser parte porque no es sujeto de derecho, pues si bien es cierto que sus titulares son las personas naturales o jurídicas que han recibido de la ley o del testamento vocación hereditaria, no tiene, en principio, representante ni órganos. Por esto, es decir, por no tener capacidad de derecho, no puede actuar como demandante ni como demandada. El patrimonio hereditario carece de personalidad y de ninguna manera puede sustituír la del causante.

2 — En tratándose de una acción que tiene calidad reparadora y no patrimonial, porque el daño, origen de la indemnización que se demanda, no fué hecho al patrimonio del causante y por lo mismo la suma que se pretende de la entidad demandada como indirectamente responsable del hecho, no constituye, en manera alguna, parte del patrimonio herencial como para que pueda transmitirse exclusivamente a los herederos, basta con que el actor haya sido perjudicado con el insuceso ocurrido por culpa del demandado, para que tenga derecho a la prestación que reclama.

3 — Si la indemnización que se demanda no pertenece al haber herencial, y si el interés jurídico en ella reside directamente en el perjudicado que no es, —se repite— el patrimonio del causante, mal pueden los herederos actuar como tales demandando la prestación para la herencia. Por lo demás, se equivoca fundamentalmente el Tribunal al afirmar que el hecho de demandar el heredero para la herencia cuando la acción le corresponde directamente, no le quita la titularidad de ésta pues en ambos casos se está representando a sí mismo. No. En el primer caso el heredero actúa como titular de derecho en la comunidad herencial y por eso pide para ella; en el segundo demanda como titular de un derecho personal, por donde se ve que son cuestiones sustancialmente diferentes, pues aunque en ambas la persona física sea la misma, no puede confundirse en ellas, arbitrariamente, la personalidad jurídica.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara.

I

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 24 de septiembre de 1956, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Pasto.

El juicio fué iniciado por demanda que contra la Nación formuló, el 30 de noviembre de 1954, ante el mencionado Tribunal, el apoderado de la señora Carmen Torres v. de Garcés a fin de que, mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declare que "La Nación está obligada a pagar a la herencia de quien fué José Garcés Batioja la suma de cincuenta mil pesos m. l. ($ 50.000.00) o la cantidad que dentro del juicio llegare a establecerse, a título de indemnización por la muerte violenta del referido José Garcés B, cumplida a manos de funcionario del Estado, que ejercitaba actividades oficiales, hecho ocurrido en la ciudad de Tumaco, en la noche del 2 de julio de 1954".

La demanda se fundamenta en varios hechos, los cuales se contraen a la muerte de José Garcés Batioja, esposo legítimo de la demandante, ocurrida en Tumaco el 2 de julio de 1954, a consecuencia de un disparo que con arma de fuego le hizo Jacinto Alava, Agente de la Policía de Aduanas, en momentos en que éste, en ejercicio de sus funciones, pretendía arrebatarle a aquél una pequeña cantidad de oro en polvo; y a los perjuicios que con tal motivo se le han causado a la viuda y a sus menores hijos Jen del Socorro y Magola Garcés Torres.

Como fundamentos de derecho se citan "el art. 34 de la Ley 57 de 1887; los arts. 2.341 y ss. —en especial el art. 2347 del C. C.— y sus concordantes".

Trabada la litis con la contestación que a la demanda dió el señor Fiscal como representante legal de la entidad demandada, —manifestando que desconocía todos los hechos y negaba el derecho invocado—, se abrió el juicio a prueba, se practicaron las diligencias pedidas por la demandante, pues la Nación no hizo a ese respecto solicitud alguna, se presentaron los alegatos de conclusión y se citó a las partes para sentencia. En estas condiciones dispuso el Tribunal suspender el juicio hasta que se fallara definitivamente la acción penal que se seguía contra Jacinto Alava por la muerte del nombrado señor Garcés Batioja. Traídas al negocio las providencias de primera y segunda instancia proferidas por el Comando del Batallón de Infantería Nº 9 "Boyacá" con sede en Pasto, y por el Tribunal Superior Militar, respectivamente, por las cuales se condenó a Alava a la pena principal de ocho meses de prisión, se dictó por el Tribunal Superior de Pasto el fallo materia del recurso en estudio, en el que se "condena a la Nación Colombiana a pagar a a señora Carmen Torres v. de Garcés, por sus derechos y por los de sus hijos menores Jen del Socorro, Magola Isabel y Giné del Carmen habidos en su matrimonio con José Garcés Batioja, los perjuicios materiales que se les causó (sic) por la muerte violenta de este último, en cantidad que se determinará por el procedimiento del art. 553 del c. j. sin que pasen de la cuantía de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) que señaló la demanda".

II

La parte motiva del fallo de primer grado, —en consideración a que en la demanda se pide para "la herencia de quien fué José Garcés Batioja" y en consecuencia se adujeron algunos documentos para demostrar la existencia de la sucesión y la calidad de cónyuge sobreviviente y la de herederos—, analiza lo concerniente al presupuesto de la legitimación en la causa, tratando de interpretar la demanda en ese aspecto.

Para mejor entendimiento de los razonamientos del Tribunal conviene reproducirlos en sus partes esenciales.

"Como se ve, la demanda no se refiere a la acción que hubiere podido ejercitar Garcés Batioja, sino a la que directamente les corresponde a la viuda y a los huérfanos por la muerte violenta del esposo y padre, por el hecho de haber quedado privados de su protección económica "en todo respecto y con largueza".

"La jurisprudencia de la Corte en esta materia es la siguiente: "El interés jurídico del actor en la indemnización de perjuicios por causa de muerte de una persona reside directamente en el perjudicado con esa muerte. La suma que se demanda no puede considerarse como un patrimonio del causante que deba transmitirse a sus herederos sino como una reparación del daño en favor directo de quien recibe el prjuicio". (G. J. 2141, página 683).

"Reiteradamente indica la jurisprudencia de la Corte que si la demanda invoca un fundamento de derecho pero el actor tiene la titularidad de la acción por otro distinto y los hechos de la demanda las (sic) sitúan en el fundamento de derecho que verdaderamente corresponde, tiene aquélla que interpretarse como si el actor hubiere invocado el derecho que ciertamente le asiste. Y en recientes casaciones ha insistido con meridiana claridad en que cuando alguien demanda para una sucesión de la cual se supone representante, no hace otra cosa que defender un derecho personal, ya como dueño, ya como comunero, de un patrimonio universal.

"El error en que incurre el demandante al exigir la efectividad de un derecho por su calidad de heredero o de cónyuge sobreviviente, al decir para la herencia, cuando en realidad lo tiene ese derecho directamente y lo tienen sus hijos menores de quienes es el representante legal, no le quita la titularidad de la acción ni la legitimatio ad procesum. Cuando el heredero demanda para la herencia, pero la acción le corresponde directamente no puede decirse que está mal representado en el proceso, porque sea que demande para la herencia, sea que demande para sí directamente, en ambos casos se está representando a sí mismo; y sería absurdo un desdoblamiento de esa propia personería sólo porque invocó equivocadamente una calidad que no le correspondía como titular del derecho".

III

El apoderado del demandante considera jurídica la interpretación que de la demanda hace el fallador de primera instancia en los términos que se dejan reproducidos y por tanto en su alegato ante la Corte sostiene que el Tribunal ha decidido condenar al pago de los perjuicios morales subjetivos, "toda vez 'que si el demandante invoca un fundamento de derecho y tiene la titularidad de la acción... y los hechos de la demanda la sitúan en el fundamento de derecho que verdaderamente corresponde, tiene aquella que interpretarse como si el actor hubiera invocado el derecho que ciertamente le asiste', como se afirma, con justicia y verdad, en el propio fallo apelado". De otra parte el señor apoderado sostiene que debe acogerse el dictamen pericial y, en consecuencia, reformar también, sobre este punto, el fallo de primer grado, para condenar en concreto al pago de los perjuicios materiales.

El señor Procurador Delegado encuentra, en cambio, inadmisible la manera como el a-quo interpreta la demanda, y al respecto dice:

"Según permanente definición jurisprudencial, la universalidad denominada sucesión carece de capacidad de derecho para intervenir pasiva o activamente en el proceso judicial. En él sólo pueden actuar los titulares del derecho, que son los herederos a título universal y considerados personalmente, porque la entidad herencia carece de personalidad jurídica.

"Estas nociones generales trasladadas al campo de la responsabilidad tienen aplicaciones específicas muy concretamente puntualizadas por esa Alta Corporación en tratándose de acciones como a la que alude este proceso.

"Con efecto: ha dicho la Corte que "el interés jurídico del actor en la indemnización de perjuicios por causa de la muerte de una persona reside directamente en el perjudicado con esa muerte. La suma que se demanda no puede considerarse como un patrimonio del causante que deba transmitirse a sus herederos, sino como una reparación del daño en favor directo de quien recibe el perjuicio".

"Y tal concepto de la Corte es de una absoluta evidencia jurídica, de acuerdo con la naturaleza misma de la acción de perjuicios por culpa extra contrato, que se deriva de una íntima relación de causalidad entre un acto perjudicial o nocivo y el daño que él ocasiona, que por el carácter esencialmente subjetivo que tiene, no puede radicarse sino en la persona que directamente lo experimenta.

"Estas nociones hacen inoperante ante la realidad de una definición jurisdiccional, la radicación del derecho en la persona activa de la relación procesal que actúa en el presente juicio. En efecto:

"De conformidad con el poder que obra en autos, el mandato otorgado al doctor Julio César Enríquez fué conferido por la señora Carmen Torres v. de Garcés, para que en nombre y representación de la herencia de quien fué José Garcés B. se impetrara de la justicia los perjuicios de orden moral y material que a sus herederos les ha ocasionado la muerte del citado Garcés B.

"Pero es lo cierto, que la poderdante no podía conferir mandato a nombre y como representantes de una entidad que carece de poder legal para ser persona activa o pasiva de derechos. Ella no podía otorgar poder sino en su nombre propio y como representante de sus menores hijos, designados por sus nombres, personas todas éstas que individualmente sí podían ejercer la titularidad de obligaciones a su favor y derivadas de los perjuicios individuales que hubieran podido recibir de los hechos que motivan la acción y enmarcados dentro de una culpa real o presunta del Estado.

"Y de acuerdo con el referido poder así extendido, y en ejercicio del mismo, fué como el mandatario solicitó de la justicia la declaración taxativa y concreta de que la Nación está obligada a pagar a la herencia de José Garcés B. la suma en que él estimó los perjuicios emanados del hecho de la muerte violenta acaecida al citado causante.

"Definida en esa forma la actividad del mandatario judicial, en orden a la imploración del derecho que él pretendió radicar en la persona de la sucesión de José Garcés, la legitimación en causa, como elemento esencial de su acción, no aparece acreditada en este informativo judicial.

"Y el criterio de interpretación hecho ostensible por el fallador en su sentencia, rebasa los límites de las normas impuestas al respecto por la doctrina, que no pueden ir más allá de las claras orientaciones surgidas de la demanda y que demarcan los términos de la relación procesal definidos desde la iniciación del debate y a los cuales debe ceñirse el juzgador al desatar el pleito.

"Por estos motivos y en función de la inhibitoria que se os presenta para entrar al fondo de la acción, os solicito muy respetuosamente como representante de la entidad demandada, que os abstengáis de definir el pleito en el fondo, declarando que no se halla satisfecho el presupues-

to procesal de la legitimación en causa de la parte demandante".

IV

Se considera:

El interés jurídico es el fundamento de la acción. De ahí que sea uno de los presupuestos esenciales de ella la legitimación en la causa, porque "la legitimación para obrar concierne no al proceso (al cual pertenecen sin lugar a duda la competencia, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal) sino a la sociedad como medio para realizar el derecho subjetivo, porque se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado..." (G. J. Nº 2145, página 329). Por ello en el proceso debe evidenciarse, en primer término, no solo la calidad del demandado como sujeto pasivo de la relación jurídica suplicada, sino también la titularidad de esa jurídica relación en el sujeto activo de la misma.

La comunidad herencial comprende todo lo que por activo o por pasivo transmite el causante a sus herederos, según la ley, desde el mismo instante de su muerte. Los elementos positivos y negativos que la forman son, por tanto, indeterminados, y desde luego, el activo está sujeto esencialmente a la afectación del pasivo. Pero la herencia o sucesión carece de capacidad para ser parte porque no es sujeto de derecho, pues si bien es cierto que sus titulares son las personas naturales o jurídicas que han recibido de la ley o del testamento vocación hereditaria, no tiene, en principio, representante ni órganos. Por sto, es decir, por no tener capacidad de derecho, no puede actuar como demandante ni como demandada. El patrimonio hereditario carece de personalidad y de ninguna manera puede sustituír la del causante.

Ahora bien: según la doctrina de esta Corte, citada en su fallo por el Tribunal, (G. J. Nº 2141 página 683), "el interés jurídico del actor en la indemnización de perjuicios por causa de muerte de una persona reside directamente en el perjudicado con esa muerte. La suma que se demanda no puede considerarse como un patrimonio del causante que deba transmitirse a sus herederos sino como una reparación del daño en favor directo de quien recibe el perjuicio".

Se trata, pues, en casos como el de autos, de una acción que tiene calidad reparadora y no patrimonial, porque el daño, origen de la indemnización que se demanda, no fué hecho al patrimonio del causante y por lo mismo la suma que se pretende de la entidad demandada como indirectamente responsable del hecho, no constituye, en manera alguna, parte del patrimonio herencial como para que pueda transmitirse exclusivamente a los herederos. Basta con que el actor haya sido perjudicado con el insuceso ocurrido por culpa del demandado, para que tenga derecho a la prestación que reclama.

Estas breves consideraciones conducen por fuerza de los ordenamientos legales en que se apoyan, a la conclusión que plantea el señor Procurador Delegado, puesto que si la indemnización que se demanda no pertenece al haber herencial, y si el interés jurídico en ella reside directamente en el perjudicado que no es, —se repite— el patrimonio del causante, mal pueden los herederos actuar como tales demandando la prestación para la herencia. Por lo demás, se equivoca fundamentalmente el Tribunal al afirmar que el hecho de demandar el heredero para la herencia cuando la acción le corresponde directamente, no le quita la titularidad de ésta pues en ambos casos se está representando a sí mismo. No. En el primer caso el heredero actúa como titular de derecho en la comunidad herencial y por eso pide para ella; en el segundo demanda como titular de un derecho personal. Por donde se ve que son cuestiones sustancialmente diferentes, pues aunque en ambas la persona física sea la misma, no puede confundirse en ellas, arbitrariamente, la personalidad jurídica.

Siendo esto así, es obvio entonces que en el presente juicio y con respecto a la parte demandante, no se ha demostrado el presupuesto de la legitimación en la causa, lo que conduce a la absolución por cuanto dicho presupuesto es —como queda dicho— uno de los elementos extructurales de la acción.

Cierto es que la Corte ha reconocido la facultad que tiene el fallador para interpretar la demanda y en tal virtud esta Sala de Negocios Generales, en fallo de 2 de noviembre de 1956, proferido en el juicio de Lía Jaramillo de Uribe y otros contra la Nación, por responsabilidad civil extracontractual, aceptó la interpretación que a la demanda dio el Tribunal de instancia, en términos un poco semejantes a la que se viene considerando en el presente juicio; y por eso, aun cuando se observó que se había demandado en interés y para la sucesión de las vístimas del accidente, dijo la Sala en aquel fallo:

"Sin embargo, la Sala acepta la interpretación que a la demanda dio el Tribunal, porque de sus hechos se desprende que se quiso pedir para tales parientes; allí se afirma que fueron ellos

quienes "soportaron las consecuencias trágicas del accidente" y quienes sufrieron la desintegración de sus hogares; la acepta igualmente porque en los poderes conferidos al abogado se faculta a éste para que "en nombre y representación de los poderdantes" "ejercite la acción de perjuicios respectiva contra la Nación, por causa del accidente de aviación ocurrido el 8 de agosto de 1950", y porque las leyes deben interpretarse siempre en orden a obtener la eficaz realización de los derechos en ellas consagrados". (G. J. Nº 2174-2175 Bis, pág. 1166).

Pudiera, pues, entenderse que hay contradicción entre lo así considerado en el párrafo que se deja transcrito, y los razonamientos y decisión que ahora adopta la Sala; pero tal contradicción es aparente y no real, ya que en el juicio de la señora Jaramillo de Uribe y otros el poder lo formularon los actores determinando precisamente la acción procedente, y en cambio, en el presente negocio, la demandante señora Carmen Torres v. de Garcés expresamente facultó a su apoderado "para que en nombre y representación de la herencia de quien fué mi extinto esposo señor José Garcés... demande para dicha sucesión a la Nación en juicio ordinario de mayor cuantía, para el pago de los perjuicios tanto de orden material como moral que a los herederos de Garcés les ha ocasionado la muerte de mi citado esposo..." La circunstancia de determinar el mandato judicial de los actores, en el juicio atrás citado, la acción que legalmente correspondía instaurar, influyó especialmente en el intérprete para el reconocimiento del derecho invocado en orden a obtener la eficaz realización de él; en cambio, en el presente juicio no cabe igual consideración, puesto que el señor apoderado ajustó su actuación a la equivocada pero terminante indicación del mandato y el fallador no puede, por lo mismo, extralimitar la voluntad del actor. Desde luego, fué aquella una amplia interpretación del libelo de demanda, hecha en atención al precepto que contiene el art. 472 del C. J.; mas como los litigantes siguen incurriendo, en esta clase de juicios, en el error de demandar para la comunidad herencial, y no es posible que la facultad de interpretación dada al juzgador sirva a las partes para omitir, en forma constante, la estricta observancia de los ordenamientos legales, se impone la revocatoria del fallo de primer grado proferido en este negocio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REVOCA el fallo proferido en este negocio por el Tribunal Superior de Pasto el 24 de septiembre de 1956, y en su lugar ABSUELVE a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

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

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS. — DETERMINACION DE LOS TERRENOS EN LITIGIO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponnte, doctor Abelardo Gómez Naranjo)

El Municipio de Pivijay, del Departamento del Magdalena, demandó por medio de apoderado debidamente constituído a la Nación colombiana, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran estas declaraciones:

"PRIMERA. Que los terrenos denominados "Cañaverales Altos de San Nicolás, Río de San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones" ubicados en jurisdicción de su propietario, el Municipio de Pivijay, en el Departamento del Magdalena, pertenecen en pleno dominio a la citada entidad de derecho público, o sea al Municipio de Pivijay, quien tiene tanto la posesión material como la inscrita de los mismos. Dichos terrenos son determinables y están determinados con arreglo a los datos sobre linderos que expresan sus títulos de adquisición, interpretados mediante una posesión antigua con explotación económica, así: 'Por el norte, con el río San Sebastián de Sierra Nevada, hoy río Fundación, y con el Caño Palenque; por el oeste, el Caño de Palenque, siguiendo hacia el sur por el límite de las tierras bajas (inundables), hasta encontrar las tierras de Candelaria o Condueños en el Caño Ciego, lindando con el municipio de Remolino; del Caño Ciego, se sigue hacia el sur, por todo el lindero de las tierras de Candelaria o Condueños, hasta el punto de Arroyo de Sabaneta o Sabanetas; de este punto se sigue al oeste por el lindero de las dichas tierras de Candelaria o Condueños, hasta encontrar el punto oriental de las tierras que fueron de don Fernando de Mier y Guerra, denominadas El Juncal e Islas Canarias, se sigue por todo el lindero de las dichas tierras de El Juncal e Islas Canarias, hacia el sur, hasta encontrar tierras del Municipio del Cerro de San Antonio, y por este lindero hasta el Municipio de Tenerife; por el sur, con los municipios de Tenerife y Plato; por el este, se sigue hacia el norte a buscar al río San Sebastián en la boca del Brazuelo de éste que es el lindero de los terrenos de San Matías'.

"SEGUNDA. Que los terrenos denominados Hato de San Matías ubicados en jurisdicción de su propietario, el Municipio de Pivijay, en el Departamento del Magdalena, pertenecen al citado Municipio de Pivijay en pleno dominio, pues hoy tiene la posesión material e inscrita de los mismos conforme a la ley. Dichos terrenos son determinables y están determinados con arreglo a los linderos que expresan sus títulos de adquisición, así: 'Partiendo del Arroyo de Sabaneta o Sabanetas, primer lindero, rumbo nordeste, midiendo 4.900 varas castellanas, siguiendo al norte cuarta al nordeste midiendo quince mil cuatrocientos cincuenta (15.450) varas hasta llegar a la orilla del río San Sebastián, lindero segundo; de este punto, veintiocho mil setecientas setenta y cinco (28.775) varas, hasta la boca del Brazuelo del río San Sebastián, tercer lindero y de este punto al de partida, en línea quebrada, un total de treinta y cuatro mil quinientas (34.500) varas castellanas, con las cuales se cierra la finca'.

"TERCERA. Que los terrenos descritos en las peticiones anteriores salieron legalmente del dominio del Estado antes del día 28 de octubre de 1873.

"CUARTA. Que, en consecuencia, el Municipio de Pivijay es dueño de las sustancias que se encuentren o puedan encontrarse en los terrenos descritos en las dos primeras peticiones, sustancias tales como el carbón, el hierro, el plomo, el azufre, los fosfatos, los nitratos, el petróleo demás hidrocarburos y gases, y en general, las sustancias del subsuelo que pertenecen al dueño de los terrenos salidos legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de de octubre de 1873.

En calidad de subsidiarias se piden, además estas declaraciones:

"A — Que pertenecen al municipio de Pivijay

los terrenos encerrados dentro de la figura triangular que trazó el agrimensor Cristóbal Vidal, sobre la base de las diligencias de mensura practicadas en los días 5, 6 y 7 de febrero de 1794, cuyas diligencias dicen así: 'En cinco días del mes de febrero de mil setecientos noventa y cuatro años, yo el Capitán a Guerra, Juez de Comisión, habiendo llegado al arroyo de la Sabanera, último lindero de las tierras de Candelaria, propia de los condueños vecinos del sitio del Guáimaro, según me hizo constar el personero don Domingo Castañeda, nombrado para el efecto, mandé al agrimensor dispusiese la cuerda para esta diligencia, y habiéndose arreglado a cien varas castellanas, con asistencia de las partes integrantes, se dio principio a la medida fijándose por primer lindero el expresado arroyo de la Sabaneta, desde el cual se tendió la cuerda por el rumbo nordeste y se midieron cuatro mil cuatrocientas cincuenta varas que terminaron a orillas del brazo del río San Sebastián, en donde se fijó el segundo lindero y lo firmé con el citado agrimensor, partes interesadas y testigos de actuación, de que certifico. Lázaro de Robles. — Cristóbal Vidal — Domingo Castañeda — Miguel Gregorio de Orozco Mauricio del Salto — Facundo Gutiérrez (Rubricados). En seis de febrero de mil setecientos noventa y cuatro años, habiendo pretendido seguir la medida por el mismo brazo del río San Sebastián a tomar su boca, no fue posible ejecutarlo a causa de ser esta parte de tierra fangosa e intransitable en todos tiempos por no tener curso las aguas de los derramaderos del caudaloso río San Sebastián y su brazo, las cuales se resumen en ella, pero formando juicio prudente por los rumbos del sueste (sic), sueste franco y este cuarta al sueste (sic) que se reconocieron por el agrimensor, dijo: Que en su concepto habrá veintiocho mil setecientas setenta y cinco varas, más o menos, que por tal las regulaba hasta la boca del brazuelo que se forma del río San Sebastián, que se toma por tercer lindero perpetuo, con lo cual se conformó la parte interesada y lo firmé con el agrimensor, partes concurrentes y testigos de actuación, de que certifico. Lázaro de Robles. Domingo Castañeda — Miguel Gregorio de Orozco — Mauricio del Salto — Facundo Gutiérrez (Rubricados). En siete de dicho mes de febrero y año de mil setecientos noventa y cuatro en prosecusión de dicha medida, volvimos al primer lindero, arroyo Sabaneta, desde donde se tendió la cuerda por el rumbo sur sueste, buscando el tercer lindero que es la boca que forma el brazuelo del río San Sebastián, y se midieron setecientas cincuenta varas, y siguiendo al este cuarta el nordeste se midieron veintinueve mil novecientas cincuenta varas, y luego al norte cuarta al nordeste, tres mil ochocientas varas, que terminaron en la citada boca del brazuelo del río San Sebastián donde se fijó el tercer lindero con lo cual se cerró el triángulo que comprende el terreno, y dando por concluída esta diligencia de medida, me retiro para el sitio del Guáimaro y lo firmo con el agrimensor, partes interesadas y testigos de esta actuación de que certifico. Lázaro de Robles — Cristóbal Vidal — Miguel Gregorio de Orozco — Domingo Castañeda — Mauricio del Salto — Facundo Gutiérrez. (Rubricados). Guáimaro 10 de febrero de 1794. Vistas estas diligencias pasen al agrimensor don Cristóbal Vidal, para que levantando el plan de la figura de la tierra mensurada, la reduzca a caballerías, fanegas y almudes, informando conforme a su conocimiento y vista de ojos sobre la calidad y circunstancias de dichas tierras. Así lo proveí, mandé y firmé con testigos por no haber escribano. Lázaro de Robles — Agapito Joaquín Geraldino Ramón Macías (Rubricados). En dicho día, mes y año, yo el Capitán a Guerra entregué estas diligencias a don Cristóbal Vidal para los efectos que se expresan en el anterior decreto, y para que conste lo anoto y firmo. Robles, Capitán a Guerra. En cumplimiento de lo mandado por vuestra merced en su decreto que precede, he levantado el plan que comprende la tierra mensurada que se compone de playones, cañaverales y montes y salitrales, cuya figura se reduce a un triángulo que demuestra el que acompaño; y formada la cuenta produce el área total trescientos treinta y dos cuentos, ciento noventa y cuatro mil varas castellanas que hacen cincuenta y cinco caballerías, diecisiete fanegas, dos almudes y un mil trescientos veintiocho varas que se incluyen bajo los tres perpetuos linderos que se relacionan en estas diligencias'.

"B) Que los terrenos descritos en la petición anterior salieron legalmente del dominio del Estado antes del día 28 de octubre de 1873, y que, en consecuencia, el municipio de Pivijay es dueño de las siguientes substancias que se encuentren o puedan encontrarse en los terrenos descritos en la petición A: el carbón, el hierro, el plomo, el azufre, los fosfatos, los nitratos, el petróleo, demás hidrocarburos y gases y, en general las substancias del subsuelo, que pertenecen al dueño de los terrenos salidos legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

Se formulan, además, estas otras peticiones subsidiarias de segundo grado:

"A) Que el Municipio de Pivijay tiene derecho a que se le señale y adjudique por el Estado Colombiano, mediante sus órganos competentes, tanta tierra, en medidas agrarias modernas que corresponda a 20 caballerías, de las que se usaban en la provincia de Santa Marta, el 26 de agosto de 1796, y en la parte que eligiere el municipio de acuerdo con el título que expidió el Virrey don José de Ezpeleta, el señor José Munive y Mozo, según consta en providencia de la citada fecha, cuya parte pertinente dice: "...Por tanto, fue acordado por los referidos mis Ministros de la enunciada mi Audiencia el que se debía librar ese título lo que he tenido a bien y por él os hago gracia y merced a vos el doctor don José Munive y Mozo vecino de la ciudad de Santa Marta de veinte caballerías de tierras en la parte que eligiereis del terreno que va expresado para que como propias y adquiridas con justo y legítimo título las posean vos, vuestros herederos y sucesores, pudiéndolas vender, cambiar, o enajenar en cualquier manera, con tal que en el término de dos años las habéis de cultivar y mantenerlas siempre cultivadas con pastos y con siembras según su naturaleza, pues de lo contrario será nula esta gracia y se hará al que la denunciare. Ordeno y mando al Juez que por vos fuese requerido mida y amojone las referidas veinte caballerías de tierra, en un globo y os dé posesión, y en ella os ampare y mantenga y a vuestros herederos y sucesores sin pretender que con pretexto se os inquiete en el goce y posesión".

"B) Que la fecha de la declaración del señalamiento y adjudicación especial de la tierra correspondiente a las 20 caballerías, de que habla la petición anterior, ha de ser la misma de agosto de 1796 con plena eficacia.

"C) Que los terrenos equivalentes a las 20 caballerías de la adjudicación al Municipio de Pivijay a que se refieren las peticiones anteriores deben considerarse legalmente salidos del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que, en consecuencia, el Municipio de Pivijay es dueño de las siguientes sustancias que se encuentren o puedan encontrarse en los terrenos referidos, sustancias que son a saber: el carbón, el hierro, el plomo, el azufre los fosfatos los nitratos, el petróleo y demás hidrocarburos y gases, y en general, las sustancias del subsuelo que pertenecen al dueño de los terrenos salidos legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"QUINTA. Que al prosperar las primeras peticiones principales o sus subsidiarias, se exprese la determinación precisa del globo de terreno correspondiente, describiendo su perímetro por medio de los vértices, relacionados por rumbos y distancias de acuerdo con lo que resulte de las pruebas.

"SEXTA. Que el área de la propuesta formulada por el señor Jaime Samper, para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional —propuesta registrada en el Ministerio de la Economía Nacional bajo el número 98 y admitida según aviso publicado en los Diarios Oficiales Números 24347, 24348 y 24349 de fechas 24, 25 y 26 de abril de 1940, se sobrepone parcialmente al área de los terrenos a que se refiere esta demanda".

Las súplicas anteriores se hallan fundadas en los siguientes hechos:

1º De acuerdo con documentos acompañados a la demanda, las tierras del Municipio de Pivijay fueron adjudicadas con los nombres de "Cañaverales Altos de San Nicolás, Río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y Playones" por el Gobierno de la Colonia, formando un solo globo con las tierras de Hato de San Matías.

2º Los linderos de ese globo, incluyendo el Hato de San Matías, son así: "Por el Norte, con el río San Sebastián de Sierra Nevada, hoy río Fundación, y con el caño de Palenque; por el Oeste, del caño de Palenque siguiendo hacia el sur por el límite de las tierras bajas (inundables), hasta encontrar las tierras de Candelaria o Condueños en el caño Ciego, lindando con el Municipio de Remolino; del Caño Ciego se sigue hacia el Sur por todo el lindero de las tierras de Candelaria o Condueños, hasta dar con el lindero oriental de las tierras que fueron de don Fernando de Mier y Guerra, denominadas El Juncal e Islas Canarias; se sigue por todo el lindero de las dichas tierras de El Juncal e Islas Canarias hacia el Sur, hasta encontrar tierras del Municipio del Cerro de San Antonio, y por este lindero hasta el Municipio de Tenerife; por el Sur, con los municipios de Tenerife y Plato; por el Este, se sigue hacia el Norte a buscar el río San Sebastián, en la boca del brazuelo de éste, que es el lindero de los terrenos de San Matías".

Estas últimas tierras se alindan así: "Partiendo del arroyo de Sabaneta o Sabanetas, primer lindero, rumbo Nordeste, midiendo cuatro mil novecientas (4.900) varas castellanas, siguiendo al Norte cuarta al Nordeste midiendo quince mil cuatrocientas cincuenta (15.450) varas hasta llegar a la orilla del río San Sebastián, lindero segundo; de este punto veintiocho mil setecientos setenta y cinco (28.775) varas, hasta la boca del

brazuelo del río San Sebastián, tercer lindero; y de este punto al de partida, en línea quebrada, un total de treinta y cuatro mil quinientas varas castellanas, con las cuales se cierra la figura".

2º El primer globo de tierra, es decir, el de San Nicolás y San Sebastián, fue adjudicado por la Corona Española en virtud de la solicitud dirigida por varios súbditos, todos ellos beneficiados con la anterior adjudicación de las tierras de Candelaria y Condueños, para que se les adjudicase más tierras, dando como razón que las últimamente nombradas eran inundables. En tal virtud, en el año de 1776 se ordenó que se hiciese la medida y deslinde, avalúo y pregones de las citadas tierras de San Nicolás y río San Sebastián, que habían sido de los indios Chimilas. Al verificarse el remate, se presentó como mejor postor don Domingo Jimeno, por lo cual los interesados en la adjudicación optaron por solicitar se les diese aquellas tierras a título de pobladores y cultivadores, con fundamento en un decreto dictado por el Virrey don Manuel Antonio Flórez Maldonado en el mismo año de 1776 (11 de marzo).

Elevada la correspondiente solicitud al Juez ordinario y Territorial, a nombre de dichos condueños, que lo eran Josef Flórez Longoria, Antonio Sánchez, Domingo Castañeda, Marciano Avendaño, Miguel de Orozco, Melchor Polo, Francisco Pertuz, Miguel Arciniegas y Blas de la Candelaria Pantoja, pidieron se les admitiera "como denunciadores y descubridores" a moderada composición de la tierra 'interna alta de Cañaverales de San Nicolás, contiguas y colindantes con las bajas e inundables de Candelaria', sus derramaderos y playones, y se les diese posesión y adjudicación de tales terrenos, solicitud a la cual recayó el siguiente auto o decreto:

"Por presentada: Constándome ser realengo el terreno que se solicita y en virtud del citado superior decreto, como lo pide; así lo proveí mandé y firmé yo don Julián Valera, capitán a guerra, juez ordinario y de comisos de él, por el excelentísimo señor Virrey..."

En consecuencia, se ordenó practicar la diligencia de posesión, la que se inició el 25 de septiembre de 1776, acto que, según los términos de la demanda "se extendió de modo simbólico, como reza el certificado, debido a dificultades de orden natural expresadas ahí mismo con estas sugestivas palabras: "por la suma plaga y tiempo pluvioso que lo impedía".

4º En esta posesión fueron respetados los adjudicatarios ya mencionados, lo que se comprueba del litigio surgido con el rematador de las mismas tierras, don Domingo Jimeno y Nicolás Martínez, de quienes era apoderado Félix de Almarza. A los escritos de éste y del procurador don Pablo Sarmiento, en defensa de los intereses del señor de Jimeno, recayó el siguiente proveído del Virrey Flórez Maldonado:

"Santafé, 7 de noviembre de 1776. Dígasele que viniendo desnudo de justificación el relato de esta representación, no se juzga necesaria otra providencia que la de que, formalizado el expediente con audiencia de los interesados, los legítimos recursos para donde toque, sin que por eso crea avocarse en este superior gobierno otro conocimiento que aquel que, según ley y costumbre, le corresponde".

Posteriormente, el mismo Virrey proveyó lo siguiente:

"Santafé, 28 de noviembre de 1776. Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal, líbrese despacho compulsorio citatorio cometido al Gobernador de la provincia de Santa Marta para que haga saber a su teniente auditor de guerra, que luego inmediatamente y sin la menor dilación; remita las diligencias del remate celebrado de las tierras del Guáimaro en don Domingo Jimeno, SIN QUE EN EL ENTRETANTO Y HASTA LA SOLUCION DEL SUPERIOR GOBIERNO SE INQUIETE A LOS VECINOS DE EL EN LA POSESION QUE APREHENDIERON Y SE LES DIO EN VIRTUD DEL DECRETO DE ONCE DE MARZO DE ESTE AÑO, PROVEIDO POR ESTA SUPERIORIDAD EN TENERIFE".

5º Existen documentos coloniales que hablan de la fundación del Municipio de Pivijay, según los cuales, los primitivos adjudicatarios de las tierras de Candelaria formaron un núcleo de población a orillas del río Magdalena llamado El Guáimaro, compuesto precisamente por el grupo que obtuvo la posesión y amparo de las tierras altas de Cañaverales de San Nicolás de que ya se ha dado cuenta. Debido a las frecuentes avenidas del río, la población se fue desplazando hacia las tierras altas, hasta que la cabecera del distrito del Guáimaro se radicó en la Parroquia de Pivijay. Los restos de la antigua población del Guáimaro es, según este nuevo hecho de la demanda, lo que hoy constituye el poblado de Media Luna.

6º Las tierras llamadas de San Matías, fueron adjudicadas —dice más adelante esta parte del libelo— por el Gobierno de la Corona Española, en merced concedida a José Simeón Monive y Mozo el 2 de agosto de 1796, expedida por el Virrey Ezpeleta, y comprendían una área de 20 caballerías. Como los vecinos del Guáimaro se con-

sideraban propietarios de tales tierras como integrantes de las de Cañaverales de San Nicolás y río San Sebastián, se suscitó un litigio con los herederos de Munive y Mozo, en el cual se reconoció a éstos la propiedad en virtud de prescripción adquisitiva de dominio, según fallo proferido por el Gobernador de Santa Marta. El juicio se tramitó entre los años de 1830 y 1831.

Habiendo adquirido esos derechos Pedro Orozco, éste se los vendió al antiguo Municipio de Medialuna, según escritura Nº 9 de 17 de mayo de 1876, de la Notaría de Pivijay.

Los Distritos de Pivijay y Medialuna fueron reconocidos como tales por medio de la Ley 339 del Estado Soberano del Magdalena, expedida en 1876.

7º Mediante Ordenanza Nº 4 de 14 de julio de 1888, se suprimieron dichos Distritos, y se agregaron al Municipio de Salamina. Posteriormente, por Ordenanza Nº 54 de 1892 se creó el Municipio de Pivijay, agregándole la población de Medialuna como Corregimiento. De estos hechos se deduce en la demanda que Pivijay obtuvo estos títulos:

"a) El (título) de Cañaverales de San Nicolás, que he llamado sector envolvente, como sucesor del antiguo Guáimaro, y

"b) el de San Matías, como sucesor de Medialuna. Este último título no comprende ya tan sólo las 20 caballerías de Munivo y Mozo, sino la extensión completa que encierra la figura triangular de la mensura de Cristóbal Vidal, porque así compró el Municipio de Medialuna a los Orozcos, de acuerdo con la escritura Nº 9 de 17 de mayo de 1876; y además, porque teniendo el antiguo Guáimaro, incorporado luego en Pivijay, la propiedad del sector envolvente de San Nicolás, según el decreto de Tenerife, del Virrey Flórez, y la posesión dada por Valera en 1776, la compra de San Matías no hizo sino sanear la evicción parcial sufrida por la merced que se hizo a Munive y Mozo en 1796".

8º El Municipio de Pivijay obtuvo el reconocimiento de la propiedad de las tierras de San Matías por la Gobernación del Magdalena, como consta en la Resolución Nº 35 de 10 de mayo de 1904, por medio de la cual se dispuso entregar al Personero de dicho lugar los títulos correspondientes a dicho inmueble.

9º El Municipio de Pivijay, termina esta parte de la demanda, "es poseedor actual de los terrenos a que esta oposición se refiere, los cuales disfrutan sus vecinos mediante la ganadería y la agricultura, pues se hallan dentro de los límites de su jurisdicción".

10º El señor Jaime Samper formuló al Ministerio de la Economía Nacional el 13 de enero de 1940, una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno de 43.500 hectáreas de la jurisdicción del Municipio de Pivijay, propuesta que fue publicada en los Diarios Oficiales números 24347, 24348 y 24349 de fechas 24, 25 y 26 de abril de 1940, donde se dan los linderos del expresado terreno. Este se superpone o comprende parcialmente sobre las tierras de San Nicolás y San Matías, alindadas en las súplicas principales de la demanda.

La demanda se apoya en las siguientes disposiciones legales: Art. 679 del C. Civil, Capítulos 1º y 3º título VI, Libro segundo del mismo Código; Título sexto del mismo libro, artículos 2512, 2517, 2518, 2521, 2522, 2527 2528 2529, 2531, 2532 y 2534 del mismo Código; Art. 199 de la Constitución Nacional; Arts. 1º, 3º y 4º del Código de Minas y artículo 4º del C. Fiscal. Ley 37 de 1931, Ley 160 de 1936, Ley 106 de 1873; el Código Civil del Estado Soberano del Magdalena expedido el 17 de diciembre de 1857; Código Civil del mismo Estado puesto en vigencia por la ley 39 de 29 de octubre de 1866 - Cédulas de San Ildefonso y San Lorenzo y leyes sobre tierras de la época Colonial, Artículo 737 y siguientes del Código Judicial y sus concordantes, y Art. 42 de la Ley 57 de 1887.

Concluídas las ritualidades de la primera instancia, el Tribunal de Santa Marta falló el negocio por sentencia de 26 de septiembre de 1954, en el sentido de denegar todas las peticiones de la demanda y absolviendo, consecuencialmente a la Nación, de los cargos en ella formulados.

El fundamento de tal decisión se sintetiza en el siguiente párrafo de las motivaciones:

"Por consiguiente, no estando medidos los terrenos de Cañaverales Altos de San Nicolás, ni los del Hato de San Matías, ni tampoco delimitados por sus linderos, ni entregados debidamente, no se sabe con exactitud hasta dónde llega su extensión, y por lo mismo no son conocidos en forma que no puedan confundirse con otros, es decir, no están determinados".

En cuanto a la súplica subsidiaria sobre adjudicación de las tierras mercedadas a José Simeón Munive y Mozo en 1796, de que trata la demanda, a favor del Municipio de Pivijay, el Tribunal declara no tener competencia para decidir sobre la materia.

El aludido fallo fue apelado por el apoderado del Municipio de Pivijay, en cuya virtud fueron remitidos los autos a esta Sala de la Corte. Y co-

mo está agotada la tramitación del expresado recurso, se pasa a resolver mediante el siguiente estudio de la actuación.

Determinación e identificación de los terrenos

Antes de tratar sobre la titulación exhibida en este juicio por el Municipio demandante, es indispensable examinar, de acuerdo con reiteradas doctrinas de la Corte, si con base en la diligencia de inspección ocular pedida y practicada en esta segunda instancia por la parte actora, se corrigieron las deficiencias anotadas por el Tribunal a-quo en cuanto a la determinación e identificación de los terrenos objeto de la controversia.

Para ello conviene poner de manifiesto las observaciones hechas por el Tribunal fallador a la primera inspección ocular y al dictamen pericial concurrente a dicha inspección.

Dijo, al respecto el Tribunal de Santa Marta, después de transcribir los apartes pertinentes de las alindaciones de la demanda, de la diligencia de inspección ocular y del dictamen de los peritos:

Terrenos de San Matías

"Estas tierras fueron adquiridas, según el libelo, por el Dr. José Munive y Mozo, abogado de la Real Audiencia y vecino de Santa Marta al tenor de la gracia y merced concedidas por el Gobierno Español representado por el Virrey José de Ezpeleta el 26 de agosto de 1796, en Santa Fé, teniendo una extensión de veinte (20) caballerías. Allí mismo en dicho auto se expresó que se le debía dar posesión de ellas. (Fs. 104 v y 105, Legajo II).

"Con esa providencia el señor Miguel Gregorio de Orozco, mayordomo de la hacienda del Dr. José Munive y Mozo y Doña María Manuela Mozo de la Torre (f. 1 v Legajo II), se dirigió al señor Capitán a Guerra, Juez de Comisión, pidiéndole se averiguara si eran tierras realengas a fin de que se midieran y amojonaran y se diera la posesión debida.

"El señor Juez, Capitán a Guerra, don Lázaro de Robles, nombró agrimensor a don Cristóbal Vidal, quien en compañía del juez y de varios testigos hizo las mediciones que creyó necesarias en los días cinco (5), seis (6), y siete (7) de febrero de 1794 (fs. 4 y 5 v. legajo II).

"Don Cristóbal de Vidal rindió su informe y precisó por cabida la cantidad de tierra, presentando un triángulo que representa la figura geométrica que le resultó y dando 'el área total de trescientos treinta y dos cuentos, ciento noventa y cuatro mil (194.000) varas castellanas que hacen cincuenta y cinco (55) caballerías, diez y siete (17) fanegas, dos (2) almudes y un mil trescientos veintiocho (1.328) varas que se incluyen bajo los tres perpetuos linderos que se relacionan en esta diligencia..."

"En esta diligencia solamente se determinaron dos linderos, porque el tercero se hizo por cálculo, porque 'no fue posible ejecutarlo a causa de ser esta parte de tierra fangosa e intransitable en todos tiempos por no tener curso las aguas de los derramaderos del caudaloso río San Sebastián y su brazo... (Foja 4ª Legajo II).

"Declaró el señor Capitán don Lázaro de Robles (f. 12 y v. Legajo II):

'Es cierto que las tierras del Hato de San Matías se mensuraron por don Cristóbal Vidal a pedimento del señor Dr. Don José Munive; y que para dicha mensura concurrí como Juez Territorial del sitio del Guáimaro; pero habiéndose dado cuenta a su alteza con dicha diligencia de mensura, no se aprobaron, por ser inmenso el terreno que comprendía la referida mensura; que por esto no llegaron a amojonarse, ni darse posesión".

"Se acepta en la demanda que las veinte (20) caballerías no fueron deslindadas.

"Ya se vio que los peritos Dres. Castro Monsalvo y Romero Barrios para mejor comprensión dividieron en dos sectores dichas tierras de Hato de San Matías, el primer sector envuelto lo encontraron conforme a la mensura del agrimensor don Cristóbal Vidal, cuando dicen: 'Este primer sector envuelto está adecuadamente representado por el plano respectivo presentado en la diligencia'.

En cuanto al segundo sector envuelto, llegaron a esta conclusión:

'Sobre la ubicación y determinación del supuesto globo de 20 caballerías a que nos referimos, sólo podemos decir, ya que no se ha deslindado, que el globo mayor medido por Cristóbal Vidal de que antes tratamos están comprendidas las 20 caballerías o su equivalente en hectáreas. La falta de linderos nos impediría localizar este globo con los rumbos y distancias, o con la localización de linderos arcifinios, de los lados que forman su perímetro. La ubicación del polígono respectivo estaría sujeta al alinderamiento interior del globo vecino que lo contiene, lo cual es posible si hay convenio previo con los poseedores del primer sector envuelto".

"Los peritos no pudieron localizar las 20 caballerías, por no haber sido deslindadas antes, ya

que la falta de linderos les impidió determinar el globo con los rumbos y distancias.

"No delimitadas las tierras, no es posible aceptar que ellas hubieran salido del dominio del Gobierno, porque no se sabe qué tierras fueron.

"Se ha establecido que las tierras "Cañaverales Altos de San Nicolás, Río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones, no pudieron determinarse por los peritos, porque una parte del polígono que encierra las tierras mencionadas es la única que se puede identificar. Y otro tanto sucede con las de 'Hato de San Matías' porque no pudieron localizarse".

Identificación en la segunda instancia

Dentro del término legal, el apoderado del Municipio de Pivijay solicitó a esta Sala se practicara una segunda inspección ocular en los terrenos materia de la demanda, para que se establecieran los siguientes puntos mediante concepto de peritos:

"a) Ubicación del 'sector envolvente, o sea, el de los Cañaverales Altos de San Nicolás, los del río San Sebastián de Sierra Nevada y los derramaderos y playones de dicho río";

b) Ubicación del "primer sector envuelto, o sea el de los terrenos encerrados por una figura geométrica trazada, por el agrimensor Cristóbal Vidal, según los datos que se especifican en la petición A de las primeras subsidiarias".

c) Ubicación del "segundo sector envuelto, o sea, el equivalente a las veinte (20) caballerías del 'Hato de San Matías', dentro del globo encerrado en la figura de que trata el punto anterior".

"Solicito respetuosamente que a los señores peritos que concurran a la diligencia se les sometan las siguientes preguntas, para que las absuelvan dentro del término que oportunamente se les señale:

"a) Si los terrenos a que se refiere la demanda y que se conocen con el nombre de "Cañaverales Altos de San Nicolás, Río San Sebastián de la Sierra Nevada, sus derramaderos y playones', ubicadose según se demuestre o establezca en la inspección ocular, son determinables como terrenos arcifinios así: primero las tierras altas de los 'Cañaverales de San Nicolás', referidas a un punto distante catorce leguas españolas de las del siglo XVIII desde donde verosímilmente estuvo el antiguo Guáimaro, con relación a las tierras de Candelaria, cuyos títulos se examinarán en la inspección ocular para tenerlos en cuenta por el Tribunal y los peritos, si el Tribunal fuese el comisionado para la práctica de la diligencia, o por el Juez comisionado en su caso; segundo, las tierras de la misma clase, o sea, 'Cañaverales Altos del río San Sebastián de Sierra Nevada', referidas a un punto distante doce leguas españolas, de las del siglo XVIII de la ciudad de Santa Marta, hacia el río San Sebastián, hoy río Fundación; y tercero, los llamados derramaderos y playones del río San Sebastián hoy río Fundación.

"b) Si, como conclusión del estudio y examen que se haga, sobre ubicación y determinación de dichas tierras, éstas quedan comprendidas por el perímetro que indican los linderos expresados en la petición primera de la demanda.

"c) Que expresen los señores peritos cuál sería en hectáreas la extensión aproximada de las tierras encerradas por el perímetro de los linderos a que se refiere la cuestión del punto 'b' anterior.

"d) Que digan los peritos cuál sería la ubicación, determinación y extensión aproximada en hectáreas, del primer sector envuelto, o sea, el de las cincuenta y cinco (55) caballerías de la mensura del señor Cristóbal Vidal, mencionada en la petición 'A' del primer grupo de las subsidiarias; y finalmente:

"e) Cuál sería la ubicación, determinación y equivalencia en hectáreas de las veinte (20) caballerías adjudicadas a don José Simeón Munive y Mozo, conocidas con el nombre de 'Hato de San Matías' ".

La diligencia solicitada se llevó a efecto por el Tribunal Superior de Santa Marta, comisionado al efecto por la Corte, en los días 20, 23, 24, 25 y 26 de junio del año pasado con asistencia de las partes interesadas y de peritos ingenieros.

De conformidad con lo expresado en el acta correspondiente (folios 10 a 16 del C. Nº 7), el personal de la inspección, mediante la recepción de varios testimonios de moradores de la región, recorrió e identificó los siguientes puntos que constituyen el lindero sur y parte del lindero oriental del sector o globo envolvente que se denomina "Cañaverales Altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones": el sitio de Loma de Soledad, sobre el antiguo casino que de Salamina conducía a Pivijay, camino que igualmente fue localizado con la ayuda de varios testigos que fueron directamente interrogados por el Magistrado que presidió la diligencia; también se identificó un sitio conocido como Ceiba de los linderos, donde, según los mismos testimonios, fue colocado un mojón para deslindar las tierras de Candelaria y Condueños. Se reconocieron también los sitios de Medialuna, el camino de herradura que unía antiguamente a Pivijay con dicho punto, y también

se identificaron los puntos llamados Paraíso, Caraballo, las Maravillas y Santa Rosa, lugar éste último localizado sobre la carretera que conduce de Fundación a Valledupar. Todos estos puntos fueron identificados mediante la recepción de declaraciones de varios moradores de la región. Por último se recorrieron los puntos de El Retén, Santa Ana y El Bongo, puntos estos situados sobre el río San Sebastián o Fundación, cuyo curso también fue identificado. Al tratar de seguir el personal inspector en la identificación de los linderos restantes del globo de que se trata, para lo cual se debía continuar al sitio de El Bongo, los peritos ingenieros manifestaron que en su concepto el resto del recorrido no era necesario "por los estudios que ya habían hecho en los planos o mapas y otras pruebas que existen en el expediente. El señor Magistrado ordenó nuevamente proseguir el recorrido, mas los peritos insistieron nuevamente en la inutilidad de hacerlo, estimando que "con la inspección ocular practicada hasta el momento era suficiente para cumplir con la comisión que se les había confiado, en atención a que los estudios hechos sobre los mapas y demás pruebas que existen en el expediente." Una vez más "el Magistrado insiste en que la inspección debe continuar, porque considera que está incompleta, pues no se han recorrido todos los puntos determinados en el memorial de pruebas pedidas por el demandante y decretadas por la H. Corte Suprema de Justicia. A esta observación los señores peritos contestan: Es evidente que no se han recorrido todos los puntos del lindero descrito en la demanda, pero los peritos consideramos que estos puntos están suficientemente claros en los mapas adjuntos los cuales fueron visitados en la Inspección hecha en mil novecientos cuarenta y cuatro y en la Inspección que se llevó a cabo en el juicio de Candelaria y Condueños, por lo cual consideramos sin ninguna utilidad posterior el visitar estos puntos. Además —añadieron los expertos— durante la inspección y en el recorrido que hemos hecho, hemos podido comprobar que los mapas anexos al expediente están de acuerdo con la realidad topográfica de la región y basados en ellos podemos dar nuestro dictamen de acuerdo con las preguntas que se nos hacen en el memorial de pruebas".

En vista de la negativa tan rotunda expresada por los peritos, la diligencia se terminó, como puede observarse, sin haber recorrido parte del lindero nor-oriental y todo el occidental del globo alindado en la demanda, esto es, desde el sitio de El Bongo, hasta Ceiba de Los Linderos, pasando por la ciénaga sin nombre, el caño palenque, y el sitio de El Ubero, que aparecen descritos en los mapas relacionados con tal diligencia.

Concepto de los peritos

Conviene transcribir, para mayor fidelidad de la exposición, los apartes más importantes del dictamen pericial de los peritos ingenieros en esta oportunidad, documento éste que obra a los folios 20 a 23 del C. Nº 7. Dicen así:

"Durante la inspección ocular practicada bajo la dirección del señor doctor Juan C. Benavides Macea, se identificaron los puntos que se juzgó necesario y se confrontó que el mapa que figura en el expediente está de acuerdo con la realidad topográfica de la región...

"Los peritos estuvimos de acuerdo en que no era necesario en esta inspección identificar los linderos que ya habían sido identificados en la inspección ocular efecuada en el juicio breve y sumario que siguió el municipio de Pivijay en el año de 1944, por haber sido éstos ya confrontados y por ser claros y precisos. La diligencia de Inspección ocular se limitó por lo tanto a la determinación del lindero sur y parte del lindero Este como se puede ver en el acta de la inspección ocular hecha en Pivijay el 26 de junio del presente año...

"En el mapa que adjuntamos hemos marcado con tinta azul los linderos ya confrontados en la primera diligencia y cuya acta y dictamen de los peritos se encuentran en el expediente. Además los peritos de entonces presentaron un mapa en el cual figura el lindero por ellos reconocido; est lindero es el siguiente: partiendo del lugar en el río San Sebastián hoy Fundación donde sale el Brazuelo de los Bagres, por este río aguas abajo a dar a la Ciénaga Grande, siguiendo la orilla de la Ciénaga a dar a la desembocadura del caño Palenque, siguiendo éste aguas arriba por el límite de las tierras bajas (inundables), hasta encontrar las tierras de Candelaria o Condueños en el Caño Ciego, lindando con el Municipio de Remolino; se sigue hacia el Sur por todo el lindero de las tierras de Candelaria o Condueños, hasta el punto del Arroyo de Sabaneta; de este punto se sigue al Oeste por el lindero de dichas tierras de Candelaria o Condueños, hasta dar con el lindero oriental de las tierras que fueron de don Fernando de Mier y Guerra denominadas "El Juncal" o "Islas Canarias", a dar a la Ceiba de los linderos. El lindero descrito tiene la ventaja de ser en su mayor parte arcifinio, por

el río y caños muy conocidos y de fácil identificación. El lindero no arcifinio es el de los terrenos de Candelaria o Condueños lindero conocido, que fue determinado y amojonado y sobre el cual existe un fallo de la Honorable Corte Suprema declarándolo propiedad particular. De estos terrenos reposan en el expediente el plano hecho en la época colonial y en el mapa adjunto hemos marcado su ubicación de acuerdo con la sentencia y la localización que de él se hizo. Las tierras del Juncal e Islas Canarias han conservado su nombre a través de dos siglos y están perfectamente delimitadas; por estas razones fue que de común acuerdo resolvimos que en esta diligencia no era necesario identificarlas de nuevo".

Al contestar al punto A) del cuestionario formulado para la inspección y dictamen de autos, conceptúan los peritos:

"En este párrafo hay tres preguntas separadas para determinar: si los terrenos que se conocen con el nombre de "Cañaverales Altos de San Nicolás, Río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones" se pueden ubicar por estar distantes catorce leguas del antiguo Guáimaro y con relación a las tierras de Candelaria cuyos títulos hacen parte del expediente y a doce leguas españolas de la ciudad de Santa Marta hacia el río San Sebastián hoy río Fundación y los derramaderos y playones del río San Sebastián. Evidentemente con estos datos se puede saber sobre un mapa de Colombia que estos terrenos están ubicados al Sur de Santa Marta, que es por donde pasa el río San Sebastián o Fundación y al Este el río Magdalena, que fue donde, según los datos existentes, existió la población de Guáimaro, la que fue destruída por una creciente del citado río en el siglo XVII..."

Al punto b) conceptúan:

"Del examen que hicimos durante la diligencia del expediente y de la topografía de la región al Sur de Santa Marta y al Este del río Magdalena, encontramos que las tierras llamadas de Cañaverales Altos de San Nicolás y Sierra Nevada están ubicadas al Sur del río Fundación, pero no se pueden identificar sus linderos por el Sur si se siguen los linderos que figuran en la petición primera de la demanda. Los peritos que actuaron en la primera inspección ocular están de acuerdo con nosotros en esta parte y por eso no pudieron cerrar el polígono por la forma como está hecha esta alinderación que dice: (aquí la alindación del globo envolvente dado en la demanda). Del estudio de esta alinderación, sacamos la conclusión, que siendo hoy día muy vagos los linderos existentes entre los Municipios de Guáimaro, con los del Cerro de San Antonio, Tenerife y Plato, con mayor razón eran indeterminados esos linderos en el año de 1776 en que la mayoría de esa región era selvática y poblada de por los indios Cimilas, quienes opusieron fuerte resistencia a los colonizadores. En el expediente no figura ningún documento antiguo que se refiera a los linderos transcritos arriba. Pero del estudio del expediente sacamos que hay un polígono perfecto que figura en las declaraciones hechas por Casimiro Castillo, Apolinar Gutiérrez y Juan de la Hoz que se encuentra en el cuaderno número 4, folio 94, vuelto, los cuales sostienen que los terrenos de Cañaverales Altos de San Nicolás, fueron medidos y alinderados por los siguientes linderos: 'las que comenzáronse a medir desde orillas del Magdalena internándose por la parte de Colador, y de ésta pasó la cabuya por las Islas Canarias, de éstas a la Angostura de esta Parroquia; de ésta llegó o pasó por el paraje que se nombra El Lindero hoy camino de Media Luna; de ésta a los Cañaverales de San Nicolás; de éste a Barrio Prieto; de éste a Caraballo; de éste a la Rinconada y de ésta a la orilla de la parte de acá del río San Sebastián, donde en un palo de Guamo se clavó un perno por Bernardino Castro y diciendo a voces altas: Sigue el lindero por la parte de aguas abajo, hasta Ciénaga Grande y por la parte de arriba hasta Sierra Nevada".

"En el expediente —continún los peritos— figura también el siguiente documento que demuestra que el Soberano Español ordenó medir las tierras en el año de 1776 y para ello el juez subdelegado de tierras, es decir el citado don Félix de Almarza, ordenó al capitán a guerra don Andrés de Ortega, que estaba en el sitio de Remolino, para que 'haciendo de Juez, acompañado de don Francisco Garavito, como agrimensor, las deslindase, midiese, amojonase justipreciase y pregonase por el término de 30 días". Cuyas diligencias practicadas que fueron, me devolvió el comisionado... (Cuaderno 5, folio I vuelto).

"Durante la diligencia recorrimos los linderos que figuran arriba y encontramos que concordaban con la realidad topográfica de la región, los cuales hemos dibujado en rojo en el mapa que adjuntamos".

"Al punto C contestaron:

"El área aproximada del terreno demarcado en el polígono que a continuación describimos, basados en la topografía de la región; el concepto de los ingenieros que practicaron la primera inspección, los límites del Municipio de Remolino, los linderos de los terrenos de Candelaria o Condueños y la alinderación hecha en 1776, según

los datos que reposan en el expediente son los siguientes: 'Partiendo de la Boca de los Bagres en el río San Sebastián o Fundación, este aguas abajo hasta su desembocadura en la Ciénaga Grande; por la orilla de ésta hasta el caño de Palenque, caño Palenque aguas arriba por el lindero del Municipio de Remolino a dar al lindero Noreste del globo de Candelaria o Condueños, en el sitio llamado Cantagallal; de ahí siguiendo por el lindero Este hasta el lugar llamado Majagua; de ahí siguiendo por el lindero Sur de Candelaria o Condueños pasando por el Ubero a dar a la Ceiba de los linderos; de este punto siguiendo todo el camino que limita con la finca de El Juncal e Islas Canarias y la Angostura de esta parroquia; de ésta llegó o pasó por el paraje que se nombra El Lindero hoy camino de Media Luna; de éste, a las Cejas de las Cruces; de ésta a Media Luna; de ésta a los Cañaverales de San Nicolás; de éste a Barrio Prieto; de éste a Caraballo; de éste a la Rinconada y de ésta a la orilla de la parte de acá del río San Sebastián; éste abajo hasta la desembocadura de la Boca de los Bagres, primer lindero, tiene una superficie aproximada de 94.700 hectáreas".

Al punto D) contestaron:

"En el mapa hemos marcado con color verde el terreno mensurado por el señor Cristóbal Vidal, sacado del plano de estas tierras que fue dibujado por el agrimensor y que de acuerdo con los cálculos por él hechos, mide cincuenta y cinco (55) caballerías, diez y siete (17) fanegas, dos (2) almudes y mil trescientas veintiocho (1.328) varas. Las 55 caballerías, 17 fanegas, 2 almudes y 1.328 varas son equivalentes en medidas actuales a 33.210 hectáreas, 3.959 m2 68 Para obtener este dato hemos usado los siguientes valores: que una vara castellana mide cm. 8359; que el agrimensor Vidal consideró para su cálculo que cada caballería tiene 610802.500 varas cuadradas; que una fanega tiene 119.717. varas cuadradas y un almud 10.000 varas cuadradas, lo que da un total de 332'194.017 varas cuadradas y la vara cuadrada tiene en el sistema métrico una área de 0 m 6987 metros cuadrados. La copia del plano de Vidal y el cálculo por él hecho figura en el expediente. Estos terrenos de San Matías están ubicados dentro del globo de mayor extensión llamada Cañaverales Altos de San Nicolás..."

Al punto E) que se refiere a la ubicación y cálculo del área de los terrenos llamados de San Matías, contestaron los expertos:

"Esta pregunta es imposible contestarla puesto que dentro del lote de San Matías hay infinidad de maneras de colocar las veinte (20) caballerías adjudicadas a don José Munive y Mozo. El soberano español le dio al concesionario el derecho de escoger dentro del lote de San Matías las veinte (20) caballerías que le adjudicó, pero en el expediente no figura el que el señor Munive y Mozo hubiera usado este derecho, lo único que consta es que él y su señora tuvieron una posesión en el lugar denominado San Pedro en la orilla del río San Sebastián. El área de las veinte (20) caballerías son 8.387 hectáreas 8.935 m2.

Concepto de la Procuraduría Delegada

En su alegato de fondo, la Procuraduría de la Nación —Delegada en lo Civil— hace hincapié en los resultados negativos de la inspección ocular y del dictamen pericial practicados en la primera instancia, debido a que no fue posible —según dicho experticio— expresar en hectáreas la superficie encerrada por el perímetro de los linderos a que se refiere la demanda en su petición primera principal..." por no estar "cerrado el polígono de las tierras de Cañaverales Altos de San Nicolás, Río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones", Los peritos en referencia no hallaron base en el expediente para determinar el lado sur y parte del oriental del globo de Cañaverales Altos de San Nicolás, o globo envolvente.

Recalca también la imposibilidad en que se hallaron los mismos peritos para determinar sobre el terreno los predios que se denominan Hato de San Matías o globo envuelto, materia de la primera petición subsidiaria de la demanda, debido a no existir en los autos —según dicho dictamen— dato álguno acerca de la alindación del título de adjudicación hecha a favor del doctor Munive y Mozo en 1794, en extensión de veinte caballerías de tierra.

Y en cuanto al mérito probatorio de la inspección ocular y dictamen pericial producidos en esta segunda instancia, comenta la Procuraduría:

"Pero en esta nueva oportunidad, fueron también infructuosos los empeños de la parte actora para demostrar tan fundamental aspecto de la cuestión, como es el relacionado con la identificación de los inmuebles materia de la presente controversia.

"Por una parte, el personal de la diligencia se abstuvo de adelantar la inspección de los terrenos como es de necesaria ocurrencia en la práctica de este género de prueba, a pesar de la insistencia del Magistrado sustanciador que así lo hizo ostensible en tal acto, y con el pretexto de que ya los linderos de las tierras habían sido

identificados en la inspección ocular efectuada en el juicio breve y sumario que siguió al Municipio en el año de 1944.

"Este falso criterio procesal que demerita fundamentalmente la eficacia de la prueba solicitada y que ha debido realizarse integralmente en el juicio, lleva necesariamente al fracaso la prosperidad de la acción por la ausencia de comprobación de uno de sus presupuestos esenciales. Con efecto:

"La prueba realizada dentro del juicio tiene necesariamente más fuerza de convicción que la producida fuera de él, por haber sido controvertida y apreciada directamente por el funcionario que ha de decidir del litigio. Y ya se vio que la inspección ocular verificada en la primera instancia precedida del concienzudo y fundado estudio de los expertos que a ella concurrieron, dio como conclusión la imposible determinación y ubicación de los terrenos materia de la litis. Por tanto, los peritos de la segunda instancia, no pudieron, como se deduce de su experticio, verificar sobre el terreno la identidad de los predios descritos en la demanda y en los títulos, y como una realidad topográfica, sino que teóricamente con auxilio de mapas, ubicaron sobre los mismos la hipotética confrontación de linderos, distancias y superficies. Tal afirmación de la Procuraduría se halla corroborada con el siguiente pasaje de la pericia:

'Del estudio de esta alinderación, sacamos la conclusión, de que siendo hoy día muy vagos los linderos existentes entre los Municipios de Guáimaro, con los de Cerro de San Antonio, Tenerife y Plato, con mayor razón eran indeterminados esos linderos en el año de 1776 en que la mayoría de esa región era selvática y poblada por indios Chimilas, quienes opusieron fuerte resistencia a los colonizadores: en el expediente no figura ningún documento antiguo que se refiera a los linderos transcritos arriba'.

"Fuera de tan fundamentales omisiones —concluye la Procuraduría Delegada— para los fines de una auténtica y real determinación de los terrenos litigiosos, como lo exige la doctrina, los peritos de la segunda instancia omitieron dictaminar sobre aspecto fundamental de su pericia, con miras a la prosperidad de la acción y es el relacionado con la superposición del área de la propuesta o concesión a que alude el proceso, sobre el terreno materia de la litis.

"Careciendo el experticio de punto tan esencial, es por este solo aspecto ineficaz para la demostración del extremo procesal a que se ha concretado este concepto y sobre el cual debe incidir la decisión del pleito".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el dictamen pericial de la primera instancia se observa que la causa por la cual no fue posible hallar la determinación precisa del globo de terreno alindado en la súplica primera de la demanda, consistió en no haber podido cerrar completamente el polígono de dicho globo comoquiera que tal polígono quedó "abierto entre el punto L (Ceiba de los Linderos) y el vértice D (Boca de los Bagres) sobre el río Fundación", según palabras textuales de dicho dictamen. Se trata de todo el lindero sur del extenso territorio denominado Cañaverales Altos de San Nicolás, río San Sebastián, sus derramaderos y playones, y parte del lindero oriental que se pretende atribuír al globo envuelto por aquél, denominado Hato de San Matías.

En el dictamen de esta segunda instancia, se presenta el caso de que el lindero que no fue recorrido directamente por el personal inspector debido a la abstención sistemática de los propios peritos, es el que cierra el mencionado polígono por el Norte, desde el punto de Ceiba de los Linderos (punto L), hasta tocar con el sitio de El Bongo, sobre el río fundación, comprendiendo por esta parte, al resto del lado oriental de la alindación de los pretendidos terrenos del municipio de Pivijay.

Y es oportuno observar aquí que en el peritazgo de esta segunda instancia no se trató lo referente al fenómeno de la superposición de la propuesta de exploración y explotación de petróleos del señor Jaime Samper a que se refiere la demanda, asunto este que, como lo expresa acertadamente la Procuraduría, es fundamental a la prosperidad de las acciones sobre dominio petrolífero, y acerca del cual conceptuaron desfavorablemente los peritos de la primera instancia.

En cuanto a la determinación del terreno señalado como "sector envuelto", o sea el denominado Hato de San Matías, ya se vio por la transcripción del dictamen pericial y de las actas de inspección ocular anteriormente hecha, cómo no se realizó el recorrido de los linderos que según la demanda describen ese predio, y cómo también en concepto de los peritos no es posible determinar su verdadero perímetro, por no existir en los autos documento alguno referente al deslinde de esas tierras en época próxima a la merced concedida al señor Munive y Mozo, como lo podría

ser —según los mismos expertos— el señalamiento de linderos con los municipios de Cerro de San Antonio, Tenerife y Plato.

Efectivamente, la mensura efectuada en 1794 por orden del gobierno superior de Santa Fé, se relacionó con una extensión de terreno superior en extensión a la que realmente le fue adjudicada al doctor José Simeón Munive y Mozo. Esta merced se otorgó, según consta en la documentación acompañada al juicio, en extensión de veinte (20) caballerías, en el sitio y términos que a bien tuviera escoger el beneficiario; y el terreno medido por don Cristóbal Vidal con miras a la adjudicación en referencia, abarcó, según el dictamen de dicho agrimensor, 55 caballerías, 17 fanegas, dos almudes y 1.328 varas castellanas.

Naturalmente, para que el título librado a favor de don José Simeón Munive y Mozo en los términos ya expresados, pudiese traducirse hoy sobre la realidad topográfica del terreno medido por don Cristóbal Vidal en 1794, sería necesario que existiera prueba de la determinación precisa de las 20 caballerías materia de dicho título; y como el documento relativo a la mensura y deslinde de esa adjudicación no aparece en el presente juicio, es forzoso concluír como acertadamente lo han hecho los expertos de cada una de las dos diligencias de inspección ocular de la primera y segunda instancia que obran en el expedi nte, que es prácticamente imposible señalar el perímetro verdadero del terreno de las 20 caballerías mercedadas a don José Munive y Mozo. Hay en los autos un documento que da fé de que en el año de 1855 aún no se había hecho el deslinde de las expresadas 20 caballerías de tierra. Se trata de la escritura Nº 26 extendida el 13 de julio de 1855 ante el Notario del Circuito de Ciénaga, por la cual Carmen Hamburger de Munive vendió a Pedro Orozco 'veinte caballerías de tierras situadas en el camino que conduce de la estancia nombrada San Pedro pertenecientes a la señorita Catalina Munive a la Parroquia de Media Luna, no haciéndose la correspondiente citación de linderos **por no haberse deslindado anteriormente el terreno** ' (Subraya la Sala) (Fol. 115 v. del C. Nº 4). También en las declaraciones recibidas en 1830 a petición de José Vicente Pertuz por el Alcalde Parroquial de Pivijay (fols. 75 a 82 del C. Nº 4), se expresa en forma acorde que en ninguna época fueron citados los vecinos del Guáimaro para el deslinde de las tierras de que se decía titular don José S. Munive y Mozo.

En lo referente a las tierras que se dice fueron adjudicadas al vecindario del Guáimaro, o sea las llamadas de Cañaverales Altos de San Nicolás, Río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones, se dice en los testimonios últimamente relacionados que tales terrenos fueron materia de un deslinde y amojonamiento practicado por don Francisco Garavito, sin decir en qué año. Los declarantes expresan sí que las tierras determinadas como pertenecientes a los vecinos del Guáimaro, en la parte llamada de San Matías, fueron deslindadas por medio de dos mojones, el primero colocado en el punto llamado "Las Bodegas", y "más allá" de dicho punto, un árbol "guamo" en el cual se clavó un perno.

Es muy importante destacar aquí que con fundamento en los testimonios anteriormente mencionados y demás comprobaciones aducidas por los vecinos del Guáimaro en los autos seguidos contra Antonio María Fálquez y su esposa María Francisca Martínez sobre posesión y propiedad de las tierras de Cañaverales Altos de San Nicolás, ante el Gobernador de la Provincia de Santa Marta, dictó dicho funcionario el siguiente fallo, fechado el 12 de enero de 1831:

"...Pero de todos los dichos documentos en ninguno consta cuánta sea la porción numérica de las indicadas tierras, ni tampoco se especifican por sus nombres, sus términos i linderos como es de verse a la foja 16 pr. la generalidad con que se aplican. I aunque los testigos que deponen en las informaciones referidas, dan por sentado que se midieron i deslindaron aquellas tierras como también que pertenecen a estas mismas los de San Matías, **son testimonios que no están fundados sino en sus propios dichos,** en que son integrados por ser vecinos de las predichas poblaciones i que además aparecen contradichos por la abundante justificación que se registra de foja 112 a 147 producida por el demandado, mas aun cuando éste no hubiese probado tanto un sostenimiento de su propiedad, se considera 1º que la concesión de la merced de las veinte caballerías de tierras denominadas 'San Matías' se verificó en agosto de 1796 habiéndola estado poseyendo y cultivando desde antes el denunciador según el testimonio de fojas 46 a la 59. 2º que a ciencia, paciencia, i sin la menor oposición por parte del vecindario del Guáimaro, se han poseído y disfrutado como propias i separadas en el discurso de los años que han mediado: i 3º que no habiéndose interrumpido antes su posesión i dominio, las habrían ganado sus autores por legítima prescripción, mediante la buena fé, el justo título i la larga posesión de más de treinta años, conforme a la lei 18 tit. 29 parte 3ª. Por lo que administrando justicia en nombre de la República i por autoridad de la lei, se absuelve de la de-

manda propuesta por los vecinos del Guáimaro i Pivijay al señor Ant. Ma. Fálquez sin especial condenación de costas..." (Fols. 83 f y v. del C. Nº 4).

No se le atribuyó, por tanto, en el fallo transcrito, mérito alguno probatorio a los testimonios según los cuales las tierras de los vecinos del Guáimaro y Pivijay habían sido deslindadas y amojonadas.

Cabe ahora transcribir aquí lo dictaminado por los peritos de la primera instancia acerca de la determinación del globo envolvente de Cañaverales Altos de San Nicolás;

"Distintos de los documentos citados nada existe en el expediente que nos permita conocer la orientación precisa y localización de las tierras de El Juncal e Islas Canarias. No encontramos a manera de seguir 'hacia el Sur' ni existe un lindero que permita encontrar 'tierras del Municipio de Cerro de San Antonio'. Por consiguiente, no hay alineamiento para llegar a los Municipios de Tenerife y Plato. El polígono —continúan los peritos que actuaron ante el Tribunal— quedaría, pues, abierto a partir de la ceiba de los linderos, hasta la Boca de los Bagres, sobre el río Fundación, vértice más oriental del primer sector envuelto (Hato de San Matías) cuya alinderación figura en el expediente, por cuanto el lindero nororiental de este globo se confunde con el lindero oriental del 'sector envolvente' (Cañaverales Altos de San Nicolás, Río San Sebastián de Sierra Nevada y sus derramaderos y playones de dicho río), entre el caserío de El Bongo, a orillas del río Fundación, y la boca de los Bagres, sobre el mismo río, aguas arriba del punto anterior". (Fol. 21 del C Nº 2) (Subrayó la Sala).

Se pregunta entonces: Cuál puede ser el fundamento tenido en cuenta por los peritos de esta alzada para determinar e identificar el lindero Ceiba de los Linderos hasta la boca de los Bagres, pasando por los sitios de Media Luna, Piñuela, Caravallo, Santa Rosa, Río Fundación y este río aguas abajo hasta dicha boca, que fueron los puntos recorridos en la inspección ocular aludida? Ninguno otro distinto al documento relativo al litigio surgido entre los vecinos del Guáimaro y don Antonio María Fálquez, de que se dio cuenta anteriormente, donde se adujeron varias declaraciones que hablan de un deslinde de las tierras de Cañaverales Altos de San Nicolás, en el cual el agrimensor que los testigos nombran, el señor Garavito, fijó los citados linderos.

Pero ya se ha visto cómo esa alindación fue desechada por el Juez que conoció de aquella causa, el Gobernador de la Provincia de Santa Marta, por provenir de testimonios dados por los mismos interesados en el litigio. De consiguiente, no es posible que ahora se pueda aceptar como válida y verdaderamente tal alindación.

Sin duda los expertos de la primera instancia tuvieron en cuenta esta circunstancia, y por ello conceptuaron que el perímetro de Cañaverales Altos de San Nicolás quedaba abierto desde el lindero Ceiba de los Linderos hasta la boca de los Bagres, cuya parte final, en su concepto se confunde con los límites del lado oriental atribuídos a globo de Hato de San Matías.

Se concluye, por tanto, que la determinación del lindero sur y parte del oriental del gobo envolvente de Cañaverales Altos de San Nicolás, río San Sebastián de Sierra Nevada, sus derramaderos y playones, hecha por los peritos de esta segunda instancia, carece por completo de base sólida en el proceso y que, por lo mismo, quedan en pie las razones expuestas por los peritos de la primera instancia, según las cuales, el referido polígono de las tierras del sector envolvente, queda abierto desde el sitio Ceiba de los Linderos hasta la boca de los Bagres sobre el río Fundación, sector que abarca todo el lado sur de los terrenos que se trata de determinar y gran parte del lindero oriental, como ya se dijo.

De otro lado, como en la inspección ocular de la segunda instancia no se hizo el recorrido de la afindación del mismo predio o globo envolvente, a partir del punto de El Bongo, hasta tocar de nuevo con la Ceiba de los Linderos, tomada ésta como punto de partida, sector de dicha alindación que constituye todo el lado noroccidental y parte del oriental de dichos terrenos, debido a que los peritos se negaron insistentemente a hacer ese recorrido, es forzoso concluír que por este aspecto la nueva diligencia tampoco es parte a corregir las fallas del primer peritazgo. El concepto pericial producida en esta alzada en cuanto se refiere a la determinación de los puntos que sirven para fijar el lindero noroccidental y parte del oriental del globo o sector envolvente carece, por lo mismo, de todo fundamento pues no es aceptable que se conceptúe sobre la posición y dirección de lindero alguno si no se ha hecho el reconocimiento directo de tal posición y dirección sobre el propio terreno. El hecho de que esos puntos fueron materia de un reconocimiento anterior, practicado en diligencia que obra en juicio distinto al presente, es a todas luces inaceptable.

Y al respecto cabe anotar también que en los

autos no obra pieza alguna del juicio breve y sumario seguido por el Municipio de Pivijay en relación con los mismos terrenos de que aquí se trata, y que tampoco obra en el expediente documento alguno que demuestre que los límites de las tierras de Candelaria y Condueños fueron reconocidos en un fallo proferido por esta Corte, y que esos mismos linderos sirvan para determinar las tierras de Cañaverales Altos de San Nicolás por ser éstas colindantes con aquéllas. De tal suerte que los peritos se han apoyado en pruebas inexistentes en el presente juicio, porque no fueron traídas dentro del respectivo término probatorio.

Todo lo dicho hasta aquí conduce a acoger las razones con las cuales el señor Procurador Delegado, en los términos que se han dejado transcritos, sostiene que en los autos no quedaron satisfactoriamente determinados los inmuebles a que se refieren las súplicas impetradas por el Municipio de Pivijay.

Para terminar, la Sala acoge los siguientes fundamentos del fallo de primera instancia, en lo tocante a las súplicas subsidiarias de segundo grado formuladas por el municipio demandante:

"Se hacen otras solicitudes subsidiarias, consistentes en que el Municipio demandante tiene derecho a que se le señale y adjudique por el Estado colombiano, mediante sus órganos competentes, tanta tierra, en medidas agrarias modernas que corresponda a 20 caballerías, de las que se usaban en la Provincia de Santa Marta el 26 de agosto de 1796, y en la parte que eligiere el Municipio de acuerdo con el decreto que expidió el Virrey don José de Ezpeleta, al señor José Munive y Mozo.

"Las adjudicaciones de tierras baldías hoy tienen el procedimiento señalado en el Código Fiscal y especialmente en la Ley 97 de 1946, y por lo mismo el Tribunal no tiene competencia en este particular, ya que no hay disposición legal que lo autorice para hacer tales declaraciones".

Por cuanto de todo lo expuesto queda patentizado que no están determinados ni son determinables los terrenos sobre los cuales habrían de recaer las declaraciones principales o subsidiarias sobre dominio minero y petrolífero solicitadas por el Municipio de Pivijay, lo procedente es confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta con fecha 27 de septiembre de 1954, materia del presente recurso.

No hay lugar a costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS. — SIN LA DETERMINACION PRECISA DE LOS TERRENOS DE LA LITIS, ES IMPOSIBLE QUE RECAIGA UNA DECLARACION JUDICIAL DE DOMINIO PRIVADO DEL PETROLEO

La jurisprudencia de la Corte ha sido, y es, la de que en el estudio de una titulación antigua sobre propiedad territorial que del Estado pasó directamente a los particulares, lo primero que debe examinarse es la efectividad u operancia de esa titulación sobre el terreno; vale decir, que la descripción de las tierras que se hace en los títulos, permita localizar en la actualidad y de manera inconfundible las tierras a que la adjudicación originaria se refiere.

Porque la Sala repite una vez más la invariable doctrina de que sin la determinación precisa de los terrenos de la litis, es imposible que recaiga una declaración judicial de dominio privado del petróleo. De nada serviría para los fines de la acción, encontrar en los autos una titulación válida y suficiente para acreditar la tradición del inmueble de la Corona española a los particulares, si ese inmueble no puede ubicarse y determinarse topográficamente en la actualidad; como tampoco sería bastante la determinación de los predios a que se refieren las escrituras de adquisición de la propiedad actual, si ellos no pueden relacionarse e identificarse con los que fueron objeto de la merced o adjudicación colonial; y resultaría asimismo insuficiente conocer sobre el terreno el área de la propuesta de contrato de explotación de petróleos, faltando las comprobaciones antes aludidas, porque sólo es legalmente viable la acción en cuanto la superficie del área de la propuesta de contrato se superponga al suelo y subsuelo petrolífero del propietario particular. El conjunto de tales elementos es lo que constituye la cosa u objeto materia del litigio sobre el dominio, y ese presupuesto, debidamente acreditado, es lo que dá lugar al examen de la validez jurídica de los actos o contratos que constan en la titulación presentada para acreditar la propiedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo)

El presente juicio ordinario sobre dominio del petróleo, promovido por el Municipio de Remolino contra la Nación, ha venido a la Corte por apelación concedida a la parte demandante contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 1955, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta.

Las peticiones que el demandante hace en el libelo de demanda son las siguientes:

"1ª—Los terrenos llamados del Común de Remolino, situados dentro de la propia jurisdicción del municipio de este nombre y las de los municipios de Salamina, Sitio Nuevo y Pivijay, salieron del patrimonio del Estado y pasaron al particular del hoy Municipio de Remolino, antes del 28 de octubre de 1873.

"2ª — El Municipio de Remolino, en cabeza de quienes lo representaban bajo las autoridades españolas en tiempo de la colonia, recibió la posesión real y material de tales terrenos, también antes del citado 28 de octubre de 1873.

"3ª—El Municipio de Remolino tiene mejor derecho que la Nación para explorar con taladro y explotar el petróleo y demás sustancias que puedan encontrarse en el subsuelo de los citados terrenos del Común de Remolino, salvo en lo tocante a los metales preciosos y otras distintas de las constituídas por las sustancias que mencionan los ordinales c) y d) del artículo 4º de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal vigente).

"4ª—Los terrenos del común de Remolino a que se refieren las declaraciones anteriores están determinados, o son determinables por los siguientes linderos, o por los que se prueben mejor en el curso del juicio.

" 'Se toma como punto de partida el extremo de una línea cuyo origen es la cruz central de la iglesia parroquial de 'Remolino' de donde con rumbo sur 88 grados 32 minutos oeste y una distancia de

134.23 metros se llega a la orilla oriental del río Magdalena de donde arranca el polígono. De aquí siguiendo aguas arriba al curso principal del mencionado río Magdalena por su banda oriental, hasta llegar a la boca del caño o arroyo Renegado; la recta que une estos dos puntos tiene 12.075.90 metros de longitud y rumbo sur 0 grados 24 minutos oeste; de la boca del caño Renegado sobre el río Magdalena se sigue la línea recta por todo el lindero de las tierras de Salamina en una distancia de 19.672.90 metros y con rumbo sur de 88 grados 57 minutos Este hasta encontrar el caño del Mico, que es vértice común también con las tierras de Candelaria o Condueños; del caño del Mico se sigue por toda la colindancia de las dichas tierras de Candelaria en línea recta cuya longitud es de 8.512.23 metros rumbo Norte 77 grados 6 minutos Este, hasta Cantagallanes término del lindero de Candelaria por este lado; de Cantagallanes se sigue en línea recta que tiene 2.310.38 metros y rumbo Norte 20 grados 51 minutos Este hasta la loma del Imposible o el Chuchal; de aquí con rumbo Norte 8 grados 18 minutos Este y una distancia en línea recta de 501.83 metros se llega al caño de Palenque; de aquí por el curso del caño de Palenque hasta su boca en la Ciénaga Grande de Santa Marta; recta que une los dos últimos puntos mencionados tiene 11.100.59 metros de longitud y rumbo norte 13 grados 38 minutos Este; de la boca del caño de Palenque en la Ciénaga Grande se sigue por las costas de dicha Ciénaga; la recta que une los dos puntos mencionados tiene 2.840.81 metros de longitud y rumbo sur 85 grados 44 minutos Oeste; del rincón de las Garzas se sigue con rumbo Norte 87 grados 58 minutos Oeste midiendo 4.371.87 metros con lo que se llega a un punto situado hacia el extremo Suroeste de la Ciénaga del Conchal; de aquí por toda la costa meridional de la indicada ciénaga del Conchal hasta un punto situado en la esquina Sureste de la misma; la recta que une estos dos puntos tiene 3.235.15 metros y rumbo norte 59 grados 45 minutos Oeste; de este último punto se sigue con rumbo Sur 82 grados 12 minutos Oeste midiendo 3.678.07 metros hasta llegar a otro situado en el caño de la Solera; tomando el caño de la Solera hasta un punto situado sobre su boca; la recta que une estos dos puntos situados sobre el mencionado caño tiene 1.300 metros de longitud y un rumbo Sur de 27 grados 00 minutos Oeste; de la boca del Caño de la Solera en línea recta de longitud de 2.135.02 metros y rumbo Sur 80 grados 3 minutos Oeste se llega al caño hondo de Caratal; de aquí, midiendo 694.39 mts. por un rumbo Sur 36 grados 46 minutos Oeste se llega a la punta del Hachado; de aquí, por las sabanas del Queso y costas de Bombitos, en línea recta de 6.420.22 mts. y rumbo Sur 75 grados un minuto Oeste se llega a un punto situado en el extremo Norte del Playón de Bombitos; de aquí se miden con el rumbo Norte 21 grados 51 minutos Este 1.163.40 metros hasta el Corral Viejo de Landeta; de aquí se sigue con rumbo Norte 24 grados 57 minutos Este, por la orilla de la Ciénaga de las Playas, en una distancia de 291.30 metros hasta llegar a un punto situado sobre dicha ciénaga; de ahí con rumbo Norte 46 grados 33 minutos Oeste, se miden 2.827.75 metros y se llega a un punto situado sobre la costa sur de la ciénaga de la Uña; de aquí, siguiendo las costas de la ciénaga de la Uña, Naranjita y Guaimaral, hasta la boca del caño Barrancú en Guaimaral; la recta que une estos dos puntos tiene una longitud de 1.690.15 metros y rumbo Sur 83 grados 26 minutos Oeste; de la boca del Caño Barrancú en Guaimaral se sigue en una distancia de 1.839.51 metros y con rumbo Sur 6 grados 23 minutos Oeste, hasta llegar a la loma del Mico; de aquí siguiendo por Sabana Grande en línea recta de 2.534.49 metros con rumbo Sur 85 grados 14 minutos Oeste hasta llegar al mojón de la loma de Palmiche; de aquí a otro mojón antiguo que hay en el terreno a una distancia de 419.55 metros del anterior y rumbo Norte 6 grados 38 minutos de aquí, dejando al Norte el corral del lindero, se sigue con rumbo Norte 35 grados 6 minutos Oeste en una distancia de 2.329.93 metros hasta llegar al bajo de Meléndez; de aquí con rumbo Norte 19 grados 18 minutos Oeste, midiendo 490.83 metros, hasta llegar al río Magdalena en el sitio antiguo de El Limón; de aquí con rumbo 13 grados 48 minutos Oeste y una distancia de 4.205.52 metros se llega a la cabecera del distrito de Remolino donde está el punto de partida".

Los hechos que sustentan las peticiones transcritas hacen relación a los actos llevados a cabo en los años de 1776 y 1794, por los cuales los vecinos de la parroquia de la Concepción de Remolino obtuvieron de las autoridades coloniales que se les otorgara merced de 18 caballerías de tierras en su distrito, que habían sido delimitadas previamente, y de las cuales se les dio posesión. Que posteriormente, por sentencia de 24 de noviembre de 1881 proferida por el Juez Civil del Circuito de Santa Marta, se reconoció al Municipio, por prescripción, el dominio pleno de esos terrenos, y los linderos señaladose en tal providen-

cia, son sustancialmente los mismos señalados en la demanda.

Igualmente se aduce como hecho, que el Ministerio de Minas y Petróleos por resolución de 22 de diciembre de 1943, aceptó la propuesta distinguida con el número 138 del Sindicato Ganadero S. A., para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un área que comprende los terrenos del demandante; y que, como a dicha propuesta el Municipio de Remolino no hizo oposición, ejercita en tiempo la acción de derecho común, conforme lo prevé el inciso último del artículo 5º de la ley 160 de 1936.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Tribunal Superior de Santa Marta dictó el fallo que lleva fecha 15 de noviembre de 1955. En él se anota que la parte actora adujo extemporáneamente, o sea con posterioridad a la ejecutoria del auto de citación para sentencia, el Diario Oficial Nº 25.450 del 21 de enero de 1944, en que corre publicada la Propuesta de contrato número 138 del Sindicato Ganadero S. A.; y que, como además, la parte actora no hizo practicar la diligencia de inspección ocular decretada durante el juicio a los terrenos, quedó sin acreditarse la existencia de dicha Propuesta número 138 y la determinación del área de terreno a que ella se refiere; que, por consiguiente, en la imposibilidad de decidir si los terrenos que el Municipio considera de su propiedad por haber salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, están superpuestos o comprendidos dentro de la zona de la pretendida concesión, debe declararse, y en efecto declara, probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo.

Llegado el negocio a esta Sala por virtud de la apelación concedida al actor, se le ha dado el trámite pertinente, habiéndose practicado dentro de él una inspección ocular con intervención de peritos; las partes alegaron oportunamente de conclusión y luego se profirió el auto de citación para sentencia. Ha llegado pues el momento de fallar en definitiva.

Punto especial de debate en este juicio ha sido el de la determinación de las tierras materia del litigio. Como se ha visto, el Tribunal del conocimiento basó su decisión en la carencia de pruebas sobre este aspecto de la cuestión, y el señor Procurador en su alegato escrito, después de analizar los elementos de juicio aportados por el demandante sobre el particular, en esta instancia, concluye que "la parte actora no logró demostrar plenamente con los elementos de convicción aducidos a los autos, la identificación del terreno llamado el Común de Remolino a que alude la demanda, ni, por consiguiente, que ese predio corresponde al que se afirma salió del patrimonio nacional con anterioridad a la reserva del petróleo, ni que dicho inmueble esté claramente comprendido y en qué extensión, dentro del área de la propuesta de contrato. Y sin la comprobación de tan fundamental extremo es inoficioso el análisis de los demás requisitos de la acción incoada, pues ello sólo basta para que se absuelva a la entidad demandada".

Debe pues detenerse la Sala en el examen de la cuestión planteada, para verificar si en realidad los medios probatorios aducidos al juicio carecen de eficacia legal para demostrar el presupuesto esencial de la determinación del objeto o cosa sobre que ha de recaer la declaración de dominio privado del petróleo. Tal examen ha de comprender estos puntos: a) si han sido determinadas las tierras mercedadas a los vecinos de Remolino en 1766; b) si existe la determinación de la propiedad territorial actual del Municipio, objeto del pleito; c) si se identifican o pueden identificarse, las tierras de la adjudicación colonial con las que el demandante posee, según la demanda, en la actualidad; y, d) si se ha determinado el área de la propuesta de contrato número 138 y dentro de ella se hallan comprendidas las tierras del demandante.

I. Los documentos antiguos presentados por el Municipio de Remolino para acreditar que el terreno de su propiedad salió legítimamente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, dan cuenta de que habiendo solicitado con Josef de Llanos al Teniente Gobernador de la ciudad de Santa Marta, que se le vendieran unas tierras realengas "sitas en el paraje que llaman Mochillas de Sabanita", dicho Gobernador dispuso que se deslindaran, midieran, amojonaran y justipreciaran previamente, todo lo cual fue ejecutado por el comisionado para el efecto, don Francisco Javier Manjarrés, durante varios días del mes de marzo de 1776. Luego, el Capitán Aguerra del Sitio de Santa Cruz, igualmente comisionado, procedió a pregonarlas para su venta en pública subasta. Sabedores los vecinos de la Parroquia de la Concepción de Remolino de tales diligencias, ocurrieron a dicho Capitán Aguerra, Juez Ordinario del Distrito, para que suspendiese los pregones, y dando aplicación a lo dispuesto por el Decreto dictado en la Villa de Tenerife el 11 de marzo de 1766 por el señor Virrey don Manuel Antonio Flórez, se les adjudicase a ellos esas mismas tierras, ya medidas y deslindadas, prometien-

do otorgar una escritura de fianza por el valor de su importe. Así lo dispuso el mentado funcionario por Decreto de 15 de abril de 1776, y al efecto ordenó suspender los pregones e hizo la adjudicación a los vecinos, con la sola obligación de que otorgaran la escritura de fianza y luego se les diera posesión de las tierras deslindadas.

Las tierras así adjudicadas, estaban comprendidas dentro de los linderos fijados en las diligencias de deslinde llevadas a cabo por don Francisco Javier Manjarrés, que son los siguientes: partiendo de la cabecera del caño del Tuntun a la Ravisa del Playón de Rúa; de ésta a la Ciénaga de los Patos, y atravesando luego los caños de la Tasajera y de la Manada, a llegar a la Montaña de Buenavista; de ésta a la vereda de Hilario Chaves y de ahí al caño de la Danta; de éste al caño del Mico, luego al Playón del Fraile, frente a la Loma de los Venados; del Playón del Fraile y atravesando el caño del mismo nombre y el de Pivijay, hasta la punta de la Loma del Calvario; de éste a la vera del caño del Ubero, y de aquí al Caño del Caballo, el cual se atravesó para llegar a la Rinconada de Cantagallos; de Cantagallos a la Loma del Imposible, y de ésta a un caño muy hondable y ancho, el cual fue atravesado para llegar a un Manglar, y de ahí hasta el playón de la Mata. Luego, del Playón de la Mata al Caño del Mico, de éste al Caño de Buenavista y de éste a la Ciénaga de San Juan; de aquí a la Ciénaga de los Patos y de esta última al Caño del Tuntun.

La jurisprudencia de la Corte ha sido, y es, la de que en el estudio de una titulación antigua sobre propiedad territorial que del Estado pasó directamente a los particulares, lo primero que debe examinarse es la efectividad u operancia de esa titulación sobre el terreno; vale decir, que la descripción de las tierras que se hace en los títulos, permita localizar en la actualidad y de manera inconfundible las tierras a que la adjudicación originaria se refiere.

Pues bien: la Sala observa que la diligencia de inspección ocular llevada a cabo en este juicio, no tuvo por objeto verificar si la descripción teórica de las tierras que trae el título antiguo, corresponde a la realidad sobre el terreno, porque esa diligencia se encaminó únicamente a establecer si el área de terreno a que se refiere la Propuesta número 138 se superpone o comprende los terrenos del Común de Remolino relacionados en la petición 4ª de la demanda. De ahí que el acta correspondiente no registre la verificación a que se alude. Tal omisión quizás se debió a que el demandante consideró realizada esa determinación de las tierras mercedadas en 1776, en una diligencia de inspección ocular practicada en otro juicio distinto, cuya copia trajo a los autos y obra a folios 10 v. a 30 del cuaderno número 10.

Sin entrar a considerar el valor probatorio que dentro de este juicio pueda tener la copia de esa diligencia, sino simplemente examinándola desde el punto de vista de lo efectuado en ese entonces, se llega también a la conclusión de que realmente no fue determinado el terreno de la adjudicación o merced de que trata el título de 1776. En efecto, a folios 13 vuelto y 14 del citado cuaderno número 10, se lee lo siguiente:

"En la diligencia del día diez y siete de este mismo mes (mayo de 1944) se observó un punto llamado Tuntun, en la cabecera del caño de este nombre y en donde actualmente existe un corral que pertenece a unos señores Lascano Magri y que cuidan unos señores de apellido Bolaños, quienes declararon. en legal forma, que desde tiempo inmemorial conocen ese punto con el nombre de Tuntun, el cual sirvió de punto de partida a la agrimensura del señor Francisco Javier Manjarrés en el año de 1766, y a la cual se refiere la petición subsidiaria de la demanda que ha originado el presente juicio (el de 1943). De esta mensura se observaron los siguientes puntos: Caño Salado, que se cruzó una vez; la Ravisa del Playón de Rúa; el playón de oyo largo, el caño de la Danta, por la orilla del cual se hizo un recorrido de importancia, la punta de los Venados, la Loma del Calvario, el caño de Rosa Vieja y la Poza de los Cantagallanes, donde coincide la mensura de Manjarrés con los límites de Candelaria y Remolino".

Resulta difícil comprender, cómo pudo el personal que practicó aquella diligencia conformarse con una relación tan deficiente, incompleta y vaga como la que acaba de transcribirse dando por determinado el terreno deslindado en 1776. La sola comparación de los sitios por donde el agrimensor Manjarrés ejecutó la mensura y que señaló como puntos de alindamiento, con sus rumbos y distancias, con los que dice el acta que fueron observados en la diligencia, hace ver el poco o ningún cuidado que se tuvo en ésta, de hacer una verificación completa y satisfactoria. El comisionado Manjarrés señaló estos puntos, que no se "observaron" en la inspección que nos ocupa: Ciénaga de los Patos; Caño de la Tasajera; Caño de la Manada; Montaña de Buenavista, vereda de Chaves o Charris; Caño del Mico; Playón del Fraile; Caño de Ubero; Caño del Caballo; Loma del Imposible; el Manglar, playón de la Mata; Ciénaga

de San Juan, etc.; y no sólo no se identificaron tales puntos, sino que se observaron otros que no se mencionan en el trabajo de Manjarrés, tales como el Caño de Rosa Vieja, el "playón de oyo largo", etc. Pero, lo que es más importante, no se sabe la manera como el funcionario que intervino en la diligencia y el resto del personal, llegó a identificar los pocos sistios observados, ni si ellos están colocados en situación continua y forman las líneas limítrofes del terreno hasta completar un perímetro cerrado. Si la identificación se hizo del mismo modo como se localizó el punto de partida, o sea el caño del Tuntun, es decir, por informes de "unos señores de apellido Bolaños", a quienes no se recibió declaración en la forma como lo ordena la ley que se reciba el testimonio para que sea válido, tal identificación carece en absoluto de valor probatorio.

II. Las razones que la Procuraduría Delegada en lo Civil expone para deducir que tanto la inspección ocular practicada en este juicio, como la llevada a cabo en mayo de 1944, no logran, de acuerdo con la ley, la determinación de los terrenos del Común de Remolino, sobre los cuales se pretende la declaración de dominio del petróleo en favor del Municipio, son, a juicio de esta Sala, muy acertadas y convincentes, por lo cual conviene reproducirlas. Dice así la Procuraduría:

"...después del encabezamiento de la diligencia y de haberse copiado íntegramente los linderos del terreno denominado Común de Remolino según los trae la petición cuarta de la demanda, se encuentra expresado lo siguiente:

" 'Tanto los peritos como el señor Magistrado sustanciador estuvieron en un todo de acuerdo en que esa alinderación de los terrenos del Común de Remolino quedó claramente establecida en la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Santa Marta, actuando como Magistrado ponente el doctor Félix J. Ospina Molina, dentro del juicio promovido por el doctor Lázaro Díaz Granados como apoderado sustituto del susodicho municipio, contra la Nación, según consta en el acta de fecha 13 de mayo de 1944 y días subsiguientes, y el respectivo dictamen pericial, rendido por los ingenieros doctores José María Castro Monsalvo y Manuel Romero Barrios, este último en firme, cuyas copias debidamente autenticadas obran en el expediente al cuaderno número 10 que dice: 'Inspección ocular. Por tal motivo se prescindió hacer de nuevo el recorrido que determina el numeral cuarto de la demanda equivalente a los límites del Municipio de Remolino, con el objeto de establecer si dentro de ellos se comprende o se superpone el área de terreno, en todo o en parte, de la concesión del Sindicato Ganadero, S. A., a que alude la prueba decretada por la Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia'. (Fl. 70 v., cuaderno número 8).

"Como fácilmente se comprende, ni el señor Magistrado sustanciador comisionado ni los peritos podían jurídicamente tomar una decisión de esta naturaleza, es decir, prescindir del examen y reconocimiento de un hecho que estaban en la obligación de examinar y reconocer, o sea la alinderación del terreno denominado Común de Remolino, por considerar que tal hecho ya se encontraba acreditado en los autos con otros elementos de convicción. Esto equivale a entrar en la valoración, estimación y crítica de las pruebas, cuestión que solamente compete al funcionario fallador en el momento de la decisión, y de ninguna manera a un funcionario comisionado para la práctica de una diligencia de inspección ocular ni a los peritos que lo acompañan, menos aún cuando ninguna de las partes pidió que se prescindiera del reconocimiento de esos linderos. Con esta extraña tesis cualquier funcionario comisionado para llevar a cabo una diligencia de esa índole, podría abstenerse de cumplir la comisión considerando que los hechos por examinar y reconocer se encuentran acreditados ya en el expediente con otras pruebas. Además, y como lo vimos anteriormente, los jueces a quienes se confiere una comisión, 'se deben sujetar a su tenor literal' (artículo 135 C. J.), es decir, practicar la diligencia tal como se les ha ordenado, y los peritos, de acuerdo con la naturaleza de sus funciones, son apenas auxiliares técnicos del juez, pero ni el funcionario comisionado ni los expertos, en un caso como el que se estudia, tienen facultad para valorar otras pruebas que obran el proceso.

"Como se ve —concluye la Procuraduría— en la diligencia de inspección ocular que comentamos, no se identificó en manera alguna el globo de terreno del Común de Remolino a que se refiere la demanda.

Nada ha de añadir la Sala a los razonamientos de la Procuraduría, porque ciertamente el funcionario comisionado para practicar la diligencia, no tenía facultad para estimar el mérito probatorio de otras pruebas del proceso en sustitución de su cometido, y darles plena fuerza de convicción legal. Por lo demás, la diligencia y el dictamen pericial que aparecen en copia, no tienen, en ningún caso, el valor que se les atribuyó por el funcionario y los peritos que lo asesoraron.

La diligencia no tiene el carácter de extrajudicial, es decir, de aquella que se practica con el fin de preconstituir la prueba que ha de hacerse valer en juicio subsiguiente, o que tuviera por fin hacer constar en lo futuro hechos o circunstancias respecto de los cuales el transcurso del tiempo hiciera difícil su esclarecimiento, como lo prevé el artículo 731 del C. Judicial. Tales pruebas debieron ser practicadas en el juicio que se siguió en 1943, sobre "cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", de acuerdo con la ley, y para que surtieran efecto en ese proceso. Pero sucede que aquí se desconoce en absoluto la naturaleza, la causa y el objeto de tal litigio, porque en la copia no se hace mención a ellas. Razón tiene la Procuraduría cuando hace la siguiente afirmación sobre el particular: "tanto en la inspección ocular como en el dictamen pericial se hace a cada paso referencia a las súplicas y a los hechos de la demanda, lo mismo que a ciertos planos o mapas que fueron presentados en aquel juicio, hasta el extremo de que esa demanda y esos planos vienen a formar parte esencial e integrante de la inspección ocular y del trabajo pericial, o lo que es lo mismo, vienen a ser elementos tan indispensables, que sin ellos es absolutamente imposible poder comprender, interpretar, y apreciar dichas pruebas. Empero, sucede que de aquella demanda sólo se trajo a este negocio una copia incompleta y fragmentaria, que no incluye ni los hechos ni las peticiones según puede verse a los folios 2 y siguientes del respectivo cuaderno, y los planos a que se hace referencia también se desconocen porque no se presentaron a este juicio".

Fuera de lo anterior, que es fundamental, en cuanto a la falta de mérito probatorio de la copia en sí, por no poderse relacionar con las cuestiones debatidas en este juicio, examinando la propia diligencia se tiene lo siguiente. Dice el acta:

"El Magistrado ordenó que para dar mayor comodidad en el recorrido, se empezara el reconocimiento por el punto denominado 'El Limón'. Al efecto, tomando **información previa a los testigos** que se nombran adelante, se trasladó el personal de esta diligencia por el río Magdalena, aguas arriba hasta **donde dijeron** que está la boca del caño de 'Aguas Negras'. En la margen izquierda de este caño y a inmediaciones de la boca del mismo se encuentra el sitio 'El Limón', **según lo informaron**....". (Lo subrayado es de la Sala). Continúa así la diligencia con el reconocimiento de caños, ciénagas, bajos, lomas, corrales, playones, puntas, sabanas, posesiones, etc., todo mediante informaciones de testigos, según las expresiones que se consignan en el acta, que son, más o menos, de este tenor: "tomando informaciones de testigos", "punto donde dijeron", "según informaron", "los dichos testigos declararon", "cuya identificación se hizo por testigos", "los mismos señores hicieron las indicaciones", etc. Pero sucede que los tales testigos, cuyo dicho fue punto determinante y esencial de la determinación, no suscribieron el acta de la diligencia, lo que quiere decir, que tales informaciones no tienen valor alguno, ni pueden hacerse valer en contra del demandado; y además de esa inexplicable omisión, se incurrió también en un vicio ya criticado por la Corte en otra oportunidad, consistente en que, aunque el acta dice que los testigos fueron interrogados en legal forma, es lo cierto que respecto de esos testigos no se cumplieron ninguno de los requisitos que exige la ley, tales como el de ser examinados separadamente, responder cada uno lo que le conste con la explicación precisa de la manera como ha sabido los hechos, y luego de extender separadamente las declaraciones. Todas estas circunstancias reafirman la inconsistencia legal de la comentada inspección ocular.

A su vez, el dictamen de los peritos que actuaron en esa diligencia, se basa en el reconocimiento efectuado en la forma ya vista. Dicen los peritos: "El reconocimiento y verificación de estos linderos (los del Común de Remolino) contenidos en el pasaje que acabamos de transcribir, fue objeto principal de la diligencia de inspección ocular a que concurrimos con el señor Magistrado, y de que dá fe el acta a que nos hemos referido. Allí consta la manera como se estableció la correspondencia entre los lugares nombrados en la descripción, y los nombres que todavía se conservan sobre el terreno, entre las gentes que por allí habitan, con los cuales se designan los caños, ciénagas, sabanas, bajos y lomas que forman los terrenos de Remolino". Y antes de este pasaje habían dicho: "Prescindimos de hacer la relación del reconocimiento de los terrenos, el cual practicamos en asocio del señor Magistrado, porque preferimos remitirnos totalmente al acta de dicho reconocimiento, la cual fue redactada en forma muy completa y precisa, por el propio señor Magistrado a quien tenemos el honor de dirigirnos...". De modo, pues, que realizado el trabajo pericial con base en la inspección cuyo contenido queda analizado, es apenas lógico que el juzgador considere las conclusiones del dictamen, faltas de firmeza, o esencialmente equívocas.

De las probanzas analizadas hasta aquí, resulta: que no habiéndose determinado sobre el terreno

la ubicación y extensión de las tierras dadas en merced a los vecinos de la Parroquia de Remolino en 1776 y 1784, ni habiéndose determinado tampoco los terrenos del Común de Remolino descritos en la demanda, cuya ubicación se señala dentro de los Municipios de Remolino, Salamina, Sitionuevo y Pivijay, es imposible establecer, por la falta de elementos de referencia, la identidad de tales terrenos, y por consiguiente, no puede deducirse que la propiedad que el demandante dice tener en la actualidad, tenga por origen aquella adjudicación antigua, cuya ubicación debidamente determinada, se desconoce en este proceso, pues aunque aparezca redundante repetirlo, en este juicio no se verificó tal determinación en la inspección ocular pedida por el demandante, y la practicada en juicio distinto, carece de valor probatorio por la forma en que se llevó a cabo, es decir, por informaciones de testigos que no firmaron el acta de la diligencia. No desconoce la Sala que en la descripción de los linderos del Común de Remolino, que como propiedad actual describe la demanda y los indicados en la mensura de Manjarrés, hay algunos nombres comunes: (Caño del Mico, Cantagallanes y El Imposible), cuya identidad hubiera podido establecerse con la práctica de una prueba clara y precisa, técnicamente ejecutada; pero la circunstancia de ser esos pocos nombres iguales, no permite al juzgador dar por demostrada la identidad, y sobre todo, la localización de tales puntos sobre el terreno. La simple enumeración de los nombres que sirven de puntos al actual alindamiento —el que trae la demanda— que no figuran en la diligencia de deslinde de Manjarrés, es bastante para reafirmar el concepto de la necesidad imprescindible en que estaba el Municipio demandante de suministrar la prueba de que se viene tratando. Los nombres que no figuran en el título originario, son: el río Magdalena, como límite occidental; arroyo Renegado, caño de Palenque, Ciénaga Grande de Santa Marta, Rincón de las Garzas, ciénaga del Conchal, caño de la Solera, punta del Hachado, Playón de Bombitos, Corral Viejo de Landeta, Ciénaga de las Playas, Ciénaga de la Uña, Naranjito, Guaimaral, Caño Barrancú, Loma del Palmiche, Bajo de Meléndez.

Debe la Sala examinar ahora la tercera y última objeción de la Procuraduría, consistente en que tampoco se probó que el inmueble llamado el Común de Remolino esté claramente comprendido dentro del área de la Propuesta de contrato del Sindicato Ganadero S. A., origen del pleito. Aunque la parte demandante solicitó la prueba de la inspección ocular, con dictamen de peritos, para acreditar el punto, y tal prueba fue decretada por la Corte, ya se vio cómo su práctica resultó ineficaz por la manera como se llevó a cabo, pues es claro que para resolver la cuestión de si el área de la Propuesta se superpone a las tierras del demandante, se requiere la previa determinación de cada una de esas áreas. Pero, tal como consta en la propia acta de la inspección, "tanto los señores peritos como el señor Magistrado sustanciador estuvieron en un todo de acuerdo en que esa alinderación de los terrenos del Común de Remolino quedó claramente establecida en la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal de Santa Marta... según consta en el acta de fecha 13 de mayo de 1944 y días subsiguientes... Por tal motivo se prescindió de hacer el nuevo recorrido que determina el numeral cuarto de la demanda equivalente a los límites del municipio de Remolino". (Folios 70 v. a 74, cuaderno número 8). Habiéndose prescindido pues de hacer tal reconocimiento, que en manera alguna había quedado establecido en la inspección de 1944, como atrás se vio, necesariamente el dictamen pericial sin ese examen carece de bases sólidas. Luego el punto cuestionado no ha tenido solución en los autos.

Todo el análisis que antecede permite a la Sala repetir una vez más, con motivo de este fallo, la invariable doctrina de que sin la determinación precisa de los terrenos de la litis, es imposible que recaiga una declaración judicial de dominio privado del petróleo. De nada serviría para los fines de la acción, encontrar en los autos una titulación válida y suficiente para acreditar la tradición del inmueble de la Corona española a los particulares, si ese inmueble no puede ubicarse y determinarse topográficamente en la actualidad; como tampoco sería bastante la determinación de los predios a que se refieren las escrituras de adquisición de la propiedad actual, si ellos no pueden relacionarse e identificarse con los que fueron objeto de la merced o adjudicación colonial; y resultaría asimismo insuficiente conocer sobre el terreno el área de la propuesta de contrato de explotación de petróleos, faltando las comprobaciones antes aludidas, porque sólo es legalmente viable la acción en cuanto la superficie del área de la propuesta de contrato se superponga al suelo y subsuelo petrolífero del propietario particular. El conjunto de tales elementos es lo que constituye la cosa u objeto materia del litigio sobre el dominio, y ese presupuesto, debidamente acreditado, es lo que dá lugar al examen de la

validez jurídica de los actos o contratos que consten en la titulación presentada para acreditar la propiedad.

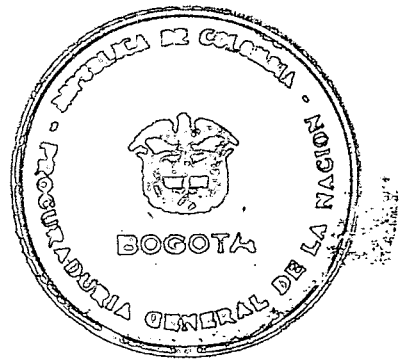
Por todas las razones expuestas, la decisión de la Sala debe ser adversa a las pretensiones de la demanda, imponiéndose, en consecuencia, la absolución de la parte demandada.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA el fallo del Tribunal Superior de Santa Marta proferido en la primera instancia de este juicio, en el sentido de negar las peticiones de la demanda, y absolver, como en efecto ABSUELVE, a la Nación, de los cargos formulados en ella.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara. — El Secretario, Jorge García M.



RESPONSABILIDAD DIRECTA O INDIRECTA DEL ESTADO. — PRESUNCION DE CULPA. — CULPA IN DILIGENDO E IN VIGILANDO. — PERJUICIO FUTURO INCIERTO POR LA MUERTE DE UN NIÑO

1.—El principio que regula la responsabilidad civil de las personas morales de derecho público tiene como fuente legal las disposiciones contenidas en los artículos 2347 y 2349 del C. Civil; y según la doctrina sentada por esta Corte, dicha responsabilidad se clasifica en directa o indirecta. La primera es aquella que se genera de un hecho cometido por funcionarios - órganos, o sean los que representan la voluntad del Estado; la segunda se configura cuando el hecho lo consuman funcionarios - dependientes, vale decir, los que no encarnan la voluntad de esa persona moral. Tratándose de actividades peligrosas opera la presunción de culpabilidad de las personas naturales o jurídicas por el hecho que cometen quienes de ellas dependen, presunción que consagra el inciso final del citado artículo 2347 al decir que la responsabilidad correspondiente a dichas personas cesará "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". De ahí que para exonerarse de responsabilidad debe la persona natural o jurídica probar la ausencia de su culpa, esto es, demostrar que el daño producido por su dependiente se debió a fuerza mayor o caso fortuito, o responsabilidad de la víctima. Esto porque la presunción se apoya en el deber que tienen las personas naturales o jurídicas de ser cuidadosas en la escogencia de sus servidores y en el control o vigilancia de los mismos. De manera, pues, que al perjudicado por un hecho cometido en el ejercicio de una actividad peligrosa le basta comprobar la realización del acto y al demandado le corresponde desvirtuar la presunción de su culpabilidad para eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa. La jurisprudencia y la doctrina han considerado, de manera invariable, como actividad que implica peligro, la que se relaciona con la dirección o movimiento de una máquina.

2. — La responsabilidad por el hecho de quienes dependen de una persona natural o jurídica, o proveniente de cosas sometidas a control o vigilancia, se genera de la culpa en la elección o escogencia del que, a nombre de dicha persona, debe realizar determinadas actividades, o de la falta de vigilancia necesaria de esa misma persona sobre su representante o empleado. Es decir, que la tesis se apoya en la culpa IN ELIGENDO o en la culpa IN VIGILANDO, la cual se presume, como atrás queda dicho, cuando se trata de actividades peligrosas, correspondiéndole entonces a la parte demandada desvirtuar esa presunción.

3.—No hay fundamento legal para estimar como perjuicios materiales, por la muerte de una menor de edad en accidente de tránsito, el dinero invertido en su educación y la pérdida del apoyo económico que a sus padres hubiera dado en el futuro, por ser esto último una eventualidad. Se carece, pues, en estos aspectos, de una base seria y cierta de donde pueda desprenderse el perjuicio patrimonial que hubiera podido causarse a sus progenitores con el insuceso, pues siendo la víctima una joven de muy corta edad, que apenas cursaba los estudios primarios, no estaba en capacidad de desenvolverse económicamente en forma tal que le permitiera reportar, dentro del juego de las actividades de la vida positiva, una utilidad apreciable de la cual hubieran podido aprovecharse sus padres o sus familiares, si no se hubiera malogrado ese suministro económico y pecuniario con motivo del deceso de la menor en quien ellos estaban haciendo gastos para su educación en el colegio.

Todo esto está diciendo que los familiares de la víctima no tenían en ella sino expectativas para el futuro, el cual era por lo mismo incierto; y ya se sabe que sobre el futuro incierto o hipotético no puede fundamentarse jurídicamente ningún perjuicio económico o material que sea fuente de derecho en pro de los que se dicen perjudicados con el fallecimiento de la menor, ocurrido por obra de un hecho culposo ejecu-

tado por vía indirecta, hecho sensible por el dolor que él entraña y por lo mismo digno de lamentar.

Ahora bien: el perjuicio material siendo futuro pero con bases de certeza puede indemnizarse a los interesados, titulares del derecho a percibirlo; pero el incierto o hipotético no produce acción ni derecho a reclamarlo, ya que sobre hipótesis nada puede crearse, ni mucho menos concretarse en fórmula alguna generadora de relaciones jurídicas que sean fuente de derechos, los cuales, como es sabido, suponen la existencia de hechos ciertos. Y esto porque las condiciones físicas de una menor de temprana edad, generalmente no permiten deducir ciertamente una conclusión racional acerca del rendimiento económico que pueda aportar ese sujeto no sólo para sí, sino para sus padres.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y por medio de apoderado, demandó el señor Lucio Materón Guzmán a la Nación, el 29 de julio de 1953, a fin de que por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que la Nación es civilmente responsable de la muerte de la niña Lucía Stella Materón Gómez, ocurrida el día 15 de agosto de 1950 en esta ciudad y a consecuencia de haber sido atropellada dicha menor por el vehículo militar con placas número 7428 de Bogotá, correspondientes al año de 1950, que conducía Miguel Antonio Torres.

"**Segunda.**—Que en consecuencia la Nación debe pagar al demandante en su condición de padre legítimo y representante legal de la menor Lucía Stella Materón Gómez, la suma de cien mil pesos m. cte. ($ 100.000.00) como indemnización de los perjuicios de todo orden que el actor ha sufrido por causa de la muerte de su hija citada o, en subsidio, la suma que se establezca pericialmente en el curso del juicio.

"**Tercera.**—Que en subsidio de la petición anterior, se condene a la Nación a pagar a los herederos de la menor Lucía Stella Materón Gómez, representados por el demandante Lucio Materón Guzmán, la suma expresada como indemnización de los perjuicios de que se trata, o la que se fije pericialmente en el curso del juicio".

Para fundamentar la demanda se puntualizaron los hechos que a continuación se resumen:

Miguel Antonio Torres, quien se hallaba al servicio del Ejército Nacional conducía, el 15 de agosto de 1950, un vehículo automotor perteneciente a la Nación. En la calle 75 entre carreras 13 y 14 —y por imprevisión o imprudencia pues viajaba a excesiva velocidad no obstante la concurrencia de gentes sobre aquel sector, en aquella fecha, por ser la vía una de las que dá acceso al Parque Gaitán— atropelló violentamente, a eso de las tres y media de la tarde, a la niña Lucía Stella Materón Gómez, de nueve años de edad, quien sufrió lesiones de tal gravedad que le causaron la muerte momentos después. La niña era la mayor de las hijas del demandante y de su esposa Onofre Gómez, cursaba estudios en uno de los colegios de la ciudad, con singular aprovechamiento por su inteligencia y consagración, y en ella cifraban sus padres las mejores esperanzas. El fallecimiento de la menor ocasionó al demandante erogaciones pecuniarias correspondientes a los servicios de clínica, médicos, entierro, etc., y los demás perjuicios de orden moral y material por la pérdida de la hija que hubiera sido para él efectivo apoyo en un futuro próximo, por el intenso dolor y porque la pena afectó el desarrollo normal de sus actividades.

Como disposiciones de derecho citó el actor los artículos 2347 y siguientes del C. C. y 734 y siguientes del C. Judicial.

Admitida la demanda y surtidos debidamente todos los trámites legales, profirió el Tribunal su fallo de 29 de julio de 1954 el que fue invalidado por esta Sala de la Corte, al revisarlo por apelación, a fin de que el juicio quedara en suspenso hasta la decisión definitiva del proceso penal que se seguía contra el responsable de la muerte de la menor.

Traída a los autos copia auténtica de las providencias de primero y segundo grados, dictadas en el negocio penal, y por las cuales se declaró prescrita la acción penal, repitió el Tribunal su fallo en el presente juicio resolviéndolo así:

"1º—Declárase que la Nación es civilmente responsable de la muerte de la niña Lucía Stella Materón Gómez, ocurrida el 15 de agosto de 1950 en esta ciudad, a consecuencia de haber sido atrope-

llada por el vehículo militar con placas número 7428 de Bogotá, correspondientes al año de 1950, que iba conducido por Miguel Antonio Torres, ordenanza del cuartel general de la Brigada de Institutos Militares:

"2º—En consecuencia, condénase a la Nación a indemnizar al demandante señor Lucio Materón Guzmán, como legítimo padre de la pequeña víctima, los perjuicios materiales que sufrió con motivo del citado accidente, cuya cuantía será regulada mediante los trámites del artículo 553 del Código Judicial y sobre las bases expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

"3º—Condénase igualmente a la Nación a pagar al mismo demandante señor Lucio Materón Guzmán, seis días después de ejecutoriado este fallo, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, a título de indemnización de perjuicios morales subjetivos;

"4º—No se condena al pago de perjuicios morales objetivados.

"Si no fuere apelada, consúltese esta sentencia.

"No hay lugar a costas".

De este fallo, proferido el 26 de septiembre de 1956, apeló el señor Fiscal y en tal virtud, concedido el recurso, se remitió el negocio a esta Sala, y agotados como están los trámites legales, se procede a resolver, para lo cual conviene, como es obvio, relacionar los elementos de juicio aportados al debate y resumir las alegaciones de la Procuraduría y el fallo de primera instancia, ya que ante el Tribunal no alegaron las partes ni ante la Corte lo ha hecho el apoderado del actor.

Las pruebas

Solamente el actor hizo uso del término probatorio en primera instancia para traer a los autos:

a) Los documentos de origen eclesiástico y civil que demuestran el matrimonio de Lucio Materón Guzmán y Onofre Gómez Santa; el nacimiento de Lucía Stella Materón, hija de aquéllos, y la defunción de la misma;

b) Varios recibos de dinero, suscritos por la Superiora del Colegio de Nuestra Señora, de esta ciudad, y referentes a Lucía Stella Materón; y la cuenta de cobro pasada al señor Lucio Materón por la Funeraria Hernández Ltda., con la constancia de haber sido cancelada;

c) Las declaraciones de los señores César Augusto Alvarez Arbeláez, Plinio Medina, Antonio Angulo Gutiérrez y José Manuel Urrea, relativas a la muerte de la niña Lucía Stella, las excelentes condiciones morales e intelectuales de ésta y las implicaciones que el lamentable suceso tuvo en las actividades comerciales del demandante;

d) Certificado del Comandante de la Brigada de Institutos Militares sobre el cargo de ordenanza que el 15 de agosto de 1950 desempeñaba el Sr. Miguel Antonio Torres, perteneciente al Cuartel General de aquella Brigada;

e) Certificados del Inspector 6º de Circulación y Tránsito y del Juzgado 3º Superior de Bogotá, acerca del sumario seguido contra Miguel Antonio Torres por el delito de homicidio en accidente de tránsito; y

f) Copia auténtica de la diligencia de autopsia del cadáver de Lucía Stella Materón Gómez llevada a cabo por el Instituto de Medicina Legal el 16 de agosto de 1950.

El actor pidió —y así fue ordenado por el Tribunal— el avalúo, por peritos, de "los perjuicios de orden material que ha sufrido el demandante con motivo de la muerte de su menor hija Lucía Stella Materón Gómez", así como también las declaraciones de los agentes de policía José David Quiguanas y Abelardo Albarracín. Sin embargo tales diligencias no se llevaron a cabo.

En esta segunda instancia las partes no solicitaron pruebas.

El fallo de primer grado

Anota el Tribunal, en primer término, que para la prosperidad de la acción por culpa aquiliana "se requiere que entre el agente del daño y la víctima no medie relación jurídica ni obligación preexistente de cuyo incumplimiento pueda provenir el perjuicio"; exigencia ésta que para el fallador de primera instancia está satisfecha en el caso de autos, puesto que entre la pequeña víctima y la Nación no había relación jurídica alguna. Analiza luego los elementos de esta acción o sean el hecho culposo, el perjuicio y la relación de causalidad entre uno y otro, sobre los cuales debe suministrar el actor la plena prueba; mas cuando el daño ha sido causado a consecuencia de actividades peligrosas, entre las cuales se han considerado por la doctrina y la jurisprudencia las inherentes al transporte en vehículos automotores, no obliga al actor la demostración del elemento culpa, sino la comprobación del hecho que causó el perjuicio, porque en estos eventos la existencia de la culpa en la actividad del agente se presume, por lo cual, para exonerarse de su responsabilidad, corresponde al demandado demostrar la inexistencia de la culpa.

En aplicación de estas nociones al caso sub-ju-

dice afirma el Tribunal que por la índole misma del suceso que causó la muerte de la menor, está relevado el actor de demostrar la culpabilidad del demandado.

Con estas bases encuentra el a-quo que la calidad de la menor Lucía Stella Materón como hija legítima del demandante; la de Miguel Antonio Torres como unidad del Ejército Nacional; el atropello de la niña por el carro que conducía Torres, y el fallecimiento de la misma a consecuencia de las lesiones que el accidente le causó, están plenamente probados con los elementos de juicio aportados por el actor y que atrás quedan puntualizados.

Pasa después el juzgador de primer grado al estudio de los perjuicios "de todo orden" cuya indemnización se demanda, y refiriéndose a los perjuicios materiales expresa lo siguiente:

"Pobre y escaso es el material probatorio que adujo la parte actora para demostrar los perjuicios materiales cuya reparación solicita. La prueba pericial fue oportunamente pedida y decretada, pero el experto del demandante no llegó siquiera a posesionarse. Apenas se sabe procesalmente, por los hechos narrados en el libelo, y por los documentos adjuntos al material probatorio de pruebas (sic), que la niña fue atropellada por el vehículo militar el día 15 de agosto de 1950, que alcanzó a ser llevada a una clínica para que se le prestaran los auxilios médicos del caso, que falleció al día siguiente, y que las exequias fueron contratadas con la "Funeraria Hernández" de esta ciudad y pagadas por el demandante señor Lucio Materón. (C. 2º fl. 8).

"Estas son las únicas bases que hay para la valoración de los perjuicios materiales, porque habiendo sido víctima una niña de edad escolar, que cursaba sus estudios en el Colegio de Nuestra Señora (hermanas de la Presentación), como aparece de las declaraciones de los testigos señores César Augusto Alvarez, Plinio Medina, Antonio Angulo y José Manuel (sic) y de los comprobantes de dicho Colegio que obran a los folios 1 a 7 del cuaderno 2º, no se ha demostrado ni aun siquiera afirmado, que su muerte hubiera puesto fin a algún provecho económico que derivaba el demandado.

"Todos los declarantes arriba citados están acordes en que la niña poseía buenas capacidades intelectuales, que era aficionada y consagrada al estudio. Pero de esta sola circunstancia, no puede deducirse que haya lugar a una reparación de perjuicios materiales, sobre la base absolutamente hipotética de que al terminar sus estudios, la niña se habría dedicado a realizar una actividad lucrativa cuyos beneficios hubiera reportado su señor padre. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han predicado constantemente a este respecto, que una de las condiciones esenciales para la reparabilidad económica de un perjuicio material, es la certidumbre del mismo, y en el presente caso, los que podría haber sufrido el actor según la hipótesis planteada, no tienen ese carácter.

"Por otra parte, la Corte ha dicho que 'La vida humana jamás puede considerarse por sí misma como un bien patrimonial, para que la privación de ella llegue a estimarse como perjuicio indemnizable". (Casación, LXXVII, números 2138 y 2139, pág. 55, 1º de marzo de 1954).

"En consecuencia, sólo se han establecido como perjuicios materiales sufridos por el demandante, es decir, como menoscabo que se infirió al patrimonio del mismo, todos los gastos de médicos, hospitalización y entierro de su pequeña hija, que deberán ser indemnizados por la demandada, en cuanto se muestre plenamente su cuantía al ejecutar esta sentencia.

"No pueden considerarse como perjuicios de esa naturaleza, como parece darlo a entender el apoderado de la parte actora al haber aducido como pruebas los comprobantes respectivos, los gastos que al señor Materón le ocasionó la educación de su hija hasta la fecha de su trágica muerte, por cuanto ellos obedecían simplemente a imperativos de orden moral y legal. No se trataba, pues, de dineros invertidos en un negocio que se frustró por la culpa aquiliana del demandado, sino del cumplimiento de sus deberes de padre, de los cuales no debía ni podía esperar para más tarde un rendimiento económico cierto".

Con respecto a los perjuicios morales objetivados no encuentra el Tribunal la prueba de ellos, pues considerando que podrían estar constituídos por las pérdidas que en sus negocios sufrió el demandante a consecuencia de la pena moral por la muerte de su hija, estima que los señores Alvarez Medina, Angulo y Urrea, al declararlo así, no dan adecuada razón de sus dichos y se comprende que deponen por referencias provenientes del mismo demandante.

Finalmente estudia el Tribunal los perjuicios morales subjetivos, y siguiendo la doctrina sobre aplicabilidad del artículo 95 del C. Penal considera que "debe hacerse la condena en este caso al pago del máximo que autoriza la ley, es decir, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente. Y tal condena sólo procede en favor del

padre de la víctima, porque mal podría extendérsela a la madre o a otros parientes de la niña, si ninguno de ellos ha intervenido en el juicio".

Por todas estas razones el Tribunal falló en los términos ya transcritos.

El alegato del señor Procurador Delegado

El señor Procurador reconoce que el hecho que causó la muerte de la menor fue consumado por Miguel Antonio Torres, quien pertenecía al Cuartel General de la Brigada de Institutos Militares, dependencia ésta de la Entidad de Derecho Público denominada La Nación, sin que por otra parte se hayan allegado, hasta ahora, elementos de convicción que puedan desvirtuar la presunción de culpa del agente; y por esto expresa la Procuraduría que la sentencia recurrida "se encuentra dictada dentro de las normas de la ley y ajustada a la equidad, a la justicia, y en general, a la jurisprudencia actuante dentro del más alto Tribunal en relación con lo debatido en autos, es decir, lo relacionado con la culpa civil extracontractual o aquiliana". Con todo, considera el representante de la entidad demandada que las condenaciones se produjeron con las pruebas existentes de autos, y que como no se han aclarado varios hechos sobre la forma como en realidad ocurrió el accidente puesto que dejaron de practicarse determinadas pruebas —como los testimonios de los agentes de policía David Quinguanas y Abelardo Albarracín—, para establecer la velocidad del vehículo, y de otra parte se siguió y falló un proceso penal contra el citado Torres, debe proferirse auto para mejor proveer, de conformidad con el artículo 600 del C. J., a fin de traer al presente juicio los elementos de convicción que se allegaren al proceso penal para que mediante el estudio de ellos pueda adoptarse una de las siguientes conclusiones:

Si no aparece desvirtuada la presunción de culpa por parte del ejecutor del daño, confirmar entonces, en su totalidad, la sentencia de primer grado.

Si "se amerita compensación de culpas, o 'división de responsabilidad', se debe reformar la sentencia hasta donde sea el caso para los efectos de la graduación cuantitativa de los perjuicios".

Y si hubo fuerza mayor, caso fortuito, culpa de parte de la víctima, etc., revocar el fallo recurrido para exonerar a la Nación de los cargos formulados en la demanda y condenar en costas a la parte actora.

Para resolver, la Sala CONSIDERA:

El principio que regula la responsabilidad civil de las personas morales de derecho público tiene como fuente legal las disposiciones contenidas en los artículos 2347 y 2349 del C. Civil; y según la doctrina sentada por esta Corte, dicha responsabilidad se clasifica en directa o indirecta. La primera es aquella que se genera de un hecho cometido por funcionarios-órganos, o sean los que representan la voluntad del Estado; la segunda se configura cuando el hecho lo consuman funcionarios-dependientes, vale decir, los que no encarnan la voluntad de esa persona moral.

Tratándose de actividades peligrosas opera la presunción de culpabilidad de las personas naturales o jurídicas por el hecho que cometen quienes de ellas dependen, presunción que consagra el inciso final del citado artículo 2347 al decir que la responsabilidad correspondiente a dichas personas cesará "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". De ahí que para exonerarse de responsabilidad debe la persona natural o jurídica probar la ausencia de su culpa, esto es, demostrar que el daño producido por su dependiente se debió a fuerza mayor o caso fortuito, o responsabilidad de la víctima. Esto porque la presunción se apoya en el deber que tienen las personas naturales o jurídicas de ser cuidadosas en la escogencia de sus servidores y en el control o vigilancia de los mismos. De manera, pues, que al perjudicado por un hecho cometido en el ejercicio de una actividad peligrosa le basta comprobar la realización del acto y al demandado le corresponde desvirtuar la presunción de su culpabilidad para eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa. La jurisprudencia y la doctrina han considerado, de manera invariable, como actividad que implica peligro, la que se relaciona con la dirección o movimiento de una máquina.

Teniendo en cuenta estos razonamientos, sobre los cuales no es necesario hacer un amplio análisis, toda vez que en muchos fallos suficientemente conocidos ha agotado la Sala la materia, se pasa al estudio de los elementos de juicio traídos a los autos, para saber si la acción prospera en la forma pretendida por el demandante según las peticiones principales de su libelo.

La personería sustantiva o legitimación en la causa, del actor Lucio Materón Guzmán, está plenamente demostrada en autos puesto que él actúa en su calidad de padre legítimo de la menor, víctima del accidente, calidad que acreditan los documentos de origen eclesiástico y civil de que atrás se ha hablado. Siendo esto así, para que pue-

da decretarse a su favor la indemnización que reclama, es preciso que aparezca comprobado el hecho o accidente que causó la muerte de la menor; que la Nación no haya desvirtuado la presunción de su culpabilidad, y que estén demostrados los perjuicios que aquel hecho ocasionó al demandante.

Como plena prueba del trágico suceso obran las diligencias y documentos atrás puntualizados, o sean:

Los testimonios de César Augusto Alvarez Arbeláez y José Manuel Urrea, quienes al punto 3º responden que les consta la muerte de la menor, ocurrida el 15 de agosto de 1950, a consecuencia de las graves lesiones que recibió al ser atropellada por el vehículo número 7428 del Ministerio de Guerra; los certificados del Inspector 6º de Circulación y Tránsito y del Juzgado 3º Superior, sobre la existencia del proceso penal seguido contra Miguel Antonio Torres, por el homicidio de la precitada menor ocurrido en accidente de tránsito, en aquella fecha; las providencias de primero y segundo grado proferidas en dicho proceso y mediante las cuales se declaró prescrita la acción penal; el acta de defunción de la niña Materón Gómez y la diligencia de autopsia, fechada ésta el 16 de agosto de 1950 y en la que se describen las lesiones y se concluye afirmando que "la causa de la muerte de dicha menor fue la anemia aguda consecutiva a las lesiones descritas, lesiones de naturaleza mortal"; y el certificado del Comandante de la Brigada de Institutos Militares acerca del cargo de ordenanza que en la fecha del accidente desempeñaba el señor Miguel Antonio Torres. Se tiene entonces establecido que éste, como dependiente del Cuartel General de la Brigada en mención atropelló, cuando conducía un carro oficial, por imprevisión o imprudencia, a la niña Lucía Stella Materón Gómez, hija legítima del demandante Lucio Materón Guzmán, y le causó la muerte.

Ahora bien: la responsabilidad por el hecho de quienes dependen de una persona natural o jurídica, o proveniente de cosas sometidas a control o vigilancia, se genera de la culpa en la elección o escogencia del que, a nombre de dicha persona, debe realizar determinadas actividades, o de la falta de vigilancia necesaria de esa misma persona sobre su representante o empleado. Es decir, que la tesis se apoya en la culpa **in eligendo** o en la culpa **in vigilando**, la cual se presume, como atrás queda dicho, cuando se trata de actividades peligrosas, correspondiéndole entonces a la parte demandada desvirtuar esa presunción.

Siendo, pues, esto así, el hecho que genera la responsabilidad indirecta de la Nación, en el caso de autos, surge plenamente evidenciado puesto que aun cuando el cargo desempeñado por Miguel Antonio Torres era el de ordenanza y no el de chofer, el organismo oficial de quien él dependía ha debido tener mayor cuidado en su vigilancia para evitar, precisamente, que su conducta ocasionara hecho tan fatal como el que se contempla en este proceso.

En estas condiciones le corresponde a la Nación demostrar que ejerció todo el cuidado y la vigilancia indispensables sobre su dependiente, para desvirtuar así la presunción de la culpa que se viene analizando; mas como de autos no aparece esa comprobación, porque la entidad demandada no la adujo en forma alguna, su responsabilidad —se repite— es evidente, y en consecuencia está en la obligación de reparar los daños o perjuicios causados al demandante con la trágica muerte de su hija.

No hubiera sido jurídico acceder a la solicitud del señor Procurador Delegado profiriendo auto para mejor proveer, porque como también lo tiene dicho la Corte, el ejercicio de la facultad que contiene el artículo 600 del C. J. "lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno de puntos trascendentales del litigio..." y siempre que "se mueva y desarrolle dentro de los límites y fines de la ley, esto es, como medio para purgar de confusionismo y oscuridad las pruebas y no como oportunidad procesal de crear nuevos elementos de convicción suplantando el interés e iniciativa de las partes". (LXIII, pág. 648).

Se ha dicho ya por qué, en casos como el de autos, le basta al perjudicado comprobar la realización del hecho, y le corresponde a la parte demandada desvirtuar la presunción de su culpabilidad. Y como a esto último tiende la solicitud del señor Procurador desde luego que por medio del auto para mejor proveer pretende traer a este proceso todas las diligencias del negocio penal para deducir de ellas si la Nación ha desvirtuado la presunción en referencia, o si hubo compensación de culpas, fácilmente se comprende que al ejercer en esa forma la facultad que contiene el citado artículo 600. estaría el juzgador desarrollándola por fuera de los límites y fines legales, es decir, suplantando el interés e iniciativa de una de las partes, comoquiera que le daría oportunidad procesal para crear a su favor nuevos elementos de con-

vicción que no adujo dentro de los términos que para ello fija la ley en ambas instancias.

Pasando ahora al estudio de los perjuicios encuentra la Sala con respecto a los de naturaleza material, jurídicos los razonamientos del fallador de primera instancia. En realidad, no se ha demostrado que el patrimonio del demandante sufriera, con motivo de la muerte de su pequeña hija, menoscabo distinto al que le causaron los gastos de hospitalización, médico y entierro. No hay fundamento legal para estimar como perjuicios materiales el dinero invertido en la educación de la menor y la pérdida del apoyo económico que a sus padres hubiera dado la niña en el futuro, por ser esto último una eventualidad. Se carece, pues, en estos aspectos, de una base seria y cierta de donde pueda desprenderse el perjuicio patrimonial que hubiera podido causarse al demandante con el insuceso de que dan cuenta los autos, pues la víctima era una joven de muy corta edad, que apenas cursaba los estudios primarios y por lo mismo no estaba en capacidad de desenvolverse económicamente en forma tal que le permitiera reportar, dentro del juego de las actividades de la vida positiva, una utilidad apreciable de la cual hubieran podido aprovecharse sus padres o familiares, si no se hubiera malogrado ese suministro económico y pecuniario con motivo del deceso de la menor en quien ellos estaban haciendo gastos para su educación en el colegio.

Todo esto está diciendo que los familiares de la víctima no tenían en ella sino expectativas para el futuro, el cual era por lo mismo incierto; y ya se sabe que sobre el futuro incierto o hipotético no puede fundamentarse jurídicamente ningún perjuicio económico o material que sea fuente de derecho en pro de los que se dicen perjudicados con el fallecimiento de la menor, ocurrido por obra de un hecho culposo ejecutado por vía indirecta, según los datos que arrojan los autos, hecho sensible por el dolor que él entraña y por lo mismo digno de lamentar.

Ahora bien: el perjuicio material siendo futuro pero con bases de certeza puede indemnizarse a los interesados, titulares del derecho a percibirlo; pero el incierto o hipotético no produce acción ni derecho a reclamarlo, ya que sobre hipótesis nada puede crearse, ni mucho menos concretarse en fórmula alguna generadora de relaciones jurídicas que sean fuente de derechos, los cuales, como es sabido, suponen la existencia de hechos ciertos. Y esto porque las condiciones físicas de una menor de temprana edad, como es la que se aprecia en el presente caso, generalmente no permiten deducir ciertamente una conclusión racional acerca del rendimiento económico que pueda aportar ese sujeto no sólo para sí, sino para sus padres.

Tratando de la inclusión de los gastos de educación dentro del concepto general de perjuicios materiales dijo esta Sala, en fallo de 29 de mayo de 1954 (G. J. número 2141, págs. 707 a 718):

"El argumento de que la muerte del hijo significa para los padres un perjuicio patrimonial, por razón de la frustración de los gastos que hicieron para su subsistencia y educación, parte de la base errada de que tales gastos son hechos por los padres en vista del lucro futuro que puedan proporcionar los hijos. Como observa el señor Procurador, los gastos de educación y establecimiento de los hijos constituyen una obligación legal de los padres (artículos 253 y 257 del C. C.), a la vez que "un deber moral y espiritual que tiene como fin al hijo mismo, no a los padres; como ha dicho la Corte de París, el conjunto de los gastos invertidos por los padres para satisfacer su obligación de alimentar, mantener y educar a su hijo, no podría ser considerado como un capital anticipado por ellos en vista de ventajas a recoger eventualmente". (Orgaz, El Daño Resarcible, pág. 107 ss.).

Y en el mismo fallo, al analizar lo concerniente al perjuicio por la pérdida de la ayuda económica del hijo, se expresó lo que sigue:

"Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio debe ser reparado en toda la extensión en que sea cierto. No sólo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro; pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual. La Corte Francesa de Casación —dice Chapus en su obra citada— se ha esforzado en ciertas sentencias por enunciar esta doctrina en términos no dudosos y ha declarado que "si no es posible decretar la reparación de un perjuicio puramente eventual, sucede de otro modo cuando el perjuicio, aunque futuro, aparece al Juez como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual que es susceptible de evaluación inmediata...".

"..... ....

"Uno de esos casos es el ya enunciado, de la desaparición de la vida de una persona por culpa de otra, y cuando la primera se hallaba en circunstancias de producir económicamente y de ayudar a la atención de las necesidades de otra u otras ligadas a ella por el vínculo estrecho de con-

sanguinidad. Siendo, desde luego, un elemento muy importante el de la **proximidad** en que se encontraba la persona fallecida de producir para las necesidades de sus familiares. Porque no es lo mismo el caso de un niño que fallece, que el de un adulto, en relación con sus padres. En el niño es muy lejana, remota y por tanto improbable la circunstancia de que él llegue a constituir un factor de ayuda económica para sus padres. Mas si se trata de un hombre ya formado, educado y con una carrera profesional, hay que admitir que su estado al morir es muy inmediato al de una producción de importancia para la cual precisamente se preparó en largos años de estudio".

En resumen, sólo hay fundamento legal para reconocer, en el caso en estudio, los perjuicios materiales deducidos por el Tribunal, o sean, los gastos de hospitalización, servicios médicos y entierro de la menor; mas como la cuantía de ellos no se estableció dentro del juicio, debe regularse por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J.

En cuanto a las pérdidas sufridas por el actor en sus negocios, por haberlos descuidado debido a la pena que le ocasionó la muerte de su hija, según lo refieren los señores Alvarez, Medina, Angulo y Urrea, no es el caso de analizarlas para darles adecuada calificación dentro del concepto general de perjuicios, porque los citados testigos aluden a ellas más por referencias del mismo actor que por conocimiento personal y directo. Es decir, que sobre esta cuestión no constituyen aquellos testimonios la prueba requerida por la ley; por tanto no se hallan evidenciadas tales pérdidas y por lo mismo sería superflua cualquier otra consideración a ese respecto.

Por último y en relación con los perjuicios morales subjetivos, no encuentra la Sala objeción alguna al fallo de primer grado, porque la condena en este punto se apoya en la doctrina que sobre aplicabilidad del artículo 95 del C. Penal ha sentado la Corte en numerosos fallos.

En conclusión, la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá el 26 de septiembre de 1956 está ajustada a las disposiciones legales correspondientes. De ahí que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la confirma.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo.—Con salvedad, **José Jaramillo Giraldo—Camilo Rincón Lara—Jorge García Merlano,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE JARAMILLO GIRALDO

Con el mayor respeto por las tesis de mis colegas de Sala, quiero presentar algunas de las inquietudes jurídicas que me sugiere el fallo anterior. Allí aparecen ciertas afirmaciones que el suscrito no podría aceptar integralmente sin exponerse al riesgo de que, el profundizar en ellas y desarrollarlas con todas sus consecuencias, pudiera aparecer, de cierta manera, en contradicción con el meollo doctrinario de donde surgen los principios y sugerencias de su "Salvamento de voto" fechado en diciembre 19 de 1956, que figura en los números 21-74 — 2175 bis, pág. 1276, T. LXXXIII de la GACETA JUDICIAL. Al f. 24 v. (pág. 12 del fallo anterior) se dice, textualmente:

"Pasando ahora al estudio de los perjuicios encuentra la Sala, con respecto a los de naturaleza material, jurídicos los razonamientos del fallador de primera instancia. En realidad, no se ha demostrado que el patrimonio del demandante sufriera, con motivo de la muerte de su pequeña hija, menoscabo distinto al que le causaron los gastos de hospitalización, médico y entierro. No hay fundamento legal para estimar como perjuicios materiales el dinero invertido en la educación de la menor y la pérdida del apoyo económico que a sus padres hubiera dado la niña en el futuro, por ser esto último una eventualidad. Se carece, pues, en estos aspectos, de una base seria y cierta de donde pueda desprenderse el perjuicio patrimonial que hubiera podido causarse al demandante con el insuceso de que dan cuenta los autos, pues la víctima era una joven de muy corta edad, que apenas cursaba los estudios primarios y por lo mismo no estaba en capacidad de desenvolverse económicamente en forma tal que le permitiera reportar, dentro del juego de las actividades de la vida positiva, una utilidad apreciable de la cual hubieran podido aprovecharse sus padres o sus familiares, si no se hubiera malogrado ese suministro económico y pecuniario con motivo del deceso de la menor en quien ellos estaban haciendo gastos para su educación en el colegio".

En relación con la primera parte de ese párrafo ("no se ha demostrado que el patrimonio del demandante sufriera, con motivo de la muerte de su pequeña hija, menoscabo distinto al que le causaron los gastos de hospitalización, médico y entierro"), debo manifestar que, a folios 17 vto., 22 vto. aparecen declaraciones muy atendibles a la luz de la sana crítica, y que, sin exhibir ese fondo de acuerdo previo que delatan ciertos testimonios monorrítmicos, donde el deponente se limita a repetir las palabras del cuestionario, concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Estos declarantes, interrogados separadamente y con todas las formalidades legales, dan razón de su dicho, lo expresan de manera diferente, aducen circunstancias de considerable valor por el aspecto de la técnica probatoria y, en general, permiten establecer un amplio margen para apreciar, con el auxilio de otros recursos legales, los perjuicios morales objetivados que aquí se niegan.

Además, tomando pie en mis conceptos del ya citado "Salvamento de voto" de diciembre 19 de 1956, "con todo el respeto que profeso a mis colegas de Sala, debo manifestar que posiblemente el origen de nuestra disparidad de criterio arranca, no de una concepción diametralmente opuesta sobre la "teoría del daño", sino de una falla en la manera como enfocaron, en este caso, al sujeto de Derecho y la ofensa inferida". La relativa juventud de los estudios colombianos sobre las diferentes facetas del daño, no ha permitido consolidar doctrinas que delimiten con exactitud las fronteras entre el "material" y el "moral" y entre los matices del uno y del otro. En el juicio que provocó mi anterior "Salvamento de voto", se produjo, en mi concepto, una confusión que llevó a la Sala a reducir aspectos muy valiosos del "daño moral" a los estrechos moldes del "material". En éste, se ha operado un fenómeno distinto, pero que tiene el mismo origen: la imprecisión en los lineamientos de las numerosas categorías del daño.

Dije en ese entonces: "Como decíamos antes, es posible que en los más complejos meandros de la subconciencia de algunos funcionarios se esté consolidando un equívoco difícil de expulsar, consistente en reducirlo todo, sin percatarse de la sutil confusión de factores que se opera en su mente, al relacionado con la "capacidad de trabajo", la "productividad", etc., es decir, facetas de or-

den económico aunque indirectamente puedan tener origen moral. Para muchos juristas, a poco reflexionar sobre el problema, el llamado "daño moral" se reduce a un perjuicio en el patrimonio económico. Cuando no ven clara la existencia de ese perjuicio, renuncian al intrincado análisis de la subjetividad. E inclusive cuando hablan de "Daño moral", mentalmente y de manera sutil están pensando en ingredientes que sólo cuentan para el otro. En esta forma se mantiene incólume, por ley de inercia, la vieja concepción del daño, anterior a 1922, cuando la reparación del moral adquirió carta de naturaleza en la jurisprudencia de este país.

"Nuestros jueces no se han acostumbrado todavía, a pesar de los fallos anteriores, y de otros que han tocado la epidermis del problema, a pensar con naturalidad en que al lado de "UN" daño material pueden existir numerosos daños morales, de varios matices, aunque provenientes del mismo hecho, y que paralelamente con el "ofendido material" pueden coexistir, en razón de la misma causa, varios "ofendidos morales". **Sólo un ejemplo**, entre muchos, proyectará luz indirecta sobre este inconcebible zig-zag jurisprudencial: ya en el año de 1935 (septiembre 17, Tomo XLIII de la G. J., pág. 305) se yergue el principio que —desarrollado con lógica jurídica y al calor de la incontenible dinámica social de un país como el nuestro— le habría permitido al legislador recoger la experiencia de los jueces para darle forma definitiva al concepto de "daño moral": en muy importante sentencia de casación se establece, de manera incidental la obligación de reparar LOS PERJUICIOS INDIRECTOS. Dice así: "...basta que, entre las diversas causas cuya ocurrencia fue necesaria para que hubiera daño, exista una que pueda ser imputada a CULPA de una persona determinada para que ésta sea responsable **de la integridad del perjuicio.** En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad...". "La Corte de Casación francesa, **sobre la base de una legislación menos amplia y comprensiva que la nuestra en esta materia** —como que la nuestra contiene todo lo que aquélla contiene y además otras disposiciones tendientes a ensanchar todavía más el dominio de la responsabilidad civil extracontractual— ha hecho, en sentencia reciente, interesantísimas aplicaciones de las ideas que acaban de exponerse....". **"Tampoco es necesario,** para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar LA INTEGRIDAD DEL PERJUICIO CAUSADO, que éste sea DIRECTO, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa **proximidad en el espacio y en el tiempo.** En la que pudiera llamarse **cascada de perjuicios** que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, DEBEN SER REPARADOS POR EL AUTOR DEL HECHO CULPABLE TODOS AQUELLOS DE LOS CUALES SE PUEDA AFIRMAR LOGICAMENTE QUE, AUNQUE ALEJADOS DE LA CULPA EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO, NO SE HABRIAN PRODUCIDO SIN LA CULPA".

"Pero hay algo más: nos parece que, al fondo de la operación mental que pretende subsumirlo todo en la idea del "daño material", existe una vaga reminiscencia de los estados primitivos del hombre, cuando el acto de la "venganza privada" se realizaba casi siempre con un férreo criterio individualista y monista; UN hecho, UNA ofensa, UN individuo que ofende, UN individuo ofendido, UN daño material **individualizado**, y, consecuencialmente, la venganza, que es el embrión de "la pena".

Esta vez, creo que se ha centralizado demasiado la atención en el perjuicio moral SUBJETIVO —aplicando la misma absoluta y cómoda jurisprudencia de los dos mil pesos que no es más que la tolerada puerta de emergencia por donde los jueces buscan la salida cuando se complica el análisis de la subjetividad, convirtiendo en doctrina uniforme la errada interpretación que otrora se le diera al artículo 95 del Código Penal—. Como dice Recassens, "frecuentemente se considera como principios jurídicos eternos lo que es solamente la cristalización eventual de un prejuicio colectivo".

Se ha desestimado, en mi concepto, el análisis de otro aspecto fundamental del "daño", o sea el "moral objetivado", que, de atenernos al enjundioso contenido del citado fallo de 1935, era indispensable reconocer en principio, para efectos ulteriores. Aún a riesgo de aparecer impertinente, debo insistir en que "tampoco es necesario, para que exista la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar LA INTEGRIDAD DEL PERJUICIO CAUSADO, que éste sea directo, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa proximidad en el espacio y en el tiempo. En la que pudiera llamarse **cascada de perjuicios** que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, deben ser reparados por el autor del hecho culpable TODOS AQUELLOS de los cuales se puede afirmar lógicamente que, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, NO SE HABRIAN PRODUCIDO SIN LA CULPA".

Está plenamente demostrado que cuando la niña sufrió el accidente, el señor Lucio Materón G. se encontraba en la ciudad de Cali, vendiendo una casa de su propiedad, negocio que no pudo llevar a cabo, **por el insuceso sufrido.** (F. 17 v.). Además, la muerte de la niña conmovió hondamente al padre, hasta el punto que tuvo que vender en seguida la casa donde vivía y no pudo realizar un negocio que tenía pendiente en Cali, **por lo cual** sufrió pérdidas morales y materiales (f. 18 v.), etc., etc. Se puede afirmar lógicamente que estos perjuicios, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, NO SE HABRIAN PRODUCIDO SIN LA CULPA. Luego deben ser reconocidos.

En relación con la segunda parte del párrafo transcrito, me permito reproducir conceptos de muy autorizados tratadistas de derecho que proyectan inesperada luz propia sobre el conjunto del problema:

Borrell Maciá — ("Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil", p. 103).

"La reparación debe hacerse valorando la entidad del daño por regulación del Tribunal atendido el precio de la cosa, siempre que fuere posible Y EL DE AFECCION DEL AGRAVIADO. La indemnización de perjuicios debe comprender los causados al agraviado Y LOS IRROGADOS POR RAZON DEL DELITO A SU FAMILIA O A UN TERCERO".

Hans Fischer—("Los daños civiles y su reparación", Madrid, 1928, p. 226).

"La justicia no sería completa si al que destruye insidiosamente un bien patrimonial sólo se le castigase a indemnizarlo. ¿Y quién le paga al perjudicado el disgusto, la indignación y los malos ratos?", diría el pueblo".

Alfredo Orgaz—("El daño resarcible", Buenos Aires, 1952, págs. 107, 131, 133, 135, 136, 137, 138, 244, 245).

En relación con los menores de edad, este tratadista alude ocasionalmente a una tesis que nuestro ilustre Valencia Zea enuncia con el brillo singular de todos sus conceptos. Dice Orgaz: "Con respecto a los niños, el argumento principal es que su muerte significa para los padres un perjuicio patrimonial por razón de la frustración de los gastos que hicieron para la subsistencia y educación de sus hijos y de la esperanza fundada que podían abrigar sobre todo tratándose de hogares humildes, de que aquéllos les prestarían en el futuro ayuda y sostén (19). Esta nota diez y nueve (19) dice así: "Es, como ya señalamos, la doctrina corriente y generalizada en todos los tribunales del país. Algunas decisiones últimas, sin embargo, mantienen esta tesis sólo con respecto a los 'gastos'; en cuanto a las 'esperanzas' de ayuda futura, se declaran no indemnizables en razón de su carácter puramente eventual. De este modo, Cam. Civ. la Capital, junio 16/946, I. J. A. 1947. I, p. 87".

Valencia Zea, en su "Curso de Derecho Civil Colombiano", Bogotá, 1948, T. VI, p. 235, dice lo siguiente: 'La Corte ha dicho que la muerte de un niño no causa daños materiales a sus padres, sino simplemente un daño moral que se avalúa hasta la suma de dos mil pesos. Afirma que como no tiene ninguna capacidad productiva actual y la que puede tener en el futuro es incierta, no hay bases ciertas para determinar el avalúo del daño material. En lo cual tiene razón. Pero nadie podrá dudar lo que ha costado a los padres la crianza, educación y sostenimiento del hijo que pierden; luego sería el caso de ordenar la indemnización de cuanto gastaron los padres en este sentido. **Este punto no ha sido contemplado aún por nuestros tribunales.** La doctrina y la jurisprudencia argentinas con mejor criterio establecen que la pérdida del hijo supone un perjuicio material".

Y una importante observación final, para terminar: esta noble doctrina sobre REPARACION DE LA INTEGRIDAD DEL PERJUICIO CAUSADO —(T. LXIII, pág. 305 de la G. J.—, encuentra asidero en las más puras fuentes de los filósofos y teólogos cristianos. Como una venia al tratado en el cual hicimos nuestro curso de "Filosofía del Derecho", transcribimos este concepto de Prisco —p. 389— que demuestra cómo las ideas relacionadas con los derechos subjetivos, logran eco y se responden a través de los siglos: "La lesión jurídica es tal porque infiere un daño al **derecho** de otro; luego el **daño causado al ofendido es la medida de la lesión jurídica.** Y como el valor y la cantidad del daño depende del valor y la cantidad del objeto del **derecho** que se disminuye o impide, de aquí que pueda establecerse este criterio general: tal y tanta es la lesión jurídica, cual es y cuanto es el daño causado; y tal y tanto es el daño, cual es la importancia y el valor del **derecho** que se disminuye o impide".

Ya en la inagotable cantera jurídica de Santo Tomás, de donde han extraído sus mejores bloques los pensadores de siglos numerosos, se encuentran afirmados con seguridad inconmovible, la génesis del moderno concepto del daño, y, al mismo tiempo, la humana comprensión de las mutaciones del devenir social que permitirán a las generaciones sucesivas, desarrollar ese con-

cepto sin convulsiones inútiles; plasmarlo sin destruir su íntima esencia; conducirlo con ontológica seguridad a su cimera plenitud. Destaco un pensamiento suyo, de perpetua e inexorable ignición jurídica: **"Peccata, quae conmmittuntur in proximum, sunt pensanda per se secundum nocumenta, quae proximo inferuntur; quia ex hoc habent rationem culpae".** (Los pecados que se cometen contra el prójimo, se deben pesar por sí, según los daños que se infieren al prójimo; porque de allí procede la razón de culpa).

Hincando mi consideración indeficiente por los ilustres juristas que integran la Sala, dejo expuestas las anteriores y breves razones que intentan justificar mi posición y mi tesis. No obedecen ellas a un prurito de teorizar, porque mis afirmaciones hunden sus raíces en el caso concreto que fallamos, y tienen valor estricto sólo para él. Ni al afán de resbalar sobre el expediente, cazando sutilezas para contender, porque he sumido sus tres cuadernos bajo las disposiciones de la norma, interpretando **intra** y no **extra legen.** Ni al capricho de disentir hasta en materia leve, porque esta controversia es fundamental en sí, independientemente de mi incapacidad para sostenerla. Y, además, beneficiosa, pues nadie sería osado a negar que en el conjunto de todo régimen de derecho existe, y es bueno que exista, un coeficiente de amplitud exegética a través del cual se puedan realizar las operaciones de aplicación particular, que surgen con el tiempo, y que la cambiante realidad social nos urge a cumplir cuantas veces la interpretación literal se sale de su gozne humano para convertirse en peso muerto contra las necesidades del hombre y de la vida.

Fecha ut supra.

José Jaramillo Giraldo

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Proposición de reconocimiento a los Magistrados doctores Jesús Estrada Monsalve y Camilo Rincón Lara, por el digno desempeño, en su orden, de la Presidencia y Vicepresidencia de la Corte.—Aprobada en sesión de Sala Plena de 26 de abril de 1957..... 1

Se deplora el fallecimiento de la señora Juana Padilla de Pachón. — Proposición aprobada en sesión de Sala Plena de 14 de mayo de 1957 1

Sanciones disciplinarias a un Magistrado de Tribunal Superior, por intervención en política.—Se declara al doctor Jorge Roberto Córdoba, responsable de hechos constitutivos de mala conducta social y se le suspende del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, por el término de treinta días.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 2

SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES

La acción de inexequibilidad para decidir acerca de la constitucionalidad de Leyes o Decretos Extraordinarios o Legislativos, consagrada en el artículo 214 de la Carta, no es desistible.—La solicitud de audiencia pública es improcedente en esta clase de acciones. — Se confirma la providencia que negó la admisión del desistimiento de la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 7

SALA DE CASACION CIVIL

Testamento del ciego. — El Notario no está obligado a obtener la prueba de la ceguera, sordera o mudez del testador.—Valor de las manifestaciones contenidas en instrumento público respecto de sus otorgantes y sucesores. — El fallo que declara de oficio probada una excepción perentoria o no demostrada la legitimación en causa, no es inconsonante con las peticiones de la demanda y debe ser atacado por la causal 1ª de casación. — En el juicio ordinario sobre nulidad de un testamento iniciado por Antonio Barrientos y otros contra Benjamín Angel Vargas y otros, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 8

La sentencia desestimatoria de la demanda por falta de legitimación en causa del actor, es absolutoria del demandado.—Sentencias absolutorias de fondo o sustantivas y procesales o adjetivas. — La legitimación en causa es elemento de la acción.—Mandato y prestación de servicios. — Interpretación de los contratos.—En el juicio ordinario sobre cumplimiento de una promesa de contrato de compraventa, adelantado por Santos Miguel Barrera y otros contra María Susana Molina y otra, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán..... 17

Validez de las asignaciones hechas para ser aplicadas al alma del testador.—Estas asignaciones no implican institución de heredero. — Interpretación de esta cláusula testamentaria.—Asignaciones modales. — En el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa, adelantado por el Presbítero Samuel Alvarez Botero contra Elisa Herrera de Betancour, la Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín. — Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas Vélez..... 31

Cuando el demandante, perjudicado en la ejecución de un contrato, reúne las calidades de contratante y de tercero, puede escoger entre la acción de responsabilidad civil contractual o la extracontractual, pero si sólo tiene una de estas calidades, únicamente

Págs.

puede ejercitar la acción correspondiente. Error de derecho.—Instrumentos públicos. Reversión al Estado de obras construídas en calles, plazas, etc., de propiedad de la Unión.—En el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios, adelantado por Pedro Felipe Lara y otro contra el Municipio de Cúcuta, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán 38

Validez de la promesa de contrato que contenga una condición indeterminada para la celebración del contrato. — Plazo y condición. — Diferencias entre la condición que afecta una asignación testamentaria y la que afecta una obligación.—Excepción de contrato no cumplido.—En el ordinario sobre resolución de una promesa de contrato de compraventa, adelantado por Maximiliano Cataño y otra contra Paulina Montoya de C., no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga.... 57

Condición resolutoria tácita y pacto comisorio.—Operancia de la excepción de contrato no cumplido frente a la acción de cumplimiento y a la resolutoria.—El haber sido Agente del Ministerio Público no lo inhabilita para rendir testimonio sobre hechos de que tuvo conocimiento en ejercicio del cargo.—Entrega del inmueble vendido.—Los Tesoreros y Contadores Municipales ejercen cargos de autoridades por lo cual pueden expedir certificaciones. — Carácter de las normas sobre régimen probatorio en el recurso de casación.—Error de hecho y de derecho. — En el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa, adelantado por Emigdio y Miguel Cortés Holguín contra el Municipio de Cali, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga 62

Evolución jurisprudencial sobre aplicación del sistema probatorio de la ley 45 de 1936 para reconocimiento de la filiación natural a los nacidos antes de la vigencia de dicha ley.—Reconocimiento de documentos privados firmados a ruego. — Apreciación de los documentos privados o reconocidos como auténticos.—Técnica de casación. — En el juicio ordinario sobre filiación natural adelantado por Bárbara Quijano de Chaux contra Rubén Cuéllar y otros, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 73

La autoridad de la cosa juzgada en relación con la parte motiva del fallo. — Valor probatorio de una sentencia, aducida en un nuevo juicio entre las mismas partes, respecto de los hechos en que se basó dicha decisión. — Efectos de la cosa juzgada.— Error de derecho. — En el ordinario sobre pago del valor de una edificación, promovido por Isabel Góngora v. de Rodríguez, como cónyuge sobreviviente de Oliverio Rodríguez y en representación de sus hijos menores Humberto Rodríguez y otros, obrando todos en nombre de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de los citados Oliverio e Isabel, contra Luis Rodríguez y otros, la Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán..... 86

Requisitos de los instrumentos públicos.—Diferencia entre tacha o excepción y objeción de falsedad de un documento privado. — Fuerza probatoria y obligatoria del instrumento.—Apreciación de pruebas en juicios de filiación natural. — Error de hecho y error de derecho. — Medio nuevo en casación. — Testimonios opuestos o contradictorios.—Los funcionarios de sociedades creadas por la ley no son empleados públicos. En el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución, adelantado por Carola Orozco, como representante legal de su hijo Henry o Enrique Orozco, contra la sucesión de Roberto Valencia Meza, representada por Luis Carlos Valencia Meza y otra, la Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales. — Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 95

Costas judiciales.—Sanción de no ser oído el litigante condenado en costas mientras no pague o consigne su valor. — Necesidad del requerimiento para hacer efectiva esta san-

Págs.

ción.—Quién debe aplicarla.—La actuación surtida posteriormente, oyendo a la parte que no ha cancelado las costas, no se invalida, por lo cual el superior adquiere jurisdicción para conocer del recurso interpuesto por dicha parte. — Causal 7ª de casación.— En el juicio ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa iniciado por Matías Cerquera contra Mario Silva y otro, se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, y se ordena remitir los autos a dicha entidad para que se dicte nuevo fallo tomando en consideración la apelación de uno de los demandados.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán 107

La fe debida a los instrumentos públicos.— Prueba del no pago del precio que aparece como recibido en la escritura. — Confesión del apoderado judicial. — Apreciación del dictamen pericial.—Legitimación en causa. Causal 2ª de casación.—Error en la interpretación de la demanda.—Los artículos 601 y 604 del Código Judicial son disposiciones sustantivas para efecto del recurso de casación. — En el ordinario sobre resolución de un contrato por falta de pago del precio de la cosa vendida, adelantado por Rafael María Charry y otra contra Francisco Albornoz, la Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla 113

Confesión inequívoca de paternidad contenida en la matrícula escolar del pretenso hijo. Establecida la autenticidad de una firma se presume auténtico el contenido del documento.—Cotejo. — Prueba de indicios.—En el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, seguido por Mélida Segura, en representación de su hija Gloria Elsy Zúñiga S. contra Mª Angela Hernández v. de Zúñiga, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga.— Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas V. 132

SALA DE CASACION PENAL

Se reitera la doctrina consistente en que la demanda de revisión debe ser elaborada por abogado titulado e inscrito en la Corte. No se admite la demanda de revisión promovida por el señor José Antonio Vera.— Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 141

Se abstiene la Corte de dirimir una colisión de competencias negativas entre Juzgados de Menores y Juzgados de Garantías Sociales. — La Corte se abstiene de dirimir una colisión de competencias suscitadas dentro de las diligencias que se adelantan a Francisco Antonio Saavedra Solano, sindicado de un delito contra la propiedad.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 142

En el delito de cohecho es indispensable la existencia de dos personas al menos.—En el de prevaricato debe haber relación de causalidad entre los sentimientos del Juez y su decisión. — No comete delito un funcionario cuando, con destino al pago de empleados o extraños a la oficina y a fin de acelarar el recurso de alzada, acepta dinero por la expedición de las copias.—Tal hecho constituye una irregularidad no recomendable.—Se confirma el sobreseimiento definitivo en favor de Luis Francisco Camacho, sindicado por el delito de prevaricato, en su carácter de Juez 2º del Circuito Penal de Cúcuta.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 144

En las causas de responsabilidad de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, al decidir éstos sobre una providencia consultada, pueden, simultáneamente, anular por incompetencia de jurisdicción la actuación del inferior y avocar el conocimiento del negocio. — Se confirma la cesación de procedimiento, por prescripción de la acción, decretado en favor del doctor Acisclo Rojas Peña, ex-Juez Promiscuo del Circuito de Nuquí, en el sumario que se le adelanta por el delito de abuso de autoridad. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 148

Colisión de competencias.—Posible necesidad de una calificación provisional para dirimirla.—Delito cometido en lugares distintos.—Se dirime la colisión de competencias suscitada dentro del sumario que se le ade-

Págs.

lanta a Luis E. Caicedo por el delito de estafa.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 150

La Corte se inhibe de conocer, por falta de competencia, de las infracciones cometidas por los Jueces Departamentales de Garantías Sociales.—Se inhibe la Corte de conocer de la denuncia formulada contra el doctor Manuel Barón Plata —Juez Departamental de Garatías Sociales—, por los "ilícitos de violación de los Decretos 0014 y 3.000" e incuria en el cumplimiento de sus deberes de Juez.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 152

Colisión de competencias. — Qué funcionarios la proponen y procedimiento que debe observarse. — Oportunidad de la Corte para resolver el incidente.—Se abstiene la Corte de resolver un incidente sobre colisión de competencias suscitado dentro del proceso que por el delito de homicidio, se adelanta a José Antonio Ortiz Jaimes. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 154

Prueba indiciaria. — Análisis y valoración de los indicios frente a los hechos procesales. La Corte no invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, dentro del proceso que se le adelanta a Manuel Salvador Torres Rojas, por el delito de estafa. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 156

Colisión de competencias.-Para que ésta exista y pueda decidirse por el superior es esencial que la controversia surja entre Jueces o Magistrados, no entre éstos y otra persona que no tenga tal carácter.—Las facultades de la Corte al decidir una colisión de competencias se limitan a señalar el funcionario a quien corresponda el conocimiento del negocio. — Se dirime la colisión de competencias suscitada dentro del proceso que se sigue a X. X. por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 164

Se dirime la colisión de competencias negativas, suscitada entre la Justicia Castrense y la justicia ordinaria.—Tal colisión se suscitó dentro del proceso que se adelanta a Arnulfo Rafael Urango Jiménez, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 167

Recurso de revisión. — Se niega la revisión propuesta por el Personero Municipal de Garzón.—Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 169

Para juzgar la conducta de un abogado por el procedimiento de la ley 69 de 1945, se requiere la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efectivamente aquella calidad. — Se revoca el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en favor de Víctor Renán Barco, sindicado de faltas contra la ética profesional. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 171

Prohibición de admitir pruebas no conducentes a esclarecer directa o indirectamente los hechos materia del proceso.—Es improcedente la designación de peritos para conceptuar sobre la legalidad de actuaciones judiciales.—Se confirma la denegación de la práctica de unas pruebas, dentro del proceso que se adelanta al doctor Neftalí Moncayo Guerrero, por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 173

Interpretación del artículo 231 del Código Penal, a la luz de las Actas de la Comisión Redactora.—Falsedad en documentos públicos y en documentos privados.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Manuel Antonio Londoño Jiménez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que se adelanta a Manuel A. Londoño por el delito de falsedad, y no se invalida el mismo fallo en cuanto a la condena proferida por el mismo Tribunal, para el procesado, por el mismo delito, José Ignacio Ortega Rúa. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel..... 176

No hay impedimento en los Fiscales cuando éstos se limitan a declarar en juicio que se ha cumplido el fenómeno prescriptivo de la acción por el transcurso del tiempo.—Se resuelve un impedimento dentro del proce-

Págs.

so que se adelanta en averiguación de los responsables del robo efectuado en casa de Gonzalo Balenta Lasso.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 183

Para efectos del fuero, el nombramiento no se presume y debe probarse plenamente con la copia del documento respectivo.—Probado dicho nombramiento, se presume de derecho el ejercicio del cargo. — La posesión puede probarse por cualquier medio legal. Elementos del delito de prevaricato.—En el elemento intencional, debe estar demostrada la relación de causalidad entre el Estado anímico y la providencia dictada. — Se declara que los hechos imputados al doctor Jorge Córdoba, no han existido y consecuencialmente se ordena la cesación de todo procedimiento contra aquél. — Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 185

Si la providencia que califica el mérito del sumario contiene un llamamiento a juicio y un sobreseimiento definitivo, éste debe consultarse antes de tramitar la causa o juicio. La Corte se abstiene de revisar la providencia consultada, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso que se adelanta al doctor Alfonso Villalobos Serpa, por el delito de abuso de autoridad. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 189

Penas. — Lesiones personales. — Circunstancias agravantes de los artículos 37 y 363 del Código Penal.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso que se adelanta a Abelardo Católico por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 191

Para poder juzgar la conducta de un abogado según el procedimiento de la ley 69 de 1945, es fundamental la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efectivamente aquella calidad.—Se revoca el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso que se adelanta al señor Alberto Palomino Salas por faltas contra la moral profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve.. 196

Págs.

Naturaleza de la providencia regulada por el artículo 153 del C. de P. Penal.—Procedimiento a seguir para dejar de iniciar una investigación criminal.—Se revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se declara que la acción penal intentada contra el doctor Horacio Gil, en su calidad de Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, no puede proseguirse por haber prescrito. El delito que se le imputa es el de prevaricato. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 198

Abuso de autoridad. — Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán, por medio de la cual se declara terminado el procedimiento criminal contra el doctor Isaac Velosa, en su carácter de Juez del Circuito Penal de Santander, por no existir en el proceso los hechos imputados al mismo.—Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 200

Extinción de la acción penal.—Se confirma la extinción de la acción penal en el proceso adelantado contra Manuel Franco Rodríguez, por defunción de éste.—Tal proveído fue dictado por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 202

Alegada una nulidad ante un Tribunal, no puede éste dictar sentencia sin decidir sobre ella.—Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso que por el delito de homicidio se adelanta a Francisco Patiño Gómez y otros.—En su lugar se decreta una nulidad.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 204

Jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar, para conocer de los delitos cometidos por miembros de la Policía. — Se dirime una colisión de competencias suscitada dentro del proceso que se adelanta a Isaías Balaguera Suárez por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 207

Los Inspectores Departamentales de Policía son funcionarios de Instrucción, no así los

Págs.

Jueces de Prevención o de Policía a quienes solamente compete el conocimiento de los hechos determinados en la Ley 48 de 1936 y los constitutivos de estados de especial peligrosidad.—En los delitos contra la propiedad el Decreto 0014 de 1955 se aplica sólo en cuanto al procedimiento.—En este procedimiento el auto de detención no equivale al de llamamiento a juicio del procedimiento ordinario, motivo por el cual no puede alegarse que la sentencia es inconsonante con los cargos formulados en el auto de proceder. — Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que se le adelanta a Enrique Vega Vahos por el delito de estafa. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 209

Impedimentos y recusaciones. — Enemistad grave.—Debe probarse y tener el carácter de recíproca para que pueda concebirse.— Se resuelve un impedimento dentro del proceso que se le sigue al doctor Diego Alvarez Vera, por faltas contra la ética profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 214

SALA DE CASACION LABORAL

Se declara admisible un recurso de casación. Término para interponerlo. — Los recursos de reposición y de hecho.—Se admite el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el ordinario laboral adelantado por José del Carmen Torres contra la Colombian Petroleum Company. — Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 216

El grado de consulta ha sido establecido en favor de la Nación, los Departamentos y los Municipios, pero no del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, porque es una entidad distinta de la Nación.— Se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, en el ordinario laboral instaurado por Ana Beatriz Forero Urrea contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y procediendo la Corte como Tribunal de instancia, declara que no es competente para conocer del fallo consultado.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán 218

El comisionista para vender puede tener o no contrato de trabajo, pero en el primer caso se requiere la presencia de las condiciones fijadas por el artículo 98 del Código de la materia. — El error de hecho y la técnica para su demostración.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral promovido por Carmen Amparo Laserna, en representación de su hijo menor José Aldemar Vélez Laserna, contra la empresa denominada Manufacturas de Acero Edmundo Vallejo y Cía. — Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 221

En qué consiste la subordinación o dependencia. — El arrendamiento de servicios o de obras puede dar lugar a contratos de trabajo, pero en tal caso deben demostrarse los elementos de dichos contratos.—Presunción de contrato de trabajo.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Miguel Angel Cantor contra al Compañía "Land Rober".—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano.. 224

Las relaciones laborales entre los trabajadores oficiales que aparecen ligados por contrato de trabajo, y la Administración, se rigen por las normas aplicables a los trabajadores particulares que estaban en vigencia antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo.—Medio nuevo en casación. Error de hecho.—Reformatio in pejus.—Violación de una norma constitucional. — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, en el ordinario laboral adelantado por Jorge Mora Toscano contra el Colegio de Boyacá.—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 230

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Juan Benavides Patrón en el fallo anterior 239

La terminación unilateral del contrato de trabajo mediante preaviso sólo opera en los de duración indeterminada.—Cargo por la cau-

Págs.

sal 2ª de casación.—Esta causal no prospera cuando del fallo de primera instancia han apelado las dos partes.—La Corte casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo, de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Alvaro Suárez Gómez contra la empresa "Aceites y Abonos del Valle, Ltda."—Magistrado Ponente: Doctor Enrique Arámbula Durán..... 243

La pena moratoria en que incurre el patrono por el no pago oportuno al trabajador de salarios y prestaciones, puede ser reclamada por los herederos del trabajador.—Esta sanción no se origina por el no pago del seguro de vida.—Pago de cesantía y prima de servicios en caso de muerte del trabajador.—Prohibición a los patronos de hacer deducciones compensatorias o retenciones del monto de salarios y prestaciones del trabajador.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Ruth Zuluaga v. de Gutiérrez, obrando en nombre propio y como representante legal de sus menores hijos Iván, Alvaro y Oscar Gutiérrez Zuluaga, contra la sociedad comercial "Gómez y Mejía, Ltda" Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán 252

Técnica de casación. — Reconocimiento tácito de documentos privados. — La Corte casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Pablo Antonio Ricaurte contra la "Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 261

Interés jurídico en la casación por las limitaciones de la alzada. — Los defectos en el rito probatorio como violación de medio de la ley.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en el ordinario laboral adelantado por Eduardo Murillo Díaz contra la Empresa Arrocera San José.—Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón..... 265

Prohibición del pago de salarios y prestaciones en especie.—Qué comprende el salario en especie.—La dación en pago en el derecho laboral.—Finiquito.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Lilia Valencia de Berrío contra Miguel Duque Londoño y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán 269

Se considera bien denegado un recurso de casación. — El valor de los "salarios caídos" que puedan causarse con posterioridad a la presentación de la demanda, no se computa en la masa valuable del juicio.—Se considera bien denegado el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Joaquín Gutiérrez contra el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral que el recurrente adelanta contra el Municipio de Buga (Empresa del Acueducto Público)—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín..... 277

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

En acción de indemnización por trabajos públicos pueden coadyuvar legítimamente en la causa del demandante, quienes, por derecho emanado del verdadero dueño y del cual recibían algún provecho, detentaban materialmente el bien en el momento de la ocupación por parte de la entidad pública. Se confirman los numerales 1º y 3º, se revoca el numeral 2º y se niegan las peticiones del coadyuvante Antonino Papa, en el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio que sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, adelantó la sociedad "Inversiones Ferias Limitada" contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo 279

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rincón Lara, en el fallo anterior..... 285

Comunidad herencial. — De qué se compone. La herencia o sucesión carece de capacidad para ser parte, y por tanto, no sustituye la personalidad del causante.—Si el daño no se ha inferido al patrimonio de aquél, el heredero sólo puede ejercitar la acción indemnizatoria en su propio nombre.—Para la titularidad de la acción debe tenerse en

Págs.

cuenta la calidad con que actúa el demandante.—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto y en su lugar absuelve a la Nación de los cargos que le formuló Carmen Torres v. de Garcés, en juicio ordinario sobre pago de perjuicios por la muerte violenta de José Garcés B. a manos de un funcionario del Estado.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara. 287

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—Determinación de los terrenos en litigio. — Se confirma en todas sus partes el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario adelantado por el Municipio de Pivijay del Departamento del Magdalena contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 292

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos.—Sin la determinación precisa de los terrenos de la litis, es imposible que recaiga una declaración judicial de dominio privado del petróleo. — Se reforma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el sentido de negar las peticiones de la demanda y absolver a la Nación de los cargos que le formuló en juicio ordinario sobre dominio del petróleo, el Municipio de Remolino. — Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo..... 306

Responsabilidad directa o indirecta del Estado.—Presunción de culpa. — Culpa in diligendo e in vigilando.—Perjuicio futuro incierto por la muerte de un niño.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la muerte de una menor en accidente de tránsito, adelantado por Lucio Materón Guzmán contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 314

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Jaramillo Giraldo, en el fallo anterior 322

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 414325.

—

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 414325, y será atendido inmediatamente.



GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXV - BOGOTA, COLOMBIA. JUNIO DE 1957 Número 2183

ESTUDIOS DE DERECHO

MEMORANDUM DE OBSERVACIONES AL PROYECTO DE CODIGO JUDICIAL

Por el Profesor ALVARO PEREZ VIVES

Artículo 335.—Sugiero adicionar el numeral 1º en el sentido de determinar que la suspensión del proceso se producirá en el momento en que éste se halle en estado de dictar sentencia, pues, como lo ha observado la Corte en varios fallos, nada impide que el Juez civil adelante el juicio hasta dejarlo en estado de recibir fallo, en espera de la decisión de la justicia penal.

Debe, igualmente, hacerse obligatorio para el Juez civil pedir al penal respectivo que le comunique la terminación del proceso penal y la decisión que en éste se haya tomado, la que será tenida en cuenta por el juzgador civil.

También debe quedar en claro que si el Juez civil, con desconocimiento de esta norma, continúa conociendo del negocio y dicta el fallo respectivo sin suspender el juicio, habrá nulidad por falta de jurisdicción.

Artículo 368.—Adicionarlo en el sentido de que, cuando se haya librado Despacho comisorio a otro funcionario para hacer una notificación, y el interesado se presenta a la secretaría del juez comitente para notificarse personalmente, tal notificación sólo producirá efectos si se hace antes de que el comisionado haya efectuado la que le fue encomendada.

Esto, para evitar lo que hoy día pasa, por mal entendimiento de la ley por parte de los funcionarios. Se ha venido sosteniendo que si el interesado se notifica personalmente en el juzgado comitente, los términos comenzarán a correr desde esta notificación y no desde la que haya hecho el comisionado. Tal evento ha ocurrido principalmente en juicios de lanzamiento en que el demandado, notificado por medio de juez comisionado, en la forma de aviso o nota fijada en la puerta de entrada del inmueble respectivo, ha dejado transcurrir el término para hacer oposición y se presenta ante el juez comitente, antes de que el Despacho comisorio haya sido devuelto, se notifica y formula oposición, la que en varias ocasiones ha sido aceptada.

Artículo 418. — Desde su origen, el recurso de casación tuvo como finalidad primordial "impedir que los órganos jurisdiccionales se valgan del poder de mandar en concreto, que el Estado ha delegado en ellos, sustrayéndose a la norma fundamental, cuya observancia constituye la condición **sine qua non** de aquel poder", reafirmando así "la autoridad de la ley frente al juez". (Calamandrei, **El recurso de Casación**, T. III, págs. 101 y 102).

Fue, pues, la defensa de la ley, contra las sentencias violatorias de ella, lo que determinó el

objetivo esencial de la casación y la creación de un Tribunal encargado de cumplir aquella alta misión.

Pero, al mismo tiempo, la institución recibía otra función, complemento de la primera "asegurar en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad del derecho objetivo, a través de la revisión y de la selección de las diversas interpretaciones de una misma norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado". (Calamandrei, op. loc. cit).

En realidad, más que dos funciones separadas o distintas, la finalidad primera, llamada de **nomofilaquia**, y la segunda, de **unificación jurisprudencial**, constituían simplemente dos aspectos de una misma función, la de velar por la integridad y el respeto de la norma jurídica, unificando el criterio de su interpretación, para facilitar así a las jurisdicciones inferiores su fiel y estricta observancia.

Por ello se ha considerado, y así lo creyó el legislador de 1931, que no es función del recurso "enmendar los agravios de las partes", por lo cual suprimió del artículo 519 del C. J. la frase correspondiente, que traían los artículos 149 de la Ley 40 de 1907 y 479 del Código de Arbeláez. Porque el restablecimiento de los intereses particulares puede ser apenas el resultado consecuencial —no esencial— del recurso; porque éste puede prosperar y enmendarse el agravio a la ley, sin que se remedie el que la parte que lo interpuso crea haber recibido. Esto sucederá siempre que el Supremo halle que, si bien la ley fue quebrantada y debe enmendarse el agravio inferido a la norma jurídica, el fondo del negocio —aunque por otras razones— debe considerarse bien decidido. Aquí cumplirá su función esencial de velar por la integridad de la ley y unificar la jurisprudencia, pero no enmendará el agravio inferido a la parte recurrente.

"Así, el complejo y altísimo oficio que la Casación cumple en nuestro ordenamiento jurídico no puede comprenderse sino por quien simultáneamente tenga presentes las dos finalidades de la misma que, aun cuando se puedan considerar separadamente en la investigación científica, se entrelazan y se compenetran, hasta llegar a coincidir en la realidad concreta, en la que casi siempre se reducen a ser nada más que dos apariencias de un mismo fenómeno". - (Calamandrei, III, págs. 103, 104).

Tal fue el origen de la institución y el motivo por el cual, el 12 de agosto de 1790, la Asamblea legislativa decidió que "el tribunal de casación será único y sedentario cerca del cuerpo legislativo", porque se le encomendaba la función esencial de velar por la integridad de la ley que éste había dictado; función esencialmente democrática, explicable sólo por la idea de que el Parlamento, al encarnar la voluntad soberana del pueblo, dictaba las leyes cuya fiel y estricta observancia por los demás poderes constituía un postulado indeclinable, cuya eficacia, en ausencia del propio Parlamento o por delegación de éste, debería vigilar un organismo emanado del mismo, prolongación, en cierto modo, del legislador que, a la postre, se llamó "el Tribunal de Casación".

Nacido, pues, de la revolución francesa, tiene un claro sentido jurídico-político que se resume en estos principios: el Tribunal sólo puede y debe emanar del Parlamento y su misión es velar por el respeto a la ley dictada por éste, considerada como la encarnación de la voluntad popular. Ninguna otra consideración sería posible sin desvirtuar su naturaleza y convertirlo en una Corte de instancia.

Por ello os sugiero suprimir la parte final del artículo 418 del Proyecto, en cuanto dice: "y además reparar los agravios inferidos a las partes".

Artículos 419 y 420.—El primero de los citados textos sigue las huellas del artículo 519 del C. J., y se separa del artículo 149 de la Ley 40 de 1907, al emplear la expresión: "sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores", en vez de la locución "sentencias **definitivas**" que traía el precepto citado en último término.

No obstante, en la práctica, han surgido discrepancias sobre lo que deba entenderse por **sentencia**, desde el punto de vista del recurso, y se ha sostenido algunas veces que sólo los fallos que hacen tránsito a cosa juzgada **material**, son susceptibles de impugnarse en casación.

Tratando de definir el problema, el artículo 86 del C. Pr. del Trabajo, reprodujo la expresión "sentencias definitivas" empleada por la Ley de 1907, y esto se debió a que "al redactarse el Estatuto procesal del trabajo no podían echarse en olvido las frecuentes discusiones sobre el carácter de la sentencia impugnable en casación que ,a pesar de las particularizaciones del mismo artículo 519, se habían suscitado en los estrados de la justicia ordinaria". (Herrera Anzoátegui, "El recurso de casación en el procedimiento del trabajo", en Diario Jurídico del 2 de mayo de 1953, pág. 374, 1ª).

No obstante, tampoco esta precisión puso fin a

tales problemas, en la justicia laboral, que ha encontrado cierta dificultad al definir la "sentencia definitiva" de que trata el citado artículo 86, C. Pr. Tr.

Para elucidar el problema planteado, que los procesalistas reconocen como difícil, es preciso analizar: a) Qué es sentencia, y b) Cuándo una sentencia es recurrible en casación, desde el punto de vista de su contenido, y no por razón de la cuantía o de la naturaleza del juicio en que se pronunció, aspectos que no vienen al caso.

a) Es tendencia general la de distinguir las sentencias de las demás providencias por ciertas características atinentes a su aspecto formal (entre nosotros deben ajustarse al artículo 471, C. J.); al órgano jurisdiccional que las dicta: sólo el juzgador que conoce del asunto; al hecho de que **ponen fin** a la relación jurídico-procesal y vinculan al Juez que las dictó, constituyendo ley del proceso y, además, decidiendo sobre la acción deducida y no sobre cuestiones incidentales o previas surgidas del curso del proceso; al modo especial de su publicación y notificación, y al hecho de que su ejecutoria se declara por el Juez que las profiere.

Esta tendencia, que nuestra Corte acogió en su fallo del 17 de diciembre de 1935, reconoce que el viejo concepto de sentencia, reservado únicamente a las decisiones **de fondo**, de origen romano, ha sido modificado por la influencia germánica que admite **sentencias** sobre las formas procesales.

El Derecho alemán distingue las sentencias (**Urtheile**), de otros actos procesales emanados del Juez, como los decretos (**Verfugungen**) y las ordenanzas (**Beschlussen**). Para los procesalistas germanos, "sentencia es el fallo del Juez que contiene la determinación de lo que es derecho en el caso concreto, emitida después de una controversia" (Planck, "Tratado de Derecho Procesal Civil alemán", t. 1º, páginas 450 y 452; Kleinfeller, "Tratado de Derecho Procesal Civil...", págs. 207 y 215; Kisch ("Doctrina de la Sentencia"), etc. Definición no lejana de la que dio Alfredo Rocco, al decir que la sentencia es "el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), al aplicar la ley al caso concreto indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés". ("La sentencia civil", núm. 12).

El Código Procesal Civil italiano de 1940 (vigente desde el 21 de abril de 1942), abandonó la clasificación tripartita prementada y adoptó la de "ordenanzas" y "sentencias". El artículo 279 dice en su primer inciso: "El colegio, cuando provee solamente sobre cuestiones relativas a la instrucción de la causa, sin definir el juicio, pronuncia **ordenanzas**". Y, en su segundo inciso agrega: "El colegio pronuncia **sentencia:** 1º Cuando define el juicio, decidiendo cuestiones de jurisdicción o de competencia. 2º Cuando define el juicio, bien decidiendo cuestiones prejudiciales atinentes al proceso, bien cuestiones prejudiciales de fondo. 3º Cuando define el juicio, decidiendo totalmente en el fondo. 4º Cuando, al decidir algunas de las cuestiones de que tratan los numerales 1º, 2 y 3º, no define el juicio, e imparte orden de seguir diferente regulamiento para la ulterior instrucción de la causa. 5º Cuando, valiéndose de la facultad de que tratan los artículos 103, inciso 2º, y 104, inciso 2º, decide solamente una de las acciones hasta aquel instante acumuladas, y ordena proseguir en cuerda separada, con distintos regulamientos, las demás acciones, u ordena la remisión a un juez inferior, de las causas de su competencia".

Por último, el inciso final del citado texto italiano prohibe al "colegio" prejuzgar, por medio de ordenanzas, sobre la decisión de la causa.

Lo dicho nos permite concluir que para los juristas tudescos e italianos "la sentencia es el acto por el cual el órgano jurisdiccional, al aplicar la norma al caso concreto, mediante un juicio lógico, pone fin a la incertidumbre sobre la tutela jurídica que corresponde a un interés determinado, esto es, profiere una declaración sobre un contenido de derecho material o de derecho procesal, que elimina la incertidumbre en relación con la aplicación de la norma de uno u otro derecho al caso debatido". En este sentido, la sentencia puede decidir aspectos meramente procesales del litigio o proferir un pronunciamiento de fondo sobre el mismo.

b) Los italianos han distinguido entre las **sentencias definitivas** y las **sentencias interlocutorias,** llamadas, también, las primeras, **decisorias** o **de fondo,** y **ordenatorias** o **incidentales,** las segundas, si bien, en ocasiones, una sentencia ordenatoria puede ser definitiva, cuando cierra el proceso o una fase suya.

"La sentencia definitiva es el acto mediante el cual cumple el Juez la obligación derivada de la demanda judicial; con la sentencia ha terminado su oficio (**functus oficio**); a no ser que haya de tomar decisiones consecuenciales (liquidación de las costas, delegación al ujier para la notificación al rebelde, etc., etc.). El Juez no deberá ingerirse más en el pleito; si la sentencia es impugnable, surgirá con la impugnación un segundo estudio de

la relación procesal en que será competente otro Tribunal...". (Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", II, número 76, y 1º, número 3; III, y número 5).

Por su parte, los juristas alemanes aceptan que "la declaración de una relación jurídica cierta, encaminada a eliminar la incertidumbre sobre una relación concreta de derecho, que hemos llamado sentencia, puede referirse tanto a una relación de derecho material como a una relación de derecho procesal".

No siguió este criterio el Derecho austriaco, para el cual "sentencia es únicamente el acto del juez que declara una relación de derecho material" (Menestrina, "La prejudiciale", págs. 32 y ss.).

El examen de Derecho comparativo que hemos efectuado tiene como finalidad precisar que, tanto entre los expositores como entre las legislaciones extranjeras, se da el calificativo de sentencia tanto a las providencias que entre nosotros se llaman tales como a aquellas de carácter interlocutorio, de cuya decisión depende la continuación del procedimiento. Y que, cuando una sentencia interlocutoria cierre el proceso a una fase suya, tendrá el carácter de definitiva.

A primera vista podría creerse que el problema, en lo atinente a nuestro Derecho procesal, quedó resuelto por el artículo 519 del C. J., al eliminar la expresión "definitivas" de su texto, como lo hace el artículo 419 del Proyecto. No obstante, como la definición que de sentencia trae el artículo 342 del mismo, es, en el fondo, la misma contenida en el num. 1º del artículo 466 del C. J., los problemas que se han planteado hoy a los jueces civiles, que son sensiblemente iguales a los que se han presentado en la justicia laboral, pese al empleo del término "definitivas" por el artículo 86 del C. Pr. Lab., pueden aparecer de nuevo al ser expedido el nuevo Código.

La Sala de Casación Civil de la Corte ha empleado la expresión "sentencias definitivas", para decir que sólo éstas son susceptibles del recurso, en los siguientes fallos, entre otros: 8 noviembre 1938 (G. J. t. XLVII, 403) y 28 de agosto de 1947 (G. J. t. LXII, 467). En la del 24 de octubre de 1947, habló de "sentencias de último grado" (G. J. t. LXII, 726). Y en el auto de 7 de marzo de 1951 (G. J. t. LXIX, págs. 333 y 334), dijo: "En los juicios ordinarios las únicas resoluciones acusables en casación son las sentencias de segunda instancia de los Tribunales Superiores, en negocios cuya cuantía alcance al límite legal (artículo 519 C. J.). Y para que una resolución judicial sea sentencia se requiere que decida "definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste", según los términos precisos del ordinal 1º del artículo 466 del mismo Código.

"De manera que el ser definitivo, es decir, que termine o ponga fin al juicio o alguna de las etapas o grados de éste, es una de las características esenciales de toda sentencia judicial, como lo es también que la decisión recaiga sobre lo principal de aquél...

"En el caso en estudio, el Tribunal, en lugar de fallar en el fondo, como ha podido y debido hacerlo, limitóse a revocar el fallo apelado, para el solo efecto de que el inferior lo dicte de nuevo teniendo en cuenta sus observaciones. La decisión del Tribunal no ha recaído sobre lo principal del pleito; no es una sentencia y no está, por tanto, sujeta al recurso extraordinario de casación"...

"El C. J. en sus artículos 471 y 472 fija los requisitos sin los cuales la resolución de que se trate no puede ser sentencia, por más que formalmente tenga la apariencia de tal y que como tal haya sido publicada y notificada". (G. J. precitada).

En la sentencia del 20 de noviembre de 1951 (G. J., t. LXX, 815 y 816), dijo la Sala de Casación Civil: "En los juicios divisorios no es procedente el recurso de casación contra la providencia del Tribunal Superior que declare probada la objeción propuesta al primer trabajo de partición y ordene rehacerlo. Pero esto no sucede porque se trate de un auto interlocutorio. La providencia que resuelve sobre la partición presentada y las objeciones que se le formulen tienen, sin duda, fuerza de sentencia; no hay lógica cuando se dice que es sentencia si el fallo aprueba la partición, y que es simple auto interlocutorio si declara probada una objeción y ordena rehacer el trabajo. Lo que pasa es que en el último evento la providencia no le pone fin al pleito, como sí sucede en la primera. Así, pues, el fallo que ordena rehacer una partición es, en el sentido anotado, una providencia interlocutoria con fuerza de sentencia, como otras que existen en nuestro procedimiento, v. gr., las que deciden excepciones en juicio ejecutivo y la de expropiación".

En la anterior decisión hallamos la huella de las **sentencias interlocutorias** a que nos referimos anteriormente; y, también, encontramos que tales providencias, aunque sean **sentencias**, no son **definitivas** y no pueden acusarse en casación.

De forma, pues, que la definición que de sentencia trae el C. J., e igual cosa puede predicarse del proyecto de reforma, no basta para decidir

sin lugar a dudas cuándo una sentencia puede ser acusada en casación. Problema que tampoco resuelve el artículo 519, C. J. (419 del proyecto de reforma).

Esta observación adquiere excepcional importancia frente a ciertas decisiones que rehusan el recurso para aquellos fallos pronunciados por los Tribunales Superiores en segunda instancia cuando, sin decidir del fondo del negocio, se abstienen de conocer del mismo, porque se considera que esas sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada material.

Así, cuando se decide no ser del caso decretar las peticiones formuladas por el actor, pero se deja a éste libre la acción incoada, para que la deduzca en un nuevo juicio, o se le reconoce el derecho a ejercitar una acción diferente de la propuesta y, en general, cuando se decide sobre los presupuestos procesales, se ha sostenido que el fallo, por hacer tránsito sólo a **cosa juzgada formal**, no es impugnable en casación. (Cas. 23 septiembre 1937, G. J. número 1929, pág. 747. Tribunal Supremo del Tr. autos de 14 septiembre y 15 diciembre 1954; 10 mayo y 9 noviembre de 1955).

Si bien es cierto que el sistema del proyecto, de la previa calificación por el Juez de los presupuestos procesales, descarta esta última posibilidad, no lo es menos que subsisten las demás. En tal forma podría aún discutirse la admisibilidad del recurso contra la sentencia que declara probada la excepción de petición antes de tiempo, por ejemplo.

Debe, por lo tanto, aclararse si únicamente las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada **material** son susceptibles del recurso, o éste procede también contra algunas sentencias que sólo hacen tránsito a cosa juzgada **formal**, en la misma forma que se definió que la casación puede interponerse contra ciertas providencias que, aunque desde el punto de vista formal no sean consideradas "sentencias" y se les califique de "autos interlocutorios", desde el punto de vista de su contenido y efectos tienen fuerza de sentencia definitiva (artículo 420 del proyecto). Sin que deba perderse de vista que nada impediría calificar tales autos de "sentencias interlocutorias", porque una sentencia no deja de serlo, ni es menos definitiva, por el solo hecho de que recaiga sobre una relación de derecho **procesal** y no sobre una relación de derecho **sustancial** o **material**. Otras son, conforme vimos, las diferencias entre la sentencia **definitiva** y la que no lo es, y en este sentido considero que debe orientarse la H. Comisión.

Por lo dicho me permito sugerir las aclaraciones o adiciones correspondientes, a las normas analizadas en los párrafos precedentes, teniendo en cuenta la observación consistente en que un asunto de fondo puede ser materia de una providencia **interlocutoria**, como cuando se decide por **auto** sobre la excepción dilatoria de cosa juzgada o de transacción, y que una cuestión procesal puede decidirse mediante una **sentencia**, en los casos que dejo señalados.

Artículo 422.—En el numeral 1º se consagra la causal tradicional de la violación de la ley sustantiva, eliminando los problemas que suscita la defectuosa redacción del consiguiente numeral del artículo 520, C. J.

No obstante, debo hacer dos observaciones:

1ª—Se conserva la idea de "norma violada", si bien se tecnifica el concepto de "ley sustantiva", al emplear la expresión moderna y muy precisa de "derecho sustancial" o material.

En realidad, la casación por violación de la ley, no debe limitarse en su enunciado a "la norma", porque suele comprender el agravio toda una serie de normas cuya determinación individual y de conjunto es esencial para la prosperidad del recurso, porque si sólo se citaran algunas (con mayor razón una sola) como violadas y se prescindiera de las demás, el recurso no podría prosperar. De allí la expresión "proposición jurídica completa de derecho sustancial o material" que se emplea para casos semejantes.

Por tal motivo propongo esta adición: "Cuando el agravio se haya inferido a varias normas, el recurso deberá expresar la proposición jurídica completa de derecho sustancial o material que haya sido quebrantada por el fallo".

2ª—Un principio fundamental de la casación es que no puede producirse, a un mismo tiempo, un error de derecho y un error de hecho en la estimación de una misma prueba.

Esto es claro, porque si el sentenciador le negó el mérito legal a la prueba o le dio aquel que no tenía, no hay para qué entrar en el examen de la prueba, desde el punto de vista de la evidencia, puesto que, en el primer caso, no fue estimada y, en el segundo, su estimación está jurídicamente errada. La cuestión de hecho no juega, pues, en el problema de saber si una norma fue bien o mal apreciada, desde el punto de vista de su mérito legal.

El error evidente de hecho sólo puede producirse cuando el juzgador, que dio el exacto valor legal a la prueba, yerra sobre su contenido material y predica de éste lo que evidentemente no dice,

Deducir, respecto de una misma prueba, la doble acusación de error de derecho y de hecho, es presentar a la consideración de la Corte extremos que se excluyen y que no pueden producirse simultáneamente. Pero la Sala de Casación Civil, con exceso de rigor, en mi concepto, ha venido desechando recursos por la sola circunstancia de que el recurrente propone coetáneamente la acusación por error de hecho y por error de derecho, siendo así que nada le impediría examinar, en el orden lógico, la estimación de la prueba que hizo el juzgador de instancia, primero para saber si le dio el mérito legal debido, luego, y en caso de una solución afirmativa, para ver si esa prueba, correctamente apreciada desde el punto de vista jurídico, fue estimada conforme a la evidencia que de ella surge o no. En otros términos: creo que deba adicionarse el inciso del numeral primero del artículo 422, para decir algo así: "Cuando el recurrente exprese simultáneamente que el sentenciador cometió error de derecho y error de hecho en la estimación de una prueba, deberá demostrar separadamente el cargo, presentando el error de hecho como subsidiario, esto es, para el caso de ser rechazado el error de derecho".

ERRORES IN PROCEDENDO.—Se ha eliminado, como causal de casación, la 6ª del artículo 520, C. J., mientras se han mantenido otras por el motivo indicado.

Si bien la eliminación de algunas causales, por ejemplo, la 7ª, se explica mediante el sistema del previo pronunciamiento sobre los presupuestos procesales, no ocurre lo mismo con ésta de las nulidades, que tan importante fuente de doctrina ha sido en la práctica.

Artículo 432. — Considero fundamental que se obligue al recurrente a expresar el alcance de la impugnación, esto, lo que se conoce con el calificativo de "petitum", salvando así una omisión del artículo 531, C. J.

Así como es esencial expresar la "causa petendo" de toda demanda, lo es expresar qué se pide, esto es, si la casación debe ser total o parcial, si la sentencia de primera instancia debe mantenerse, revocarse o modificarse, en caso de ser invalidado el fallo acusado.

El artículo 90, C. Pr. Lab. colmó la laguna indicada, en su num. 4.

Artículo 867.—Se define en este artículo en qué consiste el título con mérito ejecutivo, y sobre el particular nada tengo que observar. Pero como entre las obligaciones que pueden demandarse ejecutivamente están las hipotecarias, como el Código Civil permite ejercitar conjuntamente las acciones personal e hipotecaria (acción malamente llamada mixta) y como sobre el particular no he hallado nada en el Proyecto, me permito sugerir que se redacte un artículo nuevo, que bien podría ser el 867-bis, en el cual se regule la acción real ejercitada dentro del juicio ejecutivo, se fijen los requisitos de forma de la misma, los documentos que deban acompañarse a ella, etc., etc.; y se deje en claro que, intentado el juicio ejecutivo con acción real, ya no le será posible al acreedor desistir de la vía escogida para proponer únicamente la acción real, por el procedimiento del título XXXV, ni viceversa, propuesta la acción real de conformidad con el título últimamente citado, no podrá desistir de ella para intentar el juicio ejecutivo con acción real, sino únicamente el ejecutivo con acción personal, excepto en los casos previstos en el artículo 1035 y ss.

Artículo 886.—Se sustituyó de este texto la frase: "otorgar una escritura pública o suscribir una obligación", que trae la ley 66 de 1945, por la expresión "suscribir una escritura pública".

No obstante, muchas obligaciones de este género consisten en suscribir un documento o escritura privada, por ejemplo, cuando el negocio jurídico no deba constar por escritura pública, y en aquellos casos en que la ley obliga a una persona a hacer cesión de derechos o acciones personales. Es decir, que hay otras obligaciones de hacer, diferentes de la contemplada en el texto glosado, en que el hecho debido no es material, sino un acto jurídico. Innumerables son los casos en que la ley dice de una persona que tendrá derecho a obtener que otra le ceda las acciones que le competan contra un tercero, por ejemplo, en los artículos 1736 y 2255, C. Civil, y 677, inciso 1º, C. de Co., entre los muchos que pueden citarse.

La efectividad de este tipo de obligaciones de hacer debe seguir la misma regla que las previstas en el texto. Esto es especialmente importante frente al Proyecto de nuevo Código de Comercio, que trae numerosísimos casos de cesión obligatoria de derechos o acciones, sin que haya subrogación legal.

Artículos 1034, 1036 y 1037.—En ellos se habla de la "acción mixta", para determinar el ejercicio conjunto de las acciones personal y real por la vía ejecutiva.

En el estudio de Jaime Guasp ("La ejecución procesal en la ley hipotecaria", especialmente en las págs. 101 y ss.), podrán hallarse razones poderosas sobre el por qué se ha discutido la posibilidad jurídica de una "acción mixta", que no sería otra cosa que la acumulación de la acción

personal propia de todo acreedor y la acción real derivada del gravamen real de hipoteca.

El hecho de que la ley permita deducir simultáneamente estas dos acciones por el procedimiento de la vía ejecutiva, no da nacimiento a una nueva acción, híbrido compuesto por las características naturales de ambas acciones, denominado "acción mixta".

Por lo dicho, y combinando estas observaciones con las formuladas al artículo 867 del Proyecto, me permito reiterar la sugerencia de que se redacte lo relativo al juicio ejecutivo con acción real, en uno o varios artículos, regulando técnicamente esa ocurrencia.

Artículos 1152 y ss.—Como la Comisión Revisora del Código de Comercio ha elaborado un Proyecto sobre disolución y liquidación de sociedades, que difiere del contenido en el Título XL del Proyecto de esa H. Comisión, y como el suscrito forma parte de la primera, de acuerdo con el deseo del Ministerio de Justicia, es del caso que ambas comisiones se reúnan, lo que podría tener lugar los días martes y viernes, de 5 p. m. en adelante, para cambiar ideas sobre el particular y unificar criterios.

Artículos 1466 y ss.—Igual observación cabe en cuanto al Título LII del Proyecto, referente al arbitramento.

Atentamente,

Alvaro Pérez Vives

SALA DE CASACION CIVIL

PRESUPUESTOS PROCESALES. — DEMANDA EN FORMA. — COSA JUZGADA MATERIAL. — PERJUICIOS

1. — En repetidos fallos ha explicado la Corte el sistema de los presupuestos procesales y ha hecho notar que son éstos simple derivación del mandato constitucional consagrado en el artículo 26 de la Carta.

Ahora bien: todas las doctrinas sobre los llamados presupuestos procesales coinciden en entender por tales, "los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídica procesal" y al extremo, que para que el juez pueda proveer en relación con el mérito de la acción es indispensable que se hallen reunidos.

Los requisitos propios o idóneos a la prosperidad o eficacia de la acción son diferentes de los que se exigen para que la solicitud al juez adquiera la categoría de una "demanda en forma". Los primeros —condiciones axiológicas de la respectiva acción— miran al fondo mismo del negocio, al interés jurídico de las partes, a la sustantividad en sí del derecho reclamado; los segundos, dicen relación a cuestiones de simple rito procesal como son las señaladas en los artículos 205 del C. J. para toda acción y en el 737, además, para las que sólo pueden ventilarse en trámite ordinario.

2.—En el escrito de demanda, ni aún después, está obligado el litigante a calificar o a darle denominación jurídica a la acción que intenta: las leyes de procedimiento no le hacen la exigencia. Le basta para hacer efectivo su derecho ANUNCIAR con claridad y precisión lo que demanda, los hechos en que apoya sus peticiones, enunciándolos y clasificándolos debidamente; los fundamentos de derecho y la cuantía de la acción cuando la enunciación sea necesaria para fijar la competencia. Sobre estos elementos que son los que configuran el presupuesto "demanda en forma" el juez debe darle a la acción la calificación jurídica que corresponda. Esta la razón de la facultad que tiene el juzgador de interpretar la demanda, señalar la acción y encauzar el procedimiento en orden a definir la controversia sobre estas determinadas bases.

Estimar que la demanda del proceso no vino presentada en forma porque la acción que procedía intentar, visto el derecho reclamado, debió ser distinta, es grave error. Es obvio estimar que quien solicita la tutela de su derecho pero escogiendo vía procesalmente no aconsejable pide de modo indebido, resultante que configura la excepción del mismo nombre, mas no la falla de un determinado presupuesto procesal, porque sabido es que las modalidades o hechos que dan vida a la excepción son distintos de los hechos o requisitos que determinan la existencia o no existencia de un determinado presupuesto procesal. Ya dijo la Corte: "es error jurídico confundir los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción con los que exige la ley de procedimiento civil para que haya demanda en forma".

3.—A la cosa juzgada se llega por la senda de la preclusión, figura que significa según Chiovenda "la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley en el juicio o en una fase de él". Tiene definido la Corte que en la materia debe distinguirse la COSA JUZGADA MATERIAL de la simplemente FORMAL, conceptos distintos uno y otro, toda vez que en el espacio y en el tiempo su alcance y proyecciones son diferentes. La cosa juzgada MATERIAL se produce cuando el juez previo estudio de fondo de los extremos de la acción califica, estima o rechaza concretamente las peticiones del actor; la FORMAL se configura, cuando mediando sentencia, queda sin calificar la acción o vive el

problema de fondo y en forma, que pueda ser posible revivirlo.

La cosa juzgada material surge del juicio comparativo y lógico que se haga entre la acción ya definida procesalmente y la que va a ser calificada vistos los sujetos, objeto y causa de las dos relaciones jurídicas; y sólo a condición de que en el primer litigio haya quedado definida la cuestión de fondo podrá hablarse de cosa juzgada material, fenómeno que acaecido quita al órgano jurisdiccional la facultad de fallar de nuevo en el fondo por carencia absoluta de poder, porque de tal carece cuando producida la cosa juzgada material se pretende erróneamente volver sobre lo que fue juzgado con eficacia dentro de los límites objetivos y subjetivos que configuraron el primero de los fallos recaídos.

Entonces si en la sentencia no se califica la acción ni incidental ni definitivamente, o lo que es lo mismo, si no se pronuncia el sentenciador sobre el fondo del negocio, apenas si la sentencia produce los efectos de la cosa juzgada formal, resultante jurídica que en todos los casos habilita a la parte actora para proponer nuevo litigio a fin de que en la sentencia de éste se defina, calificándolas en uno u otro sentido, las pertinentes pretensiones del actor si el juez ordinario fuere competente.

4.—En centenares de fallos tiene repetido esta Sala "que por regla general el perjuicio no se presume, de manera que cuando la ley establece la obligación de indemnizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide se le resarza afirmando haberlo sufrido...". Oportunamente la parte actora debe establecer en el proceso los extremos consiguientes a esta finalidad de la demanda, o al menos, darle base al sentenciador para hacer la condena en forma abstracta para que previo el trámite incidental indicado por la ley (artículo 553 del C. J.), se concrete en suma líquida el quantum del perjuicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la sociedad demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona de fecha 28 de febrero de 1956 en el jucio ordinario iniciado por "Confecciones El Roble, Ltda." contra "Cote & Cía. Ltda." sobre derecho al uso de la marca de comercio y fábrica "**El Roble**".

Antecedentes

Carlos J. Pardo en representación de "Pardo y Cía. Ltda." y Juan B. Cote celebraron en la ciudad de Bucaramanga el 10 de octubre de 1945 el contrato por el cual la sociedad dio a aquél, en consignación para la venta, las mercancías de su propiedad marca "El Roble" existentes en el almacén del mismo nombre que funcionaba en Cúcuta por el avalúo convenido de $ 3.000.00, con reserva, a favor de la sociedad, de obtener su devolución en cualquier momento o su equivalente en dinero, caso de que Cote no las adquiriera total o parcialmente previo el pago respectivo. La sociedad cedió a Cote el derecho al arrendamiento del local y lo autorizó "para seguir usando, **con los fines comerciales consiguientes, el aviso** que dicho almacén ostenta".

En carta de 9 de noviembre de 1945 Pardo expresa a Cote "que le da las condiciones a que nos sujetaremos ambas partes en el negocio que hemos celebrado de las mercancías de nuestra propiedad en esa y que hicimos constar en documento"; en el mismo escrito, refiriéndose al uso del **aviso**, le dice: "Puede utilizar el que en la actualidad tiene la Agencia. Nosotros podremos retirarlo en el caso de que en el almacén se estén vendiendo ropas de otras fábricas".

Por resolución de 26 de noviembre de 1946 el Ministerio de la Economía Nacional concedió a la sociedad "Pardo & Co. Limitada" el registro de la marca de fábrica y de comercio consistente en la expresión "**El Roble**" sin distinciones especiales y la reconoció como su propietaria, con derecho exclusivo a usarla en el territorio de la República por el término de diez años; luego, por Resolución de 31 de julio de 1950 autorizó el cambio de nombre de la marca por el de "Confecciones el Roble Limitada" y ordenó la anotación correspondiente en los libros oficiales del Ministerio.

"Cote & Cía. Ltda.", constituída por escritura número 199 del 9 de febrero de 1949, y de la cual el citado Juan B. Cote era socio y su representante legal contestó con fecha 3 de noviembre de 1950 a "Confecciones El Roble Ltda.", sucesora de "Pardo & Compañía Ltda." la aludida carta, ne-

gando entre otras cosas, que la autorización para usar el aviso hubiese sido temporal.

Ante la Alcaldía de Cúcuta, "Confecciones El Roble Limitada" solicitó **amparo administrativo** con el fin de obtener "que Cote & Cía. Ltda. se abstuviera de seguir usufructuando la marca y el nombre "El Roble" como anuncio del negocio que tiene en el establecimiento distinguido con el número 5-75 de la calle 12 de aquella ciudad". La Alcaldía en providencia de 30 de mayo de 1951 accedió a las peticiones de ese libelo; previno a la sociedad demandada para que se abstuviera de ejecutar los hechos por los cuales fue denunciada; le señaló término para retirar el aviso y le exigió fianza para garantizar el cumplimiento de la sentencia. Apelada por la sociedad demandada la decisión, la Gobernación del Departmento Norte de Santander en providencia de 20 de septiembre del mismo año de 1951, revocó la del inferior y en su lugar declaró "que Cote y Cía. Ltda." puede seguir haciendo uso de la marca El Roble para distinguir su establecimiento comercial".

La demanda

En escrito fechado el 17 de octubre de 1953 repartido al Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta, "Confecciones El Roble Limitada" por medio de apoderado demandó a Cote & Compañía Limitada y a Juan B. Cote para que en la sentencia de un juicio ordinario se hicieran estas declaraciones y condenas:

"**Primera.**—Que los demandados han carecido y carecen de todo derecho para usar y seguir usando, en cualquier forma, la marca de comercio y de fábrica 'El Roble', amparada por medio de los registros y certificados del 3 de diciembre de 1946 y del 30 de septiembre de 1950, originarios de los Ministerios de la Economía Nacional y de Comercio e Industrias, de la cual es propietaria y poseedora, con derecho exclusivo a usarla en todo el territorio de la República, la sociedad **'Confecciones El Roble Limitada'**; y

"**Segunda.**—Que se condene a los demandados a cesar en el uso de dicha marca, y al pago de los daños y perjuicios de distinto orden, ocasionados o que se ocasionen a la sociedad demandante, con el dicho uso, según tasación pericial que procesalmente se haga".

Como hechos sustentantes de la acción, se alega:

"1º—La sociedad "Pardo & Compañía Limitada", constituída y domiciliada en Bucaramanga, estableció en la calle 12 número 5-75 de esta ciudad de Cúcuta, una Agencia para la distribución y venta de ropa confeccionada marca "El Roble", de su propia manufactura.

"2º—El 10 de octubre de 1945, dicha Agencia fue cedida al señor Juan B. Cote, quien recibió a título de consignación para la venta, las mercancías existentes en el Almacén "El Roble", y quedó autorizado y facultado para seguir usando, con los fines comerciales consiguientes, el aviso "El Roble", enunciativo de la agencia en mención.

"3º—'Los fines comerciales' a que se contrae y condiciona la precedente autorización, aun cuando no se expresaron concretamente, no eran otros distintos a los de enunciarle al público con dicho aviso, que en el mencionado almacén continuaba vendiéndose la ropa confeccionada marca "El Roble", de manera principal, y como Agencia de los fabricantes.

"4º—Por escritura número 1435 del 7 de diciembre de 1945, otorgada en la Notaría Segunda de Cúcuta, el señor Juan B. Cote constituyó la sociedad 'Cote & Compañía Limitada', con domicilio en esta ciudad, con el objeto de comprar y vender en el almacén cedido por Pardo & Cía. Ltda., mercancías en general, descontinuando en forma apreciable, el renglón de ropa confeccionada marca 'El Roble'.

"5º—Por escritura número 199 del 9 de febrero de 1949, otorgada en la Notaría Segunda de Cúcuta, los señores Juan B. y Néstor Cote reconstituyeron la sociedad 'Cote & Compañía Limitada', con el objeto de explotar el negocio de mercancías secas, denominado 'El Roble' de esta ciudad.

"6º—Cuando la sociedad Pardo & Cía. Ltda. le cedió a Juan B. Cote la Agencia de los productos 'El Roble', y lo autorizó para seguir usando el aviso enunciativo de la mencionada Agencia, dicha sociedad no era propietaria de la marca de comercio y de fábrica 'El Roble', cuyo registro a su favor solamente se cumplió el 26 de noviembre de 1946.

"7º—Por escritura número 64 del 9 de enero de 1948, otorgada en la Notaría Segunda de Bucaramanga, la sociedad Pardo & Cía. Ltda. cambió su primitiva razón social por la de 'Confecciones El Roble Limitada', y, en tal virtud, el registro de la marca 'El Roble' fue transferido en favor de 'Confecciones El Roble Limitada', traspaso verificado el 31 de julio de 1950.

"8º—La autorización conferida por Pardo & Cía. Limitada a Juan B. Cote, para seguir usando el aviso 'El Roble', no lo facultó para ceder dicha autorización a tercera persona distinta.

"9º—Por tanto, el uso del nombre en referencia,

por parte de la sociedad 'Cote & Cía. Ltda.', constituye un claro evento de usurpación, generante de daños y perjuicios de todo orden, en agravio de los intereses jurídicos y económicos de la sociedad 'Confecciones El Roble Limitada'.

"10º—Al constituírse la sociedad 'Cote & Cía. Limitada' se descontinuó el renglón de productos 'El Roble' en el negocio cedido por Pardo & Cía. Ltda. a Juan B. Cote, y, por consiguiente, habiendo desaparecido 'los fines comerciales' que se tuvieron en cuenta para la autorización de seguir usando el aviso 'El Roble' del mencionado negocio, automáticamente quedó rescindida o revocada la autorización en referencia, cuyo posterior ejercicio constituye escueta violación contractual.

"11º—La sociedad 'Confecciones El Roble Limitada' ha venido requiriendo, reiteradamente, tanto al señor Juan B. Cote, como a la sociedad 'Cote & Cía. Ltda.', para que cesen en la usurpación del nombre 'El Roble' que han continuado ostentando en su almacén de la calle 12 número 5-75 de esta ciudad, pero tales requerimientos han resultado ineficaces.

"12º—La sociedad 'Confecciones El Roble Limitada' promovió contra el señor Juan B. Cote y la sociedad 'Cote & Cía. Ltda.' la correspondiente acción de amparo posesorio administrativo, que autoriza la ley 31 de 1925, encaminada a obtener la cesación en cuanto a la usurpación del nombre 'El Roble' por parte de los demandados, acción que fue favorablemente fallada por la Alcaldía Municipal de Cúcuta, y, desestimada en la Sección de Justicia del Departamento, en virtud de haberse operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción incoada, en consonancia con las voces del artículo 59 de la ley 31 de 1925, que remite el reclamo contra la usurpación, a la vía civil ordinaria.

"13º—En la actualidad, la sociedad 'Cote & Cía. Ltda.' no vende productos 'El Roble', sin embargo de lo cual continúa usando el aviso en referencia.

"14º—La sociedad 'Confecciones El Roble Limitada' desahució judicialmente a 'Cote & Cía. Ltda.' y les notificó su irrevocable y perentoria determinación de prohibirles el uso del nombre 'El Roble'.

"15º—La usurpación de la marca de comercio y de fábrica 'El Roble', por parte de los demandados, le ha ocasionado a la sociedad 'Confecciones El Roble Limitada', perjuicios de todo orden que estimo en la cantidad de $ 10.000.00, los cuales deben ser indemnizados por los infractores".

Las sentencias de instancia

El juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia por sentencia fechada el 23 de septiembre de 1955 del siguiente tenor:

"1º—Juan B. Cote, persona natural, mayor y vecino de Cúcuta y la sociedad 'Cote & Cía. Ltda.', con domicilio en esta misma ciudad, carecen del derecho de usar el nombre 'El Roble' como anuncio de sus establecimientos o como marca de sus productos o en cualquier otra forma; marca ésta registrada y de propiedad de la sociedad 'Confecciones El Roble Limitada', debiendo, por tanto cesar dicha actividad a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

"2º—Abstenerse de hacer las declaraciones pedidas en el punto segundo del libelo de demanda.

"3º—Condénase en las costas del juicio a los demandados".

El Tribunal Superior de Pamplona con motivo del recurso de apelación que interpusieron las partes **revocó** la decisión del inferior "por falta de un presupuesto procesal", "demanda en forma" y en su lugar absolvió a los demandados **"del seguimiento del presente juicio"**.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte actora el recurso de casación que admitido por la Corte es la oportunidad de resolverlo.

El juzgado accedió a la primera de las declaraciones solicitadas porque encontró que "los medios probatorios evidencian que Juan B. Cote y la sociedad Cote & Cía. Ltda. no tienen derecho alguno para seguir usando el nombre "El Roble" como anuncio de los productos que dan al comercio.

Estas, las principales consideraciones de su determinación:

a) Cuanto a la **acción incoada** —"que el demandante está ejercitando una acción nacida de la violación de un contrato y que ella debe ventilarse por los trámites del juicio ordinario.

b) En lo tocante **a la interpretación** del contrato— "que Pardo y Cía. tenía en Cúcuta una agencia de ropas de marca 'El Roble' en la que se usaba para su anuncio un aviso del mismo nombre; que al cederle el local y el aviso a Juan B. Cote, Pardo & Cía. le impuso la obligación de mantener ropas de esa marca y de ahí la facultad para seguir usando el aviso de lo que resulta, agrega, "que si Juan B. Cote no tiene mercancías de marca "El Roble" (como se verificó en la diligencia de inspección ocular practicada dentro del juicio), no tiene tampoco derecho a seguir usando como distintivo de su establecimiento el aviso con la

denominación 'El Roble', marca que está registrada para ropas de clases populares a favor de "Confecciones El Roble, Ltda.".

c) En lo atañedero a la **cesión** que Juan B. Cote hizo del derecho al uso del aviso a la sociedad Cote & Cía. Ltda. de la cual es socio y su representante legal, expresa el Juzgado: "A él (a Cote) se le dio autorización para seguir **usando** el nombre, mas este solo elemento no configura el dominio pues le falta estar unido al "jus fruendi" y el "jus abuttendi"; luego no puede hablarse de que en cabeza de Juan B. Cote estaba el derecho de dominio sobre la marca 'El Roble'; él lo podía seguir usando por facultad que se le había dado y esta sola facultad no conlleva el derecho de transferir el dominio, como hubo de hacer para dar en aporte a la sociedad con él constituída".

De su lado el Tribunal, luego de examinar los hechos y fundamentos de derecho expuestos en la demanda referentes al hecho de la **"usurpación** del nombre "El Roble" que se imputa a los demandados así como a la **violación** del contrato de 10 de octubre de 1945, fundamenta su fallo absolutorio en estas consideraciones:

"Se piden claramente y de manera perentoria las declaraciones propias del amparo judicial de la marca "El Roble" de propiedad de "Confecciones El Roble Ltda." y en ninguna parte se deja ver un vislumbre siquiera de que el actor tuvo la intención de solicitar el cumplimiento o resolución del contrato celebrado entre la sociedad demandante y el demandado.

"La sentencia de instancia analizó las cláusulas del contrato celebrado entre la sociedad demandante y uno de los demandados para llegar a la conclusión, en la parte motiva, que se había incumplido el contrato por parte de Cote, pero en lugar de declarar resuelto el contrato de conformidad con el artículo 1546 del C. C., como parecía lógico, se abstuvo de hacerlo, por la sencilla razón de que no se le había solicitado en la demanda y, entonces, se avino a conformar su resolución a las peticiones de ella, es decir, a considerar a la parte demandada como un usurpador del nombre y marca 'El Roble' y declarar por tal causa, que carecían del derecho de usar el nombre en referencia.

"Esta incongruencia entre las partes considerativa y resolutiva de la sentencia apelada, deja ver claramente que se falló una acción partiendo de premisas propias de otra diferente y refleja la indeterminación del camino a seguir que acusa el actor en todo el libelo de la demanda, al presentar el objeto de la litis en unos hechos, los más, como **usurpación** de una marca de comercio y en otros, los menos como **incumplimiento** de un contrato, invocando a la par las leyes sobre protección a la propiedad industrial y las normas del Código Civil.

"El juez no puede aceptar una acción y fallar otra, salirse del marco de las peticiones de la demanda.

"De manera que si la acción incoada fue la de artículo 59 de la ley 31 de 1925, ésta se encuentra prescrita, y si se considera que la propia y operante era la de incumplimiento o resolución del contrato, se está frente a la falta de un presupuesto procesal, **demanda en forma**, excepción la primera alegada por el apoderado de los demandados en esta instancia y presentada la segunda como excepción perentoria de inepta demanda sustantiva.

"Sea cual fuere la interpretación que se le dé a esta disposición (la del artículo 59 de la ley 31 de 1925), para el caso basta anotar que dicha acción la declaró prescrita la Gobernación del Departamento en sentencia del 20 de septiembre de 1951, con fundamento en el artículo citado, y son valederas sus razones en la vía ordinaria, pues es de advertir que el término de prescripción que establece el artículo 59 se refiere por igual a la acción administrativa de amparo y a la que debe ventilarse por la vía ordinaria. Si en 1951 la acción estaba prescrita para las autoridades administrativas, con cuánto mayor razón la estaría, siendo uno mismo el término de la prescripción, para el 10 de octubre de 1953, fecha de la demanda de este juicio.

"Ahora, si los demandados no son usurpadores sino que usaban en el almacén de propiedad de la sociedad Cote & Cía. Ltda. el nombre 'El Roble' en virtud del contrato incumplido, como la acción incoada fue la de amparo judicial del nombre registrado a favor de la sociedad demandada, y no las propias de cumplimiento o resolución del contrato, es necesario declarar la falta de un presupuesto procesal, demanda en forma, impropiamente llamada por el alegante, excepción de inepta demanda, como lo ha resuelto la H. Corte en sentencia del 19 de agosto de 1954". (G. J. Tomo LXXVIII, número 2145, pág. 345).

"Es un imperativo procesal para el juzgador analizar primeramente los presupuestos procesales en cada juicio, para fallar de fondo o abstenerse de hacerlo según encuentre o no perfecta la relación jurídico procesal. Faltando, como falta, en el caso sub-judice el presupuesto de demanda en forma, por haberse incoado una acción impropia,

prescindiendo de la prescripción anotada, debe declararse así, en consecuencia **revocar** la sentencia apelada".

La demanda de casación

Con fundamento en las causales 1ª y 6ª de casación la parte recurrente formula a la sentencia del Tribunal estos cargos:

I.—"Infracción directa o aplicación indebida de la ley (artículos 205, 737, 466, 593 del C. J.; 31, 44, 45, 49, 50, 57, 58, 59, 61, 66, 67 de la ley 31 de 1925; 7º Ley 94 de 1931; 671, 1546, 1602, y 2652, numeral 9º del C. C.; 331, 333, 336, 375, 396 C. de Co. concordantes con los artículos 2142, 2149, 2150, 2189 C. C.), lo último —aplicación indebida de la ley—, por causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de piezas procesales";

II. — "Se incurrió en la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción de que trata el numeral 1º del artículo 448 del C. J."; y

III.—"Para el caso que la Corte **considere** que de parte del sentenciador hubo errónea interpretación de los textos legales sustantivos citados en el primer cargo, formulo el presente con carácter complementario: "La errónea interpretación de las disposiciones citadas en el primer cargo condujo al sentenciador a declarar la falta del presupuesto procesal demanda en forma y a absolver a los demandados con quebranto además de los textos que tutelan los derechos sustantivos de propiedad industrial de la sociedad actora sobre la marca registrada 'El Roble', en especial, los artículos 31, 44, 45, 49, 50, Ley 31 de 1925; 670 y 671 C. C.

Estudio de los cargos

Al mandato del artículo 537 del C. J. a la Corte, en casación, le corresponde examinar las causales propuestas en la demanda siguiendo el orden lógico que resultare procedente; de consiguiente, alegada la causal 6ª su estudio debe preceder a las restantes porque si aparecieren justificados los motivos que la sustentan no habrá entonces materia para la verificación de las demás toda vez que éstas suponen la validez del juicio. En el caso sería éste el camino procesalmente aconsejable, si no fuera porque la aludida causal se propone para el caso de que se estime que la acción del proceso ventila un simple amparo administrativo no la deducible del contrato de cesión en la forma de permiso al uso condicional y transitorio de que fue materia el nombre del litigio. Adelante va a explicarse cómo la demanda, vista en su conjunto —peticiones y hechos— tiene que entenderse en el sentido de que en ella se solicita que previa interpretación de la relación contractual que medió entre las partes del proceso "se diga cuáles son los derechos que ese contrato confirió a los demandados y cuál su límite y extensión". Es decir, si legalmente pueden los demandados seguir usando el nombre "Confecciones El Roble" siendo que desaparecida la razón condicionada del permiso para usarlo, terminó automáticamente el derecho de la sociedad demandada al uso del aviso en referencia.

Procede, pues, la Sala al estudio del cargo principal y directo, advirtiendo que su resultado la lleva a volver sobre el tema que incidentalmente acaba de tocarse.

Refiriéndose al cargo —Violación directa o indebida aplicación de las disposiciones legales citadas—, luego de transcribir el recurrente los principales pasajes de la sentencia del Tribunal, agrega: "Dedúcese en primer término que el sentenciador declara la falta de un presupuesto procesal, demanda en forma, pese a lo cual en vez de abstenerse por tal motivo de fallar el fondo del litigio, entra a decidir sobre lo principal del pleito y **absuelve** a los demandados, lo cual borra su anterior declaración e implica la desestimación de la acción que él mismo acaba de calificar de inepta o indebida. Y 2º Que el Tribunal interpreta la acción incoada como de USURPACION y rechaza que se trate de una acción **contractual**, por lo cual **absuelve** a los demandados, sin reparar en las razones expuestas en la parte motiva, que debieron llevarlo a conclusiones distintas, cuando menos".

En dos capítulos titulados "**Infracción Directa**" y "**Aplicación indebida**" viene formulada la acusación que por la causal primera se hace a la sentencia.

Cuanto a la "**Infracción directa**", se lee en la demanda de casación:

"La falta de un presupuesto procesal tan importante como la **demanda en forma,** tenía que traducirse forzosamente en la imposibilidad para el sentenciador de pronunciarse sobre el fondo del negocio. La sentencia que declara la falta de un presupuesto procesal no es definitiva y no hace tránsito a cosa juzgada material; deja al demante abierto el camino de presentar, posteriormente, una nueva demanda que reúna los requisitos legales, salvo el rechazo de esta nueva por causa de prescripción, si fuere del caso, en el fallo que ponga fin al segundo litigio".

"Luego al partir la sentencia acusada de un hecho como la falta del presupuesto procesal 'demanda en forma' y —en vez de abstenerse del pronunciamiento de fondo— fallar absolviendo a los demandados, fuera de la incongruencia en la parte dispositiva del fallo que no fue puesta de presente en su oportunidad por el abogado de la parte actora, se han violado las normas legales que señalan los requisitos de la demanda y de la sentencia, y las que tutelan los derechos sustantivos del actor, a quien se coloca en la imposibilidad de volver por los fueros de tales derechos en un nuevo litigio".

"La demanda con que se inició el presente juicio reúne la totalidad de los expresados requisitos: los relativos a los sujetos, desde el momento en que contiene la designación del juez y de las partes, en la forma exigida por la ley; los relativos al objeto, puesto que expresa, debidamente clasificados y numerados, los hechos en que se basa y los fundamentos de derecho, así como las peticiones que son la consecuencia de unos y otros; el libelo se presentó, escrito en idioma castellano, ante Juez competente, tanto por razón de la materia como del lugar (sobre esto ya no es posible suscitar duda alguna, una vez propuesta y negada la excepción dilatoria de 'declinatoria de jurisdicción', de que trata el cuaderno número 2)".

"Afirmar, como lo hace el Tribunal, que la demanda con que se inició este litigio no está en forma, no sólo constituye un ostensible desconocimiento de la evidencia que surge de la simple lectura de esa pieza, como se dijo en el numeral anterior, sino que, analizando el problema a la luz de los principios jurídicos expuestos y de las normas legales citadas, constituye un error de derecho en la estimación del libelo, equivocación que llevó al sentenciador a declarar la falta de un presupuesto procesal y a la consiguiente e injurídica absolución de los demandados, pese a que no entró en el examen de la cuestión de fondo, quebrantando así los textos legales anteriormente citados, por indebida aplicación de los mismos. De otra parte, cabe destacar una lamentable confusión en que incurrió el juzgador de segunda instancia.

"Considera el fallo acusado que falta el requisito de la demanda en forma porque se ha deducido la acción de usurpación de marca que corresponde tramitar al Alcalde respectivo y no a la justicia ordinaria; pero que, en el supuesto de que lo que se hubiera intentado no fuera esa acción de amparo sino la derivada del vínculo contractual existente entre la sociedad actora, como sucesora de 'Pardo & Cía. Ltda.' y el demandado Cote, las peticiones de la demanda y las formulaciones de hecho no daban margen para encontrar deducida tal acción contractual, porque la demanda habla de 'usurpación' y pide el amparo propio de esta acción. De allí la falta que encuentra el sentenciador del presupuesto procesal 'demanda en forma' ".

Considera la Corte:

El contenido de las transcripciones anteriores hace notar que los reparos por el aspecto que se estudia se hacen consistir: a) en que la realidad procesal no autorizaba al sentenciador para estimar que la demanda no estaba revestida de las formalidades propias de las de su clase en el sentido "de que el escrito con que se inició el litigio no está en forma"; y b) que en el caso de que así aconteciera, no era procedente la absolución de que da cuenta la resolutiva del fallo, sino la simple inhibición para proferir de fondo.

Se explica: Halló el sentenciador imprecisa la demanda y en forma que, dice, puede entenderse como que se incoó "la acción de usurpación de marca que corresponde tramitar al alcalde respectivo y no a la justicia ordinaria" o "la derivada del vínculo contractual existente entre la sociedad actora, como sucesora de Pardo & Cía. Ltda. y la sociedad demandada". Agrega, finalmente: "Si los demandados no son usurpadores sino que usaban en el almacén de propiedad de la sociedad 'Cote & Cía. Ltda.', el nombre 'El Roble', en virtud del contrato incumplido, como la acción incoada fue la de amparo judicial del nombre registrado a favor de la sociedad demandada, y no las propias de cumplimiento o resolución del contrato, es necesario declarar la falta de un presupuesto procesal, demanda en forma...". "Faltando, como falta, en el caso sub-judice el presupuesto de demanda en forma, por haberse incoado una acción impropia, prescindiendo de la prescripción anotada, debe declararse así, en consecuencia revocar la sentencia apelada".

Revela lo anterior que el sentenciador estima que si un demandante al pedir la tutela del derecho que considera le ha sido lesionado, incurre en equivocación jurídica al escoger la acción, la ocurrencia comporta la falta del presupuesto procesal llamado por los doctrinantes "demanda en forma" hecho que —dice— obliga a proferir sentencia absolutoria.

Equivocada la tesis del Tribunal y que con razón glosa el recurrente, como pasa a verse.

En repetidos fallos ha exlicado la Corte el sistema de los presupuestos procesales y ha hecho

notar que son éstos simple derivación del mandato constitucional consagrado en el artículo 26 de la Carta conforme al cual "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Ahora bien: todas las doctrinas sobre los llamados presupuestos procesales coinciden en entender por tales, "los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídica procesal" y al extremo, que para que el juez pueda proveer en relación con el mérito de la acción es indispensable que se hallen reunidos.

La Corte, con ponencia de un ilustre Magistrado (q. e. p. d.) en sentencia de 19 de agosto de 1954 publicada en la GACETA número 2145, Tomo 78, precisó concretamente lo referente al sistema de los presupuestos procesales especificándolos en "demanda en forma"; competencia del juez; capacidad para ser parte; y capacidad para obrar procesalmente, o lo que es lo mismo, legitimación en el proceso". Refiriéndose en general a todos ellos expresó la Corte en ese fallo:

"El juez, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada y decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio, oficiosamente ha de examinar y declarar si existen o no los presupuestos procesales. Si falta alguno de estos requisitos, el juez debe **inhibirse** de fallar el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor, sin que el juzgador pueda entrar en el examen de la acción instaurada. En este caso, las pretensiones del actor son **desestimadas** por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal".

Y fijando doctrina al rededor del primero de tales extremos, al llamado "demanda en forma", advierte:

"La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C. J. El juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada puede proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda. (C. J. artículos 333, 738).

"Pero si el juez no ha ejercido aquel poder, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal".

Ahora bien: apenas habrá para qué decir, que los requisitos propios o idóneos a la prosperidad o eficacia de la acción son diferentes de los que se exigen para que la solicitud al juez adquiera la categoría de una "demanda en forma". Los primeros —condiciones axiológicas de la respectiva acción— miran al fondo mismo del negocio, al interés jurídico de las partes a la sustantividad en sí del derecho reclamado; los segundos, dicen relación a cuestiones de simple rito procesal como son las señaladas en los artículos 205 del C. J. para toda acción y en el 737, además, para las que sólo pueden ventilarse en trámite ordinario.

En el escrito de demanda, ni aún después, está obligado el litigante a calificar o a darle denominación jurídica a la acción que intenta; las leyes de procedimiento no le hacen la exigencia. Le basta para hacer efectivo su derecho **anunciar** con claridad y precisión lo que demanda, los hechos en que apoya sus peticiones, enunciándolos y clasificándolos debidamente; los fundamentos de derecho y la cuantía de la acción cuando la enunciación sea necesaria para fijar la competencia. Sobre estos elementos que son los que configuran el presupuesto "demanda en forma" el juez debe darle a la acción la calificación jurídica que corresponda. Esta la razón de la facultad que tiene el juzgador de interpretar la demanda, señalar la acción y encauzar el procedimiento en orden a definir la controversia sobre estas determinadas bases.

Estimar, como lo hizo el Tribunal, que la demanda del proceso no vino presentada en forma porque la acción que procedía intentar, visto el derecho reclamado, debió ser distinta, es grave error. Es obvio estimar que quien solicita la tutela de su derecho pero escogiendo vía procesalmente no aconsejable pide de modo indebido, resultante que configura la excepción del mismo nombre, mas no la falla de un determinado presupuesto procesal, porque sabido es que las modalidades o hechos que dan vida a la excepción son distintos de los hechos o requisitos que determinan la existencia o no existencia de un determinado presupuesto procesal. Ya dijo la Corte "es error jurídico confundir los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción con los que exige la ley de procedimiento civil para que haya demanda en forma".

Y como el Tribunal apreció que por haber ejercitado la parte actora "una acción impropia" para

ventilar los fines indicados en su escrito, el libelo no reviste las características de una demanda en forma y así lo declaró en su fallo para "absolver a los demandados del seguimiento del juicio", procede concluir que por este aspecto prospera el cargo, porque, repítese, si encontró el Tribunal que la acción incoada descansaba en "demanda no en forma", ha debido inhibirse de fallar el negocio en el fondo para que las partes en otra oportunidad pudieran hacer valer su derecho dentro de las normas procesales de rigor. En casos como éste —agrega la sentencia citada de la Corte— "las pretenciones del actor deben ser desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial sino por inconducencia formal".

Aclarado lo anterior procede definir qué efecto pudo producir el fallo en cuanto en él se resuelve 'absuélvese a los demandados del seguimiento del juicio" que es el otro extremo del cargo.

Consiguientemente interesa reflejar en esta providencia, aunque sea someramente lo que debe entenderse por **cosa juzgada**, a fin de fijar el alcance de la disposición absolutoria concretada por el sentenciador en los términos que empleó en la resolutiva de su fallo, cuando expresó: "Se absuelve a los demandados del seguimiento del juicio".

A la cosa juzgada se llega por la senda de la preclusión, figura que significa según Chiovenda "la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley en el juicio o en una fase de él". Tiene definido la Corte que en la materia debe distinguirse la **cosa juzgada material** de la simplemente **formal**, conceptos distintos uno y otro, toda vez que en el espacio y en el tiempo su alcance y proyecciones son diferentes. La cosa juzgada **material** se produce cuando el juez previo estudio de fondo de los extremos de la acción califica, estima o rechaza concretamente las peticiones del actor; la **formal** se configura, cuando mediando sentencia, queda sin calificar la acción o vivo el problema de fondo y de forma, que pueda ser posible revivirlo.

La cosa juzgada material surge del juicio comparativo y lógico que se haga entre la acción ya definida procesalmente y la que va a ser calificada vistos los sujetos, objeto y causa de las dos relaciones jurídicas; y sólo a condición de que en el primer litigio haya quedado definida la cuestión de fondo podrá hablarse de cosa juzgada material, fenómeno que acaecido quita al órgano jurisdiccional la facultad de fallar de nuevo en el fondo por carencia absoluta de poder, porque de tal carece cuando producida la cosa juzgada material se pretende erróneamente volver sobre lo que fue juzgado con eficacia dentro de los límites objetivos y subjetivos que configuraron el primero de los fallos recaídos.

Entonces, si en la sentencia no se califica la acción ni incidental ni definitivamente, o lo que es lo mismo, si no se pronuncia el sentenciador sobre el fondo del negocio, apenas si la sentencia produce los efectos de la cosa juzgada formal, resultante jurídica que en todos los casos habilita a la parte actora para proponer nuevo litigio a fin de que en la sentencia de éste se defina, calificándolas en uno u otro sentido, las pertinentes pretensiones del actor si el juez ordinario fuere competente. En el caso, la frase "se absuelve a la sociedad demandada del seguimiento del juicio" aunque extraña al léxico procesal sólo puede entenderse en el sentido de que se absolvió a la parte demandada **no** de responder de la acción o acciones que puedan radicar en cabeza de la parte actora como resultado del interés jurídico manifestado en las súplicas de la demanda, sino porque por no haberse ésta ajustado —en concepto del Tribunal— a la rigidez procesal no pudieron estimarse.

La síntesis del caso es la siguiente: Aunque incurrió el sentenciador en error jurídico al considerar que como la parte actora ejercitó en orden a la efectividad de sus derechos **una acción impropia**, circunstancia —que dice comporta la ausencia del presupuesto procesal demanda en forma—, y absolvió por ello a los demandados **del seguimiento del juicio**, no podría estimarse, sin embargo, que las acciones del proceso quedaran falladas con la operancia de la cosa juzgada material y en forma, que no le fuera posible a la sociedad actora controvertir sus peticiones en un nuevo proceso porque, se repite, la sentencia que declara la falta de un presupuesto procesal no es definitiva, no hace tránsito a la cosa juzgada material, como que deja al demandante abierto el camino para precisar en nueva demanda revestida de los requisitos legales la acción o acciones antiprocesalmente antes incoadas.

Las consideraciones expuestas llevan a concluir que debiendo estimarse fundado el cargo procede la infirmación de la sentencia recurrida sin que sea necesario el estudio de los presupuestos en forma subsidiaria. Y como habrá de acogerse la sentencia de primera instancia, a las consideraciones del juzgado agrega la Corte estas brevísimas razones:

La sentencia de instancia

Precisa la sociedad actora la historia de las relaciones contractuales que ligáronla con la parte demandada, y luego de repetir, seguidamente, que el uso del aviso por parte de ésta en sus almacenes en Cúcuta provino del permiso condicionado que le otorgó como simple adición del contrato-consignación para la venta de mercancías distinguidas con el nombre "Confecciones El Roble" de que era propietaria la expresada sociedad— advierte, que sin embargo de haber cesado, por razón de los hechos, el derecho al uso del aviso por parte de la sociedad demandada, ésta ha seguido usándolo pese a requerimientos amigables y a la demanda sobre amparo administrativo presentada ante las autoridades policivas, que, agrega, fue fallada desfavorablemente, por haber encontrado la Gobernación del lugar, caducado el derecho de la sociedad demandante al amparo administrativo "por haberse ejercitado el reclamo pertinente vencido el año señalado por la ley".

Refiriéndose la parte actora a la demanda, concreta así su pensamiento: "Lo que la sociedad actora pidió en la demanda, con base en los hechos 1º y 8º y demás que sitúan la causa en el terreno contractual, es que se declare que los demandados carecen y han carecido del derecho al uso de la marca 'El Roble'. Esta declaración no sería necesaria, ni debería ser hecha por la justicia común, si no hubiera precedido el contrato de que tratan los hechos citados de la demanda, pasado entre 'Pardo & Cía. Ltda.' y el demandado Cote, y la cesión de éste a la sociedad demandada, de que tratan los mismos hechos. La acción de amparo por usurpación, como muy bien lo dice la Gobernación del Departamento del Norte de Santander en su providencia obrante al folio 14 del C. 1º, descarta cualquier vínculo jurídico contractual entre las partes y en relación con la marca usurpada".

En síntesis: A consecuencia de todos los hechos traídos en fundamento de la acción y acreditada la relación contractual, solicita la sociedad actora no el simple amparo administrativo sino que, en desarrollo del contrato, se obligue a la sociedad demandada a volver las cosas al estado anterior, o lo que es lo mismo, a cesar en el uso del aviso que le fue permitido transitoria y condicionalmente. La acción así planteada tiene que prosperar probado como se halla el derecho de la parte actora, tal como lo establece el juzgado en su sentencia.

En la segunda petición se pide se condene a la sociedad al pago de los perjuicios resultantes de la extralimitación que ha hecho de la materia del contrato cuestionado.

Refiriéndose a esta petición se lee en la sentencia: "Por parte alguna el demandante ha demostrado la existencia de esos perjuicios sufridos, menos aún, su cuantía y clase; los peritos dicen que existe un aviso "El Roble" en la puerta del establecimiento y que allí se explota un negocio similar al de "Pardo & Cía. Ltda.". Esto no basta a establecer perjuicios, es necesario haberse demostrado de cuánto provecho para el demandado ha sido el uso de esta marca; de cuánta mengua para el negocio del demandante; la clase de competencia que Cote & Cía. ha hecho a "Pardo & Cía." en el mercado; en fin, falta la base cierta, el hecho incontrastable sobre el cual se pueda establecer la existencia de los perjuicios de índole moral y material que se han causado; factor éste que impide un pronunciamiento ya en concreto, ya en abstracto sobre el punto".

Se explica:

En centenares de fallos tiene repetido esta Sala "que por regla general el perjuicio no se presume, de manera que cuando la ley establece la obligación de indeminizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide se le resarza afirmando haberlo sufrido...". Debió entonces la parte actora establecer en el proceso los extremos consiguientes a esta finalidad de la demanda, o al menos, darle base al sentenciador para hacer la condena en forma abstracta para que previo el trámite incidental indicado por la ley (artículo 553 del C. J.) se concretara en suma líquida el quantum del perjuicio; mas como lo advierte el juzgado con todo fundamento, la sociedad actora descuidó el cumplimiento de estos deberes procesales, circunstancia que imposibilita la absolución favorable del indicado pedimento.

El juzgado, en consecuencia, proveyó correctamente al darle negativa a la súplica en cuestión.

En razón 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 recurrida de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cincuenta y seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, Sala Civil, y en su lugar CONFIRMA la de primera instancia.

Como el recurrente obtuvo éxito en el recurso, no hay lugar a hacer condenación en costas.

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

Guillermo Garavito Durán—Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas—Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE DOMINIO. — MODO COMO LA TUTELA DEL DERECHO DE PROPIEDAD SE DESENVUELVE Y ACTUA A TRAVES DE DISTINTAS ACCIONES. — PARA EL EXITO DE LA ACCION REIVINDICATORIA ES NECESARIO QUE QUIEN LA EJERCITE COMPRUEBE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES RECLAMADOS, LA IDENTIDAD DE LA COSA O COSAS Y LA POSESION DE LAS MISMAS POR PARTE DE LOS DEMANDADOS. — SITUACIONES A QUE PUEDE DAR LUGAR EL EJERCICIO DE LA ACCION REIVINDICATORIA

1.—La tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa a través de distintas acciones, particularmente, de las posesorias que tienen eficacia cuando el dueño que también es poseedor invoca la tutela rápida posesoria, que comprende desde la protección de la mera tenencia hasta la posesión propiamente dicha; de la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y de la acción de mera declaración de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es el propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga. En las dos últimas acciones rige el principio general de derecho probatorio según el cual quien suscita la aplicación de una norma jurídica tiene la carga de la prueba de aquellos hechos —los llamados constitutivos— que integran el supuesto de la norma misma: de donde resulta que es el propietario quien ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que invoca mediante la demostración de estos tres elementos o circunstancias: Que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la indicada relación, habiendo de agregarse todavía a estas demostraciones, cuando se trata de la acción reivindicatoria propiamente dicha, el de que la persona contra quien se acciona tiene la posesión de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor.

En otras palabras, y de acuerdo con los anteriores principios, tomadas ya de la jurisprudencia, para el éxito de la acción reivindicatoria es indispensable que quien la ejercita pruebe de modo cumplido el título de los bienes reclamados, la identidad de la cosa o cosas; de tal modo, que "no se susciten dudas racionales" sobre cuáles sean y la posesión de las mismas por parte del demandado; siendo doctrina jurisprudencial también muy reiterada la de que la apreciación de si la identidad se ha probado o no, y, en general, la de si está o no justificado el dominio del actor por conjunto de las pruebas practicadas, es de la incumbencia del Tribunal sentenciador.

2.—En relación con las situaciones a que puede dar lugar el ejercicio de la acción reivindicatoria la Corte ha dicho: "Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del Código Civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el artículo 950 ibidem, pueden contemplarse varios casos: Llámase Pedro el demandante y Juan el demandado. PRIMER CASO. Pedro, con títulos registrados en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro. — SEGUNDO CASO. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan. — TERCER CASO. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión comenzó en 1909 y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título. Cuando lo tiene se ofrecen otros casos harto complejos, cuya exposición no procede en este juicio".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Efraím Rodríguez Rojas promovió demanda ordinaria contra **Olga Marina Zárate** para que se declare que es dueño del inmueble distinguido hoy con el número 2-13 de la calle 21 de Bogotá —antes número 1-E, de la misma calle—, y del cual está en posesión la demandada, consistente en un lote de terreno comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, calle 21; por el Oriente, propiedad de Vicente Espinosa San Miguel, hoy de sus herederos; por el Sur, Teatro Bogotá; Occidente, propieda que fue de Luis Espinosa S."; consecuencialmente, que se condene a la demandada señorita Zárate a restituir el inmueble, como poseedora de mala fe; y que se declare que al actor le son inopinables los contratos contenidos en las escrituras públicas números 4780 de 26 de noviembre de 1945 y 1109 de 5 de mayo de 1947, ambas de la Notaría 5ª de Bogotá, cuya cancelación debe decretarse, y que si la demandada se opone a las súplicas se condene al pago de las costas.

Como hechos fundamentales de la demanda se afirman: Que por escritura número 690 de 6 de abril de 1936 otorgada en la Notaría Primera de Boogtá, debidamente registrada el 9 de mayo del mismo año, Efraím Rodríguez Rosas compró a María Gutiérrez viuda de del Castillo, la finca descrita en la petición primera de la demanda; que la vendedora había adquirido en la sucesión de Vicente Espinosa San Miguel el inmueble en referencia, mediante escritura número 871 de 16 de abril de 1936 de la Notaría 4ª de Bogotá; que el lote mencionado figuró en los inventarios de la referida sucesión formando un solo conjunto con el inmueble número 5-E de la citada calle 21, pero que tenía salida distinta; que en varias diligencias de secuestro efectuadas en tal juicio sucesorio quedó claramente establecido la existencia del lote 1-E de la calle 21 de esta ciudad; que igual cosa se desprende de las cuentas rendidas por los distintos secuestros que los administraron entonces; que en la venta efectuada por Joaquín Espinosa París a Justo R. Núñez, escritura pública número 1611 de 29 de abril de 1932 de la Notaría Primera de Bogotá, se habla de derechos herenciales radicados en los inmuebles número 1-E y 5-E de la calle 21, con linderos conjuntos, lo mismo que en la escritura de venta de derechos hereditarios de Justo R. Núñez a María Gutiérrez v. de del Castillo.

Que la demandada dice derivar su título de propiedad de una compra hecha al Círculo de Obreros de la Sagrada Familia de acuerdo con unos linderos que allí se incluyeron, precisamente, para hacer coincidir al lote de propiedad del actor, con el que se vendió; que el Círculo de Obreros pretende titular el lote vendido a la demandada de una compra que hizo a Lucía, Vicente y José Román Espinosa San Miguel, escritura número 143 de 3 de febrero de 1917 de la Notaría 3ª de Bogotá, que versó sobre un derecho que los vendedores tenían como herederos de Luis Espinosa y de Rafaela Espinosa sobre un lote diferente a aquél que más tarde figuró en la sucesión de Vicente Espinosa San Miguel; que el demandante estuvo poseyendo el lote materialmente y pagando los impuestos respectivos hasta que la demandada o el Círculo de Obreros resolvieron entrarse a poseerlo y a crearle un aparente título.

La demandada se opuso a las declaraciones pedidas, así como no aceptó los hechos en que éstas se fundan e invocó genéricamente las excepciones que resultaren probadas en el juicio, y concretamente la de prescripción adquisitiva del dominio. Además, denunció el pleito al 'Círculo de Obreros de la Sagrada Familia".

El Juez del conocimiento —8º Civil del Circuito de Bogotá— en fallo de 28 de enero de 1954 desató la instancia declarando no probada la excepción de prescripción y accediendo a las súplicas de la demanda, menos a la relativa a la consideración como poseedora de mala fe de la demandada, con costas a cargo de ésta, quien apeló de aquella decisión para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad ésta que revocó la sentencia revisada y en su lugar dispuso: "niéganse las peticiones de la demanda y absuélvese a la parte demandada; ordénase la cancelación del registro de la demanda. Por el Juzgado a-quo líbrese el correspondiente oficio; condénase al demandante al pago de las costas de la primera instancia. Tásense".

Estudia, previamente, el Tribunal de Bogotá los elementos axiológicos o inherentes a la acción de dominio o reivindicatoria los cuales dice, los señala el artículo 946 del Código Civil, para afirmar que, "sólo para efectos de su estudio pueden separarse transitoriamente, ellos refieren el uno al otro en una conexión tan estrecha que forman la unidad. En efecto, el derecho de dominio del actor no puede separarse de la identificación del

bien sobre el cual tal derecho incide, ni tampoco de la posesión del demandado sobre el mismo bien. El demandante debe ser dueño del bien que el demandado posee y por esto, al considerar separadamente para efectos del análisis de cada elemento, es necesario presumir que los restantes están establecidos: cuando se estudian los títulos que las partes contendientes exhiben, preciso es considerar que se refieren a la cosa que el demandado posee y que el demandante reclama que le pertenece. En este pleito cada una de las partes exhibe títulos de dominio y afirma que lo que su contendiente compró por el título que presenta es distinto de lo adquirido por él; así, el demandante afirma que el título de la Srita. Zárate se refiere a un inmueble distinto del que actualmente posee y que él reclama, y la demandada, a su vez, sostiene que el lote por ella comprado y que le fue entregado por su tradente, es el mismo que posee y distinto del que Rodríguez R. pudo haber adquirido. Como la Srita. demandada alega en su favor no solamente una posesión iniciada con anterioridad al título del actor, sino además una titulación que cree más apta para legitimar su dominio que la exhibida con el mismo fin por el demandante, al estudiar la calidad de dueño del actor será necesario confrontar las dos titulaciones".

Después del planteamiento anterior del problema, el Tribunal en la sentencia procede a la confrontación de los títulos exhibidos por las partes contendientes, entre sí y en relación con los demás elementos probatorios complementarios de aquéllos, para concluir: "Ante iguales elementos de convicción, el poseedor debe ser absuelto en aplicación del principio: 'In pari causa, mellior est conditio posedentis'.

"No sería posible que el Juzgador abordara el estudio de la calidad de dueño del reivindicante frente al poseedor que también exhibe títulos para acreditar su derecho real de dominio y que, a la vez proclama su posesión material, sin considerar que existe identidad entre la cosa singular sobre la cual recae el derecho cuya titularidad pretende demostrar el actor y la cosa poseída por el demandado. Pero si el título del actor no tiene virtud para prevalecer sobre el del poseedor, no es necesario considerar aisladamente los demás elementos de una acción que no podrá prosperar". El Tribunal entra en seguida al estudio del extremo de la identificación del inmueble revindicado a través de las pruebas de inspecciones oculares, periciales y demás elementos probatorios que obran en los autos, para decir que las diferencias existentes de orden topográfico, físico y de cabida no han sido aclarados y por tanto abren un ancho campo a la duda.

Finalmente alude el Tribunal al certificado de la Oficina Municipal de Catastro para decir que "es prueba de muy relativa fuerza de convicción porque se refiere a uno solo de los elementos, que ciertamente no es el más importante, de los que juegan en la identificación de los inmuebles urbanos: Su puerta de entrada; cuando el sistema seguro para identificarlos es la alindación que señala factores inmutables y tangibles como son las propiedades vecinas".

El recurso de casación

Lo interpuso el demandante y, en el respectivo libelo, acusa la sentencia recurrida con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., como violatoria, "por falta de aplicación, de los artículos 946, 947, inciso primero, y 950 del Código del C. C., en virtud de error de hecho en la apreciación de las pruebas". Esta impugnación está dividida en tres capítulos así:

"**Capítulo 1º**—a) Errónea apreciación de las escrituras números 4780 de 26 de noviembre de 1946 de la Notaría 5ª de Bogotá, número 1109 de 5 de mayo de 1947 de la misma Notaría, número 5179 de 21 de diciembre de 1945 de la misma Notaría y número 143 de 3 de febrero de 1917 de la Notaría de Bogotá, y falta de apreciación de las escrituras números 888 de 31 de julio de 1917 de la Notaría 3ª de Bogotá, 690 de 6 de abril de 1936 de la Notaría 1ª de Bogotá y 871 de 16 de abril de 1936 de la Notaría 4ª de Bogotá, esta última en cuanto a la partición y adjudicación de bienes en la sucesión de Vicente Espinosa San Miguel que cursó en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá y que fue aprobada por sentencia de fecha 30 de octubre de 1934, registrada el 6 de junio de 1935; b) Errónea apreciación y falta de apreciación de los documentos que obran a los folios 2 v. y 3 v. del cuaderno número 11".

Desenvuelve el cargo el recurrente en el sentido de que el Tribunal partió de la base de que el título de dominio presentado por el demandante, escritura 690 de 6 de abril de 1936 de la Notaría 1ª de Bogotá, "no acredita la propiedad invocada, no obstante ser anterior en el tiempo a las escrituras números 4780 de 26 de noviembre de 1946, 5179 de 21 de diciembre de 1945 y 1109 de 5 de mayo de 1947, todas de la Notaría 5ª de Bogotá, que son los títulos inmediatos aducidos por la demandada, porque ésta presentó otro título anterior, o sea la escritura número 143 de 3 de febre-

ro de 1917 de la Notaría 3ª de esta ciudad". Y, "no es rigurosamente cierto que el concepto implícito del Tribunal de que se hallen probados en los autos las adjudicaciones en los juicios sucesorios de Luis y Rafaela Espinosa S., pues tales elementos no figuran en el expediente y sobre ellos el Tribunal mal puede razonar. La situación, se reduce entonces, dentro de la realidad procesal a que el Tribunal consideró que la escritura 143 de febrero de 1917 que constituye el título invocado por el Círculo de Obreros de la Sagrada Familia para vender el inmueble materia del pleito a Olga Marina Zárate por la 4780 de noviembre de 1946, prevalece sobre los títulos aducidos por el demandante, esto es, la escritura número 690 de 6 de abril de 1936 por la cual compró a María Gutiérrez v. de del Castillo dicha finca, que ésta había adquirido por la adjudicación en el juicio de sucesión de Vicente Espinosa San Miguel, registrada el 6 de junio de 1935 y protocolizado por escritura 861 de 16 de abril de 1936, o sea que en la comparación de títulos encuentra el Tribunal la prevalencia de los presentados por Olga Marina Zárate, que en últimas se originan en la escritura número 143 de 1917 de la Notaría 3ª de Bogotá, mientras que el demandante sólo se remonta a el año de 1935, como se acaba de explicar.

"El Tribunal incurrió **en error de hecho evidente** al apreciar el título de la demandada en que se funda su sentencia, porque de él no aparece el dominio invocado por esta parte, puesto que lejos de haberse demostrado que el inmueble que ella posee se ampara con dicho título, está comprobado que no tiene ese origen, por lo cual su primitivo título no es otro que la venta que le hizo el Círculo de Obreros de la Sagrada Familia mediante escritura número 4780 de noviembre de 1946, y luego la compra de una mitad a Salomón Martínez por escritura número 1109 de 5 de mayo de 1947. Es decir, que tales títulos son posteriores en más de diez años a los presentados por el demandante, de modo que, prevaleciendo éstos ha debido el Tribunal aplicar los artículos 946, 947 inciso primero y 950 del C. C. y al no aplicarlos los infringió".

Explica el recurrente las razones, que él denomina, concretas por las cuales el Tribunal incurrió en errónea apreciación de los títulos de la demandada y por ende, en errónea apreciación y falta de apreciación de los títulos del demandante y analiza la escritura 143 de 1917, la 888 del mismo año, en relación con la 130 de febrero también de ese año, el certificado de paz y salvo de las fincas vendidas en lo concerniente con los impuestos municipales, las certificaciones expedidas por la Oficina de Catastro y nomenclatura de Bogotá y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito, para decir que, "estos medios probatorios tampoco fueron apreciados por el Tribunal, de modo que en relación con ellos también procede la acusación por error evidente de hecho". Asimismo, se refiere el recurrente a las distintas diligencias de secuestro practicadas en el juicio sucesorio de Vicente Espinosa San Miguel para afirmar que: "No hay ninguna objeción válida frente a los títulos del demandante, cuyo último título, incluso es suficiente para demostrar su dominio sobre el bien reivindicado, y como el Tribunal no apreció estos títulos por las razones ya expuestas incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de todas las pruebas enunciadas en este Capítulo; dicho error lo llevó a no aplicar las normas sustantivas citadas".

"**Capítulo** II.—Errónea apreciación de los dictámenes producidos en la segunda instancia, por orden del Tribunal, por los peritos doctores Hernando Posada Cuéllar y Alfredo D. Bateman, como también, del rendido por el perito Luis S. Piza, en parte. "Analiza el recurrente los dictámenes, en su orden, para sintetizar el reparo en los siguientes términos:

"La apreciación equivocada y la falta de apreciación de los dictámenes a que me vengo refiriendo, indujo al Tribunal **a cometer error evidente de hecho** pues no se dio cuenta de que el lote vendido por el Círculo a la señorita Zárate no perteneció al que compró a los Espinosas por la escritura 143 de 1917 que es título en que se apoya la sentencia".

Agrega, el recurrente "que la apreciación equivocada y la falta de apreciación de los dictámenes mencionados que determinó el error evidente de hecho citado en el párrafo anterior tuvo lugar también respecto a la parte de ellos que dice que el predio número 9-E de la calle 21 fue vendido por el Círculo a María L. de Guevara, de modo que no es el mismo que dicha entidad vendió luego a Olga Marina Zárate. Y es claro que no podía ser el mismo porque conforme se ha visto el predio número 9-E se vendió por el Círculo desde 1917, lo que determina que no hubiera materia que vender en 1945". En la acusación se analiza este nuevo aspecto del cargo para concluírse que:

"Como en el aspecto anterior del cargo la circunstancia de no haberse apreciado los dictámenes que para mejor proveer ordenó el Tribunal

llevó a éste **a cometer el error evidente de hecho** de hacer derivar la titulación de la demandada de la escritura 143 de 1917, tantas veces mencionada. En ambos aspectos del cargo este error, que aparece de manifiesto en los autos, esto es, que es evidente pues resulta de los dos dictámenes acabados de citar, ya que los dos peritos están de acuerdo, sin lugar a dudas en las conclusiones, las cuales versan sobre hechos sujetos a los sentidos y se relacionan con puntos de sus conocimientos profesionales, fue lo que condujo al Tribunal a violar, por falta de aplicación, los artículos 946, 947, inciso primero y 950 del Código Civil".

"**Capítulo** III. — a) Errónea apreciación de los dictámenes producidos en la segunda instancia por los peritos Hernando Posada Cuéllar y Alfredo Bateman en cuanto de ella surge la identificación del inmueble reivindicado".

Dice el recurrente que el Tribunal no apreció los conceptos periciales emitidos en la segunda instancia por los doctores Posada Cuéllar y Bateman en los cuales dejaron perfectamente identificado el lote reivindicado, "que se fundan entre otros elementos en la propia escritura de adquisición de Olga Marina Zárate, o sea la número 690 de 6 de abril de 1936.

"b) Errónea apreciación de los dictámenes producidos en la primera instancia en cuanto de ellos surge la identificación del inmueble reivindicado". Por cuanto "la demandada presenta como título la escritura por la cual adquirió del Círculo de Obreros de la Sagrada Familia y basta comparar los linderos del título aducido por el demandante con los de aquella escritura para ver que son esencialmente iguales. Cualquiera otra porción de terreno que no cupiera en dichos linderos quedaría desamparada por los títulos de la demandada, ya que ella justifica su posesión únicamente a través de tales títulos. Tan cierto es esto que dos peritos de la primera instancia, no obstante el ánimo preconcebido para negar la identidad del lote, tuvieron que reconocerla cuando se les solicitó aclaración. Dichos peritos dicen: "El lote de terreno materia de la inspección ocular practicada en la calle 21 número 2-13 de esta ciudad de Bogotá es el mismo lote de terreno comprado por la señorita Olga Marina Zárate al Círculo de Obreros de la Sagrada Familia por la escritura número 4780 de 26 de noviembre de 1945 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá de conformidad con su alinderación... A su turno, el doctor Gonzalo Vargas Rubiano después de un meditado estudio concluye que: "No obstante las intrascendentes diferencias de detalles el lote cuya reivindicación se pretende y el actualmente poseído por la demandada son sustancialmente el mismo" (folio 31, cuaderno 9).

"c) El Tribunal incurrió en falta de apreciación de las declaraciones de Olga Marina Zárate que obran a los folios 30 v. y 31 del cuaderno número 1, en memorial suscrito por ella y que constituyen verdaderas confesiones sobre la identidad del bien, conforme a lo previsto en los artículos 606 y 604 del C. J.

"La errónea apreciación y la falta de apreciación de las pruebas indicadas en los apartes a), b) y c) indujo al Tribunal a incurrir en error evidente de hecho respecto a la identificación del inmueble, lo que lo llevó a violar, por falta de aplicación, los artículos 946, 947, inciso primero y 950 del C. C.

"d) Errónea apreciación de las certificaciones de la Oficina de Catastro de Bogotá (C. D. número 11, fol. 2 v. y C. D. número 1º, fol. 6 v.), de las cuales aparece que el actual inmueble número 2-13 de la calle 21 poseído por Olga Marina Zárate tuvo antes el número 1-E, y por ende, no tuvo nunca número 9-E, de modo que el Tribunal incurrió en erro evidente de hecho respecto a la identificación del inmueble.

"Dichos certificados constituyen instrumentos públicos conforme al artículo 632 del C. J. y de ellos aparece claramente que el inmueble poseído por la demandada o sea el 2-13 de la calle 21 tuvo antes el número 1-E de dicha calle lo que coincide con los títulos de mi mandante sobre tal inmueble y permite ver cómo en el Catastro se cambió el nombre de Efraím Rodríguez por el de Olga Marina Zárate sin título que justificara la variación. Todo lo cual demuestra la identidad del inmueble reivindicado, sin lugar a dudas.

"e) En este punto el Tribunal cometió también error de derecho al no darle el valor de prueba plena a los certificados referidos, con lo cual violó el artículo 632 del C. J. citado y por este medio violó, por falta de aplicación, los artículos 946, 947, inciso primero, y 950 del C. C., artículos sustantivos que fueron igualmente violados en el mismo concepto en virtud del error de hecho destacado al comienzo de la parte d)".

Considera la Corte:

Los cargos deben estudiarse en conjunto dada la íntima conexión de ellos entre sí, ya que plantean problemas relativos a dos de los elementos constitutivos de la acción de dominio o reivindicatoria: el pertinente a los títulos de dominio del

inmueble reclamado y el concerniente a la identidad de éste y, como sus fundamentos de hecho y de derecho son los mismos y las disposiciones sustantivas que se citan como violadas son también las mismas, el éxito o fracaso del primero de los reparos incide directamente en el de los otros.

La tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa a través de distintas acciones, particularmente, de las posesorias que tienen eficacia cuando el dueño que también es poseedor invoca la tutela rápida posesoria, que comprende desde la protección de la mera tenencia hasta la posesión propiamente dicha; de la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y de la acción de mera declaración de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es el propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga. En las dos últimas acciones rige el principio general de derecho probatorio según el cual quien suscita la aplicación de una norma jurídica tiene la carga de la prueba de aquellos hechos —los llàmados constitutivos—, que integran el supuesto de la norma misma: de donde resulta que es el propietario quien ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que invoca mediante la demostración de estos tres elementos o circunstancias: Que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la indicada relación, habiendo de agregarse todavía a estas demostraciones, cuando se trata de la acción reivindicatoria propiamente dicha, el de que la persona contra quien se acciona tiene la posesión de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor.

En otras palabras, y de acuerdo con los anteriores principios, tomadas ya de la jurisprudencia, para el éxito de la acción reivindictoria es indispensable que quien la ejercite pruebe de modo cumplido el título de los bienes reclamados, la identidad de la cosa o cosas; de tal modo, que "no se susciten dudas racionales" sobre cuáles sean y la posesión de las mismas por parte del demandado; siendo doctrina jurisprudencial también muy reiterada la de que la apreciación de si la identidad se ha probado o no, y, en general, la de si está o no justificado el dominio del actor por conjunto de las pruebas practicadas, es de la incumbencia del Tribunal sentenciador.

En relación con las situaciones a que puede dar lugar el ejercicio de la acción reivindicatoria la Corte ha dicho: "Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del Código Civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el artículo 950 ibidem, pueden contemplarse varios casos: llámase Pedro el demandante y Juan el demandado. PRIMER CASO. Pedro, con títulos registrados en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro. — SEGUNDO CASO. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan — TERCER CASO. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión comenzó en 1909 y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título. Cuando lo tiene se ofrecen otros casos harto complejos, cuya exposición no procede en este juicio".

En el caso sub-judice, la acción ejercitada por el demandante ha sido dirigida a que se declare en su favor el derecho de propiedad que estima le corresponde, sobre el inmueble descrito en la demanda y circunscrito por los linderos allí consignados; y, en consecuencia, se condene a la demandada a resitituir dichos bienes y a pagar los frutos naturales y civiles, considerándola como poseedora de mala fe, o sea, que se ejercitó la clásica acción real de dominio o reivindicatoria, aunque combinada o acumulada a la declarativa de propiedad.

Ambas partes durante el litigio exhibieron títulos y el demandado alegó además del suyo el de su causante y la posesión, entonces a diferencia de lo que acontece cuando la lucha se traba entre el titular y el mero poseedor, se hizo necesario para el Tribunal parear a los respectivos causantes en busca del verdadero dueño, ya que el reo había contradicho y contrarrestado con otro título que acredita un derecho igual o superior al que alega el demandante. Entonces se averigua cuál es el mejor y más probable, y procede analizar el eslabonamiento de los títulos de una y otra parte, con fin de saber a cuál de ellos debería darse la preferencia.

De tal modo, que el problema sobre el que ha versado el litigio, y acerca del cual gira el presente recurso, no es otro que el de si concurren

o no los requisitos necesarios para el buen éxito o resultado de la acción reivindicatoria.

El Tribunal sentenciador, al absolver a la demandada señorita Olga Marina Zárate, formula en cumplimiento de la función que le compete en orden al enjuiciamiento de los hechos, las siguientes declaraciones:

1ª — Que la acción reivindicatoria instaurada persigue una declaración de dominio a favor del reivindicante y en la cual el demandado, además de invocar la presunción que habilita al poseedor como dueño, exhibió un título lo que le imponía a aquél la obligación probatoria de presentar uno mejor que el de su contendor, si quería lograr un resultado eficaz con el ejercicio de la acción; 2ª—Que en el caso que se estudia el actor no satisfizo tal obligación o exigencia probatoria; 3ª—Que el título que la demandada invoca se remonta al mes de febrero de 1917 y se proyecta aún más hacía el pasado hasta las adjudicaciones hechas a Vicente, Lucía y José Tomás Espinosa en las sucesiones de Luis Espinosa y Rafaela de Espinosa, protocolizadas con los juicios correspondientes en los años de 1915 y 1916; 4ª—Que el título exhibido por el reivindicante, se hace provenir, según la invocación del hecho primero de la demanda, de la adjudicación hecha en la sucesión de Vicente Espinosa San Miguel que fue protocolizada el 16 de abril de 1936 en la Notaría 4ª de Bogotá por medio de la escritura número 871; 5ª — Que si hasta allí se retrotrajera no más la titulación del actor, su título tendría que calificarse como notoriamente insuficiente, frente al de la poseedora; 6ª—Que a semejante conclusión se llega al proyectarlo hacia atrás, utilizando para ello elementos probatorios que obran en los autos, porque se llegaría hasta las adjudicaciones en los juicios sucesorios de Luis y Rafael Espinosa S., es decir, a idéntico punto de partida del de la señorita demandada y sería ineficaz para destruir la presunción de dominio establecida a su favor por el artículo 762 del Código Civil; 7ª—Que ante iguales elementos de convicción, el poseedor debe ser absuelto en aplicación del principio: "in pare causa, mellior est conditio posedentis". Esto en cuanto al dominio, porque en relación con el problema de la identidad el Tribunal agregó: Que, el Tribunal, en uso de la facultad que tiene para dictar autos para mejor proveer, practicó directamente una inspección ocular con el fin de aclarar la caótica situación que se observa en el extremo relacionado con la identidad de la finca que el señor Rodríguez Rosas adquirió de la señora viuda de del Castillo y la que posee la señorita Zárate directa y personalmente desde la fecha en que por compra al Círculo de Obreros de la Sagrada Familia la adquirió. Que los linderos que figuran en el título del actor son notoriamente diferentes de los que enmarcan el inmueble poseído por la demandada y esas diferencias **son topográficas, de orden físico,** y no simples diferencias en el nombre de los propietarios colindantes, que muy bien habían podido variar en el transcurso del tiempo. Que, "la identidad habrá de establecerse sobre el terreno, confrontando los linderos del título del reivindicante, con los que en realidad singularicen el bien del cual se ha dicho que sobre él recae o incide el derecho. Estas notorias diferencias no aparecen explicadas en los dictámenes periciales, que se detienen preferencialmente en el estudio de los títulos para sacar de esos elementos conclusiones diversas. Tampoco logró aclararse la diferencia en la cabida que el título del señor Rodríguez Rosas señala con precisión y no aproximadamente, con la cabida real del lote poseído por la demandada, diferencia demasiado apreciable en tan limitada extensión de terreno valioso por el lugar donde está situado, para tenerla como resultado del error o la inadvertencia".

Sosteniendo el sentenciador, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que para prosperar la acción reivindicatoria precisa acreditar el dominio sobre el inmueble, su identificación y la posesión por parte de aquél, a quien se reclama, y estimando no justificados los dos primeros requisitos, como base del fallo absolutorio a la restitución del inmueble urbano en litigio por la apreciación que hace en conjunto y con detalle analítico de todas las pruebas practicadas, como la documental inspección ocular y pericial, etc., es visto que son improcedentes los errores de hecho y de derecho que se le atribuyen para sostener la tesis contraria, citando documentos ya tenidos en cuenta y declarados ineficaces a tal fin y otros elementos probatorios que no bastan para desvirtuar a aquella general apreciación.

Aclarado, asimismo, por el sentenciador que el inmueble discutido, circunscrito en el título que sirve de base a la demanda y en ésta, no puede estimarse comprendio dentro de los linderos del poseído por la demandada y demarcado en el título que ésta exhibe con el fin de contrarrestar a aquél —el del actor—; que tampoco se ha demostrado la identidad del inmueble reclamado como poseído por la demandada, por existir entre ellos notorias diferencias topográficas, de orden

físico y en cuanto a la cabida, y en consecuencia, su détentación, es innegable que tales apreciaciones no pueden estimarse desvirtuadas por los elementos probatorios citados por el recurrente, de cuya interpretación más o menos acertada y lógica, pretende inducir y conjeturar la conclusión de que el inmueble discutido no puede pertenecer a la demandada, oponiéndose con ello su propio criterio al del Tribunal, cuando éste, por otra parte, de esos mismos elementos de prueba, deduce los hechos negativos del dominio invocado por el demandante recurrente, así como la falta de identificación del bien discutido, por todo lo cual hubiera sido preciso, que contra el resultado lógico de aquella apreciación se acreditase el hecho afirmativo contrario, demostración que incumbía al actor recurrente a través de los errores de hecho y de derecho alegados, cuestión que, como se ha visto, no se ha establecido en la forma de manifiesta y evidente como perentoriamente lo exige la ley.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 31 de enero de 1956.

Costas a cargo del recurrente.

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

Guillermo Garavito Durán—Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas—Juan M. Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas—El Secretario, **Jorge Soto Soto.**

FILIACION NATURAL. — RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS. — AUTONOMIA DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor Francisco de P. Vargas V.)

Debe resolver la Corte lo que estime legal respecto del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 3 de junio de 1955, proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario sobre filiación natural seguido por JUSTINIANO CHAMORRO contra ARGEMIRO LEMOS PEREZ y otros, sentencia por medio de la cual se absuelve "a los demandados de los cargos de la demanda".

Antecedentes

Justiniano Chamorro demandó en juicio ordinario a Argemiro, Asbel, Alicia, Herminia, Mary, Stella, Dolores y Jesús Lemos Pérez, mayores de edad, y a los menores Héctor Lemos Morales y Guillermo, Ana Isabel y Manuel Hernando Lemos Benítez, para que se hicieran algunas declaraciones, a saber: que Justiniano Chamorro es hijo natural de José N. Lemos, fallecido el 9 de septiembre de 1948 y que en esa condición es su heredero; que es dueño, en consecuencia, de los bienes que éste dejó al morir; que se declare sin valor la partición de bienes hecha en el juicio mortuorio; que se ordene la cancelación de su registro; que se condene a los demandados a restituír los bienes que recibieron en la aludida partición; y, finalmente, que se les condene al pago de las costas en caso de oposición infundada. (Fols. 15 y ss. del C. 1º)

Los hechos principales de la demanda pueden resumirse así: José N. Lemos falleció el 9 de septiembre de 1948, siendo soltero, y sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos; mantuvo relaciones sexuales estables con Micaela Chamorro, desde el año de 1910, relaciones que fueron del dominio público; de esas relaciones nacieron Justiniano, Miguel Enrique y Luis María, pero sólo vive el primero; Lemos siempre tuvo a Justiniano como su hijo natural, habido en la nombrada Micaela, siempre lo atendió como a tal, desde su nacimiento, y lo presentó en esa calidad ante las gentes, que tuvieron el hecho como público y notorio en la población, circunstancia a la cual correspondió Chamorro prodigándole a Lemos las atenciones de hijo; es más, Lemos siempre atendió, en la medida de sus capacidades, a las necesidades de Micaela y de sus tres hijos, hasta el punto de otorgarles el usufructo de un inmueble (escritura número 21, de 12 de enero de 1944); en fin, en el juzgado de Roldanillo se adelantó el juicio de sucesión y se adjudicaron los bienes (que enumera) a los herederos aparentes, hoy demandados (Folios 15 y ss. del Cuaderno 1º).

Dentro del término legal adicionó la demanda en el sentido de comprender como demandados a Luis Antonio Pérez, Absalón Marmolejo y Alicia Rebolledo, que habían adquirido algunos bienes de Herminia, Argemiro y Asbel Lemos (Folios 25 y 26 ibidem).

El juzgado del circuito de Roldanillo, en sentencia de 5 de junio de 1953, reconoció a Justiniano como hijo natural de José N. Lemos y, por tanto, como su heredero, y ordenó que se hiciera a favor de la sucesión de aquél la restitución de los bienes herenciales (Folios 122 y ss. del C. 1º) Para declararlo así consideró el Juzgado que estaban demostradas entre José N. Lemos y Micaela Chamorro relaciones sexuales estables "que parten de 1910 y se prolongan por varios años" y que de esas relaciones nació Justiniano Chamorro, dentro de los términos señalados por la ley; además, consideró el juzgado que estaba probada la posesión notoria del estado de hijo natural del mentado Justiniano. Circunstancias ambas que estimó debidamente acreditadas con los testimonios de varios declarantes.

Pero el Tribunal, en la sentencia ya citada, que es objeto de este recurso, absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, pues consideró que no se habían demostrado, con las declaraciones que obran en el proceso, ni las re-

laciones sexuales estables, ni la posesión notoria del estado civil e hijo natural.

Demanda de casación

El recurrente alega contra la sentencia la primera de las causales de casación que señala el artículo 520 del Código Judicial, por ser violatoria de la ley sustantiva "por infracción directa, a la cual se llegó por errores manifiestos de hecho y de derecho en la falta de apreciación de determinados elementos de prueba".

Y al concretar el cargo, la demanda de casación contiene estos pasajes, que la Sala se permite transcribir:

"Hizo el Tribunal en su fallo una crítica de la prueba testimonial en lo referente a las relaciones sexuales entre el pretendido padre y la madre, y a la posesión notoria del estado civil de hijo natural, con una severidad llevada al último extremo.

"Pero no voy a atacar el fallo por ese aspecto, porque muy bien sé que la Corte ha proclamado de manera constante la doctrina de que la convicción del Tribunal formada mediante el estudio analítico del testimonio, es en sí misma inatacable en casación.

"En cambio, voy a señalar cómo el Tribunal pasó en completo silencio a lo largo de su apreciación probatoria un elemento de prueba tan importante y tan poderoso en orden a las relaciones sexuales entre el pretendido padre y la madre, que estoy seguro de que si la Honorable Corte entra a apreciar en todo su valor dicho elemento, otra habrá de ser la decisión final de ese proceso.

"Véase al efecto lo que dicen los siguientes testigos en el pasaje de sus declaraciones que a continuación transcribo:

"Valentín Vivas: (Fl. 63, C. Nº 2):

"'...Al punto b): 'Es verdad y me consta porque don José Lemos me lo decía a mí que Justiniano Chamorro era su hijo natural'. (Fl. 63, subraya el suscrito).

"Daniel Santa Cruz (Fl. 66 vto. ibidem:

"'...Al punto séptimo: 'Es muy cierto, el señor José N. Lemos presentaba en público a mi preguntante como a su hijo natural, y tan es así que es del dominio público en esta población y cualquiera puede dar razón de ello. Además, en conversaciones sostenidas con el señor Lemos así me lo manifestaba a mí personalmente'. (Subrayo).

"Carlos Mendoza Ortiz (Fl. 68 v. ibidem:

"...Al punto noveno: 'Todo lo expuesto anteriormente me consta de manera directa por ser vecino de ellos cuando vivieron en El Rey y a quienes visitaba con alguna frecuencia, por haber tenido con el señor Lemos conversaciones íntimas en las cuales me hacía claras demostraciones de las relaciones tenidas con la señora Chamorro, y de ser padre de los tres hijos de ésta ya mencionados'. (subrayo). Anteriormente había mencionado el testigo entre los tres hijos de la Chamorro al preguntante, refiriéndose a Justiniano.

"Rafael Santa Cruz (Fl. 69 v. ibidem):

"'...Al punto séptimo: 'Es muy cierto, y ya está dicho, que el señor Lemos (José N.) presentaba en público a mi preguntante como a su hijo natural, todo lo cual era del dominio público, y como yo era muy amigo de don José N. en diversas ocasiones, que acerca de este tema tuvimos, así lo manifestaba'. (Subrayo).

"Sergio Mendoza Manzano (Fol. 71 v ibidem):

"...Al punto séptimo: 'Es muy cierto, así me consta, que el señor José N. Lemos presentaba en público al preguntante señor Justiniano Chamorro, como a su hijo natural y llegó a ser como lo es actualmente del dominio público en esta población, que era su padre natural, y además, por ser muy amigo del señor Lemos, así me lo manifestaba en varias conversaciones sostenidas al respecto'. (Subrayo).

"Raimundo Santa Cruz (Fl. 76 v. ibidem):

"...Al punto séptimo: 'Por ser muy amigo del señor Lemos, en varias veces y en conversaciones sostenidas, me manifestaba que él reconocía esos muchachos como hijos naturales, y por quienes sentía gran cariño'. (Subrayo). Se refiere aquí el testigo a los hijos de Micaela Chamorro, de quienes se venía ocupando en su relación.

"Paulino Bravo (Fl. 78 v. ibidem):

"...Al punto b): 'Positivo es y me consta personalmente que el señor José N. Lemos reconoció siempre ante el vecindario de Roldanillo y del Caserío de El Rey a Justiniano Chamorro como su hijo natural por un espacio de más de treinta años, casi hasta su muerte, y tan es así que una noche llegué a decirle yo a él (a don José Lemos) que por qué no le arreglaba ese asunto a los muchachos, porque yo era amigo íntimo de él y siempre tomábamos tinto por la noche, y me dijo: 'hombre, sí, voy a arreglarle ese asunto a esos muchachos, es decir, a Justiniano, Miguel Enrique y Luis María Chamorro, porque —continuó— uno de pronto se muere y no deja sino pleitos'. (Subrayo).

Según se ve de manera clarísima, cada uno de los testigos anteriormente citados afirma haber oído directamente de José N. Lemos, en con-

versación íntima con éste, la declaración de ser el padre de Justiniano, hijo de Micaela Chamorro (Subraya la Sala).

"El conjunto de tales testimonios es prueba fehaciente de que José N. Lemos reconocía ser el padre de Justiniano. Sin que para ello sea necesario que aquella manifestación espontánea de padre hubiera sido hecha en **un solo acto a todos los testigos** conjuntamente. Porque se trata de un hecho crónico —el reconocimiento permanente de ser padre— cuyas manifestaciones pueden ser captadas separadamente por distintas personas; en distintos lugares, en distintos días, en distintas circunstancias y con distintos motivos. Hecho de esta naturaleza debe ser tomado en su conjunto, al través del tiempo y del espacio, para apreciar con ese criterio la "prueba de su existencia".

El cargo, pues, se concreta a expresar que el Tribunal, vistas las deposiciones de los testigos citados y cuyas partes pertinentes contiene transcritas la demanda de casación, se abstuvo de aceptar como demostradas relaciones sexuales entre Lemos y la Chamorro suficientes para conducir a la declaratoria de paternidad que se persigue, y de conformidad con los términos de la ley que reglamenta la materia, que se ha citado en la demanda origen de esta litis, como base del derecho que se invoca.

El mismo recurrente expresa que no pretende hacer valer aquel reconocimiento privado y confidencial de paternidad (el a que aluden los testigos) como una confesión de ésta para ser valorada como tal en calidad de prueba directa del hecho. Y manifiesta:

"Pero en cambio, jamás podrá negarse que este reconocimiento perenne de la paternidad de un hijo **de determinada mujer** es un hecho poderosamente **indicador** de que entre quien vive haciendo aquel reconocimiento, y la madre del hijo, hubo **relaciones sexuales que coincidieron con la época de la concepción.** Si este hecho no es lo que se llama un **indicio necesario** de la existencia pretérita de tales relaciones sexuales, muy poco le falta para ello".

Sentencia del Tribunal

Precisa hacer referencia a la sentencia del Tribunal, en la parte que es objeto del recurso de casación, o sea en lo que se refiere a las relaciones sexuales estables entre Lemos y la Chamorro, no demostradas en la forma prevista por la ley, según el Tribunal, y debidamente acreditadas con indicios, según el recurrente.

Dice el Tribunal que la ley exige para la declaración de paternidad un vínculo sexual "constante, durable, firme y permanente que equivalga a la estabilidad de relaciones".

Es del caso y oportuno, aunque se extiende un poco este estudio, transcribir de la sentencia recurrida aquellos acápites en los cuales se detallan los razonamientos básicos de la determinación final del Tribunal:

"Para el caso se acompañó a la demanda una serie de testimonios extrajuicio entre los que figuran el de Eliseo Mejía y Manuel Santos Mondragón, quienes, al revés de Valentín Vivas, Lucas Reyes, Jesús Ruiz, Luciano Mondragón y Paulino Bravo, no se ratificaron en su dicho dentro del término correspondiente. Mas, si algo dijeron esos dos declarantes digno de estimarse para el fallo por dictarse, bien podría tenerse en cuenta su dicho, no obstante su falta de ratificación, desde luego que el doctor Luján, al solicitar en su memorial del 16 de diciembre de 1950, actuante a folio 2 vto. del cuaderno cuarto, que Tulio Aguado, Ventura Vergara y Francisco de la Cruz Motoa declarasen sobre la amistad íntima que esos testigos llevaban con el actor, reconociendo que sí conocían los testimonios, quería infirmarlos y restarles el valor que pudiesen tener. Luego, en torno de esas deposiciones sí hubo controversia y los dictados del artículo 693 del C. J. no tienen por qué sentirse desconocidos, si se entra al estudio de tales declaraciones.

"Con todo, atendido a que Eliseo Mejía, respecto al hecho de las relaciones carnales entre el presunto padre natural del demandante y su madre, sólo hace que decir que le consta 'a ciencia cierta' la vida marital hecha por esos señores 'de cuyas relaciones tuvieron varios hijos, entre ellos a Justiniano, que es el que hoy sobrevive, pues los demás murieron', y visto que Manuel Santos Mondragón no ha hecho ver sino que 'es muy cierto, conocí al señor José N. Lemos, hoy finado, desde hacía mucho tiempo, quien era vecino de esta ciudad, y por este motivo, sé y me consta, como así era del dominio público, que dicho señor Lemos tenía relaciones carnales con la señora Micaela Chamorro, de cuyas relaciones tuvieron como hijos a Justiniano, Miguel Enrique y Luis María, estos dos últimos ya finados', nada favorable resulta de esa prueba en relación con lo que con ella se buscaba.

"Vienen Valentín Vivas, Lucas Reyes, Luciano Mondragón, Paulino Bravo y Jesús Ruiz a ratificarse en sus dichos del mes de mayo de 1949 y dicen: Reyes, que esas relaciones carnales que Lemos tenía con Micaela Chamorro y de la que

hubo varios hijos, entre ellos el demandante, le constan, porque 'yo iba con don José Lemos a pasear a caballo a la finca, es decir donde Micaela Chamorro, pues éramos vecinos'. Nada más. Luciano Mondragón había declarado que, por el 'trato y comunicación que por mucho tiempo había tenido con el señor Lemos, y porque eso 'era del dominio público', es "muy cierto' que dicho señor Lemos tenía relaciones con la señora Micaela Chamorro, de cuyas relaciones tuvieron como hijos a Justiniano, Miguel Enrique y Luis María...' Y dice simplemente el 7 de mayo de 1951: 'Me consta personalmente que las relaciones maritales... duraron por un espacio de tiempo de más de veinte años en forma continua y no interrumpida'. Por qué le constaba eso?... No lo declara el testigo, como tampoco habla él de desde cuándo se hubiera dado cuenta de tales vínculos, ni desde cuándo conocía al señor Lemos. Para Paulino Bravo esas "relaciones maritales que sostuvo Micaela Chamorro con el señor José N. Lemos' y que 'duraron en forma continua y no interrumpida por un lapso de más de veinte años' las conoció, no obstante acabar de decir que porque 'personalmente' le constaban, porque "eso era de dominio público aquí, pues todo el mundo lo sabía', y porque yo lo veía entrar y salir' de la casa de Micaela Chamorro todos los días', y porque, además, el señor Lemos le decía que 'él vivía y hacía vida marital con Micaela Chamorro, y que en ella había tenido' a Justiniano, a Miguel Enrique y a Luis María, 'finados estos dos últimos'. Y consta que más adelante, ante una pregunta del doctor Lozano Quintana, declara el testigo: 'En la casa de ella", de la Chamorro, 'no viví ni en las vecindades de dicha casa, pero todas las tardes salí de paseo a las vecindades de la casa de Micaela Chamorro y lo veía entrar a don José". A qué hora?... No lo dice Bravo, pero sí hace ver, sin anotar nada sobre la hora de salida y en una forma como si pendiente se mantuviera de la permanencia de Lemos en esa casa, que allí se demoraba el señor el 'tiempo que necesitaba uno para estar con la concubina en la casa".

"Y Valentín Vivas, al ser repreguntado sobre las relaciones que hiciera el 11 de junio de 1949 sobre la vida marital entre don José N. Lemos y Micaela Chamorro, expuso: 'Eso me consta por razón de que el mismo José N. Lemos se manifestaba que este tuvo esas relaciones con la madre del demandante, pero en cuanto a tiempo de duración... no puedo afirmar nada, pues pudo ser más de veinte años, o por el contrario, pudo ser menos el tiempo". El, además, se convenció de dichas relaciones 'por los hijos' y pudo observar que la vida marital entre Lemos y la Chamorro "consistía en que ella (Micaela' le lavaba y lo servía' al señor Lemos. Jesús María Ruiz Espinosa, traído como testigo de excepción, ya que él, como lo certifica la partida correspondiente actuante a folio 12 del cuaderno primero, fue el padrino de bautizo de Justiniano Chamorro, Ruiz habla de que, por el conocimiento que 'por mucho tiempo' tuvo de don José N. Lemos y porque eso era 'de pública notoriedad' en Roldanillo, Lemos 'tenía relaciones carnales con la señora Micaela Chamorro... y tuvieron como hijos a los señores Justiniano, Miguel Enrique y Luis María, los dos últimos ya finados'. Habla de que, por insinuación del señor José N. Lemos, quien me lo exigía como padre de ellos, fuí padrino de bautizo de Justiniano Chamorro. Con todo, el fundamento para sus declaraciones sobre esas relaciones lo establece el testigo en que el señor Lemos me lo manifestó, y porque los hijos que iban resultando de esas relaciones, se los cargué yo, a petición del mismo señor Lemos. Pero yo no presencié de otra manera". Por algo no pudo quedar probado de autos, no obstante la declaración de Valentín Vivas que, en verdad, don José N. Lemos le pidiera a Ruiz, precisamente como padre natural del muchacho, el favor de apadrinar a Justiniano, viéndose contrariados así los hechos séptimo y octavo del escrito de demanda que aluden directamente a esa circunstancia.

"Si a las declaraciones de Abelardo Millán y Ruperto Mendoza se llega, tiénese que, comprendidas dentro de la información que a las de Eliseo Mejía y Manuel Santos Mondragón quiso provocar el doctor Luján en su memorial del 16 de diciembre de 1950, pueden ellas ser consideradas para el fallo, a pesar de no haber sido ratificadas dentro del juicio. En estas condiciones debe decirse que, si Millán habla de que, por haberles tratado 'personalmente por mucho tiempo', se dio cuenta de que José N. Lemos y Micaela Chamorro hacían vida marital, como marido y mujer, desde el año de 1910, más o menos', y que de 'tales relaciones nacieron tres hijos a saber: Miguel Enrique, Luis María y mi preguntante' Justiniano, y si esa afirmación puede hacerla porque esas relaciones llegaron 'a ser del dominio público tanto en la población de Roldanillo como en el caserío de El Rey, en donde estuvieron viviendo por mucho tiempo y a quienes yo visita (sic) con frecuencia, ya que también vivía en ese caserío', no puede menos que extrañar el que nada diga el testigo respecto a la estabilidad del vínculo, no pudiendo, por tanto, aceptar-

lo para la época en que nació Justiniano ni contarlo dentro de los términos que el numeral cuarto del artículo 4º de la ley 45 exige como requisito para la existencia de las relaciones. Porque no se olvide que, auncuando Millán precisa el año en que se inició la vida marital, nada dice en cuanto a su durabilidad, bien que declara que, como efecto de esa vida, nació Justiniano. Por lo demás, no debe perderse de vista que su relato lo ha hecho como habitante en el caserío de El Rey donde Lemos y la Chamorro dizque 'estuvieron viviendo por mucho tiempo' y a quienes el testigo dizque visitaba con frecuencia. Mas, desde cuándo vivirían en El Rey, así unidos maritalmente, Lemos y la Chamorro?... Y, si las relaciones le constaban a Millán por lo que en El Rey podía ver, qué dice él en cuanto a lo que ocurriera en el propio Roldanillo, para que la continuidad de las relaciones sexuales mantuvieran la normalidad referida para poder ser reconocidas?...

"Podrá caber consideración distinta para el testimonio de Ruperto Mendoza?... Ciertamente que no, desde luego que el declarante, tras afirmar, por constarle personalmente, que 'José N. Lemos y Micaela Chamorro, sostuvieron esas relaciones por mucho tiempo', que 'ellos hicieron vida marital, como marido y mujer desde el año de 1910 más o menos' y que 'de dichas relaciones nacieron tres hijos cuyos nombres son Miguel Enrique, Luis María y Justiniano. ..quien es el que actualmente vive, pues los otros dos murieron', agrega para cerrar su deposición: 'Todo lo expuesto anteriormente me consta personalmente, ya que como vecinos que fuimos cuando ellos vivieron en El Rey, yo los visitaba con mucha frecuencia y allí me daba perfecta cuenta, ya que los veía tratarse y en las conversaciones hacía expresas manifestaciones de sus relaciones con la señora Chamorro'. Dónde se muestra en ese testimonio el elemento continuidad de relaciones tan indispensable para la declaración judicial de la paternidad natural, en tratándose de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre?...

"Siguiendo adelante en el prolijo y necesario estudio de la prueba testimonial allegada para acreditar la causal cuarta del Art. 4º de la ley 45, se está ante el testimonio de Tomás Cruz, Leonardo Castro, Daniel Santacruz, Carlos Mendoza Ortiz, Rafael Santacruz, Sergio Mendoza N. Jesús María Dávila y Raimundo Santacruz, quienes, en abril de 1951, ratificaron sus dichos del mes de agosto de 1949. Qué declaran ellos?...

"Cierto que Jesús María Dávila afirma las relaciones de autos y se refiere a ellas como sostenidas 'por mucho tiempo'. Pero advierte: 'sin poderlo precisar'. Lo cual, relacionado con la condición de constante que la vida marital debe haber presentado, nada dice, ciertamente. Los otros declarantes sí hablan todos de que las relaciones entre Lemos y la Chamorro duraron 'desde el año de 1910 más o menos'. Léase, si no, al folio 62, 65, 66 vuelto, 68, 69 70 vto. y 76 vto. Pero una atenta consideración de todos esos siete testimonios dejan ver otra vez lo siguiente: Todos y cada uno rezan: 'tanto en esta ciudad (Roldanillo) como en el caserío de El Rey'. Y atiéndase a que Tomás Cruz dice: 'ya que, como vecinos que fuimos en el caserío de El Rey, cuando ellos estuvieron viviendo allí y donde yo también ivió (sic), los visitaba con frecuencia'. Y vuelve a decir, más adelante: 'Todo lo expuesto anteriormente, me consta de una manera personal y directa, ya que como buenos vecinos que fuimos, cuando vivieron en el Rey... me daba perfecta cuenta de las relaciones que ellos llevaban'. Castro: '...habiéndolo yo constatado por residir en esa época también en dicho ceserío'. Y: 'así lo pude constatar cuando vivieron por mucho tiempo en el caserío de El Rey en donde yo también vivía, y allá se veía al señor Lemos departiendo cordialmente con ella, la señora Chamorro'. No a otra circunstancia atiende para su conocimiento de esas relaciones Daniel Santacruz: 'José N. Lemos y Micaela Chamorro sostuvieron esas relaciones durante muchos años... en el punto denominado El Rey en una casita de propiedad del señor Jesús Ruiz, a donde el señor José N. Lemos iba todas las tardes, cosa que me consta por haber sido vecino'. Por cierto que éste mismo testigo Santacruz al final de su declaración y al ser preguntado por el Dr. Lozano 'en qué consistía la vida marital que... hacían José N. Lemos con Micaela Chamorro y de qué medios se valió... para darse cuenta de ello', contestó: 'Como lo veía entrar todos los días a la casa de ella y todo el mundo decía que vivía con ella...' Carlos Mendoza Ortiz, por su parte, hizo ver que eso le constaba por haber sido vecino de ellos, cuando vivieron en casa del señor Jesús Ruiz en el caserío de El Rey y visitarlos con mucha frecuencia' y según lo declara más adelante: 'por haber sido vecino de ellos, cuando vivieron en el Rey' y 'haber tenido con el señor Lemos conversaciones íntimas, en las cuales me hacía claras demostraciones de las relaciones tenidas con la señora Micaela Chamorro'. Es lo que depone Rafael Santacruz y lo que afirma Sergio Mendoza Manzano y lo que sostiene una y otra vez Raimundo Santa-

cruz. Sin que falten entre esos testigos algunos, como Tomás Cruz y Leonardo Castro y Mendoza Ortiz y Rafael Santacruz, que le calculan a la vida marital de Lemos con la madre del actor un tiempo mayor de 'veinte años'.

"Pero, si todos los deponentes se han dado cuenta de esas relaciones por lo que ellos pudieron ver en el caserío de El Ry, donde —sin decir por cuánto tiempo— dizque vivieron Lemos y la Chamorro y, si nada han podido declarar en cuanto al otro tiempo que en El Rey no vivieron dichos señores, cómo se hace para aceptar que, precisamente, esa primera época pertenece a la correspondiente al año de 1913 en que nació Justiniano? Porque ese 'mucho tiempo' a que se refieren los testigos como vivido por la Chamorro y por Lemos en vida marital en El Rey es indeterminado y, entre el año de 1910 en que se dice nacieron esas relaciones y el año de 1913 en que nació el demandante corrieron tres años. En esas condiciones, cómo hace la Sala para tener por acreditada la estabilidad de vida sexual requerida por el legislador para poder resolver que Justiniano Chamorro, conforme a tal prueba, sí es el hijo natural de José N. Lemos habido en la señora Micaela Chamorro?

Consideraciones de la Corte

Para decir lo atinente a este pleito, conviene recordar, ya que se han transcrito muchos párrafos tanto de la demanda como de la sentencia recurrida, relativos todo al examen de fondo de los testimonios, legalmente aportados al debate, que el recurrente dice que no ataca la crítica de las deposiciones de los testigos hecha por el Tribunal, teniendo en cuenta la doctrina de la Corte acerca de que los juzgadores de instancia han de gozar de autonomía en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia. El recurrente afirma que el Tribunal pretermitió la estimación de una prueba, que considera (el recurrente) como un indicio necesario, o por lo menos vehemente o grave, de las relaciones sexuales. Esa prueba no estimada es el reconocimiento de la paternidad por parte de Lemos.

El Tribunal sí estudió y dio alcance a la serie de testimonios mencionados por el recurrente, especialmente en todo aquello que atañe al reconocimiento de la paternidad como consecuencia de las relaciones sexuales y la manifestación que Lemos hacía a los deponentes de ser Chamorro su hijo natural. Pero del estudio que hizo el Tribunal esta entidad obtuvo soluciones distintas a las que llegó el recurrente.

El Tribunal, después de analizar lo que a su juicio cada un declarante decía, estudio que en su mayor parte está contenido en lo que se ha transcrito de la sentencia y que para mayor claridad la Corte reprodujo con alguna extensión, expresó que la paternidad alegada por Justiniano Chamorro no ha podido establecerse de acuerdo con la causal 4ª que para el caso tiene consagrada el artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Dijo que esa permanencia en las relaciones que a don José N. Lemos se le asigna con Micaela Chamorro no queda comprobada para la época en que, precisamente, se exigía. Es decir, no se negaron las relaciones sexuales, sino que se echó de menos la prueba de que ellas coincidieran con la concepción o el nacimiento del citado Sr. Chamorro.

Y agregó el Tribunal:

"La Sala, entonces, después del minucioso examen realizado de la prueba testimonial —única, por cierto, que para acreditar las relaciones sexuales entre José N. Lemos y Micaela Chamorro, existe de autos—, tiene que convenir en que esa vida mairtal no fue probada dentro del juicio en el modo estable y notorio que la ley 45 exige. Por algo el propio demandante, al afirmar en el hecho 3º del libelo que 'las relaciones sexuales entre los mencionados José N. Lemos y Micaela Chamorro fueron del dominio público en este municipio', no pudo menos que afirmar que ello fue así porque 'hicieron vida marital casi (subraya el Tribunal) en forma permanente durante muchos años'. A la verdad, al actor le era imposible sostener, dentro del elemento probatorio a su alcance, que esa permanencia de vida y esa estabilidad de relaciones por él tan alegadas fueron lo suficientemente firmes para poder acomodarse a la condición general requerida para que una unión tal adquiera los fundamentos que el legislador ha buscado".

El Tribunal, se repite, sí tomó en cuenta tanto lo de las relaciones sexuales, como la circunstancia de haber depuesto algunos testigos 'haber oído directamente de José N. Lemos, en conversación íntima con éste, la declaración de ser el padre de Justiniano hijo de Micaela Chamorro'. Lo que no aceptó fue aquello de que las declaraciones referenciales atribuídas a Lemos acerca de ser el padre de Chamorro, fueran suficientes para dar por probadas las relaciones sexuales estables y notorias que requiere la ley para la declaratoria judicial de paternidad, de conformidad con la causal cuarta del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

En realidad, la ley es clara al exigir en el ca-

so de la causal cuarta del artículo 4º citado, no solamente las relaciones sexuales estables de manera notoria, sino la prueba de 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.

El Tribunal no halló esa prueba y lo explicó, como se ve de las transcripciones, en manera amplia y bastante.

La simple aseveración de un testigo de haber oído de Lemos la afirmación de ser el padre de Chamorro no conlleva la prueba de las relaciones sexuales estables y notorias a que se refiere la causal o caso cuarto del artículo 4º ya mencionado. Podría sí, servir para otros efectos o consecuencias jurídicas, que en el presente caso no vienen planteados en los hechos fundamentales de la demanda, que son la base de la litis. Y como corroboración a ello puede observarse que el actor en este pleito limitó la cita de las disposiciones legales en cuanto hace a la declaratoria judicial de paternidad, a los cargos de los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

Además, como lo reconoce el mismo recurrente, la ley brinda al juzgador de instancia un margen dilatado para la apreciación de las pruebas. Solo en los casos de la evidencia de lo contrario, podría la Corte apartarse del criterio del juzgador de segunda instancia en la apreciación de las pruebas.

El cargo, pues, no puede prosperar.

El Tribunal no violó, pues, el artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Y como consecuencia de ello, tampoco puede considerarse la sentencia violatoria de los artículos 1040 y 1321 del Código Civil, 85 de la ley 153 de 1887, y 18, 19 y 20 de la ley 45 de 1936. Si el demandante Chamorro no es hijo natural de José N. Lemos, no puede recoger la herencia de él, ni hay lugar a declaratoria de nulidad de actuaciones por medio de las cuales se hayan adjudicado bienes herenciales a otras personas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario de Justiniano Chamorro contra Argemiro Lemos Pérez y otros.

Costas del recurso, a cargo del recurrente.

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

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla Francisco de P. Vargas V. — Jorge Soto Soto, Secretario.

FILIACION NATURAL. — LEGITIMACION EN CAUSA. — COMO LOS FALLOS ABSOLUTORIOS NO SON INCONGRUENTES CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, NO ES PROCEDENTE IMPUGNARLOS POR MEDIO DE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — LA ACCION PARA QUE SE DECLARE LA PATERNIDAD NATURAL, PUEDE INSTAURARSE CONTRA EL PRESUNTO PADRE MIENTRAS VIVA, O A FALTA DE ESTE CONTRA SUS HEREDEROS

1 — La legitimación en causa, como lo ha explicado la Corte en ya numerosos fallos, es elemento estructural de la acción y se identifica con la titularidad para demandar o para ser demandado. La acción, como medio para realizar el derecho subjetivo, debe ser ejercida por y contra la persona a quien la ley asigna calidad para instaurarla y para responder de ella, esto es, por el titular del derecho y contra el obligado a reconocerlo. Siendo la legitimación en causa elemento de la acción, debe concluírse que sin ella no existe la acción porque falta la titularidad en una de las partes y se impone el fallo absolutorio.

Si por falta de legitimación del actor o del demandado en la causa, el Tribunal dicta fallo absolutorio, su decisión no es incongruente con las pretensiones deducidas por las partes, porque no falla sobre puntos ajenos a la controversia, no sobre más ni sobre menos de lo pedido. El fallo absolutorio comprende todos los extremos de la litis, aunque los motivos o fundamentos del pronunciamiento puedan ser desacertados. Y no es procedente en ese caso la causal segunda de casación, porque ésta no autoriza a la Corte a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al Tribunal como fundamentos del fallo, ya que la incongruencia sólo puede consistir en la disconformidad entre la resolución del fallador y las pretensiones de las partes.

2 — Esta Sala, como lo manifestó expresamente en sentencia de casación de fecha veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, reafirmó la doctrina sostenida por la Corte a partir del año de 1945, según la cual la acción para que se declare la paternidad natural puede ser instaurada aún después de muerto el presunto padre y en este caso puede ser dirigida contra los herederos. Los fundamentos de esta doctrina son bien conocidos, por cuanto han sido expuestos en numerosas sentencias y esto la dispensa de repetirlos nuevamente.

Entre esos argumentos está el de que si no se otorgara la acción contra los herederos, el hijo natural perdería por la muerte del padre el ejercicio de una acción que es de carácter personalísimo y que depende en su duración de la vida del hijo y no de la vida del padre. El padre no puede llevarse a la tumba, con su muerte la acción del hijo, y otro tanto puede decirse respecto al heredero, quien tampoco puede llevarse a la tumba la acción de la cual estaba obligado a responder, esto porque la personalidad del difunto se prolonga o continúa, puede decirse, en la persona de sus herederos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, junio diecisiete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Guillermo Garavito Durán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto y oportunamente sustentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, el 17 de octubre de 1955, en el juicio sobre filiación natural propuesto por Alfonso Duarte o Alfonso Gómez Duarte contra Adelina Cely v. de Gómez y Hernán Panqueva Gómez o Hernán Gómez Panqueva.

Antecedentes

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Soatá promovió demanda Alfonso Duarte contra Adelina Cely v. de Gómez y Hernán Panqueva para que se declarara que el demandante es hijo

natural de Aurelio Gómez Coronado, con derecho como tal a sucederle en todos sus bienes por no existir hijos ni ascendientes legítimos, ni cónyuge, y con exclusión del hermano legítimo Paulo o Pablo Antonio Gómez Coronado, quien fue declarado heredero y recibió la herencia de Aurelio.

Advirtió el actor al final de su demanda que la dirige "contra Adelina Cely v. de Gómez y el menor Hernán Panqueva Gómez, representado por su madre natural Circuncición Panqueva, come representantes y únicos herederos de Paulo o Pablo Antonio Gómez Coronado, quien a su turno representaba al causante y pretenso padre natural Aurelio Gómez Coronado, el legítimo contradictor para los fines de la filiación impetrada, como su heredero, en su condición de hermano legítimo".

Alegó las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, o sea relaciones sexuales estables y notorias entre el pretendido padre y la madre del demandante Margarita Duarte, y posesión notoria del estado de hijo natural.

Tramitado el juicio con las ritualidades de rigor, el Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia con la sentencia de fecha 21 de octubre de 1954, en la que declaró la filiación impetrada y se abstuvo de hacer declaración sobre derechos herenciales, "porque estima, de acuerdo con la jurisprudencia, que el derecho a suceder al padre es inherente a la calidad de hijo sin necesidad de que así se declare".

Esa sentencia fue apelada por la parte demandada y el Tribunal Superior del Distrito de Santa Rosa de Viterbo, mediante el fallo de 17 de octubre de 1955, la revocó y en su lugar, por carencia de legitimación en causa de la parte demandada, absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda. Este fallo ha sido recurrido en casación por la parte demandante.

Fundamentos del fallo recurrido

La decisión del Tribunal se basa en las siguintes consideraciones:

"1º Que aparece plenamente establecida la LEGITIMACION ACTIVA, en cuanto que el actor o demandante, al ejercitar la acción para que se declare su filiación natural en relación con determinada persona, o sea, con su pretenso padre, tiene derecho legalmente reconocido para promoverla. (Arts. 1º a 12, Ley 45 de 1936).

"2º Que han sido demandados, en su propio nombre, según los términos del libelo respectivo, en el cual no se les atribuye calidad distinta, para que contra ellos se pronuncie la declaración de filiación natural impetrada, ADELINA CELY v. DE GOMEZ y HERNAN PANQUEVA GOMEZ o HERNAN GOMEZ PANQUEBA, quienes al tenor del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, y muy especialmente de los artículos 401 a 404 del Código Civil allí citados, no tienen la condición o carácter legal de "CONTRADICTOR LEGITIMO', requisito este ineludible, como institución de orden público, para la prosperidad de la acción en los juicios que se sigan sobre investigación de la paternidad.

"Si el pretenso padre natural, AURELIO GOMEZ CORONADO, ha fallecido, siendo la persona contra quien aquélla acción procedía legalmente, en términos que el fallo que se pronunciara habría de producir efecto ERGA OMNES, con trascendencia universal de cosa juzgada; y si, sólo como doctrina legal más probable, debe atenderse al respetable criterio de la Honorable Corte Suprema de Justicia, consignado en las conclusiones de su fallo de 1º de octubre de 1945 y que ha informado todas sus sentencias posteriores sobre la misma cuestión jurídica, en cuanto extiende y atribuye la calidad legal de 'contradictor legítimo' a los causahabientes o herederos de aquél, es preciso tener en cuenta, en el caso de autos, que los demandados no reúnen esta condición jurídica, ni han sido llamados a responder por razón de ella, en relación con el mencionado y pretenso padre natural, por lo cual FALTA LEGITIMACION PASIVA EN LA CAUSA, o sea, identidad de la parte demandada con la persona contra quien es concedida la acción propuesta, imponiéndose, por lo tanto, la negación de ésta por defecto de titularidad en el sujeto pasivo de la misma, desde luego que, como se ha dicho, los demandados no tienen la calidad legal para responder por ella.

"3º Que si bien es verdad que, por la segunda súplica de la demanda y por relación de los hechos en que se funda, impetrada aquélla como consecuencia de la primera, o sea de la declaración de filiación natural, se advierte la representación en los demandados, Adelina Cely v. de Gómez y Hernán Panqueba o Hernán Gómez Panqueba, respecto de PAULO O PABLO ANTONIO GOMEZ CORONADO, en ejercicio de la acción configurada y consecuencial de petición de herencia, esa circunstancia no puede conferir a aquellos, por sí sola, la calidad de representantes, causahabientes o herederos del pretenso padre natural, AURELIO GOMEZ CORONADO, para responder por éste en la acción sobre filiación del actor.

"Por una parte, la posición de los demandados citados, con relación a su causante PAULO O PA-

BLO ANTONIO GOMEZ CORONADO, es distinta de la que pudiera pretenderse y se exige legalmente en relación con pretenso padre natural, ya fallecido, AURELIO GOMEZ CORONADO. El hecho de que la sucesión de aquél se hubiera liquidado y que en ella fueran reconocidos como sus causahabientes o herederos, no puede atribuírles ni conferirles el carácter de causahabientes o herederos del citado Aurelio Gómez Coronado, sucesión también liquidada, en la cual no tuvieron ni les fue reconocido derecho alguno, calidad aquella que de inmediato se exige en la acción propuesta, para que se pueda responder por ésta.

"Por otra parte, si la acción sobre filiación fuera viable indefinidamente y contra cualquier ente jurídico o moral, como es una sucesión, ya liquidada por demás, o contra cualquier persona que pudiera ser afectada patrimonialmente con la prosperidad de aquella, se desvirtuaría completamente, en sus fundamentos imponderables, la institución legal sobre investigación de la paternidad.

"4º Que, habiéndose negado el Juzgado, en el aparte TERCERO de su fallo a 'hacer expresa declaración de la segunda solicitud de la demanda', sin que el demandante hubiera apelado de aquél, el Tribunal no tiene jurisdicción, en el recurso, para estudiar su resolución al respecto; pero como, por una parte, ésta es, prácticamente, favorable a la parte demandada y, por la otra, se invocó como consecuencia de la primera súplica, la cual es negada a su vez en este fallo, procede éste, en términos generales, revocando el de primera instancia y absolviendo a los demandados de todos los cargos".

La demanda de casación

El actor recurrente acusa la sentencia del Tribunal por las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial. Se estudia en primer término el cargo por incongruencia.

Primer cargo

Lo formula así: "La sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en este juicio no está en consonancia con las súplicas de la demanda principal, es decir, dejó de resolverlas en lo sustancial, alegando que hay 'falta de legitimación pasiva en la causa', lo cual es inoponible respecto de las acciones allí ejercitadas. Invoco, pues, el motivo de que trata el numeral 2º del artículo 520 del C. J.".

Para sustentarlo dice que "cierto es que en la parte resolutiva de dicho fallo se absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda, negando las declaraciones allí mismo impetradas, lo que, consideradas las cosas desde un punto de vista puramente formal, podría conducir a calificar de improcedente el cargo. No ocurre, sin embargo, esto porque tal decisión no fue el resultado de análisis o consideración alguna sobre la acción o su prueba, pero ni siquiera sobre alguna excepción perentoria, que en su defensa hubiera propuesto o alegado la parte demandada. Ella tomó pie en un hecho o motivo enteramente extraño a tales elementos, cual es el de la ilegitimidad sustantiva de la parte demandada".

Agrega que ni podría redargüirse siquiera que tal fenómeno de ilegitimidad sustantiva de las partes es o constituye una excepción perentoria, con cuyo reconocimiento en la sentencia debe entenderse que se decide sobre una de las pretensiones de las mismas partes, porque a ello se opone en forma terminante la definición de excepción que trae el artículo 329 del C. J.... Dice que no habiéndose dirigido la acción directamente contra el padre, por haber fallecido, forzoso era dirigirla contra su heredero Pablo Antonio Gómez; mas como éste habría fallecido también, la acción estuvo bien encausada contra los herederos de éste que son sus representantes y ocupan su lugar. Que la falta de legitimación pasiva en la causa, sobre que descansa la decisión del Tribunal, carece de vigencia en este caso porque a Adelina Cely y Hernán Panqueba se les demandó como herederos y por tanto representantes de Pablo Antonio Gómez, hermano legítimo y a su vez único heredero de Aurelio Gómez Coronado, pretendido padre del demandante; y que como en esas condiciones y calidades la acción sobre filiación natural está bien dirigida contra los demandados, al dejar el sentenciador de pronunciarse sobre las pretensiones deducidas por el actor, se configura la causal de incongruencia invocada.

Considera la Corte:

El Tribunal absolvió a los demandados y negó las declaraciones pedidas por el actor, porque estimó que faltaba legitimación en causa de la parte demandada. Esto significa que en su concepto no podía proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, porque no eran los demandados las personas contra las cuales la ley concede la acción de filiación instaurada.

La legitimación en causa, como lo ha explicado la Corte en ya numerosos fallos, es elemento estructural de la acción y se identifica con la titularidad para demandar o para ser demandado. La acción, como medio para realizar el derecho subjetivo, debe ser ejercida por y contra la persona a quien la ley asigna calidad para instaurarla y para responder de ella, esto es, por el titular del derecho y contra el obligado a reconocerlo. Siendo la legitimación en causa elemento de la acción, debe concluírse que sin ella no existe la acción porque falta la titularidad en una de las partes y se impone el fallo absolutorio. Por eso, como lo expresó la Corte en casación de 19 de agosto de 1954, "Cuando el Juez dicta sentencia de fondo adversa a la demanda, por carencia de legitimación del actor o del demandado en la causa, niega la acción por defecto de titularidad en el sujeto activo o pasivo de la acción, bien porque el actor no tiene la calidad para instaurarla, o bien porque el demandado no tiene calidad para responder de ella". (T. LXXVIII, pág. 351).

Si por falta de legitimación del actor o del demandado en la causa, el Tribunal dicta fallo absolutorio, su decisión no es incongruente con las pretensiones deducidas por las partes, porque no falla sobre puntos ajenos a la controversia, no sobre más ni sobre menos de lo pedido. El fallo absolutorio comprende todos los extremos de la litis, aunque los motivos o fundamentos del pronunciamiento puedan ser desacertados. Y no es procedente en ese caso la causal segunda de casación, porque ésta no autoriza a la Corte a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al Tribunal como fundamentos del fallo, ya que la incongruencia sólo puede consistir en la disconformidad entre la resolución de fallador y las pretensiones de las partes. Los motivos del fallo sólo pueden ser examinados por la Corte con base en otras causales de casación, como se hará en este mismo recurso.

De consiguiente, el cargo de incongruencia no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. Causal 1ª del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil".

Formula el recurrente este cargo por tres aspectos así:

"a) El Tribunal violó directamente los artículos 404 y 1155 del C. C. el primero de los cuales preceptúa que los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia, en las cuestiones o juicios sobre filiación y es aplicable al caso controvertido en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, y el segundo que los asignatarios a título universal, con cualquiera palabras que se les llame y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos y representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, disposición ésta aplicable también a la sucesión intestada. E incurrió en esa violación precisamente por haberlas dejado de aplicar tanto al hecho de ser Pablo Antonio Gómez Coronado heredero de Aurelio Gómez Coronado, el padre natural del demandante o actor, como a aquel otro de ser los demandados Adelina Cely y Hernán Panqueba Gómez herederos y, por ende, representantes de Pablo Antonio Gómez Coronado".

"b) El Tribunal, en la sentencia acusada, infringió o violó directamente los artículos 401 a 404 del C. C. y 1º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, por haberlos interpretado erróneamente, lo que fatalmente le condujo a negar las súplicas de la demanda, formuladas con fundamento en esas disposiciones sustantivas".

"c) El H. Tribunal incurrió en error de hecho evidente o manifiesto en la interpretación de la demanda, lo que lo condujo necesariamente a infringir las mismas disposiciones que antes se citaron, vale decir, los artículos 401, 402, 403 404 y 1155 del C. C. 1º, 2º y 7º de la ley 45 de 1936".

Para sustentar el cargo en su primer aspecto hace el recurrente la relación de las pruebas que se allegaron al juicio sobre estado civil y con las cuales encuentra demostrado que los demandados Adelina Cely y Hernán Panqueba son herederos de Pablo Antonio Gómez, habiendo sido reconocido como tales en el juicio de sucesión respectivo, en su condición de cónyuge la primera y de hijo natural el segundo. También encuentra demostrado que Aurelio Gómez Coronado y Pablo Antonio Gómez Coronado eran hermanos legítimos, y que muerto el primero o sea Aurelio, el segundo o sea Pablo Antonio fue reconocido como su único heredero, adelantó el juicio de sucesión y obtuvo que se le adjudicara toda la herencia de Aurelio.

Dice que en presencia de tales hechos el Tribunal ha debido aceptar que los demandados Cely y Panqueba, como herederos de Pablo Antonio Gómez Coronado son sus representantes, pues la vocación hereditaria implica la representación del causante, según el artículo 1155 del

C. C. colocándolos en su lugar para todos los fines de la acción sobre filiación instaurada. Que de igual modo el Tribunal estaba en la obligación de admitir que la acción de filiación procedía contra Pablo Antonio Gómez Coronado, como heredero de Aurelio Gómez Coronado, padre natural del actor, ya que la acción se instauró después de muerto Aurelio y en estos casos la ley y la jurisprudencia admiten que se dirija contra los herederos del pretenso padre. Estima violado el artículo 1155 por cuanto el Tribunal desconoció a los demandados el carácter de representantes del heredero Pablo Antonio, y el artículo 404 del mismo Código Civil, en cuanto permite adelantar la acción contra los herederos del pretendido padre natural.

En la sustentación del segundo aspecto dice que el pensamiento expresado por el Tribunal es el de que se puede demandar a los herederos del pretenso padre natural porque ellos también son legítimos contradictores en razón de la derivación o extensión de esa calidad o condición a su favor con motivo de la muerte del padre. Que así se explica que la idea o concepto cardinal que informa el fallo es el de que dicha acción solo puede promoverse o enderezarse contra "legítimo contradictor", siendo improcedente cuando se instaura entre personas que no tienen esa calidad, por lo cual el Tribunal remata sosteniendo que los demandados no tienen esa calidad, precisamente por no ser herederos directos del aludido padre natural. Critica esta concepción del problema, que considera en desarmonía con la ley y la doctrina, y agrega:

"Es, pues, evidente que el H. Tribunal interpretó erróneamente las disposiciones citadas, con lo cual, al mismo tiempo, las infringió y violó. Y tal interpretación errónea lo condujo a rechazar o negar las súplicas de la demanda, ya que si hubiera entendido que los herederos del padre no son legítimos contradictores; que la acción sobre filiación natural puede dirigirse no solo contra el padre sino también contra sus herederos; que unos son los efectos del fallo sobre reconocimiento de esa filiación cuando se demanda al legítimo contradictor y otros muy distintos cuando esa acción se dirige contra sus herederos; que, en fin, a los mencionados herederos, conforme a lo dispuesto por el artículo 1155 del C. C. representan sus propios sucesores o herederos, habría llegado, lógicamente, a una conclusión distinta, es decir a reconocer y aceptar que la acción en este juicio estuvo bien enderezada contra Adelina Cely y Hernán Panqueba Gómez, demandados en su condición de herederos o causahabientes de Pablo Antonio Gómez C. quien, a su turno, fue el heredero y, por ende, representante del padre natural Aurelio Gómez Coronado".

En la sustentación del tercer aspecto, error de hecho en la interpretación de la demanda, repite la calidad en que fueron demandados Cely y Panqueva y dice que en ninguno de sus argumentos el Tribunal enfoca el fenómeno de la representación legal que en la demanda se afirmó, y que la fundamentación de la sentencia tomó pie en otros hechos o circunstancias, enteramente ajenos a los prenombrados presupuestos, lo que hace evidente el error en la interpretación del libelo.

Considera la Corte:

El Tribunal absolvió a los demandados porque llegó a la conclusión de que no existía su legitimación en la causa. Consideró que Adelina Cely y Hernán Panqueba habían sido demandados en su propio nombre, "según los términos del libelo respectivo, en el cual no se les atribuye calidad distinta" y que estos no tienen la condición o carácter legal de "Contradictor legítimo, requisito éste ineludible, como institución de orden público, para la prosperidad de la acción en los juicios que se sigan sobre investigación de la paternidad".

Esta Sala, como lo manifestó expresamente en sentencia de casación de fecha veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, no publicada aún en la Gaceta Judicial, reafirmó la doctrina sostenida por la Corte a partir del año de 1945, según la cual la acción para que se declare la paternidad natural puede ser instaurada aún después de muerto el presunto padre y en este caso puede ser dirigida contra los herederos. Los fundamentos de esta doctrina son bien conocidos, por cuanto han sido expuestos en numerosas sentencias y esto dispensa a la Sala para repetirlos ahora.

Entre esos argumentos está el de que si no se otorgara la acción contra los herederos, el hijo natural perdería por la muerte del padre el ejercicio de una acción que es de carácter personalísimo y que depende en su duración de la vida del hijo y no de la vida del padre. El padre no puede llevarse a la tumba, con su muerte la acción del hijo, y otro tanto puede decirse respecto al heredero, quien tampoco puede llevarse a la tumba la acción de la cual estaba obligado a responder, esto porque la personalidad del difunto se prolonga o continúa, puede decirse, en la persona de sus herederos.

Además de que en la petición segunda de la demanda principal se indicó que los demandados Adelina Cely v. de Gómez y Hernán Panqueba o Hernán Gómez Panqueba, en su condición de herederos, la primera como cónyuge sobreviviente y el segundo como hijo natural, representan a Paulo o Pablo Antonio Gómez Coronado, quien fue reconocido como heredero y recibió la herencia de Aurelio Gómez Coronado, el pretendido padre natural del demandante, y que en los hechos se hace referencia a esa relación de parentesco y representación, dijo expresamente el demandante al final de su libelo: "Formulo esta demanda contra los señores Adelina Cely v. de Gómez y el menor Hernán Panqueba Gómez, representado por su madre natural Circuncición Panqueba, en su condición de representantes, como únicos herederos de Paulo o Pablo Antonio Gómez Coronado, el legítimo contradictor para los fines de la filiación impetrada, como su heredero, en su condición de hermano legítimo".

Carece, por tanto, de razón el Tribunal cuando afirma: "2º Que han sido demandados, en su propio nombre, según los términos del libelo respectivo, en el cual no se les atribuye calidad distinta, para que contra ellos se pronuncie la declaración de filiación natural impetrada, Adelina Cely v. de Gómez y Hernán Panqueba Gómez o Hernán Gómez Panqueba, quienes al tenor del artículo 7º de la Ley 45 de 1936, y muy especialmente de los artículos 401 a 404 del Código Civil allí citados, no tienen la condición o carácter legal de 'contradictor legítimo', requisito éste ineludible, como institución de orden público, para la prosperidad de la acción en los juicios que se sigan sobre investigación de la paternidad".

Equivocado está también el Tribunal cuando niega legitimación en causa a los demandados por no ser herederos directos del pretendido padre natural, requisito que no es exigible en este caso, porque estos fueron llamados a responder de la acción como herederos y representantes del heredero directo del referido padre natural. El artículo 1155 del Código Civil consagra esa representación, y como esa disposición no fue aplicada por el Tribunal, debiendo serlo, fue infringida por éste, lo mismo que los artículos 401 a 404 del Código Civil y los artículos citados de la Ley 45 de 1936, por errónea interpretación y falta de aplicación, lo que unido a los errores de hecho en que incurrió al interpretar la demanda, hace que la sentencia deba ser casada. Corresponde, por tanto, a la Corte, como Tribunal de instancia, dictar la sentencia que debe reemplazar la recurrida y a ello se procede.

Sentencia de instancia

Se alegaron las causales de los numerales 4º y 5º del artículo cuarto de la Ley 45 de 1936, esto es, la existencia de relaciones sexuales, notorias y estables entre el presunto padre y la madre del demandante, y la posesión notoria del estado de hijo. A solicitud del actor se recibieron en el juicio las declaraciones de Marcelino Romero Cetina, Concepción Duarte, Pedro Delgado Picón, Idelfonso Niño, Patricio López, Miguel Meléndez, Luis Méndez Rojas, Oliverio Jiménez, Eufracio Palencia y Martín Prieto, testigos que expresando la razón de lo que aseveran concuerdan en afirmar que entre Margarita Duarte y Aurelio Gómez Coronado existieron relaciones sexuales notorias, puesto que eran públicas, ya que hacían vida común como si fueran casados, relaciones que empezaron en casa de Abel López y luego vivieron en una casa que construyó Aurelio en la finca de su propiedad llamada "Petaquero" y que se prolongaron hasta la muerte de Margarita; que más de un año después de que empezaron esas relaciones nació como fruto de ellas el demandante Alfonso, quien fue atendido por sus padres y que Aurelio Gómez reconoció y atendió a Alfonso como su hijo, hasta cuando murió en el año de 1944.

El señor Juez del conocimiento, después de transcribir en su sentencia de primera instancia lo pertinente de esas declaraciones, dice lo siguiente: "Todo el acopio de testimonios aducidos por la parte demandante para demostrar sus afirmaciones alcanzan a producir en el ánimo del juzgador la convicción de que entre Aurelio Gómez Coronado y Margarita Duarte se produjo un estado de cosas más o menos prolongado del cual puede inferirse rectamente la presunción de que entre ellos existieron de manera notoria, relaciones sexuales estables, contemporáneamente a la época en que nació el demandante Alfonso Duarte o Gómez Duarte.

"Si a los apartes de las declaraciones transcritas que dan suficiente margen de credibilidad a la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias de que habla la ley, se agregan los apartes de las declaraciones pertinentes para demostrar y fundamentar la posesión notoria del estado de hijo natural, aunque no se lograra establecerla en forma completa que requiere la ley, se tiene entonces un abundante acopio de circunstancias que en su conjunto convergen a producir certidumbre en torno al hecho central objeto de la controversia; que Alfonso Duarte o Gómez Duarte es hijo natural de Aurelio Gómez

Coronado. Estas declaraciones las toma o acepta el Juzgado por ser o reunir los requisitos que la ley exige, tales como el ser responsivas, dar la razón de su dicho, etc. Con lo anterior queremos significar que la declaratoria de filiación natural impetrada, si encuentra asidero legal en las relaciones sexuales que mediaron entre el presunto padre Aurelio Gómez Coronado con la madre de Alfonso María Duarte o Alfonso María Gómez Duarte hecho demostrado suficientemente en el expediente".

Los anteriores conceptos del Juzgado tienen respaldo en la realidad procesal y no dan lugar a rectificarlos. El rechazo que hizo a las excepciones propuestas por la parte demandada, tiene también fundamento legal y debe sostenerse.

Como la parte demandante se conformó con el fallo de la primera instancia, no es el caso de estudiar lo referente a la segunda petición de la demanda, sobre la cual manifestó el Juzgado no hacer expresa declaración.

De lo expuesto se deduce que el fallo de la primera instancia debe ser confirmado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el diez y siete de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, motivo del presente recurso, y en su lugar confirma la sentencia de primera instancia dictada en este juicio por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Soatá el veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Las costas de la segunda instancia son de cargo de la parte demandada. Como el recurso de casación resultó favorable al recurrente, no hay lugar a condenación en costas.

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

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla Francisco de P. Vargas V. Jorge Soto Soto, Secretario.

INCONGRUENCIA. — REGLA O PRINCIPIO GENERAL QUE LA RIGE. — DISTINCION ENTRE LAS TRES CLASES.—A DIFERENCIA DE LAS DEMANDAS, EL FALLO DEL JUEZ PUEDE SER IMPLICITO Y GENERICO, PERO SIEMPRE QUE SEA POSIBLE LA DETERMINACION Y RECONSTRUCCION DEL PENSAMIENTO DEL JUZGADOR, CONSIGNADO ALLI.—BALDIOS

1.—El numeral segundo del artículo 520 del Código Judicial autoriza el recurso de casación por infracción de la ley cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Para los efectos de aquel recurso, ésta es la incongruencia propiamente dicha. Porque: la hay también por exceso y por defecto en el fallo. Estas dos últimas se encuentran también comprendidas en el propio numeral segundo del artículo citado. Pero, la distinción entre las tres clases de incongruencia puede resumirse en estos términos: fallo incongruente, propiamente dicho, es el que no concuerda o coincide con las solicitudes de las partes; fallo omiso, el que deja de resolver alguna de ellas, y fallo excesivo el que otorga más de lo pedido. Es entendido, que fallo omiso o diminuto no significa lo opuesto de fallo excesivo; éste es el que otorga más de lo pedido; aquél no es el que otorga menos. Dar más de lo que se solicita es vicio que quiebra la sentencia; dar menos puede y debe hacerlo el juzgador.

En relación con la incongruencia, propiamente dicha debe anotarse que, es regla o principio general del derecho procesal, que la sentencia debe corresponder o coincidir jurídicamente a la acción. Principio que se desenvuelve en una doble situación y que implica: a) Que el Juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide y sólo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas; y ver que debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo basándose en tales elementos. Esto, porque como lo ha dicho la doctrina jurisprudencial, la sentencia judicial se integra por las declaraciones de hecho que, en mérito de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, estima probadas el juzgador; por las definiciones jurídicas que de ellas, como verdad legal, se deriven, y por el consiguiente fallo o declaración del derecho discutido en el pleito. Y como las primeras, las declaraciones de hecho, son necesariamente de carácter afirmativo, el silencio sobre ellas equivale a su no existencia en los autos, y al no afirmarse, en el fallo silenciándose alguna o algunas de aquellas situaciones alegadas por una u otra parte, no es posible establecer relación jurídica alguna sobre lo que procesalmente carece de existencia.

Porque, además, a diferencia de las demandas, el fallo del Juez puede ser implícito y genérico, pero siempre que sea posible su determinación y reconstrucción del pensamiento del juzgador, consignado allí. Así, el legislador prevee que la sentencia debe contener una parte resolutiva, pero no así en cuanto a la forma especial de esta parte dispositiva, como lo establece para las demandas. Entonces, puede acontecer que el Juez no se pronuncie expresamente sobre todas las demandas de las partes, pero del conjunto de la sentencia rectamente interpretada, resulta claro que ha examinado y decidido el punto sobre el cual guarda silencio; en estos casos el pensamiento del Juez está indirectamente manifestado pero está manifestado. De donde hay que deducir, de acuerdo con reciente jurisprudencia de esta Sala: a) El pensamiento del Juez sobre una determinada cuestión puede reconstruírse también a través de los motivos de la sentencia cuando no esté expresa en la parte resolutiva; b) Puede el pensamiento del Juez sobre una cuestión deducirse solamente de la solución dada a otra que suponga necesariamente examinada y resuelta de modo inequívoco la primera. En otra forma no habrá fallo implícito, sino defecto de fallo; así sucederá en el caso en que la sen-

tencia acoja la demanda subordinada, concretamente la consecuencial, sin examinar la principal, porque el haber examinado y decidido la subordinada o consecuencial no implica necesariamente que haya examinado la principal; por la misma razón, que en el caso de decidirse la cuestión de fondo sin discutirse la prejudicial. Caso en los cuales no sólo hay "defecto de fallo", por falta de referencia en la motivación, sino "falta de fallo" por cuanto que no sólo no está determinado sino porque no es determinable con los elementos ofrecidos por la sentencia.

2.—La adquisición de bienes baldíos está subordinada a una tutela jurídica especial, la consignada en el Código Fiscal. Así la ocupación, modo de adquirir el dominio de los bienes de que trata el Código Civil, origina también el derecho de propiedad sobre los terrenos baldíos. Pero, si en el derecho común esa ocupación con ánimo de señor y dueño genera posesión y ésta hace presumir el dominio o lo origina por el transcurso del tiempo —prescripción adquisitiva—, en el régimen legal de los baldíos la sola ocupación no funda dominio, entre otras razones, porque ellos no pueden adquirirse por prescripción —art. 61 del Código Fiscal—; y porque, además, lo que la ley exige perentoriamente para adquirir derecho de propiedad sobre esa clase de terrenos, es el título de adjudicación el cual se obtiene o a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo.

De allí que en las controversias judiciales que se suscitan con motivo de la propiedad de los terrenos baldíos, y en general sobre esta clase de bienes, no se discuta quién sea dueño, sino quién de los dos contendientes tiene mejor derecho a la adjudicación, a menos que se controvierta la calidad misma de baldío y se afirme que el terreno es un bien de propiedad privada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

José Tiberio Carmona y **María Elvira Betancourt** contrajeron matrimonio en la Parroquia de Versalles (Valle del Cauca) el 14 de agosto de 1916 y por tal hecho constituyeron la respectiva sociedad conyugal; formada ésta, Carmona aportó un regular capital, y ya más tarde, los dos cónyuges penetraron hasta el Municipio de "El Cairo" y en el baldío fundaron una finca de café, plátano, pastos, caña y en la cual edificaron una casa de habitación de dos pisos, finca que llamaron "El Papayal", cuyos linderos son: "Por el Norte, con predios de Jesús Zuleta y Hernando Alvarez; por el Oriente, con predio de Domingo Carmona, después de Heliodoro Velásquez; por el Sur, con el río de 'Las Vueltas', y por el Occidente, con predio de Luis García. Extensión aproximada, treinta y cinco plazas". Esta finca perteneció a la jurisdicción del Municipio de Versalles (V.), habiéndola poseído por más de veinte años José Tiberio Carmona, de manera quieta y pacífica hasta su muerte y en este distrito pagó el respectivo impuesto predial hasta cuando ese territorio fue segregado de aquel Municipio y adscrito al de "El Cairo".

El cónyuge José Tiberio Carmona falleció el 17 de octubre de 1945; en su matrimonio con María Elvira Betancourt hubo varios hijos, entre ellos el actualmente menor de edad Angel María Carmona; hasta la fecha de la demanda no se había abierto el respectivo juicio de sucesión y entre los bienes relictos se encuentra la finca "El Papayal".

Miguel Angel Zuleta, yerno de los cónyuges Carmona-Betancourt, adquirió, por compraventa hecha en documento privado fechado el 7 de enero de 1946 de José Tiberio e Israel Carmona y de la cónyuge María Elvira Betancourt, la finca "El Papayal". A su vez Zuleta por escritura pública número 121 de 28 de enero de 1948 de la Notaría de Cartago, vendió, con el nombre de "La Pecera" la dicha finca, afirmando en ese instrumento haberla adquirido como baldío, a Jesús Antonio López y quien es su actual poseedor.

"La finca de mejoras expresadas, con la opción o derecho preferencial de adjudicación, es de propiedad exclusiva de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida o mejor de la sucesión del señor José Tiberio Carmona, representada por la cónyuge señora Betancourt y por sus hijos todos, entre ellos Angel María Carmona Betancourt.

Con apoyo en los anteriores hechos, María Elvira Betancourt viuda de Carmona y Angel María Carmona, por medio de apoderado, presentaron

demanda ordinaria en nombre y para la sucesión intestada e ilíquida de José Tiberio Carmona, para que con audiencia de Jesús Antonio López, se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que el predio de mejoras 'El Papayal' (hoy 'La Pecera') de que trata el hecho segundo de esta demanda, es de propiedad absoluta de la sucesión intestada e ilíquida del señor José Tiberio Carmona, representada por la cónyuge supérstite señora María Elvira Betancourt y por el menor Angel María Carmona Betancourt, como bien relicto de la misma sucesión.

"**Segunda.**—Que dicho cónyuge y los herederos legítimos del causante Betancourt (sic) tienen derecho preferencial a la adjudicación del suelo delimitado en el mismo hecho segundo, como sucesores del legítimo y real colono, de acuerdo con la ley fiscal al respecto.

"**Tercera.**—Que el título de adjudicación de dicho predio otorgado a favor del señor Miguel Angel Zuleta por Resolución número 395 de 3 de agosto de 1936 de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, confirmada por la Resolución número 1443 de 4 de diciembre de 1946 del Ministerio de la Economía Nacional (hoy Ministerio de Agricultura y Ganadería), no afectan en nada los derechos de los verdaderos y legítimos dueños de los sucesores legítimos también del señor José Tiberio Carmona.

"**Cuarta.**—Que el título de adjudicación de que se trata en las Resoluciones anotadas en la declaratoria anterior, carece de fuerza legal y por lo mismo está viciado de nulidad absoluta.

"**Quinta.**—Que en consecuencia de todo lo expresado, se condene al señor Jesús Antonio López, de las condiciones civiles expresadas, a entregar a los Sres. María Elvira Betancourt y Angel María Carmona B., como representantes de la sucesión del señor José Tiberio Carmona, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el mismo bien de que trata el hecho segundo de esta demanda, en armonía con la declaratoria **Primera**, de la misma.

"**Sexta.**—Que en subsidio de la anterior, se condene al demandado López, a entregar á la sucesión del señor José Tiberio Carmona, representada por los demandantes y demás herederos de aquél, el predio de que trata la petición anterior.

"**Séptima.**—Que en el caso de que tal entrega no se hiciere dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, se procederá por el Juzgado a ello, recurriendo a la fuerza, si fuere necesario.

"**Octava.** — Que se ordene la cancelación en la Oficina de Registro del Circuito de Roldanillo, tanto del registro de las Resoluciones números 395 y 1143, como de la escritura número 121 de que trata la DECLARATORIA TERCERA, y el hecho 10º de esta demanda.

"**Novena.**—Que se condene en costas al demandado, si se opusiere a ésta, pues su oposición sería temeraria".

Agotada la primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago dictó la sentencia de fecha 22 de julio de 1954, por medio de la cual absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda. Apelado este fallo por la parte demandante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en decisión de 22 de septiembre de 1955, revocó la revisada y en su lugar dispuso:

"SE DECLARA que, como bien relicto de ella, es de propiedad de la sucesión intestada e ilíquida del señor José Tiberio Carmona, representada por la cónyuge supérstite, señora María Elvira Betancourt y por el menor Angel María Carmona Betancourt, el predio de mejoras que se llamaba 'El Papayal, y hoy se denomina 'La Pecera', predio ubicado en el Municipio del Cairo y limítrofe por el Norte, con predio de Jesús Zuleta y Hernán Alvarez, por el Oriente, con predio de Domingo Carmona, hoy de Heliodoro Velásquez, por el Sur, con el río 'Las Vueltas' y, por el Occidente, con predio de Luis García.

"Que, en consecuencia de lo anterior, el demandado Jesús Antonio López debe restituir dicho predio, diez días después de la ejecutoria de esta sentencia, a los señores María Elvira Betancourt y Angel María Carmona B., como representantes de la sucesión de Tiberio Carmona, los frutos de las mejoras materia de este fallo, percibidos después de la contestación de esta demanda.

"En armonía con los dictados del artículo 965 del C. C., CONDENASE a los señores María Elvira Betancourt y Angel María Carmona B., representantes de la sucesión de Tiberio Carmona, a abonarle al poseedor vencido, Jesús Antonio López, las espensas que haya invertido dicho señor en la conservación de las mejoras.

"Para lo de la liquidación del valor de esos frutos y de tales espensas, ESTESE al procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.".

Sostiene el Tribunal que: "sin ahondar en el punto de la demanda, no dilucidado de autos, relativo al Municipio donde verdaderamente esté hoy ubicada la finca en reivindicación debe atenderse únicamente en este fallo a el hecho presentado en el libelo de que, no obstante las Resoluciones de la Gobernación y del Ministerio de Eco-

nomía invocadas por la demandante, y de cuya verdad y existencia no ha sido traída a los autos la prueba pertinente, se trata de la acción de dominio sobre unas mejoras agrícolas que, llevadas a cabo por el causante José Tiberio Carmona, se hallan poseídas hoy por Jesús Antonio López. La parte demandante, si queriendo, es cierto desconocer la legalidad del título, desde luego que solicita su nulidad, acepta la realidad de la adjudicación del terreno sobre que están sembradas las mejoras discutidas, según lo declara abiertamente el hecho séptimo del libelo. Que, "el demandado por su parte sostiene la tesis opuesta: la legalidad de la adjudicación y por tanto, su calidad de dueño del terreno y de lo que éste produce, luego la acción incoada no debe prosperar, pues, ésta sólo la concede la ley "al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa, según el artículo 950 del C. C.".

Agrega el Tribunal que no habiéndose allegado a los autos el título mismo que contenga la declaración de adjudicación, existe suficiente motivo "para no adelantar concepto en este fallo sobre la nulidad impetrada por la actora del título de adjudicación mencionado, y que dada la presencia de la escritura número 121 de 28 de enero de 1948 de la Notaría de Cartago, cuya copia obra de folios 6 a 8 del cuaderno segundo, el suelo adjudicado a Miguel Angel Zuleta, pertenece al demandado López".

Plantea el Tribunal en su fallo el problema de saber si las mejoras obra de colonos sobre terrenos baldíos, que aún no han sido adjudicados, tienen o no la calidad de bienes inmuebles, y, con apoyo en una doctrina jurisprudencial de esta Corporación y en lo dispuesto en los artículos 656 y 657 del Código Civil, acepta la calidad de bienes raíces de tales mejoras. Analiza, luego, el sentenciador la prueba testimonial aportada al proceso para considerar el elemento dominio sobre las mejoras por parte del reivindicante y concluye: "tiene que aceptarse, por tanto, dentro de las condiciones establecidas, que sí fueron José Tiberio Carmona y su esposa los que explotaron en el modo sabido el lote que se llamó 'El Papapal'. Y, siendo así las cosas, tiene que aceptarse que, cuando Miguel Angel Zuleta obtuvo por parte del Ejecutivo la adjudicación del terreno que la demandante ha aceptado como existente, ya esas mejoras estaban plantadas en el terreno adjudicado. Por tanto, la sucesión de José Tiberio Carmona tiene que ser reconocida como dueña de tales mejoras, sin que quepa duda —porque en el juicio está más que comprobado— de que el actual poseedor de esas mejoras es el demandado Jesús Antonio López".

En cuanto a la identificación de la cosa reivindicada, dice el Tribunal que: "Tiene que mirarse como configurada en la diligencia de inspección ocular de 24 de marzo de 1954, de acuerdo con lo ya expuesto en relación a lo determinadas que aparecen las mejoras existentes en el inmueble para la época en que Zuleta entró a él, no obstante las deficiencias que esa prueba presenta. Porque allí, al identificar y precisar el bien objeto de la inspección, se encontró, como correspondiente a la finca que llamara 'El Papayal', esa bautizada —ahora con el nombre de 'La Pecera'— y que, ubicada en el mismo punto que la que explotaron los esposos Carmona-Betancourt, presentaba idénticos límites, ofrecía la misma cabida de treinta y cinco plazas que siempre aparece precisada en los autos, y ofrecía las mismas mejoras que han sido denunciadas como las plantadas por el matrimonio citado".

Después de calificar la situación del demandado, como la de poseedor de buena fe y de deducir las consecuencias legales que tal situación implica, remata el sentenciador la parte motiva de su decisión expresando que: "Así las cosas, y llenadas las formalidades que, para una acción como la presente, tiene establecidas el Título 12, Libro 2º del Código Civil, no siendo posible hacer las demás declaraciones solicitadas por la demanda, etc....".

El recurso de casación

Lo interpuso el demandado y la correspondiente demanda de impugnación a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga viene fundada en las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial. Entonces, el método y orden lógico exigen que primero se examine la causal segunda pues, de hallarse fundada, la sentencia caería, y en tal evento no habría materia sobre la cual recayese el estudio de la causal primera, que es violación sustantiva.

Causal segunda.—"Alego igualmente, dice el recurrente, la causal segunda de casación —artículo 520 del C. J.— por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y de acuerdo con la siguiente motivación:

"Se tuvo cuidado en la exposición de antecedentes del presente escrito de casación, de reproducir en su integridad, no sólo los hechos fundamentales de la demanda y la parte petitoria de la

misma, sino también la parte resolutiva del fallo recurrido en casación.

"Pues bien: aparece de dicha parte resolutiva el Tribunal que, en su fallo, acogió mediante el correspondiente acomodo de forma, la petición Primera de la demanda, así como la Quinta de allí, y que previa simple advertencia de no ser posible hacer las otras declaraciones de la demanda, se abstuvo, sin embargo, de proferir absolución alguna al respecto, dejando así de fallar tales peticiones restantes de la demanda en referencia; y de ahí la incongruencia anotada.

"La petición Quinta, agrega el recurrente, de la demanda fue acogida por el Tribunal, aunque deficientemente, como ya se vio, en relación con la determinación de la cosa reivindicada, y no obstante que expresamente señala el demandante tal petición Quinta como consecuencial de las peticiones que inmediatamente la preceden, desde luego la Segunda, Tercera y Cuarta y sobre éstas como acaba de anotarse, se abstuvo de fallar el Tribunal.

"Finalmente, y en relación con este motivo tema de la incongruencia, las peticiones de la demanda no contienen súplica alguna sobre frutos, y, no obstante ello, la sentencia dictó condenaciones en relación con frutos, etc., etc. Lo que hace patente la existencia de la causal segunda de casación; y ahora por exceso entre lo pedido y lo que fue materia de la condenación judicial".

Se alega también como motivo para sustentar la causal segunda de casación invocada, el hecho de existir diferencias entre la alindación de la demanda y la de la sentencia misma, pues ellas no coinciden jurídica ni prácticamente.

Considera la Corte:

El numeral segundo del artículo 520 del Código Judicial autoriza el recurso de casación por infracción de la ley cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Para los efectos de aquel recurso, ésta es la incongruencia propiamente dicha. Porque: la hay también por exceso y por defecto en el fallo. Estas dos últimas se encuentran también comprendidas en el propio numeral segundo del artículo citado. Pero, la distinción entre las tres clases de incongruencia puede resumirse en estos términos: fallo incongruente, propiamente dicho, es el que no concuerda o coincide con las solicitudes de las partes; fallo omiso, el que deja de resolver alguna de ellas, y fallo excesivo el que otorga más de lo pedido. Es entendido, que fallo omiso o diminuto no significa lo opuesto de fallo excesivo; éste es el que otorga más de lo pedido; aquél no es el que otorga menos. Dar más de lo que se solicita es vicio que quiebra la sentencia; dar menos puede y debe hacerlo el juzgador.

En relación con la incongruencia, propiamente dicha debe anotarse que, es regla o principio general del derecho procesal, que la sentencia debe corresponder o coincidir jurídicamente a la acción. Principio que se desenvuelve en una doble situación y que implica: a) Que el Juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide y sólo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas; y ve que debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo basándose en tales elementos. Esto, porque como lo ha dicho la doctrina jurisprudencial, la sentencia judicial se integra por las declaraciones de hecho que, en mérito de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, estima probadas el juzgador; por las definiciones jurídicas que de ellas, como verdad legal, se deriven, y por el consiguiente fallo o declaración del del derecho discutido en el pleito. Y como las primeras, las declaraciones de hecho, son necesariamente de carácter afirmativo, el silencio sobre ellas equivale a su no existencia en los autos, y al no afirmarse, en el fallo silenciándose alguna o algunas de aquellas situaciones alegadas por una u otra parte, no es posible establecer relación jurídica alguna sobre lo que procesalmente carece de existencia.

Porque, además, a diferencia de las demandas, el fallo del Juez puede ser implícito y genérico, pero siempre que sea posible su determinación y reconstrucción del pensamiento del juzgador, consignado allí. Así, el legislador prevee que la sentencia debe contener una parte resolutiva, pero no así en cuanto a la forma especial de esta parte dispositiva, como lo establece para las demandas. Entonces, puede acontecer que el Juez no se pronuncie expresamente sobre todas las demandas de las partes, pero del conjunto de la sentencia rectamente interpretada, resulta claro que ha examinado y decidido el punto sobre el cual guarda silencio; en estos casos el pensamiento del Juez está indirectamente manifestado, pero está manifestado. De donde hay que deducir, de acuerdo con reciente jurisprudencia de esta Sala, aún no publicada en la GACETA JUDICIAL: a) El pensamiento del Juez sobre una determinada cuestión pue-

de reconstruírse también a través de los motivos de la sentencia cuando no esté expresa en la parte resolutiva; b) Puede el pensamiento del Juez sobre una cuestión deducirse solamente de la solución dada a otra que suponga necesariamente examinada y resuelta de modo inequívoco la primera. En otra forma, no habrá fallo implícito, sino defecto de fallo: así sucederá en el caso en que la sentencia acoja la demanda subordinada, concretamente la consecuencial, sin examinar la principal, porque el haber examinado y decidido la subordinada o consecuencial no implica necesariamente que haya examinado la principal; por la misma razón, que en el caso de decidirse la cuestión de fondo sin discutirse la prejudicial. Caso en los cuales no sólo hay "defecto de fallo", por falta de referencia en la motivación, sino "falta de fallo" por cuanto que no sólo no está determinado sino porque no es determinable con los elementos ofrecidos por la sentencia.

Los actores reclaman que se declare principalmente: la propiedad de un "predio de mejoras", para la sucesión intestada e ilíquida de José Tiberio Carmona, representada por la cónyuge supérstite y por uno de sus herederos; que éstos y aquélla tienen derecho preferencial a la adjudicación del suelo delimitado en el hecho segundo de la demanda; que el título de adjudicación del predio discutido otorgado a favor de Miguel Angel Zuleta por las Resoluciones emanadas de la Gobernación del Valle del Cauca y del Ministerio de la Economía Nacional, no afectan los derechos de los sucesores legítimos del verdadero dueño José Tiberio Carmona y que tal título "carece de fuerza legal y por lo mismo está afectada de nulidad absoluta". Consecuencialmente, "de todo lo expresado", que se condene al demandado a la restitución del predio de que trata el hecho Segundo de la demanda.

Planteada en esos términos la litis, la única cuestión sometida al Tribunal y la que consiguientemente podía resolver, era la relacionada con las acciones principales, para, si éstas prosperaban, poder avocar el examen y estudio de la subordinada o consecuencial de aquéllas y de las que procesalmente había de depender el éxito de ésta. No lo entendió así el Tribunal y apartándose por completo de la cuestión primordial, sin apreciar las cuestiones de hecho y de derecho relativas a las acciones principales, decidió declarar con lugar la demanda subordinada o consecuencial: la restitución del inmueble renvindicado.

Así las cosas, la violación del precepto invocado como infringido —numeral 3º del artículo 520 del C. J.— es manifiesta, pues dicho precepto exige que el fallo sea congruente con las pretensiones deducidas por los litigantes en el juicio, lo que no sucede con el impugnado, en que la Sala sentenciadora ha resuelto una cuestión distinta a la que le fue sometida por aquéllos, otorgando lo pedido consecuencialmente por un concepto diferente al que sirvió de fundamento al actor, y no haciendo las declaraciones principales que exigían los problemas debatidos por las partes.

En tal virtud, prospera el cargo por la causal invocada.

Infirmada la sentencia recurrida procede, de acuerdo con el artículo 539 del C. J., dictar por la Sala la correspondiente de instancia, que reemplace a la invalidada.

La adquisición de bienes baldíos está subordinada a una tutela jurídica especial, la consignada en el Código Fiscal. Así, la ocupación, modo de adquirir el dominio de los bienes de que trata el Código Civil, origina también el derecho de propiedad sobre los terrenos baldíos. Pero, si en el derecho común esa ocupación con ánimo de señor y dueño genera posesión y ésta hace presumir el dominio o lo origina por el transcurso del tiempo —prescripción adquisitiva—, en el régimen legal de los baldíos la sola ocupación no funda dominio, entre otras razones, porque ellos no pueden adquirirse por prescripción —artículo 61 del Código Fiscal—; y porque, además, lo que la ley exige perentoriamente para adquirir derecho de propiedad sobre esa clase de terrenos, es el título de adjudicación el cual se obtiene o a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo.

De allí que en las controversias judiciales que se suscitan con motivo de la propiedad de los terrenos baldíos, y en general sobre esta clase de bienes, no se discuta quién sea dueño, sino quién de los dos contendientes tiene mejor derecho a la adjudicación, a menos que se controvierta la calidad misma de baldío y se afirme que el terreno es un bien de propiedad privada.

En el caso sub-judice, las partes aceptan que el terreno tiene la calidad de baldío y que fue adjudicado a Miguel Antonio Zuleta como tal, que después de esta adjudicación éste mal o bien lo vendió al demandado López. Entonces, la acción de declaratoria de propiedad y la consecuencial reivindicatoria incoada son improcedentes, porque el punto a decidir por el sentenciador de instancia era y que no decidió, el de si quien obtuvo la adjudicación tenía o no derecho para pedirla, y como no se ha demostrado la hipótesis excluyen-

te de los demandantes, no pueden prosperar esas acciones, menos cuando no se promovió la correspondiente contra el título contenido en la escritura número 121 de 28 de febrero de 1948, de la Notaría de Cartago, y por medio de la cual el demandado López adquirió del adjudicatario Zuleta el fundo en mención; y aún así, habiéndose instaurado esa demanda, la acción pertinente no es la de la declaratoria de propiedad con la correspondiente acumulación de la consecuencial reivindicatoria, sino que como se trata de un problema de edificación, plantación y sembrado en terreno ajeno, la acción debió ser de recobro de que habla el artículo 739 del Código Civil.

Dada la situación anterior, la que corresponde a la realidad procesal, enseña en estos casos la doctrina de la Corte:

"El artículo 739 del Código Civil consagra la regla general de que el dueño del terreno en que otra persona hubiere edificado, plantado o sembrado, puede siempre hacer suyas las construcciones o plantaciones, pero dentro de distintas condiciones de adquisición, según los casos allí contemplados, esto es, según que se edifique, plante o siembre sin consentimiento del dueño, o que estas operaciones se realicen a ciencia y paciencia del propietario del terreno. En el primero, consagra la ley el derecho opcional para el dueño para hacer suyo el edificio, plantación o siembra, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título doce del Libro 2º del Código Civil, u obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta e indemnizarle de los perjuicios. Se explica y justifica, como lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia, que para el caso de que el dueño del terreno en que otro ha plantado o edificado sin su consentimietno quiera que se le restituya, tenga aplicación, en materia de frutos y mejoras, comprendiendo en éstas las sementeras y edificios, las reglas contenidas en el capítulo sobre prestaciones mutuas en la reivindicación, porque es natural presumir que para que el caso ocurra es necesario que el que edifica o planta esté en posesión del terreno, pues si no es poseedor, lo presumible es que las mejoras se hagan con el consentimiento del propietario del terreno. En tal ocurrencia tienen aplicación las reglas de los artículos 961 y siguientes del C. C., que determinan las prestaciones en la acción de dominio y el poseedor que edifica o planta puede ser de buena o mala fe.

"Si el dueño del terreno tuvo conocimiento de lo que hacía el propietario de los materiales, por haberse edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia suyas, entonces, como el dueño territorial ha manifestado tácitamente su consentimiento incondicional, puesto que no ha puesto ninguna resistencia ni observación a los trabajos en su propiedad, la ley le impone la obligación de que, para recobrar el terreno, tenga que pagarle el valor del edificio, plantación o sementera. No se trata en este caso de una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del terreno se considera como poseedor de él y el edificador o plantador no le disputa a ese propietario sus derechos de dominio. La acción en este caso es simplemente de recobro, para que el ocupante, mero tenedor de la cosa, o si se quiere simple tenedor de la misma, sea obligado a restituírla después que se le pague el valor de las mejoras, sin necesidad de averiguar la calidad jurídica de su fe. Los expositores de derecho no ven en esta ocurrencia un fenómeno de accesión, sino más bien de tradición, porque la adquisición se hace por el consentimiento de las partes. Las reglas del título doce del Libro 2º del Código Civil no operan, por regla general, sino en relación con los poseedores propiamente dichos, que son el sujeto pasivo indispensable en la acción reivindicatoria, y sólo excepcionalmente, por virtud del artículo 971 del Código Civil, contra el que "poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

Las peticiones Segunda, Tercera y Cuarta de la demanda, no pueden prosperar porque se trata de la nulidad del título de adjudicación del baldío que se discute, y que se afirma expedido por el Ministerio de la Economía Nacional, porque la Sala no tiene base alguna sobre que pronunciarse, ya que tal título o su copia auténtica no ha sido allegado al proceso por ninguno de los medios que señala la ley para tal fin. Así las cosas, la Corte no puede declarar la nulidad o inexistencia de ese acto jurídico, si el título en que él consta no ha sido presentado como prueba de su existencia en el juicio, puesto que no tiene cómo examinar si tal acto demandado adolece o no de los vicios anotados por el demandante.

En cuanto a las peticiones subsidiarias: Sexta a Novena de la demanda, por razones obvias, no pueden prosperar, pues ellas se refieren a la entrega del predio reivindicado; a la cancelación del registro de las Resoluciones números 395 y 1443 y de la escritura 121 de 28 de febrero de 1948, No-

taría de Cartago, cuestiones examinadas y resueltas en el estudio de las súplicas principales.

Habrá pues la Sala de infirmar la sentencia de segundo grado y confirmar la de primera instancia, no por los motivos expuestos en ésta, sino por los diferentes consignados en el cuerpo de esta decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga de fecha 22 de septiembre de 1955, y confirma la que lleva fecha 22 de julio de 1954 originaria del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartago, ambas proferidas en este juicio.

Sin costas en el recurso.

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

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas—Jorge Soto Soto, Secretario.

NULIDAD DE UN CONTRATO. — ERROR DE HECHO. — EN QUE CONSISTE

El cargo, en los términos en que está formulado y sustentado es inoperante, porque el error de hecho consiste en que el sentenciador haya tenido como demostrado un hecho no comprobado en el juicio o como no probado un hecho que sí lo está, y no en dejar de aplicar cierta norma legal al caso SUB-JUDICE. Para que prosperara el error de hecho que se imputa al Tribunal, preciso hubiera sido al recurrente demostrar que los hechos que en el fallo se estimaron demostrados no lo están con las probanzas que se allegaron al juicio, o que por falta de estimación de elementos probatorios dejó el fallador inadvertidos ciertos hechos y que como consecuencia de estos errores infringió la ley sustantiva que ampara los derechos de los litigantes. Pero al Tribunal no se le imputa estimación equivocada o falta de estimación de elementos probatorios, sino que no aplicó disposiciones que el recurrente considera pertinentes al caso del pleito, y como la falta de aplicación de determinados preceptos legales no configura el error de hecho alegado, el cargo así formulado no puede prosperar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 30 de enero de 1956, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Antonio Guarín Estrada contra Miguel Angel Henao, sobre nulidad de un contrato.

El juicio

En libelo presentado el 22 de agosto de 1953, repartido al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, Antonio Guarín Estrada, por medio de apoderado, demandó a Miguel Angel Henao para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se declarara por la justicia lo siguiente:

"Primero. — Que la escritura número tres mil seiscientos setenta y dos (3.672) de siete (7) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, por medio de la cual Antonio Guarín Estrada declara haber recibido de manos de Miguel Angel Henao la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) en calidad de mutuo interés, y grava hipotecariamente una casa del presunto deudor para garantizar el mutuo inexistente, además que contiene otras obligaciones accesorias, es NULA DE NULIDAD ABSOLUTA por hallarse viciado el consentimiento de Antonio Guarín Estrada por error de hecho ya que creyó asegurar el pago de parte de precio de un café comprado a Eduardo Vallejo y resultó declarando haber recibido de parte de Miguel Angel Henao una suma de dinero en mutuo con interés, y gravando por esta causa un inmueble hipotecariamente.

Segundo.—Que la escritura pública de que trata el punto anterior también es NULA DE NULIDAD ABSOLUTA pues la parte que aparece como acreedora quiso, a través de ella, simular la existencia de un contrato de mutuo, con Antonio Guarín, y garantizado hipotecariamente, cuando la verdad es que el contrato real fue la compraventa de un café entre Antonio Guarín y Eduardo Vallejo.

"Tercero.—Que en atención a las declaraciones anteriores Antonio Guarín Estrada no debe las obligaciones contenidas en la escritura antes mencionada.

"Cuarto.—Que se condene a Miguel Angel Henao a pagar los perjuicios ocasionados a Antonio Guarín por razón del contrato contenido en la escritura tantas veces citada.

"Quinto.—Que se condene en costas al demandado".

Fundamentó su demanda en los siguientes hechos:

"**Primero.**—Por medio de escritura pública número tres mil seiscientos setenta y dos (3.672) de siete (7) de octubre de 1952, don Antonio Guarín Estrada dijo haber recibido en mutuo con interés la suma de QUINCE MIL PESOS ($ 15.000.00) 'en moneda legal colombiana, billetes del Banco de la República representativos y respaldados en oro'

(cláusula primera). — Segundo. Según la cláusula 2ª de la escritura, Guarín quedó obligado a 'devolver' la suma antes dicha 'en la misma clase de moneda en que recibe el préstamo, o su equivalente legal sin reducción', con plazo (cláusula 3ª) para el pago de treinta y tres meses contados desde el 25 de septiembre de 1952; también quedó Guarín obligado a pagar intereses del seis por ciento (6%) anual, durante el término estipulado, a partir del 1º de julio de 1953, por mensualidades anticipadas, etc., y sancionado, en caso de mora, con el pago del uno y medio por ciento (1½%) por cada mes que cursare después del vencimiento, sin perjuicio de la acción del acreedor para obtener judicialmente la restitución 'del capital prestado', y con otro agregado de que los intereses comenzaron a correr desde el primero de octubre de 1952.

"Tercero.—Según la cláusula quinta de la escritura, para responder o garantizar el 'préstamo' Guarín gravó con hipoteca de segundo grado, la casa junto con el terreno donde se halla edificada, dependencias, usos, costumbres y anexidades, situada en la carrera treinta y tres (33), número sesenta y tres setenta y siete (63-77) cuyos linderos son: 'Por el Norte, con la calle sesenta y tres A (63-A); por el sur, con propiedad de María del Carmen N.; por el occidente, con la misma; vuelve en recta hacia el oriente y luego hacia el Norte, lindando con Eduardo Calderón. Esta hipoteca es de segundo grado por cuanto hay de primero a favor del Banco Central Hipotecario.

"Cuarto.—También se establece que la demora en el pago de dos mensualidades consecutivas da al acreedor el derecho para dar por terminado el plazo y 'exigir la entrega del dinero mutuado'; también es causal para lo mismo que el inmueble fuere perseguido por terceros, si sufriere desmejora, y se prohibe la subrogación de la escritura sin aceptación del acreedor; se renuncia a favor del acreedor el derecho de nombrar secuestre; que son de cargo del deudor los gastos y costas de cualquier acción judicial, y se RENUNCIA LA MORATORIA QUE CONCEDA CUALQUIER DECRETO O LEY, y finalmente se incluyen en la hipoteca las mejoras presentes y futuras.

"Quinto.—Todo el contenido en las cláusulas de la escritura 3672 de 7 de octubre de 1952 es falso por cuanto Antonio Guarín Estrada no ha recibido de Miguel Angel Henao la suma de dinero allí declarada, ni en calidad de mutuo, ni por ningún otro concepto que lo constituya deudor de Miguel Angel Henao, por esa ni por otra suma. Por lo tanto no siendo cierta la aseveración de que Guarín recibió de manos de Henao quince mil pesos ($ 15.000.00) en calidad de mutuo, el gravamen hipotecario que reza la misma escritura tampoco tiene validez legal, ya que Henao persigue un enriquecimiento sin causa. En el mismo orden de ideas no siendo cierta la causa, ni la obligación hipotecaria, tampoco tienen validez las demás obligaciones accesorias estipuladas en la escritura materia de la presente demanda.

"Sexto.—Mi mandante, Antonio Guarín Estrada, en ningún caso quiso obligarse en beneficio de Miguel Angel Henao ya que de él no recibió el dinero de que se habla. El quiso comprarle un café al señor Eduardo Vallejo y para el efecto una vez acordado el precio Guarín firmó letras a favor de Vallejo, y para asegurar el resto se obligó hipotecariamente con Henao por una causa inexistente ya que la deuda debería ser con Eduardo Vallejo por razón del precio del Café y no con Miguel Henao por razón de un mutuo que no se ha producido jamás. Sobremodo que Guarín pactó con Henao por error de hecho y creyendo que se obligaba a pagar el precio del Café a Vallejo aceptó un contrato de mutuo que no existe. Por otra parte la escritura de la demanda es simulada pues el contrato verdadero fue el realizado por Antonio Guarín con Eduardo Vallejo sobre compraventa del Café la Bahía y el aparente es de un mutuo entre Henao y Guarín con gravamen hipotecario sobre una finca de éste"

Tramitado el juicio, el Juzgado dictó sentencia de primera instancia el 5 de febrero de 1955, favorable a las pretensiones del demandante.

Apelada por la parte demandada la sentencia del Juzgado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el fallo que es materia del recurso de casación que se decide, la revocó y en su lugar negó las súplicas de la demanda y condenó en las costas del juicio a la parte demandante.

La demanda de casación

Con base en la causal primera de casación que señala el artículo 520 del Código Judicial, acusa el recurrente el fallo del Tribunal por error de hecho, que lo llevó a violar los artículos 2221 y 2222 del Código Civil por no aplicación al caso del pleito.

Después de transcribir algunos apartes del fallo recurrido y hacer el estudio de las disposiciones sustantivas que estima violadas, formula su cargo así:

"Si el Tribunal sentenciador aceptó, con base en las posiciones absueltas por el demandado el

7 de julio de 1953 (fls. 1 a 3 del c. 1º), que el contrato de mutuo que se relaciona en la escritura número 3672 no tuvo existencia legal, porque no hubo entrega efectiva del dinero que se dice mutuado, requisito esencial en ese tipo de convenciones, es obvio que debió declarar la ineficacia del vínculo contractual, como lo solicitó mi mandante en su libelo, y no reconocerle expresamente, como le reconoció, un valor que él mismo le niega en la parte motiva de su fallo.

"Ya hemos visto —como lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia— que sin la entrega de lo que se dice mutuado no hay contrato y sólo por ella él existe, con ella y por virtud de ella nace. Y si el contrato no existe, por ministerio de la misma ley, mal puede el H. Tribunal, dentro de su sabiduría, hacerlo producir los efectos que corresponden sólo a una convención perfecta.

"Al hacerlo así, a pesar de su reiterado reconocimiento de la inexistencia del pacto, por la no entrega real del dinero que se dice mutuado, forzoso es concluir que se incurrió en error de hecho, manifiesto en los autos, que lo llevó a violar la ley, por no aplicación al caso **sub-judice**".

Considera la Corte:

La acusación contra el fallo recurrido, según aparece de la anterior transcripción, única parte de la demanda de casación que contiene cargos, se hace en forma expresa y terminante por error de hecho manifiesto en los autos. Pero el recurrente inadecuadamente hace consistir este error en que el Tribunal, no obstante haber aceptado que el contrato de mutuo que se relaciona en la escritura 3672 no tuvo existencia legal, porque no hubo entrega efectiva del dinero que se dice mutuado, le reconoció valor al aludido contrato en lugar de declarar la ineficacia del vínculo contractual, como lo solicitó el demandante en su libelo.

El cargo, en los términos en que está formulado y sustentado es inoperante, porque el error de hecho consiste en que el sentenciador haya tenido como demostrado un hecho no comprobado en el juicio o como no probado un hecho que sí lo está, y no en dejar de aplicar cierta norma legal al caso **sub-judice**. Para que prosperara el error de hecho que se imputa al Tribunal, preciso hubiera sido al recurrente demostrar que los hechos que en el fallo se estimaron demostrados no lo están con las probanzas que se allegaron al juicio, o que por falta de estimación de elementos probatorios dejó el fallador inadvertidos ciertos hechos y que como consecuencia de estos errores infringió la ley sustantiva que ampara los derechos de los litigantes. Pero al Tribunal no se le imputa estimación equivocada o falta de estimación de elementos probatorios, sino que no aplicó disposiciones que el recurrente considera pertinentes al caso del pleito, y como la falta de aplicación de determinados preceptos legales no configura el error de hecho alegado, el cargo así formulado no puede prosperar.

Mas como en el cargo se hace referencia a las posiciones absueltas por el demandado, conviene estudiar si el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciarlas. Se trata de posiciones que el actor hizo absolver al demandado antes del juicio y que en copia acompañó a su demanda. Entre otras preguntas a Henao se le hizo esta: "Quinto.—Si es cierto que el absolvente no ha entregado jamás a Antonio Guarín ninguna cantidad de dinero, ni por mutuo ni por ningún otro concepto? Contestó: Es cierto y aclaro: Que yo en diciembre de 1950 presté a Eduardo Vallejo V. suma mayor de $ 15.000.00 para comprar el Café La Bahía en la carrera 8ª número 6-71 de esta ciudad al señor Amadeo Sierra Peña; que en septiembre de 1952 se presentó Antonio Guarín Estrada a ofrecer compra de dicho Café al señor Vallejo manifestándole que no tenía con qué comprarlo de contado pero que respondería de la deuda con una hipoteca de segundo grado sobre una casa en la carrera 30 con calle 63 de Bogotá; que Eduardo Vallejo le dijo a Guarín que consultaría conmigo ese negocio y si yo lo aceptaba se haría el negocio haciendo la seguridad a mi favor; que yo acepté en esas condiciones el negocio recibiendo la hipoteca de Guarín Estrada en que consta que él me pagaría el valor de ese Café por cuotas trimestrales hasta su cancelación, según está explicado en la escritura y finalmente que Guarín Estrada aceptó, compró el Café a Eduardo Vallejo quien me transfería su deuda por medio de la hipoteca que me confirió Guarín Estrada".

Con relación a esta prueba dijo el Tribunal:

"Esta confesión sobre el verdadero negocio celebrado entre el demandante y el demandado admite que Henao no le entregó dinero a Guarín, es decir, que no hubo mutuo. Pero que Henao liberó a su deudor Eduardo Vallejo de una deuda de quince mil pesos ($ 15.000.00) y a cambio de eso aceptó como deudor por la misma suma a Guarín, garantizándole éste la deuda con la segunda hipoteca que constituyó por medio de la escritura cuya nulidad se ha pedido declarar en este juicio.

"La confesión de que no entregó dinero a Gua-

rín es aclarada por Henao en la forma amplia y precisa que se ha visto. Así queda explicado que el demandante Guarín se presentara a la Notaría Primera de Bogotá y, mediante una minuta elaborada —como ambas partes lo reconocen— por el abogado Luis Emiro Valencia, se declarara deudor de Miguel Angel Henao por $ 15.000.00 y constituyera hipoteca de un inmueble de su propiedad para garantizar el pago.

"El Tribunal estima que la confesión de Henao debe tomarse en su integridad, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, porque el hecho fundamental que se le indaga es el negocio celebrado entre las partes, o sea la causa o razón de la deuda de Guarín para Henao. Este confiesa que no hubo entrega de dinero de él a Guarín, pero que sí le había entregado esa misma suma tiempo antes a Eduardo Vallejo, quien se la estaba debiendo, y que aceptó la subrogación de Guarín en la obligación de dicho deudor suyo, mediante la garantía hipotecaria por éste otorgada. Gracias a eso Guarín se hizo dueño del Café que pertenecía a Vallejo. La confesión de Henao equivale a decir: Es cierto que no le entregué $ 15.000.00 al demandante; pero lo liberé de una deuda por igual suma con su vendedor Vallejo, aceptándolo como deudor subrogante en un crédito mío contra Vallejo. Así yo pagué a Vallejo el precio del Café la Bahía por cuenta de Guarín y por eso lo adquirió éste. Así, pues, se ha hecho por Henao una confesión indivisible".

Con base en esta confesión, que el Tribunal encuentra corroborada con lo manifestado por el mismo demandante en su libelo y con el dicho de varios testigos cuyas declaraciones analiza, llegó a la conclusión que por cuanto no hubo entrega efectiva de los $ 15.000.00 que en la escritura 3672 de 7 de octubre de 1952 de la Notaría 1ª de Bogotá dice el demandante haber recibido, no hubo mutuo y es simulado este contrato, pero que existe, como convención oculta, el contrato de sustitución de deudor, que debe prevalecer sobre el simulado aparente y que es causa o razón de la deuda de Guarín para con Henao. A este respecto se leen en el fallo:

"La Sala hubiera podido dispensarse de entrar en el minucioso análisis que ha hecho de las pruebas para hallar, como halla, plenamente evidenciados los hechos confesados por el demandado Henao en las posiciones que él absolvió, no obstante considerar que esa confesión es indivisible. Pero ha querido la Sala poner de resalto el error cometido por el Juez a-quo al no tener en cuenta dicha confesión sino en cuanto a la no entrega del dinero contante, deduciendo de ahí, sin detenerse siquiera a leer con atención el texto mismo de la demanda, que la obligación del demandante Guarín carecía de objeto y de causa.

"Aclaradas suficientemente las cuestiones de hecho en que se fundan las acciones de nulidad absoluta promovidas por Guarín contra Henao, procede estudiar si ellas pueden prosperar.

"La petición primera tiende a que se declare nula la escritura (ha debido decirse el contrato contenido en ella) porque el demandante prestó un consentimiento viciado por un error de hecho respecto del acto o contrato que celebraba, pues 'creyó asegurar el pago de parte del precio de un Café comprado a Eduardo Vallejo y resultó declarando haber recibido de parte de Miguel Angel Henao una suma de dinero en mutuo con interés y gravando por esta causa un inmueble hipotecariamente'.

"Al efecto cita la demanda el artículo 1510 del C. C. El texto de esta disposición es el siguiente

"'El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra'.

"El error sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra es uno de los llamados en el derecho romano **error in negotio** y forma parte —dentro de la clasificación doctrinaria de los errores que vician el consentimiento— de los llamados errores obstáculos, ya que, si se comprueba que ha habido un error de esa clase no existió el acuerdo de voluntades y sin ese acuerdo no hay contrato.

"Pero en este pleito está demostrado que no hubo error del demandante cuando 'creyó asegurar el pago de parte del precio de un Café comprado a Eduardo Vallejo y resultó declarando haber recibido de parte de Miguel Angel Henao una suma de dinero en mutuo con interés, y gravando por esta causa un inmueble hipotecado'. El demandante y el demandado sabían que no mediaba entrega material de dinero, aunque pudieran ignorar que jurídicamente no se efectúa el mutuo sino con dicha entrega, por lo cual es un contrato unilateral, ya que el acreedor no contrae obligación alguna habiendo quedado su prestación cumplida en el acto mismo de celebrar el contrato. El hecho de que no hubo entrega de dinero en el acto

del contrato está probado. Pero las partes pudieron creer que el negocio celebrado podía calificarse de **mutuo,** ya que si no hubo entrega material de dinero de Henao a Guarín, quedando libre de la obligación de darle al vendedor del Café La Bahía $ 15.000.00 por concepto de precio, pero debiendo dárselos a Henao dentro del plazo convenido, con intereses, etc., porque Henao era acreedor de Vallejo y lo liberaba a su turno de una obligación por igual suma. De modo que cuando le dieron erróneamente el nombre de mutuo a este negocio, perfectamente lícito, cometieron un error sobre un punto de derecho, error que no vicia el consentimiento (art 1509 del C. C.).

"Pero cometió el demandante Guarín, el error de hecho consistente en creer que aseguraba el pago del precio de $ 15.000.00 a Vallejo al declarar que había celebrado el mutuo inexistente con Henao? No cometió Guarín ese error, porque está probado en estos autos que mediante la declaración de ser deudor de Henao por $ 15.000.00 quedó libre de pagar esa misma suma a Vallejo por el precio del Café La Bahía.

"Está demostrado que hubo una simulación relativa en el contrato, en cuanto Guarín declaró haber recibido en dinero $ 15.000.00 de Henao, cuando lo que efectivamente ocurrió fue que se obligó en lugar de Vallejo por la suma que éste había recibido de Henao a cambio de que Vallejo diera por recibido el precio del Café La Bahía. Pero Guarín sabía que no se estaba obligando por la entrega física de $ 15.000.00 de parte de su acreedor Henao sino por ese otro negocio, el de sustitución de deudor, y su intención era pagar el precio del establecimiento comercial comprado a Vallejo, y efectivamente lo pagó y Vallejo lo dio por recibido.

"Si el demandante Guarín sabía todo esto al declarar ante el Notario que debía $ 15.000.00 a Henao como recibidos de éste logrando los fines jurídicos y económicos por él perseguidos, pues se comprometió con un nuevo acreedor para pagar al primitivo, no cometió error sobre el verdadero contrato celebrado, no prestó su consentimiento por error de hecho que pudiera viciarlo. Al contrario, libre y deliberadamente se declaró deudor de Henao por virtud de aquel convenio oculto, de la suma de $ 15.000.00 y garantizó su obligación con hipoteca. La razón de su consentimiento a obligarse no fue haber recibido el dinero en mutuo como lo declara en el contrato ostensible, sino haber pagado Henao a Vallejo en lugar de Guarín, igual suma por el precio del Café La Bahía. El consentimiento de Guarín no se prestó en un contrato de mutuo, que no fue el verdadero, sino en un contrato diferente, pero que viene siendo de **especie igual** a la del mutuo dentro del sentido que la doctrina le da al artículo 1510 del C. C. cuando dice: 'El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la **especie de acto o contrato** que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación'.

"El contrato realmente celebrado, sustitución de deudor, es en tal sentido **de la misma especie del mutuo,** máxime si tuvo como origen un contrato de esa clase, pues tiene exactamente los mismos efectos para el deudor. En él también se supone que el acreedor ya efectuó la prestación, por lo cual viene a ser unilateral, como el mutuo, y crea solo para el deudor la obligación de pagar la cantidad debida.

"Y en el caso de autos la deuda en que Guarín sustituyó a Vallejo provenía, inclusive, de un mutuo.

"No hay que mirar en el caso de autos el contrato de mutuo o mejor, la entrega física de los $ 15.000.00 que realmente no se efectuó, como objeto de la obligación contraída por Guarín con Henao.

"'El contrato es un acto jurídico que tiene por efecto crear oblgiaciones, sea para las dos partes, sea para una sola. Son estas obligaciones las que tienen un objeto, el cual puede consistir sea en una cosa material, sea en un hecho, o en una abstención. Es sólo por elipsis por lo que se habla del objeto del mutuo de dinero es crear la obligación de pagar el mutuario al mutuante la suma recibida. El mutuario sólo se obliga en razón de que recibe del mutuante la cantidad expresada. Cuando otra persona, que no es el mutuario, se compromete a sustituírlo en la obligación de pagar la suma que aquél había recibido, está creándose una obligación idéntica a la del mutuario sustituído'.

"Así, pues, si estos dos contratos —mutuo y sustitución de deudor en el mutuo— son de la misma **especie** en el sentido que tiene esta palabra en el artículo 1510 del C. C. y si no son propiamente los contratos los que tienen un objeto —como lo hacen notar Colin y Capitant— sino las obligaciones que por virtud de ellos se contraen, y si en ambos contratos la obligación del deudor tiene por objeto pagar una suma de dinero (como ocurre en el caso sub-judice), dedúcese de todo ello que el demandante Guarín no cometió error de hecho capaz de viciar su consentimiento al obligarse a pagar a Henao $ 15.000.00 como si los

hubiera recibido de él en dinero físico, porque en verdad los recibió en un valor igual con que Henao pagó por él la deuda que dicho demandante había contraído con Vallejo. El contrato verdadero es distinto, pero de la misma especie. Uno y otro —el aparente y el real— crean para el deudor una obligación idéntica en su objeto.

"La obligación consentida a plena conciencia por el demandante fue la de pagar $ 15.000.00 al demandado en las condiciones y con la garantía expresadas en el contrato que contiene la escritura de autos, por haber recibido de Henao igual cantidad, no en dinero contante, pero sí mediante el pago de Henao a Vallejo de la deuda que por igual suma había contraído con éste el demandante Guarín al comprarle el Café La Bahía.

"De lo dicho se sigue que no hubo nulidad ni por error en la especie del contrato, como dice el demandante, ni por falta de objeto, como dice el Juez a quo.

"La segunda petición de la demanda tiende a obtener la declaración de nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura 'pues la parte que aparece como acreedora quiso, a través de ella simular la existencia de un contrato de mutuo con Antonio Guarín, y garantizado hipotecariamente, cuando, la verdad es que el contrato real fue la compra-venta de un Café entre Antonio Guarín y Eduardo Vallejo'. (Se subraya).

"Ya está visto que hubo la simulación parcial declarada por el propio demandante en la frase arriba subrayada y confesada por el demandado en posiciones. Pero esta simulación no podría fundar la acción de nulidad de quien fue parte en el contrato, siendo el contratante persona capaz de obligarse y desde que haya pleno consentimiento, un objeto lícito y una causa justa en la convención oculta. Tal es la doctrina de nuestra Corte Suprema.

"Quedó dilucidado lo relativo al consentimiento sin error prestado al contrato oculto por el demandante, que es una persona capaz. Más aún, debe destacarse el hecho de que él dice haber sufrido error porque quiso asegurar a Vallejo la deuda proveniente de la compra del Café y resultó, en la apariencia del contrato, obligándose por un mutuo de suma que no había recibido. Ataca, pues, el demandante el contrato aparente y propugna la validez de la convención oculta, que fue la que él quiso celebrar, a la que prestó su consentimiento.

"A través de este proceso se ha demostrado que no solamente se celebró en realidad el contrato oculto de sustitución del deudor, sino que él se ejecutó por la parte acreedora, pues redimió esta efectivamente al demandante Guarín de la deuda de $ 15.000.000 que había contraído por la compra-venta del Café La Bahía a Vallejo. Y es más: según Guarín en su petición primera, 'creyó asegurar' el pago de esa compra, sino que efectuó dicho pago, pues Vallejo mismo, su vendedor, ha declarado aquí que por haber aceptado Henao que Guarín lo sustituyera en su obligación de pagarle $ 15.000.00 (lo que Henao hizo en vista de la garantía hipotecaria otorgada por Guarín), éste le cubrió el valor de $ 15.000.00, precio del Café La Bahía. Con esto queda demostrado también que el contrato tenía ambas partes causa justa.

"Si Guarín resultó obligándose a pagar a plazos la suma de dinero que consta en el contrato reconociendo intereses de plazo y mora y dando la garantía hipotecaria, fue porque Henao pagó por él la misma suma como precio del Café. Esta causa es tan lícita y tan justa como la de haberle entregado el dinero en presencia del Notario para que con él pagara Guarín a su acreedor el precio de la compra-venta.

"La existencia del objeto y la justicia de la causa del contrato, así como la capacidad y perfecto consentimiento del demandante —quien tanto por el contrato oculto como por el aparente resulta deudor de una suma de dinero y otorgante de una garantía hipotecario de esa obligación— son hechos protuberantes en los autos.

"La jurisprudencia de nuestra Corte da plena validez a la convención secreta para las partes, fundándose en el precepto del artículo 1766 del C. C. ¿Y cuál de los anteriores supuestos le falta a la convención secreta de sustitución de deudor, celebrada entre Antonio Guarín y Miguel Angel Henao, para que pueda prosperar contra ella la acción de nulidad que aparece expresada en la petición segunda del libelo. Absolutamente ninguno.

"Por todas las razones expuestas, las acciones de nulidad por vicio del consentimiento debido a error en la especie del contrato celebrado y por simulación parcial no pueden prosperar. Consecuencialmente, tampoco pueden despacharse favorablemente las peticiones tercera, cuarta y quinta del libelo".

No se encuentra que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho al apreciar la confesión del demandado en la forma en que lo hizo, y como el cargo se formuló por dicho error, la acusación no prospera y debe rechazarse.

Por lo demás debe advertirse que no fueron impugnados en casación los fundamentos del fa-

llo expuestos por el Tribunal en la parte que se deja copiada, por lo cual no puede la Corte pronunciarse sobre ellos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de enero de 1956, en el juicio ordinario de Antonio Guarín Estrada contra Miguel Angel Henao sobre nulidad de un contrato.

Las costas del recurso son de cargo del demandante recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Guillermo Garavito Durán—Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas V.—Jorge Soto Soto, Secretario.

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA. CUANDO EXISTEN

Yerra el recurrente, en materia grave en casación, cuando ataca parcialmente la sentencia y omite hacerlo a los fundamentos esenciales en que se apoya la decisión. Porque la Corte no podría, en tal supuesto, examinar oficiosamente ninguno de esos extremos no atacados y que de suyo son suficientes como pilares de juridicidad para que el fallo sobreviva.

Por otra parte, yerra también el recurrente al tratar de configurar un error de derecho en la apreciación de la prueba, sin invocar o siquiera citar las disposiciones legales correspondientes que imponen determinada fuerza probatoria a los elementos que afirma desestimados en la sentencia, o las que priven de eficacia a los que sirvieron de fundamento esencial al fallo, para estimar como infringidos, por éste, los artículos 669 y 946 del Código Civil, que definen respectivamente, el derecho de dominio y la acción reivindicatoria, porque en tales circunstancias invocar un error de derecho en la apreciación de la prueba, es como no decir nada en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Zhaiter J. Chalela y Pedro Vicente Casallas demandaron del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, por la vía ordinaria y con audiencia de Hernán Urzola Sierra: "las declaraciones de dominio que resulten procedentes, en relación con el bien raíz que es objeto de la demanda, o sea: Que la venta hecha por los señores José Angel y Marcial Patternina, padre hijo, del bien en referencia, carece de toda eficacia legal, y que, por consiguiente, la venta hecha por el último a Hernán Urzola Sierra, actual poseedor de dicho bien, no ha podido transmitirle dominio alguno porque él no lo tenía".

Como hechos fundamentales de las súplicas anteriores se adujeron, en síntesis, los siguientes: Que la señora Fermina Pérez era propietaria del inmueble situado en el Barrio de Las Angustias de Sincelejo, determinado por los linderos indicados en la demanda; que la nombrada señora Pérez "poseyó, habitó y ocupó el inmueble mencionado, hasta cuando lo desocupó para habitarlo su hija Carmen y su nieta Carmela, madre de Pedro Vicente Casallas y quienes lo ocuparon por algún tiempo.

Que, casada la señora Carmen o Carmela Pérez con el señor Pedro Casallas, padre de uno de los demandantes, la señora Fermina dejó de habitar en dicho inmueble, trasladándose a vivir con la señora María Patternina; posteriormente la señora Carmela Pérez arrendó el inmueble al señor Bernardo Villalba, quien al desocuparlo, lo recibió la señora Epifania Bustamante, esposa del señor José Angel Patternina.

Que, José Angel Patternina vendió el inmueble a su hijo Marcial Patternina y éste, a su vez, al señor Hernán Urzola Sierra.

Que, muerta la señora Fermina Pérez, en su juicio de sucesión se adjudicó el inmueble a las hijas de Susana Pérez de Casallas, hermana de la causante, Angela e Isabel Pérez y a los hijos de Carmela Pérez de Casallas, y entre ellos al demandante Pedro Vicente Casallas. Las herederas Angela e Isabel Pérez vendieron sus derechos, mitad del inmueble, a Zhaiter J. Chalela.

El demandado se opuso a las declaraciones pedidas, así como negó los hechos en que ella se apoyan y propuso la excepción de petición de modo indebido.

En la debida oportunidad el Juez del conocimiento falló el pleito declarando: "Probada la excepción perentoria temporal de PETICION DE MODO INDEBIDO"; y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que conoció del negocio por recurso de apelación concedido a los actores, confirmó la decisión recurrida en la suya de 4 de mayo de 1955.

En ese fallo el Tribunal, tuvo como fundamento principal de él y para los efectos de lo confirmación del revisado, las mismas razones que en

éste se expusieron para declarar probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido, y para todo lo cual las transcribe en su totalidad, en la sentencia recurrida en casación. A estas razones del inferior, agrega, el sentenciador de segunda instancia, otras que en síntesis se transcribirán en su oportunidad.

El recurso de casación

Se le concedió a los demandantes, el cual se procede a decidir después de cumplida la tramitación de rigor.

Invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y apoyándose en ella propone los cargos que en seguida se resumen:

a) "Ser la sentencia violatoria del artículo 946 del C. C. por aplicación indebida y del artículo 669 por infracción directa en cuanto dejó de aplicarlo, violaciones a que llegó el Tribunal por errónea apreciación de las pruebas habiendo incurrido el fallador en error de derecho".

Dice el recurrente que, la acción petitoria de dominio es diferente de la reivindicatoria, que así lo ha aceptado la Corte, y que lo que importa en uno u otro caso, "es el examen previo y comparativo de los títulos allegados para concluir cuál de las partes tiene un título mejor o más antiguo, según el caso". Que, en el presente juicio las pruebas aducidas por las partes, las coloca en completo acuerdo en cuanto a "la primitiva propiedad del inmueble discutido en cabeza de doña Fermina Pérez"; esto es, "se encuentran en un punto de partida común para deducir la propiedad de dicho inmueble". Así, de conformidad con "la titulación del actor, dicho inmueble salió del patrimonio de la señora Fermina Pérez, por virtud de su muerte y mediante la adjudicación de sus bienes que por tal causa se produjo (fls. 16, cuaderno de pruebas del actor); aparece como prueba desestimada por el Tribunal la protocolización del juicio de sucesión de la señora Fermina Pérez y adjudicación de sus bienes a sus herederos, quienes, o alguno de ellos, los transpasaron a mi mandante Chalela una parte y otra por derecho de herencia quedó en poder de mi mandante Casallas; y afirma el demandado que salió del patrimonio de la señora Fermina Pérez el mencionado inmueble, a folios 20 del mismo cuaderno de pruebas aparece la escritura número 420 del 6 de diciembre de 1943 pasada ante el Notario 1º de Sincelejo, en donde consta que fueron protocolizadas las declaraciones de Pablo Montes, Toribio Alvarez y el demandado y actual ocupante del inmueble Hernán Urzola, en donde ellos dicen en forma contexte con el interrogatorio planteado, que la señora Fermina Pérez poseyó dicho inmueble hasta que se lo vendió al señor José Angel Patternina, sin que se encuentre ni se conozca la escritura pública que contenga la venta como lo exige el artículo 1857 del C. C.

"De manera que el H. Tribunal al verificar el parangón entre "las titulaciones de parte y parte", se limitó a relacionar las escrituras y títulos llevados al juicio por mis mandantes sin verificar el examen que se exige para deducir cuál de ellos debe prevalecer sobre los otros. Hallándose de acuerdo ambas partes sobre el origen de la propiedad del inmueble objeto del litigio, para dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 669 y 946 del C. C., es necesario saber cuál es el verdadero dueño de la cosa, de manera que siendo el derecho de dominio el objeto principal del debe el H. Tribunal ha debido resolver la cuestión analizando los títulos y las cuestiones que se relacionen con los mismos para deducir de ese estudio el carácter de dueño establecido por la primera de las normas citadas arriba, sin necesidad de llegar hasta la prueba diabólica y menos en el caso presente, en que se sabe el origen de propiedad existente sobre el inmueble mencionado en este juicio. El H. Tribunal debió estudiar, la forma como salió del patrimonio de la señora Pérez para de allí seguir la trayectoria jurídica y legal del bien difundido y así alcanzar al actual y verdadero dueño".

Agrega el recurrente que el señor José Angel Patternina afirma haber adquirido el inmueble en referencia por compra a la señora Fermina Pérez y para demostrar esa compra presenta "las declaraciones de tres testigos, uno de ellos, precisamente el último comprador de este inmueble y actual demandado en este juicio, señor Hernán Urzola Sierra, quien declara que le consta que la señora Pérez le vendió a Patternina y después por medio de escritura pública, le compra a los causahabientes de Patternina; en cambio los actores obtienen su derecho de propiedad, uno de ellos por adjudicación en el juicio de sucesión de la señora Fermina Pérez la primitiva e indiscutida dueña del inmueble y el otro, por compra que de una cuota de este inmueble le hace a otros herederos de la señora Pérez; en presencia de esos dos títulos, el carácter de dueño exigido por los artículos 669 y 946 del C. C., debe necesariamente concedérsele a quien adquirió por uno

de los medios establecidos por la ley, como lo es, la sucesión por causa de muerte".

Finalmente, dice el recurrente que, "el Tribunal ante la sentencia judicial que aprueba la adjudicación de unos bienes y las declaraciones de tres testigos, uno de ellos parte interesada en el juicio, para deducir el mejor título de propiedad, se pronuncia en favor del que alega las declaraciones y desecha el que proviene de la decisión judicial. No puede alegarse como lo insinúa el H. Tribunal, que falta la procedencia del título de adquisición de la causante, porque si la sola hijuela de adjudicación no es prueba suficiente ni título eficaz, ello sucede cuando se desconoce el título de propiedad del causante, porque bien puede suceder que en el sucesorio se inventaríen bienes que no son de propiedad del de cujus; pero la observación, no es procedente en el caso presente, porque es conocida en virtud del acuerdo entre las partes el título de propiedad que la causante tenía sobre el inmueble debatido, título que ambas partes reconocen como justo y eficaz. Cuando el objeto de la discusión es el título de la causante, es necesario estudiar los modos de adquisición que éste ejercitó; pero cuando la discusión se contrae a los títulos que amparan los derechos de los causahabientes únicamente, la hijuela de adjudicación de los bienes del dueño no discutido, es suficiente título de propiedad. En todo caso, mejor título que las simples declaraciones de nudo hecho tomadas entre las personas interesadas en el litigio y que constituyen la parte demandada".

b) **Segundo cargo.**—"Ser violatoria —la sentencia—, de los artículos 473 y 474 del C. J. por interpretación errónea y aplicación indebida de los mismos en la sentencia ya citada".

El cargo se desarrolla en el sentido de que "por existir o haber existido un juicio de reivindicación contra el señor Marcial Patternina y otro de despojo contra el mismo señor, que no fueron fallados en favor de los demandantes, se ha configurado los principios que regulan la cosa juzgada; "que ésta la define claramente el artículo 474 del Código Judicial en sus efectos para otros juicios y que la esencia de ella se encuentra en los tres elementos que la configuran y se produce en la parte dispositiva de la sentencia y no en las razones que la motivan.

Que, "en las sentencias acompañadas a este juicio, no existe ninguna cuya parte dispositiva establezca el derecho de propiedad del inmueble discutido: una de esas demandas, corresponde a la acción de despojo; otra a la acción reivindicatoria y ésta que es la petitoria de dominio", acciones que son diferentes de acuerdo con la discriminación que ha hecho la Corte en fallo de 24 de marzo de 1942.

"De manera que el H. Tribunal interpretó erróneamente el artículo 474 del C. J. y aplicó en forma errada infringiéndolo el artículo 473 de la misma obra, cuando dijo "existe ya cosa juzgada sobre el dominio entre las mismas partes, lo que es de tener en cuenta para saber que la demanda que se estudia no puede comprender un juicio sobre dominio a favor de los demandantes".

Considera la Corte:

a) Los sentenciadores de instancia llegaron a la conclusión de estar demostrada la existencia, en los autos, de la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido a través de estas consideraciones principales, compendiadas:

1ª—Que, dada la falta de claridad en los términos en que están concebidas las súplicas de la demanda y los hechos en que ellas se apoyan, basándose en su conjunto, y en uso de la facultad que tiene el juzgador para interpretar los libelos concebidos en semejante forma, "llegan a la conclusión de que el actor se propone obtener que se declare que el bien de autos es de propiedad de los señores Chalela y Casallas, pero no directamente sino como consecuencia de la declaración de ineficacia o nulidad de los contratos de compraventa que respecto del mentado inmueble celebraron sucesivamente José Angel Patternina con Marcial Bustamante Patternina, y Marcial Bustamante Patternina y señora con Hernán Urzola Sierra, mediante las escrituras públicas números 522 de 27 de octubre de 1944 y 602 de 16 de noviembre de 1945, ambas de la Notaría Primera de Sincelejo. No otra interpretación puede darse a la solicitud de que se declare que 'tales ventas carecen de eficacia legal". Y la otra de que "se sirva hacer en ella (la sentencia) las declaraciones de dominio que resulten procedentes".

2ª—Que, en la relación de hechos, estos aparecen imprecisos y no permiten tomarlos, por sí solos, como orientación para fijar la acción que ejercitan los actores. Pero de ellos alcanza a deducirse que "en principio la propiedad del bien sub-judice gravita en Fermina Pérez y sus causahabientes, pero que en virtud de los contratos de compraventa a que antes se aludió, afectados de ineficacia o lo que es lo mismo de nulidad, según afirma el actor, el mismo bien aparece como de

propiedad del demandado, quien por último tiene la posesión material. Lo que dá pie o base para pensar que la intención del actor no puede ser otra que demandar la nulidad de tales contratos para que obtenida aquélla se haga consecuencialmente la declaración de dominio en su favor. En este orden de ideas parece claro que el demandante ejercita dos acciones a saber: La declarativa de nulidad y la petitoria de dominio, no en forma principal y subsidiaria, en su orden, sino correlativamente, es decir, que el éxito de la segunda deviene como consecuencia del triunfo de la primera".

3ª—Así las cosas 'la demanda viene dirigida solo contra el señor Hernán Urzola Sierra, es decir, uno de los contratantes en el contrato contenido en la escritura número 602 de 16 de noviembre de 1945, cuando debió dirigirse igualmente contra los otros contratantes Marcial Patternina y María Bienvenida Méndez de Bustamante Patternina, y José Angel Patternina Montes, quienes también intervinieron como contratantes en los contratos de compraventa materia de la nulidad, por la sencilla razón de que mediante un fallo no podría lesionarse el patrimonio de una persona sin que se le haya hecho asistir al juicio respectivo... Empero el actor no incluyó como demandados a los señores Patternina y Bustamante y señora de Bustamante, sino solamente a Hernán Urzola, dirigiendo mal la demanda, y dando lugar a que de autos resulte probada la excepción perentoria de petición de modo indebido. En este orden de ideas sobra entrar a estudiar el negocio en el fondo porque para la decisión de una cuestión sub-judice es menester, según lo tiene establecido la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de Justicia, que como cuestión previa se llenen los requisitos siguientes: 1) Competencia del juzgador; 2) Súplica del actor en la forma prevenida por el C. de P. C.; 3) Que el derecho radique en el actor o sea que éste tenga la personería sustantiva.

4ª—Que, el requisito 2º no ha sido operado en el juicio desde el momento que 'la demanda no se dirigió contra todos los que necesariamente deben intervenir en el juicio para la declaración de ineficacia o nulidad de los contratos que trasladaron la propiedad del bien de manos de José Angel Patternina a Marcial Patternina y de éste y su señora al señor Hernán Urzola Sierra".

5ª—Que, siendo la acción de dominio consecuencial de la nulidad, es claro que tampoco puede ser estudiada en el fondo.

6ª—Como razón complementaria y sin repercusión en la parte resolutiva del fallo, se agregó por el Tribunal la de que: "Como la cosa, la acción, y las partes que figuraron en aquel juicio son las mismas que figuran en el presente, existe ya cosa juzgada sobre el dominio entre las mismas partes, lo que es de tener en cuenta para saber que la demanda que se estudia no puede comprender un juicio sobre dominio a favor de los demandantes contra Patternina, y como Urzola Sierra no es sino un adquirente del derecho de dominio que le fue disputado a Patternina, o sea su causahabiente, no altera la persona, que constituye una de las partes que figuró en el juicio resuelto por la sentencia que causa la cosa juzgada".

7ª—Que, "aún entrando a estudiar la petición declarativa de domonio se observa, que ésta no procede por falta de personería en los actores porque se trata de una comunidad, no se ha demandado para ésta, y falta la concurrencia de los comuneros Pío Quinto y Ubaldo Casallas Pérez, dueños de 2½ acciones, una cada uno. (Folios 16, 17 y 18, cuaderno de pruebas del demandante).

8ª—Que "para hacer resaltar la improcedencia de la acción de dominio se presenta el parangón entre las titulaciones de parte y parte", y que allí se consigna, para estimar mejor la del demandado, además de que éste tiene a su favor la presunción de ser dueño, como poseedor demandado, las que no alcanzan a destruir los títulos de los demandantes.

b) Se ha detenido la Sala en hacer los exámenes detallados de los fundamentos del fallo impugnado y de los cargos que para sustentar el recurso se formulan, para poder aseverar, como lo asevera, que el recurrente ha incurrido en error, en materia grave en casación, como es: por una parte, la seria omisión de atacar parcialmente aquellos fundamentos de la sentencia y no su integridad, particularmente los esenciales en que se apoya la decisión confirmatoria del Tribunal de la de primer grado. En efecto, de las consideraciones que antes han quedado sintetizadas, copiadas de aquella decisión, impugna la sexta y la octava y deja sin ataque al resto de ellas: las que fundamentan la declaratoria de existencia de la excepción de petición de modo indebido.

La falta de ataque en casación de esos extremos de la sentencia determina, aún en la hiptesis de que resultaren fundadas las impugnaciones propuestas, la ineficacia del recurso, ya que dada la naturaleza extraordinaria de éste, la Corte no podría examinar oficiosamente ninguno de esos extremos que de suyo son suficientes, como pilares de su juridicidad, para que el fallo sobreviva. Más, cuando el principal ataque: el de violación del

principio de la cosa juzgada no repercute en la decisión propiamente dicha, parte dispositiva, por no referirse a ésta, sino a un concepto extraño a ella contenido en su motivación: la excepción de cosa juzgada no tiene ninguna relación con la de petición de modo indebido que es la exactamente declararla como probada en el juicio.

En estas situacianos la Corte ha dicho en reiterada jurisprudencia:

"Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado". (Casación de 7 de marzo y 5 de septiembre de 1951 y 22 de abril de 1952, GACETA JUDICIAL, Tomos LXIX y LXXI, respectivamente).

Por otra parte, yerra también el recurrente al tratar de configurar un error de derecho en la apreciación de la prueba, sin invocar o siquiera citar las disposiciones legales correspondientes que imponen determinada fuerza probatoria a los elementos que afirma desestimados en la sentencia, o las que priven de eficacia a los que sirvieron de fundamento esencial al fallo, para estimar como infringidos, por éste, los artículos 669 y 946 del Código Civil, que definen respectivamente, el derecho de dominio y la acción reivindicatoria, porque en tales circunstancias invocar un error de derecho en la apreciación de la prueba, es como no decir nada en casación.

Por lo expuesto se rechazan los cargos a que se ha hecho alusión.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, de fecha 4 de mayo de 1955.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

FILIACION NATURAL. — CUANDO EL JUICIO SE ADELANTA CONTRA EL PRESUNTO PADRE, LA SENTENCIA TIENE EFECTOS ERGA OMNES, NO ASI CUANDO SE SIGUE CONTRA LOS SUCESORES O HEREDEROS DEL PRESUNTO PADRE, PORQUE ENTONCES SOLO AFECTA, PARA LOS MISMOS EFECTOS, A LAS PERSONAS QUE INTERVINIERON EN EL LITIGIO

Para que sea viable, jurídicamente, la sentencia sobre filiación natural y en forma que pueda producir efectos contra los representantes de la sucesión del presunto padre natural, es indispensable que en el respectivo juicio haya representado el contradictor legítimo, el padre si aún vive, o en su caso, sus herederos, como continuadores de su personalidad jurídica, vale decir, los sucesores suyos en todas sus obligaciones y derechos transmisibles; siendo la ocurrencia, únicamente, que si en el juicio ha intervenido el padre, la sentencia tendrá efectos contra todos en vez de alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia circunscrita siempre en sus efectos a los que hayan intervenido en el litigio o sus respectivos causahabientes. Demandada la sucesión del presunto padre, la acción debió dirigirse, precisamente, contra sus herederos bien en la categoría de conocidos, reconocidos o que hubiesen aceptado en cualquier forma la herencia.

En todos los casos el examen de los elementos intrínsecos constitutivos de la acción, estudiados en sí o en relación con quienes comparecen en juicio, es cosa que corresponde a los juzgadores, como condición previa e indispensable para poder declarar con lugar o no la demanda, vale decir, si ha de absolverse o condenarse. Es obligación legal de oficioso cumplimiento para el sentenciador estudiar si se ha justificado o no la acción planteada y si lo ha sido entre partes legítimas o idóneas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué de fecha 16 de marzo de 1956, en el juicio ordinario iniciado por Idalí Herrera contra la sucesión de Juan Bautista Guerrero para que se declare que Blanca Fanny Herrera o Guerrero es hija natural del causante Juan Bautista Guerrero.

Antecedentes

Idalí Herrera, madre natural de la menor Blanca Fanny, por medio de apoderado promovió demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de Ibagué contra la sucesión de Juan Bautista Guerrero, en ese entonces procesalmente representada por el heredero reconocido Adán Guerrero, para que en la sentencia de un juicio ordinario se hicieran estas declaraciones y condenas:

"**Primera.**—Que Blanca Fanny Herrera o Guerrero, nacida el día seis (6) de agosto de 1952, en el paraje de Aguabonita, municipio de Anzoátegui, es hija natural del que en vida se llamó Juan Bautista Guerrero;

"**Segunda.** — Que la anterior declaración surte todos los efectos civiles, y especialmente los señalados en el artículo 20 de la ley 45 de 1936, por lo cual Blanca Fanny Herrera o Guerrero tiene interés en la sucesión intestada de su padre natural Juan Bautista Guerrero;

"**Tercera.**—Que la menor Blanca Fanny Herrera o Guerrero en su calidad de hija natural de Juan Bautista Guerrero, es heredera preferencial al señor Adán Guerrero, con derecho a que se le adjudique íntegramente la herencia dejada por su padre, de acuerdo con la disposición anteriormente dicha y en armonía con lo preceptuado en los artículos 1239 y 1240 del C.C.

"**Cuarta.**—Que el señor Adán Guerrero a quien se ha señalado como representante de la sucesión

demandada, debe restituir a la menor Blanca Fanny Herrera o Guerrero todos los bienes pertenecientes al patrimonio de la sucesión de su padre natural Juan Bautista Guerrero a saber...";

"Quinta.—Que se condene en costas a la parte demandada".

En capítulo especial de la demanda señala el recurrente los hechos sustentantes de la acción, especificándolos y señalándolos en el orden correspondiente.

El Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia mediante sentencia fechada el 30 de septiembre de 1955 del siguiente tenor resolutivo:

"1º—DECLARASE que Blanca Fanny Herrera, nacida a las siete de la noche del día seis de agosto de mil novecientos cincuenta y dos en la vereda de Aguabonita, del Municipio de Anzoátegui, es hija natural de Juan Bautista Guerrero, habida de las relaciones carnales estables que de manera notoria existieron entre el nombrado Guerrero e Idalí Herrera.

"Extiéndase por el señor Notario Primero del Circuito de Ibagué la respectiva acta de reconocimiento de hija natural para Blanca Fanny Herrera, y avísese, para los fines mencionados en el artículo 33 del Decreto número 1003 de 1933, al señor Alcalde Municipal de Anzoátegui y al señor Cura Párroco de Anzoátegui, el reconocimiento de hija natural de Juan Bautista Guerrero que se hace para Blanca Fanny Herrera.

"2º—Blanca Fanny Herrera, como hija natural de Juan Bautista Guerrero y en su condición de tal, excluye a los hermanos legítimos del causante, entre los que se encuentra Adán Guerrero, reconocido como interesado en el juicio de sucesión del nombrado Juan Bautista Guerrero.

"3º—Adán Guerrero está obligado a restituir a Blanca Fanny Herrera, como heredera de mejor derecho, todos los bienes que haya recibido pertenecientes a la sucesión de Juan Bautista Guerrero en su condición de interesado en esa sucesión, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"4º—Condénase en costas a la parte demandada o sea al señor Adán Guerrero".

La parte demandada apeló de la sentencia, recurso que le fue concedido pese a la solicitud del apoderado de la parte actora en la que pide se le deniegue, porque "el señor Guerrero ya no es parte en este juicio y carece de personería sustantiva para proveer esta clase de recurso", pedimento que fundó "en que de acuerdo con las providencias del Juzgado y del Tribunal que acompañó aparece que el señor Adán Guerrero fue excluído del juicio de sucesión de Juan B. Guerrero, siendo reconocido como hederero en su lugar el Municipio de Anzoátegui según los órdenes prescritos por la ley". Allí mismo se lee: "De acuerdo con esta nueva situación jurídico procesal creada en el referido juicio sucesorio que vengo a acreditar en modo incontrovertible, el señor Adán Guerrero ya no tiene personería sustantiva para continuar como parte en el presente juicio ordinario". (Subrayados de la Corte).

El recurso lo concedió el Juzgado aryugendo en su proveído de 7 de diciembre de 1955: "...Posiblemente la deficiencia de personería sustantiva de las partes puede tener sus implicaciones, pero no mediando fallo pasado en autoridad de cosa juzgada que pueda oponerse, creemos que carece de actualidad el desconocimiento de personería que a última hora hace el apoderado de la parte demandada...".

Surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior de Ibagué en sentencia de fecha 16 de marzo del año próximo pasado revocó la apelada y en su lugar resolvió:

"1º—Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

"2º—En consecuencia, se asbuelve a la entidad sucesión demandada de todos los cargos formulados en la demanda".

Fundamentó su decisión el Tribunal en 'que no resultando acreditada en el proceso debidamente ni la personería sustantiva ni la adjetiva de la parte demandada, surge ostensiblemente la excepción perentoria de "ineptitud sustantiva de la demanda" por ilegitimidad de la personería de la parte demandada, que releva al Tribunal del estudio de los demás elementos probatorios de la acción de filiación natural demandada".

Estas, las consideraciones de derecho:

"Como la parte demandada consiste en una entidad sucesorial, representada, según la parte demandante, por Adán Guerrero, heredero del causante en su calidad de primo hermano legítimo (hecho 6º de la demanda), entonces ha debido establecerse, por los medios adecuados, no sólo la muerte del causante sino el hecho de ser Adán Guerrero heredero del mismo causante, en su calidad de primo hermano legítimo, es decir, la personería sustantiva de la parte demandada, o lo que es lo mismo, la legitimación en la causa (legitimatio ad causam).

"No obstante, para la demostración de tales he-

chos (la muerte del causante Juan Bautista Guerrero y la calidad de heredero de Adán Guerrero, como primo hermano legítimo del causante), la parte actora se ha contentado con traer al expediente, no las partidas de origen civil o eclesiástico correspondientes, sino la copia del auto de reconocimiento o declaratoria de heredero, especificada en el ordinal c) de la relación de sus pruebas, **auto que no contiene constancia alguna de notificación ni de ejecutoria,** pero que tampoco relaciona ni analiza los elementos probatorios que le sirvieran al Juez que lo dictó, para pronunciarse por dicho reconocimiento o declaración de heredero. Es decir, que se trata de una providencia que por no saberse si está ejecutoriada, tampoco se sabe si tenga o pueda tener alguna fuerza probatoria, dentro del proceso donde fue dictada (el sucesorio del causante Juan Bautista Guerrero), menos dentro del presente juicio ordinario.

Y si a lo anterior se agrega que el auto en cuestión fue sustituído por otro posterior, según el cual se reconoció al Municipio de Anzoátegui como heredero del causante Juan Bautista Guerrero por haberse demostrado dentro del sucesorio, con prueba directa, que Adán Guerrero no es colateral legítimo sino natural del causante y quien, según la parte motiva del auto sustitutivo, había sido reconocido como colateral legítimo, con base en prueba supletoria solamente, el Tribunal tiene que concluir que en este juicio la parte demandante ha omitido demostrar como prueba hábil y conducente, no sólo la muerte del causante Juan Bautista Guerrero sino el hecho de ser Adán Guerrero el representante de la sucesión en su calidad de colateral legítimo del mismo causante. Es decir, que no se ha acreditado debidamente, ni la personería sustantiva ni la adjetiva de la parte demandada, o lo que es lo mismo, que surje ostensible la excepción perentoria de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA por ilegitimidad de la personería de la parte demandada, que releva al Tribunal del estudio de los demás elementos probatorios de la acción de filiación natural demandada".

La demanda de casación

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte demandante el recurso de casación que admitido y debidamente tramitado por la Corte es la oportunidad de resolver rituados como se encuentran los trámites pertinentes.

Con fundamento en la causal 1ª de casación el recurrente le formula a la sentencia del Tribunal este único cargo: "El fallo viola la ley sustantiva por error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba consistente en copia de la actuación cumplida en el juicio de sucesión de Juan Bautista Guerrero, pues toma como base de su declaración la realidad del juicio de sucesión y no la realidad procesal del juicio de filiación natural".

Como disposiciones quebrantadas por el concepto indicado señala el recurrente las de los artículos 1298 y 1299 del Código Civil y 343 del C. J., "esta última en cuanto no era procedente según la realidad procesal declarar la excepción de que trata el fallo recurrido".

Estudio del cargo

Refiriéndose el apoderado recurrente a la consideración que hace el Tribunal de que la parte demandante ha omitido demostrar, con prueba hábil y conducente, no sólo la muerte del causante Juan B. Guerrero sino el hecho de ser Adán Guerrero el representante de la sucesión en su condición de colateral legítimo del causante comenta:

"Con la demanda se acompañó copia del auto dictado en el juicio de sucesión de Juan Bautista Guerrero, del cual consta el reconocimiento de Adán Guerrero como heredero del causante y la aceptación de la herencia por parte del mismo. Si ese reconocimiento se produjo fue porque la petición formulada en tal sentido tenía sus bases legales, y porque hasta el momento de producirse el reconocimiento del señor Adán Guerrero era éste el único pariente conocido del causante Juan Bautista Guerrero, y por lo mismo interesado en la sucesión de éste no sólo por el aspecto patrimonial sino también, y con mayor razón, por el aspecto familiar.

"Esa misma pieza judicial acredita también la existencia del referido juicio de sucesión, y el trámite de éste afirma la verdad de un hecho anterior que lo explica y justifica indubitablemente: la muerte de Juan Bautista Guerrero. El juicio de sucesión presupone el deceso de esa persona. Es lógico porque no hay efecto sin causa. Luego la copia de la sentencia producida en el juicio mortuorio de Juan Bautista Guerrero que se acompañó con la demanda de filiación natural, es prueba hábil y conducente acerca del presupuesto procesal que desconoce el fallador, o sea el de la personería sustantiva de la parte demandada.

"La sucesión de Juan Bautista Guerrero estuvo bien representada por Adán Guerrero en el presente juicio ordinario, y lo ha estado aún después

de surgido el evento de haber sido desplazado por el Municipio de Anzoátegui en el respectivo juicio mortuorio. Lo afirmo por las siguientes razones:

"a) Porque Adán Guerrero fue reconocido como heredero del causante y aceptó expresamente la herencia;

"b) Porque invocando aquella calidad de heredero se hizo parte en el presente juicio ordinario, sosteniendo la litis en todas sus etapas, desde la contestación de la demanda hasta ejercer por conducto de su apoderado el derecho procesal de apelar del primer fallo que le fue desfavorable, acto éste registrado con posterioridad a la fecha en que había sido desplazado del juicio de sucesión por el Municipio de Anzoátegui. (Obvio, desde luego, que también intervino en el debate probatorio de las dos instancias para desvirtuar los hechos de la demanda).

"c) Porque aún después de que con mejor derecho el Municipio de Anzoátegui sustituyó el señor Adán Guerrero en el juicio de sucesión, este hecho solo dice relación con el derecho de heredar, sin que por ello pierda el señor Guerrero su condición de pariente o familiar del causante, como que la misma prueba directa presentada en aquel evento y a que hace mérito el Tribunal en su fallo, señala a Adán Guerrero como pariente del de cujus no como colateral legítimo, pero sí como colateral natural o sea, al fin y al cabo familiar indiscutible del causante Juan Bautista Guerrero".

"El Tribunal resulta configurando la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada sin tener en cuenta la prueba que obra en el juicio, y consistente, como ya lo hemos visto, en copia de la actuación cumplida en el juicio de sucesión de Juan Bautista Guerrero. Ha habido así un error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba existente en los autos, pues el Tribunal toma como base de su declaración la realidad del juicio de sucesión y no la realidad procesal del juicio de filiación natural. En otros términos: el fallador ha subestimado una prueba que obra en el presente juicio para remitirse en cambio a los resultados y eventos del juicio mortuorio. En esta forma, digo, la excepción la configura sobre este último y no sobre la realidad procesal del presente juicio de filiación. Es decir, que el fallo acusado no está circunscrito a la realidad probatoria de esta acción ordinaria y haciendo abstracción de ésta toma como fundamentos hechos que son específicos del juicio de sucesión".

Considera la Corte:

De lo transcrito se deduce que el sentenciador estimó no establecida en el proceso la personería sustantiva de la parte demandada, por estas razones: a) Porque la calidad de heredero representante de la sucesión del presunto padre natural dijo acreditarla la actora no con las partidas de origen civil o eclesiástico correspondientes, sino con la simple copia del auto sobre reconocimiento de heredero dictado en el juicio mortuorio del causante en favor del demandado Adán Guerrero, cuya ejecutoria **no se acreditó** legalmente; y, b) Porque la providencia en cuestión, la que reconoció a Adán como heredero del causante, fue sustituída y en el hecho y en derecho jurídicamente anulada por otra posterior, según la cual, se reconoció al Municipio de Anzoátegui como único hededero del causante, "por haberse establecido con prueba directa que el citado Adán Guerrero no es ni siquiera colateral legítimo del causante", resultando entonces, que pese al reconocimiento de heredero que se hizo a favor del citado Guerrero, él no representa al causante en sus derechos y obligaciones transmisibles ni consiguientemente a la sucesión, extremo señalado como sujeto pasivo de las obligaciones y derechos de que trata la demanda. En síntesis: porque Adán Guerrero es un tercero extraño a los intereses personales y patrimoniales de la sucesión de Juan Bautista Guerrero que es contra quien se ha dirigido la demanda.

Anota el sentenciador, además, que el reconocimiento de heredero proferido a favor de Adán Guerrero se hizo con base en simple prueba supletoria, pero que traídas las partidas de nacimiento del citado Guerrero, como ellas demuestran, en forma positiva, que este señor no tuvo vínculos familiares ni jurídicos que pudieran ligarlo como posible representante de la sucesión del causante, no puede considerársele como sujeto extremo de la litis en la que debe intervenir forzosamente el contradictor legítimo, el padre en el caso en que él viva o sus sucesores testamentarios o legales en caso de defunción de éste.

Los soportes fundamentales del fallo recurrido descansan consiguientemente en estos dos extremos: la titularidad del demandado Adán Guerrero no aparece legitimada en el proceso porque la prueba que se trajo para acreditar que él es heredero del causante y como tal continuador de aquella extinta personalidad jurídica, en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, no está legalmente establecida, porque el auto de recono-

cimiento que se hizo en favor del citado Guerrero en el juicio de sucesión no aparece que haya adquirido ninguna vinculación jurídica toda vez que vino al proceso sin la constancia de haberse notificado legalmente; y b) porque es el Municipio de Anzoátegui el único heredero en aquella sucesión, no el citado Adán, toda vez que —palabras del propio recurrente— "con mejor derecho el Municipio de Anzoátegui sustituyó al Sr. Adán Guerrero en el juicio de sucesión" que "el señor Guerrero no es parte en este juicio y carece de personería sustantiva para actuar en el proceso".

Ahora bien: para que sea viable, jurídicamente, la sentencia sobre filiación natural y en forma que pueda producir efectos contra los representantes de la sucesión del presunto padre natural, es indispensable que en el respectivo juicio haya representado el contradictor legítimo, el padre si aún vive, o en su caso, sus herederos, como continuadores de su personalidad jurídica, vale decir, los sucesores suyos en todas sus obligaciones y derechos transmisibles; siendo la ocurrencia, únicamente, que si en el juicio ha intervenido el padre, la sentencia tendrá efectos contra todos en vez de alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia circunscrita siempre en sus efectos a los que hayan intervenido en el litigio o sus respectivos causahabientes. Demandada como ha sido la sucesión del presunto padre, la acción debió dirigirse, precisamente, contra sus herederos bien en la categoría de conocidos, reconocidos o que hubiese aceptado en cualquier forma la herencia.

A Adán Guerrero se le demandó en juicio de filiación no como tercero ni persona extraña a la sucesión del causante y con el cual la parte actora hubiese querido definir, frente a él, su pretendida filiación; se le citó como heredero, es decir, asignándole la expresa condición de continuador de la persona del difunto, o lo que es lo mismo, como sucesor del legítimo contradictor, todo en fundamento o con base en la reiterada doctrina de la Corte. En estas condiciones, su titularidad en el juicio tenía que estar supeditada a la demostración de la calidad determinada que quiso asignársele en la demanda.

Pero no puede desconocerse que la demandante inició bien su demanda, porque la dirigió contra Adán Guerrero persona que para esas fechas había sido reconocida como heredero del presunto padre dentro de las diligencias de ese sucesorio; lo evidenciaba el proveído del juez de aquel conocimiento de fecha 15 de junio de 1954 que dice: "Sin perjuicio de terceros se reconoce interés jurídico para intervenir en este sucesorio al señor Adán Guerrero B. en su carácter de colateral del causante, con la advertencia de que acepta la herencia con beneficio de inventario"; por eso, consiguientemente, con la intervención de este señor y en su calidad de heredero reconocido, según la providencia anterior, se corrió sin dificultad toda la primera instancia.

Pero aconteció, que dictado el fallo pero antes de ejecutoriarse el auto por el cual el juzgado concedió el recurso de apelación que interpuso la parte demandada, la demandante, como quedó advertido, agregó al proceso copia de las piezas que en seguida se leen tomadas del juicio de sucesión del causante:

"AUTO. — **Juzgado Segundo Civil del Circuito.** Ibagué, julio dos de mil novecientos cincuenta y cinco.—Reconócese al doctor Sigifredo de Vivas Borja como apoderado del Municipio de Anzoátegui, en los términos y para los fines del poder que le confirió el representante de dicha entidad, señor Alfonso Morad, Personero Municipal. El doctor Vivas Borja, en la demanda que antecede, solicita al juzgado que dentro de este juicio sucesorio de Juan Bautista Guerrero, se declare que Adán Guerrero, única persona reconocida hasta ahora como heredero, no tiene tal carácter por ser apenas un colateral ilegítimo de dicho causante, y que como consecuencia, se reconozca en tal condición al Municipio de Azoátegui que acepta la herencia con beneficio de inventarios". Al respecto se considera: Aparece en este expediente que por providencia de 15 de junio del año de 1954, fol. 55 y ss. y a petición de Adán Guerrero Bohórquez, asistido por el doctor Noel Zárrate Rengifo, Adán fue reconocido como heredero del causante Juan Bautista Guerrero, a título de colateral legítimo. El vínculo de consanguinidad alegado por Adán Guerrero, fue demsotrado con prueba supletoria una vez aducida la certificación del señor Cura Párroco de Viani relativa a la inexistencia de la partida de bautismo de Adán, hijo del matrimonio de José Guerrero con Peregrina Bohórquez. Pero ahora, el representante del Municipio de Anzoátegui, ha traído una copia de la partida de nacimiento de Adán Bohórquez, hijo natural de Peregrina Bohórquez, expedida por el mismo señor Cura Párroco de Viani. El nacimiento de Adán, conforme a dicha partida tuvo lugar el 25 de abril de 1904. Y trajo también, el acta de matrimonio que contrajeron José Guerrero y Peregrina Bohórquez, al año siguiente del nacimiento de Adán, esto es, el 3 de mayo de 1905.

Es ésta, una copia tomada del mismo libro del cual se extractó la aducida por el doctor Noel Zárrate Rengifo, apoderado de Adán, para acreditar con la prueba testimonial que el último era hijo legítimo de aquel matrimonio. Y no aparece en el acta de matrimonio de José Guerrero y Peregrina Bohórquez, que entonces se hubiera legitimado como hijo de ellos habido antes del matrimonio, al nombrado Adán, que también figura como hijo del aludido matrimonio en el que él contrajo con Carmen Varela según partida que asimismo adujo el representante del Municipio de Anzoátegui.

"La identidad entre la persona reconocida como heredero en este juicio con el nombre de Adán Guerrero Bohórquez y Adán Bohórquez, surge del acta de matrimonio de Adán Guerrero Bohórquez con Carmen Varela efectuada en San Juan de Rioseco el 14 de julio de 1940, y de la nota puesta en el margen de la partida de nacimiento de Adán Bohórquez, hijo natural de Peregrina Bohórquez. Solo que en la primera de esas dos actas, Adán figura como hijo de José Guerrero y Peregrina, quienes, como atrás se vio, contrajeron matrimonio después de un año de nacido Adán, pero sin hacer, en esa oportunidad, reconocimiento o legitimación a favor del último. La prueba principal del estado civil de una persona, deja sin valor probatorio alguno la supletoria. Mucho más cuando aquélla demuestra lo contrario de lo que se ha pretendido establecer con la segunda. Significa lo anterior, que en este sucesorio de Juan Bautista Guerrero no ha concurrido alguna de las personas que conforme al artículo 85 de la ley 153 de 1887 son llamadas a suceder al causante por razón de vínculos de consanguinidad con el mismo, y que en consecuencia, por virtud de la misma disposición es el Municipio donde tuvo su último domicilio el de cujus el llamado a suceder a dicho causante. En virtud de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reconoce al Municipio de Anzoátegui como heredero del causante con advertencia de que acepta con beneficio de inventarios. Reconócese al doctor Pedro Luis Alvarez Ocampo como apoderado del señor Néstor Ospina conforme a la sustitución que le hizo el doctor Sigifredo Vivas Borja, apoderado principal de Ospina. — Cópiese y notifíquese. (Fdos.) Lubín Piedrahita M. — J. Oliverio Ramos O.".

"AUTO **del H. Tribunal Superior**—Tribunal Superior, Sala Civil—Ibagué, septiembre diez y siete de mil novecientos cincuenta y cinco.—Contra el auto de 2 de julio del año en curso, en el cual el Juez a-quo reconoce al Municipio de Anzoátegui la calidad de heredero del causante, y al doctor Sigifredo Vives Borja la de apoderado del nombrado distrito, interpuso el doctor Noel Zárrate Rengifo el recurso de apelación, fundado en los siguientes motivos: a) Que las facultades otorgadas al Personero de Anzoátegui en el Acuerdo número 8 de junio del año en curso, no autorizan al mencionado funcionario para constituir apoderado en juicios civiles; b) Que al mencionado Acuerdo le falta, además, el requisito a que se refiere el numeral 7º del artículo 194 de la Constitución Nacional; y c) Que no se ha acreditado la identidad de Adán Guerrero Bohórquez con Adán Bohórquez, quien aparece como hijo natural de Peregrina Bohórquez, por lo cual no puede tenerse como establecido que el primero no sea hijo legítimo del matrimonio de la mencionada señora con José Guerrero. Se CONSIDERA: a) De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 197 de la Constitución, es atribución de los concejos 'ordenar por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito'. De modo que la facultad de expedir acuerdos para reglar la administración pública municipal es función privativa de los cabildos, en la cual no puede intervenir el gobernador porque con ello quebrantaría uno de los principios consagrados en la ley fundamental: el de la autonomía administrativa de los Municipios. Dispone así, el artículo 194 arriba citado, en su numeral 7º, que los gobernadores **revisen** los actos de los cabildos a fin de remitirlos al Tribunal competente para que decida acerca de su exequibilidad, en caso de hallarlos inconstitucionales o ilegales, pero esta es apenas una medida de control de la actividad de las autoridades municipales que la constitución encomienda al gobernador, en manera alguna un requisito que reste eficacia a los actos de los concejos. Un acuerdo puede por eso ser ajustado o aplicado en tanto no sea declarado inexequible por la única autoridad que puede hacerlo, el respectivo Tribunal Administrativo, salvo que expresamente contraríe un precepto de la Constitución, en cuyo caso la sala admite que puede proponerse la **excepción de inconstitucionalidad**, pero sólo en ese caso. Y el acto del Concejo de Anzoátegui no solamente no infringe normas fundamentales, sino que se halla conforme con las disposiciones del Código Judicial que confían al Perso-

nero del Distrito su representación en juicio. (C. J., artículo 179). Salta más a la vista la exactitud de lo expuesto, si se considera que la actual disposición constitucional (que corresponde al artículo 86 del Acto Legislativo de 1945) sustituye el artículo 195 de la Constitución de 1886, que daba a los gobernadores la facultad de revisar los actos de los concejos, y de **suspenderlos**; atribución esta última de que hoy carece, con lo cual se está poniendo de resalto (sic) que mientras no sean declarados inexequibles por la jurisdicción contencioso-administrativa conservan toda su eficacia. b) Tampoco ve la sala el fundamento que pueda tener la segunda observación formulada por el apelante, pues que en el acuerdo número 8 de este año el concejo autoriza el otorgamiento de poderes en los juicios **contenciosos** o **voluntarios** en que pueda tener interés el municipio, y los juicios civiles son de las dos especies. La circunstancia de haberse aludido expresamente en el acuerdo a los juicios administrativos, está poniendo de relieve, por lo demás, que los voluntarios o contenciosos a que además se refiere son los de carácter civil. c) La identidad de Adán Guerrero, pretendido hijo legítimo de José Guerrero y Peregrina Bohórquez, con Adán Bohórquez hijo natural de esta última, está debidamente acreditada con la partida o acta civil de matrimonio de Adán Guerrero, y la eclesiástica de nacimiento de Adán Bohórquez, hijo natural de Peregrina Bohórquez, en la cual se dejó constancia de haber éste contraído matrimonio el 14 de julio de 1940, con Carmen Varela, la misma con quien aparece contrayendo matrimonio en la misma fecha Adán Guerrero Bohórquez, el pretendido hijo de José Guerrero. Establecida en esta forma la identidad entre los dos, compete al doctor Zárrate acreditar, lo contrario, en desarrollo del principio de que, establecida una situación procesal, corresponde la carga de la prueba a quien pretenda innovarla. En el caso de autos, pudiera acaso dudarse de la existencia de una prueba directa del hecho controvertido, pero se encuentra de todos modos establecidos una serie de hechos índices —la filiación de un sujeto llamado Adán como hijo natural de la Bohórquez; su matrimonio con la misma mujer con quien aparece casándose su homónimo, la verificación de dicho matrimonio en la misma fecha en que aparece realizando el suyo este último—; suficientes para fundar la **presunción** de tratarse de la misma persona; presunción que corresponde desvirtuar a la parte interesada en hacerlo por medios de prueba que acrediten, no el hecho contra el cual se adujo una prueba más adecua (sic) (las actas del estado civil), sino que en realidad se trata de dos personas distintas. Por virtud de estas consideraciones, la Sala no accede a revocar la providencia objeto del recurso. Se condena en costas a la parte apelante por haber resultado vencida en la apelación (Decreto 0243 de 1951, artículo 2º). Dentro de la ejecutoria de este auto, revalide la parte representada por el doctor Zarrate Rengifo la presente hoja de papel común, empleada a su cargo. Cópiese, notifíquese y devuélvase. (Fdos.) Carlos Peláez — Carlos Alfonso Leal C., Srio."……

"**Constancia de ejecutoria.** — Septiembre 24 de 1955—Ayer se ejecutorió la providencia anterior sin reclamo. Va al Despacho por razón de la condena en costas.—(Fdo.) C. A. Leal C., Srio.".

Las providencias anteriores testimonian, con certeza, que el reconocimiento de heredero que inicialmente hizo el juzgado en favor de Adán tuvo como fundamento la prueba supletoria aducida para tal fin en el juicio de sucesión, condición ésta desvirtuada luego por efecto de la prueba principal que adujo la parte demandante en orden a descartar la condición de representante de la sucesión recaída antes en la persona de Guerrero.

Ahora bien: demostrado que la persona llamada a responder a nombre de la sucesión de Juan B. Guerrero no es heredero del causante y que la calidad de tal radica únicamente en el Municipio de Anzoátegui, procede concluir que aunque inicialmente el juicio pudo trabarse con el supuesto heredero dada la realidad procesal de la sucesión, sin embargo los hechos que en ese mismo juicio constan, evidencia, que en **derecho**, la acción quedó mal trabada por no ser el demandado personero de la sucesión ni representante del contradictor legítimo en el juicio de filiación instaurado a nombre de la niña Fanny.

Pero estima el recurrente que la circunstancia de la existencia del auto de reconocimiento de heredero en favor de Adán Guerrero para el día de la demanda, le da legitimación suficiente para representar en este juicio ordinario de filiación a la sucesión en cuestión pese al hecho de haber sido anulada tal situación jurídica por providencias posteriores dictadas en ese mismo juicio.

Equivocada la tesis del demandante, porque si la providencia que dio base para dirigir la acción contra el citado Guerrero se dictó en el juicio de sucesión, y luego, en esos mismos autos se declaró inoperante, inválida o no vinculante la tal declaración, es apenas obvio estimar que los efectos consiguientes del nuevo proveído tienen eficacia

no solamente en el juicio en donde fueron proferidos sino que habrá de tenerlos en todas las actuaciones que tengan causa en lo actuado y fallado sobre ese particular en el mismo juicio de sucesión. En otros términos: si la personería de Adán Guerrero en el juicio de sucesión vino a tornarse en ilegítima, ilegítima habrá de estimarse si en otro juicio pretende alegar derechos con fundamento en aquella calidad perdida.

No es tampoco admisible la consideración de que el sentenciador carecía de facultad para decidir en este proceso, oficiosamente, sobre la "legitimación en la causa" de la parte demandada, porque en todos los casos el examen de los elementos intrínsecos constitutivos de la acción, estudiados en sí o en relación con quienes comparecen en juicio, es cosa que corresponde a los juzgadores, como condición previa e indispensable para poder declarar con lugar o no la demanda, vale decir, si ha de absolverse o condenarse. Es obligación legal de oficioso cumplimiento para el sentenciador estudiar si se ha justificado o no la acción planteada y si lo ha sido entre partes legítimas e idóneas.

En el caso, la falla relativa a la calidad jurídica de heredero representante de la sucesión demandada con que ha representado Adán Guerrero constituye incuestionablemente un defecto esencial de atinencia en el desarrollo de la acción que el sentenciador estaba en la obligación de apreciar al proferir su fallo, porque —palabras de la Corte— "toda decisión judicial relativa a la legitimidad en causa y a la consiguiente capacidad jurídica para ser parte en determinado litigio es cuestión fundamental que hace parte del lazo de instancia cuya definición constituye una decisión definitiva del negocio sub-judice".

Finalmente:

La consideración que hace el sentenciador de que el auto sobre reconocimiento de heredero del causante dictado en el juicio de sucesión aludido en favor de Guerrero no demuestra el hecho pretendido "por no haberse acompañado la prueba de que la providencia en mención adquirió firmeza procesal" no ha sido atacada en la demanda de casación ni expresa ni tácitamente; conserva por lo tanto su vigor y es hoy inmodificable por la Corte. Consiguientemente, si las anteriores consideraciones relacionadas con la "legitimación en causa de la parte demandada" no fueren suficientes para mantener el fallo recurrido, la que acaba de anotarse lo hace inmodificable, ya que si la Corte optare por extralimitar sus facultades al respecto dándole giro distinto o interpretando de manera diferente el único cargo formulado incurriría en injustificable violación de la ley. El recurso de casación es en extremo formalista y no está instituído para corregir los agravios que las sentencias de los Tribunales infieran a las partes, si los cargos hechos, en sus límites precisos no dieren margen para ello.

Tampoco puede entenderse el cargo como que mediante él se acusa el fallo por haber estimado el sentenciador los documentos que adujo el propio demandante recurrente en orden a establecer que es el Municipio de Anzoátegui el heredero reconocido del causante, "siendo que tales piezas no vinieron al proceso por las vías probatorias adecuadas", porque también es **evidente** que en la demanda el recurrente no encauzó la acusación por este motivo procesal. Pero ni aún dándole esa más amplia interpretación al cargo podría caerse la sentencia, porque en caso tal habría tenido que alegarse error de derecho en la estimación del elemento probatorio, lo que así no se hizo.

Ha dicho la Corte: "La falta de ataque en casación de un extremo de la sentencia determina, aún en la hipótesis de que resultaren fundadas las impugnaciones propuestas, la ineficacia del cargo, ya que dada la naturaleza extraordinaria de éste, la Corte no podía examinar oficiosamente ninguno de esos extremos que de suyo son suficientes, como pilares de su juridicidad, para que el fallo sobreviva". (Sentencia de casación de 18 de junio de 1957. - Magistrado Ponente, doctor Manotas).

Lo brevemente explicado, que no deja de ser bastante, lleva a concluir que el Tribunal no incurrió, con ocasión de su fallo, en quebranto de las disposiciones legales indicadas en la demanda como que lo fueron, toda vez que no aparece que hubiese incurrido en error al apreciar la prueba referente a la personería de la parte demandada a que hace referencia el cargo.

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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Salvo mi voto, **Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. PABLO EMILIO MANOTAS

En la Sala, al presentarse para discusión el proyecto de sentencia que pone término al presente negocio, tuve la oportunidad de formularle algunos reparos a las conclusiones a que en él se llega y en relación con la teoría del legítimo contradictor en cuanto a la intervención del padre y de los herederos que lo representan cuando aquél fallece antes de la sentencia que le ponga fin a la acción de filiación natural y con el alcance de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, reconocida oficiosamente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Esas observaciones no fueron atendidas por mis colegas de Sala, de aquí, la obligación en que me hallo de presentarlas, resumiéndolas, como fundamentos de este salvamento de voto, así:

Estimo que los conceptos consignados en la sentencia rompen varias doctrinas jurisprudenciales de la Corte, sobre las materias tratadas en la sentencia recurrida en casación, o sea: sobre la teoría del legítimo contradictor en cuanto la intervención directa del padre y la de los herederos que lo representan en su caso en la acción de filiación natural y en la aceptación, en forma general, de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva.

Pues, ha dicho la Corte, que la acción consagrada en el artículo 4º de la ley 45 de 1936, pertenece al hijo que es titular del interés jurídico a que corresponde, como beneficiario exclusivo de los derechos anexos al título de hijo natural que la ley determina e impone como consecuencia de un hecho natural, que la acción se limita a probar. Es una acción declarativa positiva porque con ella se persigue la declaración de que existe una determinada relación de derechos como un efecto jurídico de un hecho del padre y que desde entonces pertenece al hijo, si se quiere, la verificación judicial de un hecho jurídico ejecutado por un hombre y **creador de vínculos familiares** y patrimoniales. Esto en cuanto a lo que se denomina legitimación activa.

La misma Corporación ha dicho en relación con la legitimación pasiva: "De acuerdo con doctrina muy conocida de la Corte, la legitimación en causa dentro de los juicios de filiación natural no está limitada a la exclusiva intervención **del padre o de los herederos que lo representan**, cuando aquél fallece antes de la sentencia; puede también surtirse la controversia frente a otras personas con quienes el presunto hijo natural quiera definir situaciones jurídicas originadas en dicho estado, y que, desde luego, no tienen por qué circunscribirse al simple derecho de heredar patrimonialmente al padre. Así se deduce claramente de lo establecido por los artículos 219 y 223 del Código Civil, de franca aplicación a la controversia de filiación natural (artículo 7º de la Ley 45 de 1936) y en los que se ve expresamente reglamentada la legitimación en causa respecto de las personas distintas del presunto padre o de los llamados a representarlo. Con la sola diferencia en cuanto a los efectos de la sentencia, que mientras en el primer caso, o sea cuando el juicio se ha seguido contra legítimo contradictor son universales o **erga omnes**; en el segundo, son apenas relativos al interés de la persona o personas que han sido llamadas al juicio". (Casación 22 de octubre de 1952. Tomo LXXII).

Y ya, antes, había dicho la misma Corte: "El derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio— **al tiempo de deducirse la acción**, porque el derecho no puede reclamarse de futuro. Esto es, según frase comprensiva debe tratarse de **"un interés protegido por la ley"**.

"En acciones de esta naturaleza —como las de filiación natural— tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir "un estado de hecho contrario al derecho". Pero la significación y alcance de este esencial presupuesto, consagrado en las normas generales de derecho, debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal de que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulados y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone **la consideración personal del actor**, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitime su acción".

En casación de 7 de octubre de 1955, la Corte dijo lo siguiente: "Conforme a la doctrina sustentada por la Corte, en las acciones sobre reclamación de estado de hijo natural, en cuanto a la paternidad se refiere, solamente es legítimo contradictor el padre mientras viva, caso en el cual la sentencia que se dicte produce efectos **erga omnes.** Muerto el presunto padre las acciones pueden incoarse contra quienes jurídicamente son continuadoras de la persona del **de cujus,** o sea, sus herederos **ab intestato** o testamentarios, **parientes** o **extraños,** que por derecho ocupen la posición de quien falleció, caso en el cual el fallo respectivo produce efectos relativos, sólo entre las partes. De consiguiente, cuando el hijo natural ejercita conjuntamente la acción de estado y la acción de petición de herencia para que se declare la paternidad del **de cujus,** y se le reconozcan sus derechos a la sucesión en frente del **heredero aparente,** corresponde al actor comprobar la legitimación de la persona demandada en el juicio, como presupuesto de las acciones referidas, o sea, la calidad de heredero aparente del presunto padre natural. La prueba de tal calidad puede hallarse, según los casos, en las actas de registro del estado civil que establezcan el parentesco entre el finado padre natural y el heredero demandado de las cuales aparezca la vocación hereditaria conforme a las reglas de la sucesión intestada; o en el testamento del presunto padre natural en que éste instituye asignatario universal al demandado, **o sea el reconocimiento judicial del heredero,** proferido en el juicio de sucesión con base en las actas o en el testamento".

Finalmente, la Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencia de 20 de febrero de 1957, sobre la materia tratada anteriormente, después de un acucioso estudio donde se resumen las doctrinas vigentes antes del año de 1945 y después hasta la fecha, agregó:

"Según los artículos 1008 a 1010 del Código Civil **heredero** es el asignatario de herencia; **herencia** es la asignación a título universal; **asignación** o asignación por causa de muerte es el llamamiento que hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes; el título es universal, cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos. Esta prerrogativa del heredero, la de suceder al difunto en sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, es la que lo constituye representante y continuador de la personalidad jurídica del causante.

"Según lo anterior, el título de heredero proviene de circunstancias ajenas a la voluntad del asignatario, puesto que la asignación la hace la ley en atención al parentesco o lazos de sangre que unen al causante y al sucesor, o del testador con libre disposición de bienes como acto suyo exclusivo. El derecho se radica de plano en la persona que la ley o el testamento llamen a recoger la herencia, con prescindencia, por el momento, de cualquiera manifestación de voluntad por parte del titular y aún sin su conocimiento. Adquiere el título de heredero en el mismo momento en que se le defiere la herencia, esto es, al fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero no es llamado condicionalmente, o al cumplirse la condición si el llamamiento es condicional. Puede, sí, aceptar o repudiar libremente la herencia, con las excepciones contempladas en el artículo 1282 del C. C.; y la aceptación puede ser expresa o tácita.

"El solo título de heredero tiene consecuencias propias que es preciso distinguir cuando proviene de la ley o cuando proviene del testamento.

"Dado que la ley regula la sucesión intestada en atención a los lazos de sangre que unen al difunto con las personas que deben sucederle, la vocación hereditaria en este caso tiene su fundamento en el estado civil o sea en la calidad del individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles. En otros términos, esa calidad o estado civil, convierte a una persona, por ministerio de la ley, en heredero de otra. Cuando el título de heredero proviene de la ley con base en el estado civil, se radican en el sucesor ciertas obligacionse que no puede eludir, aun cuando no haya aceptado la herencia, y son aquellas consecuenciales de su estado civil que atañen a las relaciones de familia. Al heredero se le considera obligado porque el estado civil no es renunciable. "Tal sucede en las acciones para que se declare la paternidad natural, donde la muerte del padre no es capaz de extinguir las consecuencias de un hecho, como el de la procreación, que funda un estado civil con sus atributos tanto en el orden moral como en el campo meramente patrimonial. Entonces el heredero por la sangre del pretendido padre es llamado, como continuador de la personalidad jurídica de éste, a afrontar la acción que podría afectar su nombre y la honra de su familia. En estos casos suficiente es acreditar que los demandados son herederos del pretenso padre natural por razón de su parentesco con vocación hereditaria, para que sean legitimados en causa, aun cuando no se traiga la prueba de la aceptación de la herencia...

"No ocurre lo mismo cuando el título de heredero no proviene de la ley con base en el parentesco, sino de la institución libre del testador, porque entonces sí es indispensable que la herencia haya sido aceptada por el heredero testamentario para que pueda demandarse a éste como continuador y representante del pretendido padre difunto, o mejor, para efectos de la legitimación en causa de la parte demandada. Pero debe advertirse que si el heredero testamentario se apersona en el juicio de filiación, ese hecho implica su aceptación expresa de la herencia, ya que toma el título de heredero, conforme al artículo 1299 del C. Civil.

"Por lo que hace a la demostración de la calidad de heredero de los demandados en esta clase de juicios, como lo tiene admitido la Corte, puede hacerse, según los casos, con las pruebas que la ley califica hábiles para comprobar el estado civil que establezca el parentesco entre el finado padre natural y el heredero demandado, con vocación hereditaria según las reglas de la sucesión intestada; o con el testamento en que el pretendido padre natural instituye heredero al demandado; o con la copia de la providencia judicial en que el Juez de la causa mortuoria respectiva haya reconocido como heredero al demandado, con base en la prueba del estado civil o el testamento".

En cuanto a la ilegitimidad sustantiva de la personería, considerada como excepción, esta Sala ha dicho:

"Explícita y reiteradamente ha sentado la jurisprudencia que cuando el actor carece de las acciones que ejercita, por no tener el derecho que de ellas son simple viaducto, la absolución del reo es imperativa para el Juzgador, quien no tiene por qué examinar entonces la defensa exceptiva del demandado, ni mucho menos entrar de oficio a indagar en el proceso si están probados los hechos que configuren una excepción perentoria, pues ambas tareas serán entonces inútiles e inconducentes. A esa labor investigadora puede y debe el Juez recurrir cuando encuentre demostrado el derecho y, por tanto, proceden en principio las acciones incoadas. Entonces sí le será legalmente necesario detenerse a analizar las defensas exceptivas del demandado, bien porque éste la haya opuesto expresamente o bien porque es un deber suyo reconocer cualquier excepción de fondo que halle acreditada, aunque no se haya propuesto ni alegado, salvo la prescripción. El Juzgador pone en juego la pauta que la ley señala para decidir si la obligación que aparece probada se ha extinguido por algún medio legal, o si se ha demandado de **un modo ilegítimo**".

Aplicando estas directrices de la doctrina y la jurisprudencia, al caso sub-judice, se deduce que, como el Tribunal de Ibagué afirma que no se ha demostrado con prueba hábil y conducente, no sólo la muerte de Juan Bautista Guerrero, sino el hecho de ser Adán Guerrero el representante o continuador de la personalidad jurídica de aquél, para los solos fines de la acción de filiación natural, en su condición de colateral legítimo del causante, esto es, con base en los lazos de sangre o en el simple parentesco, y existiendo en los autos tal prueba, como que fue acompañada a la demanda la respectiva copia auténtica de la providencia judicial en que el Juez de la causa mortuoria de Juan Bautista Guerrero le reconoce al demandado el carácter de heredero del causante; y como tal apreciación de ese elemento fue atacada en casación por error evidente de hecho en los autos, por contrariar el criterio jurisprudencial de esta Sala, deducido de las doctrinas de los artículos 401 a 403, 1288, 1289 y 4º de la Ley 45 de 1936, la sentencia recurrida ha debido casarse, por lo menos, para rectificar las doctrinas erradas en ella contenidas, o, si, era el caso, para estudiar el fondo de la acción, ya que el sentenciador de segundo grado no lo había hecho, esquivando tal estudio so pretexto de hacer oficiosamente el de la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado, no siendo el caso de hacerlo, tanto es así, que hubo de buscar de soslayo la absolución del demandado, declarando la existencia de aquella excepción, y, consecuencialmente esta absolución.

Y no se diga, como se afirma en la sentencia de la mayoría de la Sala, que la apreciación de la prueba tiene dos soportes, el del estudio del contenido material del elemento probatorio apreciado y el de la forma del mismo, no habiendo sido atacado este último en casación. Porque esos fundamentos o soportes están unidos entre sí, tienen una única base el elemento probatorio atacado por errónea apreciación; de tal manera que quebrantado uno de ellos, particularmente el principal, no puede decirse que el otro es suficiente pilar para mantener la apreciación e indirectamente la sentencia, y mucho menos, cuando, como en el caso presente, acontece, que el soporte que se dice quedar vivo, no es tal, jurídica ni legalmente hablando. En efecto, el elemento probatorio estudiado es completo formal y materialmente, sólo que al Tribunal se le ocurrió en su afán de "bucear" la excepción de ilegitimidad de la per-

sonería sustantiva del demandado, que debía venir acompañado de las diligencias de notificación, etc., olvidándose de que no hay disposición legal alguna que exija tal formalidad y de que la copia fue expedida de acuerdo con el mandato del artículo 360 del Código Judicial.

En estas circunstancias, ha dicho la Corte: "Atacado victoriosamente uno de los motivos de casación, pero subsistiendo otro, es imposible casar el fallo. La Corte cumple su misión de enderezar la jurisprudencia, declarando procedente la acusación contra uno de los dos sostenes del fallo recurrido. Caerían ambos, y con ellos la sentencia, si tuvieran una misma base, o si teniendo diferentes bases, el no atacado eficazmente carecería de fuerza suficiente para sustentarla por sí solo". (Casación: 19 de noviembre 1937. Tomo XLV).

Las anteriores razones son también valederas contra la consideración relativa a la actuación judicial donde se le reconoce vocación hereditaria, esencialmente patrimonial, al Municipio de Anzoátegui. Así, el cargo dice expresamente: "c) Porque aún después de que con mejor derecho el Municipio de Anzoátegui sustituyó al señor Adán Guerrero en el juicio de sucesión, este hecho sólo dice relación con el derecho de heredar, sin que por ello pierda el señor Guerrero su condición de pariente o familiar del causante, como que la misma prueba directa presentada en aquel evento y a que hace mérito el Tribunal en su fallo, señala a Adán Guerrero como pariente del de cujus no como colateral legítimo, pero sí como colateral natural, o sea, al fin y al cabo, familiar indiscutible del causante Juan Bautista Guerrero". Esto es, en buen romance, error de hecho, no de derecho, en la apreciación de la prueba, error consistente en que se dejó de apreciar la prueba en cuanto al hecho de que tanto uno como el otro elemento establecen, respectivamente: la calidad de heredero por el vínculo familiar o parentesco y la de asignatario de la herencia, propiamente dicho, sucesor en el patrimonio del causante; o sea; "desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del Juez sobre determinado hecho".

Estas son las razones que me han llevado a separame del parecer de mis distinguidos colegas de Sala.

Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos cincuenta y siete.

Pablo Emilio Manotas

SALA DE CASACION PENAL

NULIDADES PROCESALES. — NULIDAD EN EL JURADO. — CUANDO SE TRATA DE CASAR UNA SENTENCIA CON BASE EN LA CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 567 DEL C. DE P. P., TAL NULIDAD DEBE COMPRENDER A TODOS LOS PROCESADOS POR EL MISMO DELITO

1 — Un orden lógico del estudio de las causales de casación, ha llevado siempre a la Corte a examinar en primer lugar, cuando se proponen varias causales, la que se refiere a la nulidad de los juicios. Y esto debe ser así, porque sobre un proceso viciado de nulidad no se puede edificar una sentencia, ni tampoco es necesario analizar otros aspectos que carecen de actualidad y de vigor, precisamente por quedar involucrados dentro de una actuación viciada de nulidad.

El artículo 198 del C. de Procedimiento Penal consagra una serie de hechos que originan causales de nulidad de los procesos, y que se conocen con el nombre de nulidades legales, por ser creación misma de la Ley. Estas causales son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse por analogía. Además, la jurisprudencia ha dicho que existen otras nulidades llamadas constitucionales, por derivarse de violación de los principios fundamentales erigidos por la Constitución Nacional.

Durante muchos años enseñoreó el ámbito de la actividad jurisdiccional, la jurisprudencia de que las nulidades en materia penal se entienden establecidas únicamente en favor de los enjuiciados, a fin de hacer más efectivo el derecho pleno de su defensa. Esta tesis ha venido siendo revaluada por la misma Corte, en lo que se refiere a las nulidades constitucionales, y es así como en casación de 24 de noviembre de 1953 se dijo: "La nulidad constitucional no está erigida sólo cuando ella opera como favorable al procesado. Su alcance también puede extenderse cuando ella se encamina a una finalidad de índole social, si se tiene en cuenta que las irregularidades o informalidades del juicio penal constituyen atentados contra la organización social y las prerrogativas de los procesados, que por ser de orden púbico, su incumplimiento acarrea perjuicios a la sociedad, desde luego que desampara a los ciudadanos y los deja librados a la arbitrariedad de los jueces". (G. J. Tomo LXXVI, pág. 799)

Esta jurisprudencia quiere ratificarla la Corte, pues de la armonía de los artículos 16 y 26 de la Constitución Nacional resulta que las normas fundamentales y propias de los juicios penales son generales para todos los ciudadanos, no sólo para los procesados, pues tales normas van dirigidas a proteger y garantizar en primer término los derechos de la sociedad, pues protegidos y garantizados éstos, se protegen y garantizan los de los individuos o asociados.

Se ha dicho por la defensa que el artículo 26 de la Constitución es un principio que pertenece y está incorporado al Título III, que trata "De los derechos civiles y de las garantías sociales", y que en este artículo se consagra un principio "individualista" de defensa del particular frente a la acción del Estado, a fin de que el proceso penal no represente el imperio de la violencia y de la arbitrariedad, sino el de la justicia. La seguridad personal rechaza —según palabras de un autorizado expositor de Derecho Público— un sistema penal en que los ciudadanos carezcan de medios eficaces para defender sus actividades personales, y hacer valer sus derechos en amplio debate judicial.

Esto es así, en cuanto a que el procesado pueda ejercitar plenamente su derecho de defensa, y la Corte no pretende menoscabar esta suprema norma constitucional. Pero esa norma no tiene el arcaico sabor individualista que ha pretendido dársele, pues

los textos constitucionales forman un todo armónico, que concurren a la realización del Derecho y el imperio de la justicia. Así, el artículo 16, que pertenece al mismo Título III ("De los derechos civiles y garantías sociales") preceptúa, que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, EN SUS VIDAS, HONRA Y BIENES (se subraya), y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Por autoridades se entienden no sólo los orgánismos administrativos, sino los jurisdiccionales, una de cuyas misiones es la de investigar los delitos y sancionarlos conforme a las Leyes vigentes. Al investigar y sancionar los delitos, las autoridades jurisdiccionales, cumplen el mandato del art. 16 de la Constitución, pues al luchar contra el delito, previniéndolo y sancionándolo, se realiza el fin del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los asociados.

El proceso penal consta de varias etapas (investigación y fallo) que quedan englobadas en el término general "juzgamiento" de que habla el artículo 26. Este no dice que NADIE PODRA SER CONDENADO, sino que nadie podrá "SER JUZGADO" sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observándose la plenitud de las formas propias de cada juicio. El fallo con que termina el juzgamiento puede ser condenatorio o absolutorio y contener, además y en ciertos casos, la condena al pago de los perjuicios causados por el delito. En el Proceso están en juego no sólo los intereses del acusado y los del ofendido (intereses particulares), sino los de la sociedad, que tiene derecho a que se sancionen los hechos que ofenden la organización social y establecidos por la Ley como delitos. Al adelantarse un proceso Penal, es decir, al juzgarse a un delincuente, la actividad del Estado tutela los intereses del acusado (para evitar un fallo arbitrario), los de la víctima (para evitar un fallo injusto) y los de la sociedad (para que se cumplan las leyes y se realicen los fines comunes previstos por la Constitución).

En consecuencia, las nulidades, tanto las relativas como las absolutas o las constitucionales, operan y cabe declararlas en todos los casos, bien sea en favor del procesado o de la sociedad.

2 — El proceso penal con intervención del Jurado se gobierna por normas especiales, la principal de las cuales es la de que la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (Art. 480 C. de PP.) De acuerdo con este precepto, la pena es justa y se ciñe a la Ley cuando es el resultado de los cargos formulados en el auto de proceder y de las afirmaciones que sobre responsabilidad y modalidades haga el Jurado.

El proceso penal se forma por una serie de actos que, encadenados, conducem al fallo, que debe ser la expresión de la verdad y de la Justicia. En el auto de proceder la Sociedad formula los cargos; en el veredicto se da la calificación que en conciencia hagan los Jueces de hecho, y en la sentencia se aplican los proceptos penales pertinentes a la calificación del Jurado. Entre todos esos actos debe haber una estrecha y real armonía, para que no se vulneren los intereses del acusado, ni se deje a la sociedad en desamparo frente al delito.

Por consiguiente, y según lo manda el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, si en el auto de proceder se ha reconocido la modalidad de la riña imprevista, es deber del Juez Superior determinar en el cuestionario, no sólo los factores objetivos y subjetivos del delito de homicidio, sino las circunstancias modificadoras de la responsabilidad deducidas en el enjuiciamiento. Si no las incluye, y si con esa irregularidad violatoria del derecho de defensa, se llega al fallo, se han pretermitido las formas propias del juicio y se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional. Igualmente, y según mandato del citado artículo 28, en el cuestionario debe determinarse el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, "determinándose las circunstancias que lo constituyem sin darles denominación jurídica". Por lo tanto, si el Juez no interrogó sobre si el acusado era responsable de haber dado muerte a XX con intención de matar, sino que preguntó si el acusado era responsable de haber cometido el delito de "homicidio en XX", dando así denominación jurídica al hecho, violó las formas propias del juicio,

y esta violación constituye otra causal de nulidad constitucional.

La tesis que sostiene en este fallo la Corte, se encuentra en perfcto acuerdo con lo dicho en casación de 23 de abril de 1951, cuando se dijo: "La Corte ha sostenido que hay nulidad de orden supra-legal cuando el cuestionario contiene errores esenciales que modifican el pliego de cargos formulados en el auto de proceder, y por lo tanto, ese vicio impide que el Jurado se pronuncie sobre la verdad de los hechos materia del debate, causando así, un perjuicio evidente a la sociedad en su función represiva, o al procesado en su derecho de defensa". (G. J. Tomo LXXIV, página 767).

En casación del 11 de junio de 1955, la Corte dijo que el cuestionario que se somete al Jurado es un acto sustancial del juzgamiento, y que, mediante él se enuncian, en síntesis completa, los hechos y las circunstancias que son materia del debate para que el Juri pueda calificarlos y dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base principal de la sentencia.

Pero si el interrogatorio se formula, agregó la Corte, dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento "y se recortan, además, los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidas para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución, si es el defensor. Y una falla de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta".

En el fallo que se está citando, recordó la Corte que en casación del 20 de febrero de 1951 (G. J. Nos. 2096-2097, página 186), 6 de octubre de 1953 (G. J. 2133, página 660) y 8 de febrero de 1955, se ratificó y se volvió a la jurisprudencia sentada el 26 de julio de 1944, en la casación de Agustín Barrera Niño, y en la cual quedó claramente establecido que SE INCURRE EN NULIDAD si el cuestionario omite la fundamental pregunta sobre el actor psíquico del delito "que en el homicidio es el propósito de matar".

Conviene recordar, que en casación del 6 de octubre de 1953, dijo la Corte, que en los procesos con intervención del Jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, pues éste necesariamente es la base fundamental de aquélla. Por eso es necesario que la pregunta que se haga a los jueces de conciencia comprenda, en forma concisa y ceñida al auto de proceder, todos los presupuestos sustanciales del delito, en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción. Pero cuando el cuestionario se elabora sin sujeción a esos hechos fundamentales del debate, y el Jurado, por dicha causa, no se pronuncia acerca de ellos, se pretermite un acto primordial del juzgamiento, como es el de consignar en el interrogatorio todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del autor o partícipe y a las modalidades que le dan al ilícito una gravedad o una atenuación especial. "Y en tan grave evento, se viola el artículo 26 de la Constitución y se incurre en una nulidad de orden supralegal".

En esa oportunidad, se omitió interrogar a los Jurados sobre la acción psíquica de los homicidios, traducida en el "propósito de matar" que, para el caso emplea la ley penal.

3 — Estima la Corte que, cuando se trata de casar una sentencia con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P tal nulidad debe comprender a todos los procesados por el mismo delito, ya que sería un contrasentido jurídico decidir que la sentencia se dictó para unos en un proceso viciado de nulidad y que esa misma sentencia no se pronunció en un juicio afectado de nulidad constitucional, para los demás. Como es obvio —y no está demás el decirlo—, si respecto de alguno de esos procesados se reconoció judicialmente el fenómeno jurídico de la prescripción, la declaratoria de nulidad que se pronuncie no debe afectarlo porque para él cesó el derecho del Estado a proseguir la acción penal, y sería obrar contra la garantía constitucional adelantar una acción penal que ya no existe.

Corte Suprema de Justicia — (Sala de Casación en lo Criminal) — Bogotá, noviembre doce de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho.

VISTOS:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Rosa, contra la sentencia de segunda instancia proferida por esa Corporación y que confirmó la absolutoria de 30 de mayo de 1953, pronunciada por el Juzgado 2º Superior de ese Distrito en el proceso seguido contra SEGUNDO ISAAC CORREA, por el delito de homicidio en Hernán Tobo. La sentencia recurrida lleva fecha diez de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Hechos del proceso

El 30 de mayo de 1946, se encontraban jugando al "tejo" varios campesinos del municipio de Tibasosa, cerca de un expendio de licores de propiedad de Antonio Cristancho. Entre los jugadores conviene mencionar a Hernán Cristancho, Hernán y Carlos Tobo y Segundo Isaac Correa. Al retirarse alguno de los jugadores, lo reemplazó Sinforoso Montaña, quien quedó de compañero de Segundo Isaac Correa, teniendo como contendores a Hernán Tobo y a Cristancho. Estos perdieron varios partidos, y los gananciosos les exigieron el pago de la apuesta, que era chicha revuelta con cerveza. Correa reclamó el pago de la apuesta y Hernán Tobo le contestó con desagrado, y pronto pasaron de las palabras a las vías de hecho, conviniendo en zanjar la diferencia "a mano limpia", es decir, a puñetazos únicamente. Esta propuesta de pelear a mano limpia fué hecha por Hernán Tobo, y aceptada la lucha en esas condiciones, Correa le dio dos puñetazos, que fueron contestados en la misma forma y en igual número por Tobo, quien, a continuación, le dio un golpe con un tejo a Correa, por la cabeza, derribándolo. Correa se levantó sangrando en la cabeza, y sacando un cuchillo le propinó dos violentas puñaladas a Hernán Tobo, una penetrante de la cavidad abdominal (flanco izquierdo) y otra en el tercio superior del muslo izquierdo. Momentos después de haber sido herido mortalmente Hernán Tobo, llegó, su hermano Carlos, quien, acercándose sigilosamente a Correa le dio una puñalada por la espalda.

Calificación y fallo de instancia

El Juzgado 2º Superior de ese Distrito llamó a responder en juicio a Correa, por el delito de homicidio en categoría de simplemente intencional, pero cometido en el curso de una riña suscitada de modo imprevisto. Igualmente llamó a juicio a Carlos Tobo, por el delito de lesiones personales en Correa, pero reconociéndole la modalidad del estado de ira causado por grave e injusta provoración.

Confirmada por el Tribunal dicha calificación y adelantando el proceso y convocado el Jurado previo sorteo de sus integrantes, el Juez de Derecho sometió a los de conciencia los siguientes cuestionarios:

"El acusado SEGUNDO ISAAC CORREA ENGATIVA, de treinta y dos años de edad, natural y vecino de Nobsa, casado con Alejandrina López y agricultor, es responsable del delito de homicidio en la persona de Hernán Tobo, según hechos que tuvieron ocurrencia como entre cinco y seis de la tarde del día treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, en lugar cercano a la tienda de bebidas fermentadas de propiedad de la señora Rosa Correa, en proximidades a la línea férrea que conduce de Sogamoso a Bogotá, en vecindario de Tibasosa, y mediante el empleo de arma cortopunzante con la cual se produjeron los estragos orgánicos de que da cuenta la diligencia de autopsia?".

"El acusado CARLOS TOBO MEJIA, hijo de Clodomiro Tobo y Carlos Mejía, de treinta y cinco años de edad, natural de Nobsa y vecino de allí mismo, es responsable del delito de lesiones en la persona de Segundo Isaac Correa, según hechos que tuvieron ocurrencia en el mismo dia, hora y lugar a que se refiere la serie anterior, y mediante el empleo de arma cortante y punzante con la cual se ocasionaron los estragos orgánicos de que dan cuenta los reconocimientos médicos practicados al herido?".

A la primera pregunta, la relacionada con el procesado Correa, respondió el Jurado:

"Nó, por haber reaccionado contra heridas que le causó Hernán Tobo".

A la referente a la responsabilidad de Tobo, por las lesiones personales causadas a Correa, respondió el Tribunal de Conciencia:

"Sí, en estado de ira e intenso dolor causado por injusta provocación y grave".

El Juzgado Superior, acatando los veredictos emitidos y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre el llamamiento a juicio y la audiencia, absolvió a Correa y declaró prescrita la ac-

ción penal contra Carlos Tobo. Para absolver a Correa, razonó que la respuesta del Jurado equivalía a la declaración o reconocimiento de una defensa, exculpación que puede reconocerse por las pruebas que obran en el proceso.

Como ya se dijo, la sentencia fué confirmada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, y es este fallo de segunda instancia el que se halla recurrido en casación.

La Demanda

El señor Fiscal, dentro del término que se le señaló para contestar el traslado y formular su demanda —término y traslado que le fueron corridos y surtidos ante el Tribunal de su Jurisdicción—, elaboró un juicioso y técnico libelo acusatorio, en capítulos separados y señalando las disposiciones legales que consideraba violadas por el sentenciador de segunda instancia. En su demanda, acusa la sentencia con base en las causales 7ª, 3ª, y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Esta es la síntesis de sus acusaciones:

Causal 7ª — La Sentencia se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Las dos respuestas del Jurado, la relativa a la responsabilidad de Correa en el homicidio, y la que se refiere a Caros Tobo por las lesiones personales en el matador de su hermano Hernán, forman un solo veredicto, en primer lugar porque se trata de unos mismos hechos, íntimamente relacionados entre sí; y en segundo lugar, porque lo dicho acerca de la responsabilidad del uno, influye sustancialmente sobre la responsabilidad del otro.

En efecto, el Jurado dijo que Correa no era responsable del homicidio, por haber reaccionado contra heridas que antes le causara el occiso Hernán Tobo, respuesta que fué tenida, tanto por el Juzgado como por el Tribunal, como expresiva de que Correa había obrado en legítima defensa. El mismo Jurado respondió que Carlos Tobo había lesionado a Correa en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, consistente ésta en la muerte dada por Correa a un hermano de Carlos. "Siendo esto así, se deduce sin lugar a duda, que el Jurado declaró que Correa obró injustamente al dar muerte a Hernán Tobo".

"Si Correa obró en legítima defensa —alega el señor Fiscal recurrente—, cuál es la razón para resolver y decidir que Carlos obró movido por grave e injusta provocación? Si hay lógica, se tiene que concluír que Carlos obró sin justa causa, o que Correa obró en circunstancias que no eximen de responsabilidad".

El veredicto dice que Correa reaccionó contra heridas causadas por el occiso, lo que equivale a afirmar la existencia de una riña causada de modo imprevisto, situación jurídica diferente a la legítima defensa que reconocieron el Juzgado Superior y el Tribunal, en su orden.

El veredicto debe interpretarse en su conjunto, y nó en forma fraccionaria. Las dos respuestas del Jurado expresan que Correa hirió mortalmente a Hernán Tobo, como reacción por los golpes recibidos; estos golpes o heridas no dan base para considerar que Correa obró en circunstancias eximentes de responsabilidad, puesto que el hermano del occiso tuvo razón para proceder contra Correa, en estado de grave e injusta provocación, dependiente de la injusta muerte de su hermano. "El veredicto es contradictorio porque las dos manifestaciones de aceptación y no aceptación de la responsabilidad de Correa, no pueden ser y no ser a un mismo tiempo. Estas dos proposiciones, por ser contrarias, no pueden tenerse ambas como ciertas. Evidente es, pues, la contradicción del veredicto".

El veredicto, agrega, no sólo es evidentemente contradictorio, considerado como un todo en sus dos respuestas, sino que encierra también una contradicción en la respuesta dada acerca de la responsabilidad de Correa, pues de una parte se negó la responsabilidad, y por otra se afirmaron los elementos estructurales de una riña, que es un elemento atenuante, pero no eximento de responsabilidad.

El veredicto no dá base para considerar que el Jurado aceptó la legítima defensa, pues expresó todas las circunstancias de la riña, y nó las de la causal de justificación. El veredicto habla de reacción contra los golpes o las heridas, o sea, que habla de ataque y contraataque, de golpe y contragolpe, elementos característicos de la riña. El Jurado, al no mencionar los elementos del grave riesgo, de la violencia actual e injusta, descartó la legítima defensa. Pero, al mezclar el término "nó", negativo de la responsabilidad, tomado de las tesis del defensor, y la frase "por haber reaccionado contra heridas que le causó Hernán Tobo", configurativos de la riña sostenida por el Fiscal, elaboró un veredicto contradictorio a todas luces.

Causal 3ª — Estar la Sentencia en desacuerdo con el Veredicto del Jurado.

La sentencia del Tribunal absolviendo al acusado se halla en desacuerdo con el veredicto, pues la causal justificativa del hecho no fué afirmada por los jueces de conciencia, los cuales sostuvieron unos elementos que configuran la riña, elementos que aparecen de la misma relación de hechos que contiene la sentencia acusada.

El Jurado no dijo que el acusado Correa hubiera obrado en legítima defensa, y en cambio, expresó circunstancias que de manera inequívoca dan a entender que la muerte de Hernán Tobo ocurrió a consecuencia de las heridas recibidas en una riña. La sentencia, pues, no está de acuerdo con el veredicto, y ese desacuerdo constituye una violación del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, que manda que la sentencia debe estar de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales versó el debate.

Causal 4ª — La Sentencia es violatoria de la Ley Procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Señaló el señor Fiscal recurrente como disposiciones violadas, los artículos 26 de la Constitución Nacional y 28 de la Ley 4ª de 1943.

El mandato contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional establece que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes y observándose la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley citada, dispone que el cuestionario que se someta al Jurado en la audiencia debe determinar el hecho o hechos materia del proceso, conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica. Todos estos requisitos se omitieron en el cuestionario sometido a la consideración del Jurado, en lo referente al caso de Segundo Isaac Correa, pues se omitió interrogar al Jurado sobre la intención de matar, que es el elemento constitutivo del delito de homicidio. Esta irregularidad constituye nulidad de las llamadas constitucionales o supralegales, porque en el juicio no se cumplieron las formas que le son propias.

Contempla enseguida la demanda, el aspecto de las nulidades en sí, que no pueden tenerse como establecidas solamente en favor del procesado, sino en favor de todas las partes que intervienen en el juicio una de las cuales es la sociedad, representada por el Agente del Ministerio Público.

"La irregularidad que afecte las formas propias de cada juicio, debe tener sanción consistente en la nulidad, cualquiera que sea la decisión que pronuncie el Tribunal Popular".

Posición de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar el traslado, se mostró en un todo de acuerdo con los puntos de vista de su colega del Ministerio Público ante el Tribunal de Santa Rosa, y, hallando fundada la causal 4ª de casación pide la invalidación del fallo acusado, sin entrar a estudiar las demás causales alegadas por el recurrente.

Empieza por transcribir apartes de la demanda y del auto de proceder, con cita de las palabras 'pelea', 'agarrón', 'ataque', 'molestia', 'puños', 'palmadas', etc. que indican o son sinónimas de "riña", de lo cual se desprende que desde el auto se calificó como cometido el homicidio en riña. Teniendo en cuenta lo expresado por el señor Fiscal y lo que aparece del enjuiciamiento, considera la Procuraduría que es justa la crítica que se le hizo por el recurrente al cuestionario sometido a la consideración del Jurado.

Todas las deficiencias del cuestionario provienen, en sentir de la Procuraduría, de que, contra lo expresamente prohibido por el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, se dio DENOMINACION JURIDICA a los hechos imputados, preguntándose si el acusado "es responsable del delito de homicidio en la persona de Hernán Tobo", cuando la pregunta ha debido hacerse incluyendo los elementos objetivos y subjetivos (causar la muerte y con intención de matar) y el calificador de la riña mencionada en el auto de proceder, elementos éstos que son la síntesis completa de los hechos y las circunstancias que son materia del debate, para que el Jurado pueda dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base primordial de la sentencia, como lo ha sostenido esta Corte en numerosos fallos, de los cuales cita los de 20 de febrero de 1951, 6 de octubre de 1953, 23 de julio de 1954, 8 de febrero y 11 de junio de 1955 (Gaceta Judicial números 2096-2097, página 186, 2135, página 660 y 2144, página 181).

Citó especialmente la casación de 23 de junio de 1954, en el proceso contra Julio César Moreno Muñoz, que dice:

"La afirmación de la responsabilidad incluye necesariamente los conceptos de actividad física

y moral, la primera atinente al hecho material, y la segunda, referente al propósito de realizarlo. La suma de estos dos valores forman el principio de la responsabilidad; la ausencia de uno de estos elementos bien sea en el auto de proceder o en el cuestionario, hacen que el veredicto sea incompleto y por consiguiente nulo el proceso por prescindencia de una formalidad que le es propia como es la de haberse omitido la manifestación del propósito o factor psíquico, cuestion de previa declaración por el Tribunal de conciencia; nulidad constitucional que entraña a su vez la inobservancia de las formalidades contempladas en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943". (G. J. Tomo LXXVIII, página 183).

Contempla finalmente un nuevo aspecto del problema, que es el referente a si las nulidades se hallan establecidas únicamente en favor del acusado, para concluír que la sociedad es también parte en el proceso, como lo sería también la parte civil en lo referente a la indemnización de perjuicios.

Esta afirmación la hace con apoyo en los fallos de 10 de abril y 24 de noviembre de 1953, visibles en los números 2127 y 2136 de la Gaceta Judicial.

Y concluye la Vista Fiscal:

"Ejerciendo el derecho que el artículo tercero del Decreto Legislativo número 1154 de 1954 concede a la Procuraduría para ampliar la demanda que en casos como el presente formulare el señor Fiscal del Tribunal, este Despacho, —que considera prosperable la causal cuarta de casación (nulidad del Juicio) invocada por el señor Fiscal del H. Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en el presente proceso—, solicita muy atentamente de la H. Corte que le dé su aceptación y que, en tal virtud CASE la sentencia materia del recurso por haber sido pronunciada en un juicio viciado de nulidad. Porque, aunque absolvió al procesado, tomó como base un veredicto obediente a un cuestionario que no contiene los elementos esenciales y sustanciales que prescribe la ley, violando con ello, directamente, los artículos 26 de la Constitución Nacional y 28 de la Ley 4ª de 1943, e indirectamente, los artículos 200 y 457 del Código de Procedimiento Penal, ya que no se decretó la nulidad aludida, que, si bien es cierto que no fué alegada o solicitada por el señor Fiscal del Honorable Tribunal sí era del deber de ésta Corporación hacerlo.

"La nulidad solicitada debe decretarse a partir de la audiencia llevada a cabo el 22 de mayo de 1953 (Fls. 40 y sgts. Cuaderno 3º) disponiendo la devolución del proceso a quien corresponda para que se reponga el procedimiento respectivo, todo por conducto del H. Tribunal de origen. (ordinal b) artículo 570 del C. de PP.)

"Es indudable que la nulidad solicitada se refiere únicamente a lo que dice relación al procesado Segundo Isaac Correa Engativá, y no en lo que respecta al otro acusado, Carlos Tobo Mejía, por lesiones personales, cuya prescripción nada tiene de objetable (ni para ello ni para nada relacionado con dicha parte del fallo, ha venido el proceso a la Honorable Corte), aunque sí se debe observar que tratándose de lesiones que apenas produjeron "una incapacidad de diez días", como lo expresa la misma sentencia no era el Juzgado Superior ni con la intervención del Jurado, el funcionario competente para conocer del caso. No era el caso de aplicar los Arts. 53 y 54 del C. de PP.

"Si la H. Corte considera que la nulidad solicitada debe decretarse a partir del auto de fecha 23 de julio de 1948, primer señalamiento de fecha para el sorteo general de Jurados (Fl. 19, Cuad. 3º), ya que los que actuaron están impedidos para intervenir nuevamente en el proceso, tal declaración, en sí tendría un gran valor aclaratorio, pero nada más.

"De todos modos, la Procuraduría, subsidiariamente, extiende su solicitud de nulidad hasta tal providencia y fecha, pues estima que, si expresamente no fuere solicitado así la H. Corte podría considerarse impedida para llegar hasta allí.

"Ampliada como queda la sustentación y petición de la causal cuarta de casación invocada por el señor Fiscal recurrente en su escrito de demanda de casación, y, considerando la Procuraduría la viabilidad de ella, estima que no hay para qué entrar a estudiar las causales séptima y tercera de casación igualmente invocadas, pues éstas, aceptada la cuarta, quedan sin efectividad ninguna".

Réplica de la defensa

El representante Judicial del acusado Segundo Isaac Correa se refirió, en escrito presentado personalmente ante la Secretaría y dentro del término del traslado, a las alegaciones, tanto del Fiscal recurrente como del señor Procurador Delegado que adicionó la demanda, para refutarlas según su pensamiento. Las dos primeras partes de su escrito se concretaron al examen de las causales 7ª y 3ª y la parte final, al estudio de la causal 4ª, aquella que se refiere al hecho de haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

La tesis fundamental del sesudo alegato puede compendiarse así:

Las causales de nulidad están señaladas taxativamente por la Ley, son de interpretación restringida, y no permiten la creación o aplicación analógica de ellas.

Tales causales son absolutas o relativas. Las primeras comprenden la violación de normas de Derecho Penal, lo afectan en su contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo o por el allanamiento expreso o tácito de las partes. Las segundas hacen referencia a las normas reguladoras del procedimiento penal, y son subsanables por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso o tácito de las partes.

En casos extremos, distintos de los que se acaban de enunciar, la jurisprudencia admite que se puedan declarar otras, con imputación a la violación de las garantías constitucionales sobre procedimiento.

Tales nulidades no escapan, en sentir del memorialista, a la clasificación de absolutas o sustanciales y relativas o formales, y, en todo caso, como lo ha sostenido la jurisprudencia colombiana, la existencia de nulidades en el proceso penal plantea el conflicto entre dos derechos: uno de interés general, representado por el Estado, que busca la sanción, sin trabas en el procedimiento, y otro, el del procesado, que invoca para su juzgamiento el cumplimiento de todas las formalidades propias del juicio. La prevalencia de éste o de aquél interés, sin sujeción a norma alguna, sería incompatible con la finalidad de los procesos penales. De ahí que la Ley haya determinado las nulidades y la forma de declararlas cuando aparezcan. "Las nulidades en materia penal —ha dicho la Corte— se entienden establecidas en favor de los enjuiciados para hacer más efectivo el derecho pleno de su defensa".

Aboga por la validez del principio jurisprudencial sostenido en otras ocasiones por la Corte, de que, para que la nulidad constitucional prospere, es menester que no sólo se afirme que un procedimiento debió ser acogido en lugar de otro, sino que fueron violados derechos y prerrogativas especiales consagrados por la Ley en beneficio del procesado.

No acepta la tesis contraria, sostenida en el fallo de casación de 10 de abril de 1953, de que la nulidad constitucional opere también cuando se favorece al procesado, es decir, en favor de la sociedad, pues la finalidad de índole social señala, precisamente, el que no se desampare a los ciudadanos ni se les deje librados a la arbitrariedad de los jueces.

Estudiando los principios constitucionales que han regido a través de la vida libre de la República, inspirados en un criterio de protección a los intereses del individuo frente al poder del Estado, concluye que las irregularidades procedimentales constituyen nulidad constitucional cuando se lesionan derechos fundamentales del procesado. Porque, como lo dijo la Corte en casación que se lee a la página 213 del Tomo LXII de la Gaceta Judicial, las nulidades no previstas en la Ley pueden declararse, pero con dos condiciones: "que se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren la flagrante violación del derecho de defensa del procesado; y, además, que se hayan alegado en las instancias".

Decisión del recurso

Un orden lógico del estudio de las causales de casación, ha llevado siempre a la Corte a examinar en primer lugar, cuando se proponen varias causales, la que se refiere a la nulidad de los juicios. Y esto debe ser así, porque sobre un proceso viciado de nulidad no se puede edificar una sentencia, ni tampoco es necesario analizar otros aspectos que carecen de actualidad y de vigor, precisamente por quedar involucrados dentro de una actuación viciada de nulidad.

En tal virtud, en este fallo la Corte empieza por examinar la causal 4ª de casación, y a este fin se considera:

El artículo 198 del Código de Procedimiento Penal consagra una serie de hechos que originan causales de nulidad de los procesos, y que se conocen con el nombre de nulidades legales, por ser creación misma de la Ley. Estas causales son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse por analogía. Además, la jurisprudencia ha dicho que existen otras nulidades llamadas constitucionales, por derivarse de violación de los principios fundamentales erigidos por la Constitución Nacional.

Durante muchos años enseñoreó el ámbito de la actividad jurisdiccional, la jurisprudencia de que las nulidades en materia penal se entienden establecidas únicamente en favor de los enjuiciados, a fin de hacer más efectivo el derecho pleno de su defensa. Esta tesis ha venido siendo revaluada por la misma Corte, en lo que se refiere a las nulidades constitucionales, y es así como en casación de 24 de noviembre de 1953 se dijo: "La nulidad constitucional no está erigida sólo cuando ella opera como favorable al procesado. Su alcance también puede extenderse cuando

ella se encamina a una finalidad de índole social, si se tiene en cuenta que las irregularidades o informalidades del juicio penal constituyen atentados contra la organización social y las prerrogativas de los procesados, que por ser de orden público, su incumplimiento acarrea perjuicios a la sociedad, desde luego que desampara a los ciudadanos y los deja librados a la arbitrariedad de los jueces". (G. J, Tomo LXXVI, página 799).

Esta Jurisprudencia quiere ratificarla la Corte, pues de la armonía de los artículos 16 y 26 de la Constitución Nacional resulta que las normas fundamentales y propias de los juicios penales son generales para todos los ciudadanos, no sólo para los procesados, pues tales normas van dirigidas a proteger y garantizar en primer término los derechos de la sociedad, pues protegidos y garantizados éstos, se protegen y garantizan los de los individuos o asociados.

Se ha dicho por la defensa que el artículo 26 de la constitución es un principio que pertenece y está incorporado al Título III, que trata "De los derechos civiles y de las garantías sociales", y que en este artículo se consagra un principio "individualista" de defensa del particular frente a la acción del Estado, a fin de que el proceso penal no represente el imperio de la violencia y de la arbitrariedad, sino el de la justicia. La seguridad personal rechaza —según palabras de un autorizado expositor de Derecho Público— un sistema penal en que los ciudadanos carezcan de medios eficaces para defender sus actividades personales, y hacer valer sus derechos en amplio debate judicial.

Esto es así, en cuanto a que el procesado pueda ejercitar plenamente su derecho de defensa, y la Corte no pretende menoscabar esta suprema norma constitucional. Pero esa norma no tiene el arcaico sabor individualista que ha pretendido dársele, pues los textos constitucionales forman un todo armónico, que concurren a la realización del Derecho y el imperio de la justicia. Así, el artículo 16, que pertenece al mismo Título III ("De los derechos civiles y garantías sociales") preceptúa que las autoridades de la Reppública están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, **en sus vidas, honra y bienes** (se subraya), y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Por autoridades se entienden no sólo los organismos administrativos, sino los jurisdiccionales, una de cuyas misiones es la de investigar los delitos y sancionarlos conforme a las Leyes vigentes. Al investigar y sancionar los delitos, las autoridades jurisdiccionales, cumplen el mandato del artículo 16 de la Constitución, pues al luchar contra el delito, previniéndolo y sancionándolo, se realiza el fin del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los asociados.

El proceso penal consta de varias etapas (investigación y fallo) que quedan englobadas en el término general "juzgamiento" de que habla el artículo 26. Este no dice que **nadie podrá ser condenado**, sino que nadie podrá **"ser juzgado"** sino conforme a las Leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observándose la plenitud de las formas propias de cada juicio. El fallo con que termina el juzgamiento puede ser condenatorio o absolutorio y contener, además y en ciertos casos, la condena al pago de los perjuicios causados por el delito. En el Proceso están en juego no sólo los intereses del acusado y los del ofendido (intereses particulares), sino los de la sociedad, que tiene derecho a que se sancionen los hechos que ofenden la organización social y establecidos por la Ley como delitos. Al adelantarse un proceso penal, es decir, al juzgarse a un delincuente, la actividad del Estado tutela los intereses del acusado (para evitar un fallo arbitrario), los de la víctima (para evitar un fallo injusto) y los de la sociedad (para que se cumplan las leyes y se realicen los fines comunes previstos por la Constitución).

En consecuencia, las nulidades, tanto las relativas como las absolutas o las constitucionales, operan y cabe declararlas en todos los casos, bien sea en favor del procesado o de la sociedad.

El proceso penal con intervención de Jurado se gobierna por normas especiales, la principal de las cuales es la de que la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (Art. 480 C. de PP,) De acuerdo con este precepto, la pena es justa y se ciñe a la Ley cuando es el resultado de los cargos formulados en el auto de proceder y de las afirmaciones que sobre responsabilidad y modalidades haga el Jurado.

El proceso penal se forma por una serie de actos que, encadenados, conducen al fallo, que debe ser la expresión de la verdad y de la Justicia. En el auto de proceder la Sociedad formula los cargos; en el veredicto se da la calificación que en conciencia hagan los jueces de hecho, y en la sentencia se aplican los preceptos penales pertinentes a la calificación del Jurado. Entre todos esos actos debe haber una estrecha y real armonía, para que no se vulneren los intereses del acusado, ni se deje a la sociedad en desamparo frente al delito.

Por consiguiente, y según lo manda el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, si en el auto de proceder se ha reconocido la modalidad de la riña imprevista (como en el caso de estudio), es deber del Juez Superior determinar en el cuestionario, no sólo los factores objetivos y subjetivos del delito de homicidio, sino las circunstancias modificadoras de la responsabilidad deducidas en el enjuiciamiento. Si no las incluye, y si con esa irregularidad violatoria del derecho de defensa, se llega al fallo, se han pretermitido las formas propias del juicio y se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional. Igualmente, y según mandato del citado artículo 28, en el cuestionario debe determinarse el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, "determinándose las circunstancias que lo constituyen sin darles denominación jurídica". Por lo tanto, si el Juez, como en el caso presente, no interrogó sobre si el acusado era responsable de haber dado muerte a HERNAN TOBO con intención de matar, sino que preguntó si el acusado era responsable de haber cometido el delito de "homicidio en HERNAN TOBO", dándo así denominación jurídica al hecho, violó las formas propias del juicio, y esta violación constituye otra causal de nulidad constitucional.

La tesis que sostiene en este fallo la Corte, se encuentra en perfecto acuerdo con lo dicho en casación de 23 de abril de 1951, cuando se dijo:

"La Corte ha sostenido que hay nulidad de orden supralegal cuando el cuestionario contiene errores esenciales que modifican el pliego de cargos formulados en el auto de proceder, y por lo tanto, ese vicio impide que el Jurado se pronuncie sobre la verdad de los hechos materia del debate, causando, así un perjuicio evidente a la sociedad en su función represiva, o al procesado en su derecho de defensa". (Gaceta Judicial Tomo LXXIV, Pág. 767).

En casación del 11 de junio de 1955, la Corte dijo que el cuestionario que se somete al Jurado es un acto sustancial del juzgamiento, y que, mediante él se enuncian, en síntesis completa, los hechos y las circunstancias que son materia del debate para que el Juri pueda calificarlos y dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base principal de la sentencia.

Pero si el interrogatorio se formula, agregó la Corte, dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento "y se recortan, además, los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidas para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución, si es el defensor. Y una falla de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la carta".

En el fallo que se está citando, recordó la Corte que en casación del 20 de febrero de 1951 (G. J. Nos 2096-2097, página 186), 6 de octubre de 1953 (G. J. 2133, página 660) y 8 de febrero de 1955, se ratificó y se volvió a la jurisprudencia sentada el 26 de julio de 1944, en la casación de Agustín Barrera Niño, y en la cual quedó claramente establecido que se incurre en nulidad si el cuestionario omite la fundamental pregunta sobre el factor psíquico del delito "que en el homicidio es el propósito de matar".

Conviene recordar, que en casación del 6 de octubre de 1953, dijo la Corte que en los procesos con intervención del Jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, pues éste necesariamente es la base fundamental de aquella. Por eso es necesario que la pregunta que se haga a los jueces de conciencia comprenda, en forma concisa y ceñida al auto de proceder, todos los presupuestos sustanciales del delito, en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción. Pero cuando el cuestionario se elabora sin sujeción a esos hechos fundamentales del debate, y el Jurado, por dicha causa, no se pronuncia acerca de ellos, se pretermite un acto primordial del juzgamiento, como es el de consignar en el interrogatorio todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del autor o partícipe y a las modalidades que le dan al ilícito una gravedad o una atenuación especial. "Y en tan grave evento, se viola el artículo 26 de la Constitución y se incurre en una nulidad de orden supralegal".

En esa oportunidad, se omitió interrogar a los Jurados sobre la acción psíquica de los homicidios, traducidas en el "propósito de matar" que, para el caso emplea la ley penal.

El señor Procurador Delegado en lo penal pidió, al ampliar la demanda formulada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que la declaratoria de nulidad abarcara el auto de 23 de julio de 1948 (fl. 19, cuaderno 3º), o sea desde el auto que hizo el primer seña-

lamiento para sorteo general de jurados, "ya que los que actuaron están impedidos para intervenir nuevamente en el proceso".

Habrá de acceder a esa solicitud la Corte, y esa solución tiene un antecedente jurisprudencial de gran importancia en la sentencia de 16 de octubre de 1953 (G. J. Nº 2135, página 664), cuando esta Sala de Casación dijo:

"De tal suerte que la respuesta del Jurado sobre la mera responsabilidad de un homicidio, sin más aditamento que lo especifique —como en el caso de autos— coloca al juzgador en situación de vaguedad e incertidumbre, que no le permite aplicar una determinada norma de la ley penal, porque todas las figuras del mencionado delito que el Código contempla son igualmente posibles, frente a un veredicto de tal naturaleza.

". . . . . .

"Todo lo anterior indica que la deficiencia de los cuestionarios, consistente en haberse omitido interrogar al Jurado sobre el propósito de matar, constituye una informalidad sustantiva y sustancial que incide, necesariamente, en la violación de una norma constitucional porque dejaron de cumplirse formalidades de procedimiento propias del proceso penal, sin las cuales la verdadera responsabilidad del acusado no resulta establecida con los medios que la Ley señala como indispensables para ese efecto.

". . . . . .

"Pero admitido —primer cargo— que se incurrió en nulidad del juicio, por anómala redacción de los cuestionarios en ambas audiencias, consistentes en no haberse incluído en ellos el "propósito de matar", que es elemento constitutivo del delito de homicidio intencional, imputado al acusado, la reposición de lo actuado debe arrancar del auto que señaló la fecha para el sorteo general del primer Jurado".

Resta sólo analizar lo referente a si la casación de procedimiento en favor de CARLOS TOBO MEJIA, por prescripción de la acción penal, queda o no comprendida dentro de la invalidación del proceso por nulidad de lo actuado.

Estima la Corte que, cuando se trata de casar una sentencia con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. de PP. tal nulidad debe comprender a todos los procesados por el mismo delito, ya que sería un contrasentido jurídico decidir que la sentencia se dictó para unos en un proceso viciado de nulidad, y que esa misma sentencia no se pronunció en un juicio afectado de nulidad constitucional, para los demás. Como es obvio —y no está demás el decirlo—, si respecto de alguno de esos procesados se reconoció judicialmente el fenómeno jurídico de la prescripción, la declaratoria de nulidad que se pronuncie no debe afectarlo porque para él cesó el derecho del Estado a proseguir la acción penal, y sería obrar contra la garantía constitucional adelantar una acción penal que ya no existe.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CASA la sentencia de fecha 10 de noviembre de 1954, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la causa seguida contra SEGUNDO ISAAC CORREA por el delito de homicidio, pero sólo en lo que respecta a este procesado. Al mismo tiempo, y en consecuencia, DECLARA NULO lo actuado en este juicio respecto del citado CORREA ENGATIVA, desde el auto que señaló fecha para el sorteo de Jurados, proferido el 23 de julio de 1948, y que se lee al folio 19 del cuaderno 3º de este proceso, auto que queda comprendido en la invalidación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Sandoval Valcárcel — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Hernández P. — Domingo Sarasty Montenegro Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

PREVARICATO. — ABUSO DE AUTORIDAD

En los Jueces puede caber el error, como humanos que son, pues es de su naturaleza la falibilidad en las apreciaciones y la disparidad de criterios, la existencia de las cuales no sería suficiente para deducir el ánimo doloso de obrar contra el derecho pues para esto haría falta acreditar otras circunstancias que demostraran sin equívocos la intención criminosa.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

En grado de consulta procede la Corte a revisar el auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, en el que "sobresee definitivamente, por razón de estas sumarias, a favor del Dr. FERNANDO ABELLO LOBO, Juez Primero del Circuito en lo Civil de Barranquilla".

Se trata de la investigación iniciada contra el mentado Juez a raíz de la denuncia formulada por el señor Enrique Urueta Insignares y en la cual le imputó los cargos de prevaricato y abuso de autoridad, que hizo desprender del contenido de dos providencias —la de 26 de abril y la de 13 de mayo de 1955— dictadas por aquél dentro del juicio hipotecario que en su Despacho adelantaban la sociedad "Iglesias y Cía" y otros contra Urueta Insignares.

En la primera de dichas providencias se dispuso, entre otras cosas, el rechazo de plano de un nuevo incidente de nulidad propuesto por la parte demandada, recurso ya varias veces intentado en el juicio y que había traído como consecuencia su dilación. A su turno, en uno de los ordenamientos de la segunda se negó la reposición de lo resuelto en la primera, concediéndose en cambio el recurso de apelación oportunamente interpuesto.

Al proceso se trajo copia de tales providencias, así como también del Acuerdo de nombramiento y del acta de posesión del doctor Abello Lobo para el cargo de Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla, con lo cual vino a demostrarse satisfactoriamente la calidad oficial del funcionario acusado.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que el auto en examen es legal y pide su confirmación.

Al ser llamado a ratiifcar los cargos bajo juramento, el denunciante se abstuvo de hacerlo, exponiendo, entre otras cosas:

"...El suscrito declarante quiere abstenerse de confirmarse y de ratificarse conforme se le solicita, por cuanto considera que existe la posibilidad de que ya el suscrito o el señor Juez Primero del Circuito Civil, doctor Abello Lobo, hubiéramos sufrido ofuscación involuntaria en la interpretación de los artículos de la ley que han fundamentado este denuncio..."

Se considera:

La anterior manifestación es suficiente para concluír que la acusación fué precipitada y que en el caso de autos no se ha cometido delito ninguno. Lo que hubo en el fondo fué una manifiesta contrariedad del denunciante porque el juez no falló de acuerdo con sus pretensiones, llegando al extremo de lanzar cargos temerarios que, por fortuna, supo rectificar a tiempo.

La lectura atenta de las providencias materia de la imputación demuestra que el Juez estudió con detenimiento y ordenadamente las peticiones que debía resolver, con ánimo de acertar, vale decir de aplicar la ley conforme su leal saber y entender. Actuó, por consiguiente, como todo juez fiel al cumplimiento de sus deberes debe actuar y en quien, como humano que es, puede caber el error pues es de su naturaleza la falibilidad en las apreciaciones y la disparidad de criterios, la existencia de las cuales no sería suficiente para deducir el ánimo doloso de obrar contra el derecho pues para esto haría falta acreditar otras circunstancias que demostraran sin equívocos la intención criminosa.

"No basta la disparidad de criterios —ha dicho la Corte— entre los juzgadores de las instan-

cias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden ser uniformes, dada la organización racional humana" (Auto de 22 de octubre de 1945).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— acorde con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la decisión judicial consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario

DETENCION ARBITRARIA. — DOLO GENERICO Y DOLO ESPECIFICO. — CUANDO SE PUEDE DECRETAR LA DETENCION. — CONVENIENCIA DE DICTAR POR SEPARADO ESTA DECISION DEL AUTO DE PROCEDER

1 — La doctrina ha establecido que para la existencia del delito de "detención arbitraria" no se requiere la concurrencia de un dolo específico sino, simplemente, del dolo genérico, pero esto en tratándose del delito contemplado en el art. 295 del Código Penal, exigencia obvia y natural que no impide que en relación con el delito a que se refiere el artículo 296 pueda sufrir una excepción en cuanto a la prolongación indefinida de la detención, porque lo indebido hace alusión a lo "ilícito, injusto y falto de equidad", y si bien es verdad que incurre en un delito de "detención arbitraria" el funcionario que prolongue indefinidamente la detención de una persona, también es cierto que esa detención tiene que ser injusta o indebida; es decir, que ella no se justifique ante la ley, por proceder el funcionario con abuso de funciones y por llevar la detención el sello de lo arbitrario.

2 — La detención se puede decretar en cualquier momento, con tal de que aparezcan los elementos indispensables (arts. 379 y ss C de PP).

3 — La conveniencia de dictar por separado el auto de detención del de proceder salta a la vista y la Corte la ha expresado en reiteradas ocasiones (G. J, tomo LX, 234).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

En grado de consulta procede la Corte a decidir sobre la legalidad del auto proferido por el Tribunal Superior de Cartagena con fecha diez de marzo del año próximo pasado, mediante el cual sobresee definitivamente en favor del doctor Ignacio Meléndez Piñeres, de 55 años, abogado, hijo de Ignacio y Clotilde, residente en esa ciudad y natural de Mompós, por los cargos materia de este proceso.

HECHOS:

Contra el mentado doctor Meléndez Piñeres formuló denuncia criminal el Dr. Raúl Guerrero Porras ante el Tribunal Superior de Cartagena, atribuyéndole los delitos de detención arbitraria y abuso de autoridad cometidos en el ejercicio de las funciones de Juez 2º Superior de ese distrito y que hizo consistir: el primero, en que al recibir aquél el 21 de abril de 1950, en el carácter dicho, el proceso por homicidio seguido a Nicolás Polo Mejía en la Alcaldía Municipal de Mahates, no se percató como era su deber de que el sindicado venía privado de su libertad desde el 7 de febrero anterior sin el correspondiente auto y permitió que ese estado de cosas continuara hasta el 16 de febrero de 1951, fecha en que —ya cerrada la investigación y advertido por el Fiscal del Juzgado de tan grave anomalía— procedió a decretar la detención precautelativa de Polo Mejía; y el segundo, en que, precisamente, estando clausurada la etapa sumarial y listo el negocio para el pronunciamiento de fondo, no involucró aquella providencia en ésta (la de detención en el auto de proceder), sino que las dictó por separado, con intervalo de siete días, faltando así —en concepto del denunciante— a claras normas de procedimiento.

Por las diligencias llevadas a cabo en el curso de la información sumaria se pudo establecer lo siguiente:

1º La calidad oficial del doctor Ignacio Meléndez Piñeres como Juez 2º Superior de Cartagena por la época en que se sitúan los hechos delictuosos investigados, según las copias de los Acuerdos de nombramiento, acta de posesión y la propia confesión del acusado, que obran a folios 14, 43, 67 y 55 v. a 58 v del Cuaderno I.

2º El proceso por homicidio contra Nicolás Polo Mejía sufrió el trámite que pasa a detallarse, en su primera etapa:

Fué iniciado por la Alcaldía de Mahates el 5 de febrero de 1950 y en el auto cabeza de proceso se ordenó "librar orden de captura contra el sin-

dicado", la que se realizó dos días después. Remitido al Juzgado 1º Penal del Circuito de Cartagena el 24 de marzo siguiente, allí, aprehendido su conocimiento, ordenada su radicación y tramitado un poder otorgado por el procesado al Dr. Dagoberto Palomino, se ordenó su envío a los juzgados superiores el 21 de abril. Correspondió en reparto al Juzgado 2º Superior, a cargo del Dr. Meléndez Piñeres, oficina que por auto de esa misma fecha y a solicitud del apoderado de Polo Mejía, ya aprehendido el conocimiento y efectuada la radicación, dispuso la comparecencia de éste para trasladarlo de los Cuarteles de la Policía a la Cárcel Nacional. Con fecha 25 de abril fué expedida la boleta en la cual se ordenó mantener a Polo Mejía en dicha cárcel, hasta nueva orden. Por auto de 9 de mayo el aludido funcionario decretó una ampliación y comisionó con amplias facultades de instructor al Juez Municipal de Mahates, quien recibió el negocio el 12 de los mismos. El 2 de junio ordenó dar cumplimiento a la comisión y el 6 de septiembre siguiente la Secretaría dejó constancia de haber devuelto el sumario al comitente con oficio Nº 60. Sin embargo, el oficio en que se anunció el envío está fechado el 6 de octubre de 1950. No fué posible precisar la fecha en que el Juzgado del conocimiento recibió el negocio. Por el día 5 de febrero de 1951 la Secretaría informó que la investigación se encontraba completa y ese mismo día se dictó auto declarándola cerrada. El 14 de febrero el Fiscal emitió vista de fondo, solicitando enjuiciamiento y advirtiendo que no había auto de detención contra el sindicado "no obstante hallarse éste detenido desde el día siete de febrero de mil novecientos cincuenta", por lo que pedía subsanar rápidamente esa anomalía "en guarda de la recta administración de justicia". El 15 de febrero la Secretaría pasó el negocio a despacho con el informe de que no existía auto de detención, y el 16 dictó el Juez doctor Meléndez Piñeres el proveído en que "se decreta la detención preventiva de Nicolás Polo Mejía, como sindicado del delito de homicidio, en la persona de Manuel María Marchena Castillo" y "Se prescinde de ordenar la captura por hallarse detenido el sindicado". El 23 de ese mismo mes profirió auto de proceder contra Polo Mejía. (Ver diligencias de inspección ocular y copias que aparecen de folios 15 a 18, 166 v. a 169 y 148 a 153 del Cuaderno I).

3º En el aludido negocio no se encontró "ningún escrito que haga referencia a reclamos hechos por parte del apoderado del sindicado, ni de éste, con anterioridad al 13 de febrero del año de 1951, acerca de la ilegalidad de su detención". En esta fecha, estando el negocio en traslado en la Fiscalía, el Dr. Guerrero Porras presentó un breve memorial en que deja constancia de que su poderdante está detenido sin el lleno de los requisitos legales (inspección ocular de folios 166 v a 169 antes citada).

4º En el libro de actas de visitas de cárcel correspondiente al año de 1950, se constató (fs. 173 Cuaderno I) que en la visita del día 13 de septiembre, presidida por el Magistrado Ricardo Camargo Sierra, el detenido Polo Mejía había reclamado por no saber el estado de su negocio y que el Secretario del Juzgado 2º Superior había informado que se hallaba en comisión en Mahates y que ya había sido pedido.

5º El funcionario acusado explicó su conducta diciendo que debido a la imposibilidad física de que el juez dictara todos los autos, en razón al cúmulo de negocios, los de simple sustanciación eran elaborados por el Secretario o el personal de la Secretaría, a cuyo cargo estaba la revisión de los procesos una vez repartidos. Que él firmó las providencias de tal carácter pronunciadas en el sumario que nos ocupa, sin llegar a estudiarlo detenidamente, por lo que bien se comprende que no advirtiera la falta del auto de detención, lo que estaba lejos de imaginar dada la naturaleza de la infracción y la calidad de la pena imponible. A la indagatoria del doctor Meléndez Piñeres pertenecen estos apartes:

"...Radicado el negocio, la misma Secretaría dio cuenta de estar el detenido en la Policía Nacional, y dictó el auto ordenando su traslado a la Cárcel Nacional, traslado que se cumplió el día veinte y cinco (sic) (25) del mismo mes de abril. En mayo la Secretaría dio cuenta con el negocio y ordenó la práctica de varias diligencias, para cuyo cumplimiento se comisionó al Juez Municipal de Mahates, de donde regresó el proceso en octubre del mismo año de mil novecintos cincuenta (1950). La Secretaría dio entonces cuenta de encontrarse agotada la investigación; y por auto de fecha seis (6) de febrero de mil novecientos cincuenta y uno (1951) se declaró cerrada la investigación y se ordenó surtir traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo. Fué entonces, al evacuar el traslado el señor Fiscal, cuando me dí cuenta que el auto que ordenó la detención del sindicado, dictado por el Alcalde de Mahates, no reunía las exigencias legales, y de conformidad con lo solicitado por el señor Fiscal, procedí a dictar el auto de detención en la forma y términos señalados por el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, y siguien-

do el procedimiento que en tales casos aconseja, y tiene doctrina al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia..." (folios 55 v. a 58 Cuaderno I).

6º Las aseveraciones del doctor Meléndez Piñeres fueron corroboradas en lo sustancial por los señores Héctor Miranda V. y Héctor Bula Sánchez, Secretario y Escribiente, en su orden, del Juzgado 2º Superior de Cartagena, por la época de los hechos, en sus respectivos testimonios, visibles a folios 59 a 61 y 54 v. a 66 del Cuaderno I.

En atención a tales antecedentes, el Tribunal, que esta vez enfocó con mayores luces el estudio del caso sub-judice, considera que no se ha configurado ninguno de los delitos atribuídos al Juez Meléndez Piñeres. Suyos son, en efecto, los siguientes razonamientos:

"DETENCION ARBITRARIA

"...Rodeado de circunstancias muy peculiares el ilícito que se imputa al señor Juez Segundo Superior Dr. Meléndez Piñeres, en lo que respecta al hecho de la privación de la libertad de Nicolás Polo Mejía —puesto que no fué él quien ordenó su captura—, jurídico es admitir que su responsabilidad resulta ser por omisión, es decir, por no haberse dado oportuna cuenta, de que el sindicado Polo Mejía, que fué puesto a sus órdenes a tiempo de enviársele las sumarias seguidas en su contra, venía sufriendo una detención irregular.

"Admitida, pues, la realidad de la consumación de la infracción, o sea el cuerpo del delito en la forma en que viene expuesto, cumple analizar si también existe el elemento subjetivo o moral, indispensable para que la infracción tenga entidad.

"Ya hemos visto, al hacer el examen de las pruebas, que en el expediente no fué encontrada ninguna que demuestre o haga presumir que al señor Juez Segundo Superior se le hicieron reclamos en el sentido de que Nicolás Polo Mejía se encontraba ilegalmente privado de su libertad. Además, el juez sindicado ha explicado que al llevársele el expediente para firmar el auto que ordenaba ampliar la investigación, lo firmó haciendo un estudio superficial del expediente, y desde luego, sin darse cuenta de que el funcionario que ordenó la captura, no había dictado el auto de detención. Lo afirmado por el señor Juez inculpado en su indagatoria, no ha sido desvirtuado, y antes bien sus afirmaciones están corroboradas por los declarantes, señores Héctor Miranda V. y Héctor Bula S. Luego es necesario admitir la ausencia del elemento subjetivo o moral, vale decir, del dolo, y siendo ello así, el delito se desintegra, no existe..."

"ABUSO DE AUTORIDAD

"Se hace consistir esta imputación, en el hecho de haber proferido el señor Juez Segundo Superior Dr. Meléndez Piñeres, el auto de detención preventiva, cuando ya se había dictado el auto que ordenó cerrar la investigación.

"Sin mayores argumentaciones puede afirmarse que tal hecho no está erigido en delito, en nuestra ley penal. Evidentemente, dentro de la técnica procesal, el negocio se ha debido adelantar en forma que el auto de detención cautelar hubiera procedido al que ordenó cerrar la investigación, pero en presencia de una situación irregular grave, debía escogerse, y en efecto se escogió, para remediar el mal que era necesario conjurar, el medio considerado como menos lesivo para los intereses de la justicia. El hecho en sí, se repite, pugna con los reglamentos procesales, pero en forma alguna tiene entidad para configurar el delito de abuso de autoridad..." (folios 190 a 192 cuaderno I).

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se manifiesta conforme con lo resuelto en primera instancia "por estar demostrada la inocencia del procesado", y solicita, en consecuencia, "la confirmación del auto materia de la consulta".

"..Examinados los hechos en su escueta realidad —comenta la Procuraduría—, es evidente que a pesar del descuido o negligencia, el ex-Juez Meléndez Piñeres no tuvo intención dañina al prolongar indebidamente una situación ilegal, no procedió por simple capricho, sino llevado de la humana presunción —exco quod plerum que fit— de que el procesado estaba detenido en legal forma. La mejor prueba de que no hubo malicia en su conducta es que tan pronto como cayó en la cuenta de la irregularidad, procedió a remediarla con el único medio que tenía en sus manos: con el auto de detención...

"El cargo de Abuso de Autoridad no tiene el menor asidero jurídico. Producida por largo tiempo la detención ilegal de Polo Mejía, no habría otro camino para legalizar la que del auto (sic) cuya ausencia originó la denuncia criminal. Por lo demás, el auto de encierro cautelar se profirió con sólidos fundamentos de hecho y de derecho como se infiere de la simple lectura de la providencia, calificada de arbitraria por extemporánea mas no por injusta. El pronunciamiento de la justicia sobre el particular pudo y, en efecto, fué

tardío, pero en ningún caso arbitrario, pues es palpable la conveniencia de separar el auto de proceder del de detención cuyos efectos son tan diferentes..."

SE CONSIDERA:

El delito de Detención Arbitraria.

Conforme al planteamiento hecho por el denunciante, es evidente que el primer cargo atribuído al ex-Juez 2º Superior de Cartagena doctor Ignacio Meléndez Piñeres es el de detención arbitraria en las circunstancias que prevé el artículo 296 del Código Penal, ya que —en concreto— lo que se le imputa es el haber prolongado indebidamente por largo tiempo la detención del procesado Nicolás Polo Mejía sin pronunciar el correspondiente auto, vale decir, sin el lleno de los requisitos legales.

"Al funcionario o empleado público que prolongue indebidamente la detención de una persona —dice el art. 296 citado—, se le impondrá arresto de un mes a un año".

Ya la Sala ha advertido, en el examen de los antecedentes de esa disposición, que su espíritu está informado en la idea de que en estos casos deja el funcionario de cumplir con las formalidades señaladas por la ley.

"...Y se adivina dicho espíritu —se dijo en auto de 22 de junio de 1951— porque prolongar indebidamente la detención de una persona, a que hace referencia ese artículo, por regla general constituye el incumplimiento de requisitos legales a que tiene derecho el ciudadano a fin de que su situación jurídica en el proceso que se le siga sea resuelta en debida oportunidad y todos aquellos términos que la ley de procedimiento señala para que se cumplan determinadas exigencias en la tramitación del sumario, no sean objeto de burla o violación alguna por parte del funcionario encargado de dicha investigación; que de ser de otra manera podría ocurrir que la pretermisión de esas formalidades dejara al sindicado indefinidamente privado de su libertad, sin que tuviera medio alguno de evitar, o por lo menos, impedir que su detención se prolongue más allá de los justos límites que la ley señala..."

Es un hecho incontrovertible y así aparece plenamente demostrado en el expediente, que Nicolás Polo Mejía fué capturado y estuvo privado de su libertad, sin que se le dictara la providencia que esto ordenara, desde el 7 de febrero de 1950 hasta el 16 de febrero de 1951, o sea por espacio de un año y nueve días, lo que supera con exceso los términos requeridos por la ley procesal penal.

De esa anómala situación no se percató el juez del conocimiento sino al entrar el negocio a su despacho para auto de fondo, con la correspondiente vista fiscal, procediendo sin dilación a remediarla. En cuanto a los otros funcionarios que tuvieron en su poder el proceso, ni siquiera la advirtieron. No hay que perder de vista que el sumario estuvo en manos del instructor (Alcalde de Mahates) desde el 5 de febrero de 1950 hasta el 24 de marzo del mismo año, o sea durante 47 días. Este funcionario ordenó la captura del procesado y practicó las diligencias iniciales sin haber resuelto nada sobre su situación jurídica. Luego el Juez 1º Penal del Circuito de Cartagena tuvo el negocio durante 22 días (del 29 de marzo al 20 de abril) sin decidir tampoco sobre tal punto o disponer que el inferior lo hiciera. Por primera vez el Juez 2º Superior recibió el negocio el 21 de abril y lo envió en comisión 21 días después (el 12 de mayo) al Juez Municipal de Mahates. Este lo tuvo desde esa fecha hasta el 6 de octubre (4 meses y 24 días), sin decir palabra sobre el particular. Y por último volvió a poder del Juez 2º Superior desde ese día o uno que se supone cercano hasta el 16 de febrero de 1951 en que pronunció el auto de detención, fuera de unos pocos días que estuvo en la Fiscalía.

La doctrina ha establecido que para la existencia del delito de "detención arbitraria" no se requiere la concurrencia de un dolo específico sino, simplemente, del dolo genérico, pero esto en tratándose del delito contemplado en el artículo 295 del Código Penal, exigencia obvia y natural que no impide que en relación con el delito a que se refiere el artículo 296 pueda sufrir una excepción en cuanto a la prolongación indebida de la detención, porque lo indebido hace alusión a lo "ilícito, injusto y falto de equidad", y si bien es verdad que incurre en un delito de "detención arbitraria" el funcionario que prolongue indebidamente la detención de una persona, también es cierto que esa detención tiene que ser injusta o indebida; es decir, que ella no se justifique ante la ley, por proceder el funcionario con abuso de funciones y por llevar la detención el sello de lo arbitrario.

En el caso **sub-judice** aparece con toda claridad establecido que el Juez Meléndez Piñeros no obró delosamente ni por simple capricho. La prolongación de la detención de Polo Mejía sin auto que la decretara si bien es verdad que configuró una situación de hecho, no lo es menos que ella no fué arbitraria ni injusta o indebida y la

omisión del juez fué consecuencia —como lo hace ver con acierto el señor Procurador— de la humana presunción de que el procesado estaba detenido en legal forma (**ex eo quod plerumque fit**), como lo prueba el hecho de que tan pronto como verificó la irregularidad, sin pérdida de tiempo procedió a remediarla dictando el auto de detención.

El Abuso de Autoridad

Por lo que respecta al otro cargo, esto es al de abuso de autoridad por haberse dictado auto de detención cuando ya estaba cerrada la investigación y sólo procedía la providencia calificatoria, en la cual ha debido involucrarse el primero, la Sala considera que no resiste el menor análisis y carece de la seriedad que demandan estas cuestiones.

La detención se puede decretar en cualquier momento, con tal de que aparezcan los elementos indispensables (arts. 379 y sgts. C P P) La conveniencia de dictar esa decisión por separado del auto de proceder salta a la vista y la Corte la ha expresado en reiteradas ocasiones. Ella, cabalmente, le sirvió de base al Juez Meléndez Piñeres para proceder en la forma que le ha valido la imputación. No sólo por esto, sino porque además estaba en el imperativo de legalizar cuanto antes la encarcelación del procesado.

De suerte que si es el hecho de retardar el auto de proceder, mientras dictaba el de detención, lo que se le inculpa como abuso de autoridad, con miras a ubicarlo dentro del artículo 172 del Código Penal ("El funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado...", dice este precepto, hay que concluír que, de una parte, no hubo retardo alguno en cuanto a la providencia de calificación, que fué pronunciada a sólo 7 días de pasado el negocio a despacho, y de la otra, ese acto de dictar auto de detención no sólo era justo y legal, sino también impostergable, habida cuenta a la situación procesal creada. Y si tal auto —como lo advierte la Procuraduría— "se profirió con sólidos fundamentos de hecho y de derecho", no hay para qué hablar de arbitrariedad, vale decir del "acto arbitrario o injusto" de que trata el artículo 171 ibidem, para situar en esta norma al acusado.

"Incurre en abuso de autoridad —ha dicho la Sala— el que comete en ejercicio de sus funciones un acto arbitrario o injusto. Pero debe entenderse que lo arbitrario, como lo injusto, es lo que depende del capricho, lo que no tiene respaldo, así como lo injusto es aquello que viola la equidad" (auto de 30 de septiembre de 1954).

Se desprende, de todo lo anterior, que el auto exculpatorio proferido en favor del doctor Ignacio Meléndez Piñeres es perfectamente legal y lo que se le inculpa como abuso de autoridad, merece la aprobación de esta Sala de Justicia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— acorde con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — MOTIVOS QUE DEBEN DEMOSTRARSE. — DIFERENCIAS ENTRE LAS CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y LOS MOTIVOS QUE DAN LUGAR AL CAMBIO DE RADICACION. — EL PARECER DE CORRESPONSALES Y CRONISTAS AJENOS A LA REALIDAD PROCESAL NO PUEDE TENER NINGUN VALOR JURIDICO

1.—Para que el cambio de radicación de los procesos penales proceda se requiere, al tenor de lo prescrito en el artículo 58 del C. de P. P., que ello "se estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado"; y se entiende que existe tal conveniencia cuando los derechos y prerrogativas que la Constitución y la Ley otorgan a las partes no se hallan debidamente amparados, bien porque se tema fundadamente su denegación por los encargados de fallar el negocio, ya porque circunstancias especiales dificultan la defensa del procesado o ponen en peligro su vida como consecuencia de las reacciones sociales o personales derivadas del hecho sub-judice. Pero en cada caso es indispensable —se ha dicho por la Sala— "la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos no da base a la Corte para emitir concepto favorable" (LX, 541).

2.—El cambio de radicación de los procesos y la sustitución en éstos del funcionario que es recusado o se manifiesta impedido —aunque son fenómenos análogos en cuanto constituyen excepciones a las reglas generales de jurisdicción y competencia— se rigen por normas diferentes y buscan la solución de situaciones distintas. Sobre el particular, la Corte ha sido explícita al decir: "Las causales de impedimento de que tratan los artículos 72 y 73 del C. de P. P. no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental, para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan o puedan existir causales de impedimento en un funcionario para conocer de determinado negocio penal no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso" (LXV, 714).

3.—El parecer de corresponsales y cronistas ajenos a la realidad procesal, "no pueden tener ningún valor jurídico".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal.—Bogotá, tres de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Para que se conceptúe sobre el cambio de radicación del proceso seguido a Marco Antonio Ruiz Cadena por homicidio en la persona de Luis Borrero Durán, ocurrido el 20 de septiembre de 1953 en jurisdicción de Palermo (Huila), el Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte las presentes diligencias.

El interesado Ruiz Cadena expone así las razones de su pedimento:

"Durante la investigación de los hechos los jueces nada hicieron por discipar (sic) la atmósfera que se había creado con la afirmación de que el hecho delictuoso había tenido móviles políticos, pero cuando el suscrito haciendo uso del derecho que le concedían los Decretos Ejecutivos números 1823 y 2062 de 1954 solicitó del Juzgado Superior el envío del expediente al Tribunal Superior Militar con el fin de obtener la amnistía, entonces sí se apresuró a decir en auto que ese delito no tenía carácter político y que por lo tanto negaba la petición. Para que lo enviara fue necesario que el suscrito se quejara ante el H. Tribunal Superior Militar y esta Corporación le exigió el envío del expediente. Con este procedimiento de negativa a dar cumplimiento al artículo 6º del Decreto número 1823 demostró su parcialidad...

"La forma como fue reelegido el Juez Superior doctor Jorge Durán Cabrera también me hace

presumir que al suscrito no se le juzgará imparcialmente porque ese señor fue reelegido con los votos de los Magistrados José Domingo Leiva y Fidel Borrero Durán, el primero suegro del occiso y el segundo primo hermano y cuñado a la vez del mismo occiso. El doctor José Domingo Leyva se apartó del concepto de los Magistrados Cuervo y Domínguez, ambos conservadores, quienes votaron por el doctor Alfredo Perdomo Camacho...

"En el presente caso están demostrados dos hechos fundamentales cuales son el ambiente político malsano creado artificialmente y el parentesco que existe entre dos de los Magistrados que dieron sus votos por la reeleción del Juez Superior doctor Jorge Durán Cabrera, quien por competencia debe juzgarme en primera instancia, para justificar la radicación de la causa en un Distrito Judicial distinto a éste...". (Memorial enviado al Ministerio).

"1ª — El habérsele dado al delito que se me imputa carácter político según aparece de la declaración que hizo el Directorio Liberal de este Departamento y firmado por los doctores Efraín Rojas Trujillo, Benigno Velasco Cabrera, José Domingo Liévano y otros y la declaración que hizo don Enrique Santos (Calibán) en la Danza de las Horas, declaraciones éstas que aparecen en el número de 'El Tiempo' que se encuentra adjunto al expediente...

"2ª—El ser dos de los Magistrados del Tribunal Superior primo hermano y suegro del occiso señor Luis Borrero Durán; el Magistrado Dr. Fidel Borrero Durán es primo hermano y cuñado del occiso...; el doctor José Domingo Leiva es suegro del mismo Luis Borrero Durán.

"3ª—El doctor Jorge Durán Cabrera fue reelegido como Juez Superior con los votos de los siguientes Magistrados:

Doctor Gerardo Angel Santacoloma (liberal),
Doctor Flavio Cabrera (liberal),
Doctor Fidel Borrero Durán (liberal),
Doctor José Domingo Leiva (conservador).

"Los Magistrados conservadores doctores Cicerón Domínguez y Rafael A. Cuervo votaron para Juez Superior por el doctor Alfredo Perdomo Camacho.

"4ª—La parcialidad del Juez Superior al negarme la remisión del expediente al H. Tribunal Superior Militar, en auto de 21 de julio de 1954.

"Con las declaraciones de don Enrique Santos y del Directorio Liberal Departamental se creó contra los presuntos responsables del ilícito una atmsfera de retaliación, no sólo entre la ciudadanía sino también entre las autoridades judiciales.

"El voto dado para la reelección del doctor Jorge Durán Cabrera como Juez Superior por los Magistrados Fidel Borrero Durán y José Domingo Leiva, primo hermano y cuñado, y suegro respectivamente del occiso Luis Borrero Durán, demuestra el interés familiar que aquellos señores tienen en que la justicia obre en determinado sentido y precisamente contra el suscrito único procesado por la muerte del señor Luis Borrero Durán...". (Memorial dirigido a la Corte).

Como pruebas se han aducido las siguientes:

1º — Copia del Acuerdo número 12 de 15 de marzo de 1956 del Tribunal Superior de Neiva —que suscriben los Magistrados doctores Cicerón Domínguez (Presidente), Fidel Borrero Durán (Vicepresidente), Gerardo Angel Santacoloma, Flavio Cabrera D., Rafael A. Cuervo y José Domingo Leiva— del cual aparece que en la elección de Jueces de Menores, Superiores y de Circuito se emitieron "cuatro votos por el doctor Jorge Durán Cabrera y dos votos por el doctor Alfredo Perdomo Camacho" (fls. 5 a 6);

2º—Copia del auto proferido el 21 de julio de 1954 por el Juez Superior de Neiva doctor Jorge Durán Cabrera, en que se niega la solicitud de Marco Antonio Ruiz Cadena sobre "traslado del expediente a la Justicia Penal Militar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2062 y 2º del Decreto 1823 del presente año", por no tratarse de un delito que "se hubiera cometido con el móvil de atacar al Gobierno o por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste o por aversión o sectarismo político..." (fls. 12 a 13 y 19 a 20).

3º—Sendas copias de una información y un comentario aparecidos en "El Tiempo" y en "El Espectador" de Bogotá y relacionados con la muerte de Borrero Durán, ambas tomadas de los ejemplares de esos diarios que se allegaron al proceso contra Ruiz Cadena (fls. 15 v. a 17 v.).

4º—Copia del concepto que el señor Fiscal del Tribunal Superior de Neiva, doctor Rafael Burbano, rindió con fecha 15 de junio de 1856 donde se dice: "Sería el caso de proceder al estudio de fondo (del auto de enjuiciamiento proferido contra Marco Antonio Ruiz Cadena por homicidio y de sobreseimiento a favor de Jerónimo Bahamón y otros) si no se observara que en este negocio existen causales de recusaciones de los Magistrados doctores Cicerón Domínguez y Rafael A. Cuervo, quienes suscribieron el Acuerdo número 22 de fecha 14 de septiembre del año pasado, por medio del cual resuelven, entre otras cosas lo siguiente:... 4º Rechazar enérgicamente las impu-

taciones que se hacen al señor Juez Superior doctor Jorge Durán Cabrera en el citado periódico porque el Tribunal no puede patrocinar innobles y bajos insultos, dirigidos a sus colaboradores como los que se usan para denigrar al doctor Durán Cabrera, tanto más si se tiene en cuenta que el autor del artículo insultante no ha tenido el carácter de formular denuncio del caso aun cuando, según sus palabras, tiene conocimiento de hechos que constituyen delitos" (fl. 20 v.); y

5º—Despacho telegráfico procedente del Juzgado Superior de Neiva, donde consta que el proceso contra Marco Antonio Ruiz Cadena "encuéntrase Tribunal Superior apelación enjuiciamiento por homicidio" (fl. 23).

Se considera:

Para que el cambio de radicación de los procesos penales proceda se requiere, al tenor de lo prescrito en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, que ello "se estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado"; y se entiende que existe tal conveniencia cuando los derechos y prerrogativas que la Constitución y la Ley otorgan a las partes no se hallan debidamente amparados, bien porque se tema fundadamente su denegación por los encargados de fallar el negocio, ya porque circunstancias especiales dificultan la defensa del procesado o ponen en peligro su vida como consecuencia de las reacciones sociales o personales derivadas del hecho sub-judice. Pero en cada caso es indispensable —se ha dicho por la Sala— "la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos no da base a la Corte para emitir concepto favorable" (LX, 541).

Para el traslado que se demanda ninguna prueba fehaciente obra en los autos. No lo es el referido Acuerdo número 12 de nombramiento de Jueces para el Distrito Judicial de Neiva, porque no se ha demostrado que los señores Magistrados José Domingo Leiva y Fidel Borrero Durán, electores del doctor Jorge Durán Cabrera, se hallen vinculados a éste con el parentesco de que habla el procesado, ni se ha establecido o siquiera afirmado que, por ese motivo u otro cualquiera, el Juez del conocimiento se haya hecho sospechoso de parcialidad. No lo es la providencia de 21 de julio de 1954 emanada del mismo funcionario, porque allí se dice que en el proceso "se encuentra completamente descartado el origen político del delito que se investiga". No lo son la información y el comentario periodísticos de que se ha hecho mención, porque el parecer de corresponsales y cronistas ajenos a la realidad procesal —como lo estimó el Juzgado donde se adelanta el juicio— "no pueden tener ningún valor jurídico", ni se aduce dato alguno sobre la influencia que esas publicaciones de prensa hubieran ejercido en el ambiente judicial o público dentro del cual se ha venido tramitando la causa. No lo es, finalmente, la vista fiscal sobre concurrencia de causales de recusación en los Magistrados doctores Domínguez y Cuervo, porque el cambio de radicación de los procesos y la sustitución en éstos del funcionario que es recusado o se manifiesta impedido —aunque son fenómenos análogos en cuando constituyen excepciones a las reglas generales de jurisdicción y competencia— se rigen por normas diferentes y buscan la solución de situaciones distintas. Sobre el particular, la Corte ha sido explícita al decir: "Las causales de impedimento de que tratan los artículos 72 y 73 del C. de P. P. no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas por el artículo 58 del mismo estatuto procedimental, para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan o puedan existir causales de impedimento en un funcionario para conocer de determinado negocio penal no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso" (LXV, 714).

Agrega el peticionario que en esta Corporación debe reposar una opinión del doctor Nicolás Petro Doria, Juez Sexto de Instrucción Criminal a quien le correspondió investigar el delito de que se le acusa, de acuerdo con la cual el cambio de radicación es conveniente; pero esa apreciación subjetiva no sería comprobación suficiente de la necesidad del traslado.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal— CONCEPTUA que no es el caso de cambiar de radicación el proceso que al señor Marco Antonio Ruiz Cadena se le adelanta por homicidio en el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Cópiese y devuélvanse las presentes diligencias al Ministerio de Justicia.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

EN EL HOMICIDIO LA DILIGENCIA DE AUTOPSIA NO ES PRUEBA UNICA PARA DETERMINAR EL FALLECIMIENTO DE UNA PERSONA Y SU CAUSA. — EL JUZGADOR, PARA DETERMINAR LA PENA EN CONCRETO, DEBE APRECIAR LA GRAVEDAD Y MODALIDADES DEL HECHO DELICTUOSO. — PARA COMPUTAR LA 9ª CIRCUNSTANCIA DEL ART. 38 DEL C. P., ES NECESARIO QUE SE LLENEN LOS REQUISITOS ALLI SEÑALADOS. — PREMISAS NECESARIAS PARA QUE PUEDA PRODUCIRSE EL FALLO. — ES ESENCIAL EN CASACION, PARA DEBATIR, QUE HAYA ARGUMENTACION Y PRUEBA, NO SIMPLE AFIRMACION DEL RECURRENTE

1.—En el homicidio la diligencia de autopsia no es prueba única para determinar el fallecimiento de una persona y su causa.

Es cierto que la diligencia de autopsia, por la precisión que debe revestir, es el índice más neto para saber si hubo o no hubo homicidio, ya que, en el dictamen consiguiente, deben contenerse las conclusiones acerca de las causas del fallecimiento de la persona cuyo cadáver fue objeto de la diligencia. Pero ella no es la prueba exclusiva del cuerpo del delito. Tenerla como tal equivaldría a dejar, no sólo impunes, sino desconocidos ante la ley muchos homicidios, palpables, por decirlo así, en fuerza de la existencia de otros medios probatorios.

2.—No es erróneo, por parte del Tribunal, partir de la base de que, aunque no existan circunstancias de mayor peligrosidad y sí una de menor peligrosidad, no pueda imponerse al procesado el mínimo de la sanción, dada la existencia del artículo 36 del C. P., porque, aparte de tales circunstancias, y en fuerza del artículo en referencia, el juzgador debe apreciar, para determinar la pena en concreto, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso.

3.—Tiene advertido la Corte, para computar la 9ª circunstancia del artículo 38 del C. P., que es necesario que se llenen los dos requisitos allí señalados: a) Presentación voluntaria ante la autoridad; y b) Confesión, propiamente tal.

4.—La ley quiere, para producirse el fallo, que se tengan todas las premisas necesarias —prueba completa del cuerpo del delito, imputación y responsabilidad, indemnización de perjuicios, etc.—, para llegar al fallo, su resumen y conclusión. Si el artículo 159 del C. P. P. determina la forma de la sentencia, ello se debe a que se quiso tratar de obtener máxima claridad en aquella providencia, pero si esta claridad existe, sin que por otra parte se halle la división minuciosa que allí se prevé, mas sí todos los elementos de fondo, apenas habría una irregularidad, que no está establecida como causal de casación, como que no engendra nulidad.

5.—No basta la simple afirmación del recurrente de que hubo hechos que, no estando debidamente probados, fueron acogidos con pleno valor en la sentencia, sino que debe demostrarlo. De lo contrario, no podría la Corte hacer examen al respecto, ya que es esencial en casación, para debatir, que haya argumentación y prueba, no simple afirmación, porque se trata de enjuiciar un fallo, y esto no puede hacerse sin aquellos elementos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio tres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Surtidos los trámites legales, debe decidirse este recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de Daniel Oviedo Beleño contra la sentencia, de 9 de mayo de 1955, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, y por medio de la cual fue condenado Oviedo Beleño, además de las accesorias, a la pena principal de cinco años de presidio como responsable de violencia carnal —en el grado de tenta-

tiva— en Beatrice Margaret Rosemberg.

Hechos

La víctima, bibliotecaria de la dependencia de Ingeniería de Petróleos, de la Empresa Colombiana de Petróleos, en el Centro, jurisdicción municipal de Barrancabermeja, habituada a dar largos paseos a pie, cuando transitaba, al anochecer del 21 de noviembre de 1953, por una de las carreteras de aquella sección, cerca del pozo número 1613, denominado "Cretáceo", fue vista por Daniel Oviedo Beleño, que en estado de embriaguez y acompañado del menor Armando Navarro, propuso a éste hacer ambos uso carnal de aquélla; como Navarro rehusase y prosiguiese su camino, Oviedo Beleño quiso cumplir su propósito libidinoso; no obstante, la resistencia de la mujer hizo que ambos rodaran por un talud, a cuyo pie continuó el forcejeo, en que perdió aquélla la vida. Dos días después su cuerpo, en estado de descomposición, fue encontrado.

La sentencia recurrida

Por apelación de la sentencia de primer grado, en la cual se condenó a Daniel Oviedo Beleño a la pena principal de dieciocho meses de presidio, el Tribunal, luego de minucioso análisis, reformó aquella providencia, en el único sentido de elevar la pena a cinco años de presidio. Los fundamentos que se tuvieron en cuenta fueron, en síntesis, los que a continuación se expresan:

La sentencia recurrida deshace la impresión de que pudo haber nulidad por haber señalado el auto calificatorio la especie delito. Explica cómo tal irregularidad no engendra aquel vicio, porque éste, esencialmente consiste en la errónea denominación jurídica de la infracción, en la que no se incurrió porque "no se imputó a Oviedo la comisión de delito distinto al de una tentativa de violencia carnal agravada; esa fue la infracción demostrada y por ella se le juzgó y se le condenó".

Reseñada luego la argumentación de la defensa sobre desistimiento voluntario, por parte de Oviedo Beleño, en el hecho por el cual fue juzgado, entra el Tribunal a delinear el delito imperfecto: "Una de las características del delito imperfecto (tentado o frustrado) es el de que el propósito de causar un daño social, exista demostrado en el agente del delito, pero que los resultados de su acción no correspondan a ese propósito o grado de dolo, por "circunstancias ajenas a su voluntad" (tentativa, artículo 16), o por "circunstancias independientes de la voluntad del agente" (frustración, art. 17). Cuando el delito se consuma, no hay necesidad de inquirir cuál fue el propósito del agente que lo produjo; el resultado hace presumir el propósito o la intención; pero cuando el "iter criminis" se detiene en aquellos eslabones de los "actos ejecutivos", importa saber cuáles fueron las circunstancias o motivos por los cuales el hecho no se realizó. La intención o propósito doloso (acto de voluntad concreto) se mide entonces por las manifestaciones que el agente hubiera hecho al iniciar el proceso delictuoso o en el momento en que dio principio a su realización". Sentado lo anterior, se examina el conjunto probatorio, principalmente la diligencia de indagatoria. "Con las propias palabras de Oviedo, continúa el Tribunal, queda planteado el proceso físico, volitivo e intelectual que lo llevó a dar principio a los "actos ejecutivos" del delito de "violencia carnal", que no consumó por la resistencia y actividad de la presunta víctima que lo colocó en situación de no poder realizar su propósito", y así, no puede hablarse sino de tentativa en el caso de autos, y no de frustración, dado que el delito no se consumó por obra de factores, circunstancias o motivos externos y ajenos al agente; ni siquiera podría considerarse que Oviedo Beleño desistió al ver a la víctima reducida a la impotencia por la muerte, para inferir de allí que hubo espontaneidad en la dejación voluntaria del propósito libidinoso. No se ha creado indecisión sobre el grado de responsabilidad que corresponde a Oviedo Beleño, y por tanto no puede optarse por situación más favorable a éste, quien "con su confesión se encarga de despejar cualquier incógnita o duda que pudiera surgir en torno a su responsabilidad, planteando dos hechos fundamentales que alinderan en forma inequívoca su situación ante la justicia: **Primero:** que su situación (voluntad encauzada a la ejecución de determinado acto) fue la de poseer carnalmente a la señorita Beatrice Margaret Rosemberg; con tal fin la agarró y trenzados en lucha cayeron al suelo donde hubo forcejeo de parte y parte; desistió de consumar su propósito porque la reacción de su víctima fue de tal grado que lo dejó sin aliento, es decir, venció su fortaleza física. — **Segundo:** que en ningún momento tuvo intención de darle muerte sino de hacer uso de ella, "porque qué más puele hacer un hombre al ir a forcejiar con una mujer?"

Con las anteriores bases, el Tribunal examina la graduación de la pena, dentro del campo de la tentativa de la violencia carnal, agravada por la muerte de la víctima. Encuentra aquella entidad que, contra Oviedo Beleño, no concurren circuns-

tancias de mayor peligrosidad y le favorece, en cambio, la de menor peligrosidad consistente en la embriaguez que le poseía en los momentos de cometer el ilícito, pero se aparta del criterio del Juzgado porque, para aplicar el mínimo de la sanción, no basta la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad, dado que los hechos deben valorarse a la luz del artículo 36 del C. P. Si Oviedo Beleño, con su actividad, causó el máximo de daño a la salud de la víctima, ha de tenerse en cuenta que el legislador estableció una extensa zona para la graduación de la pena, que va de tres a doce años de presidio; y los antecedentes del artículo 318 del C. P. hacen ver cómo ha de procederse. Dado que, no existen circunstancias de mayor peligrosidad y sí una de menor peligrosidad, no se le podría imponer al procesado el máximo de ocho años, pero sí elevar la sanción impuesta por el Juzgado. "Para graduar la pena en ese límite —considera el Tribunal— son factores importantes también, la soledad del sitio donde fue cometido y la hora en que el hecho se produjo, lo cual dificultó la defensa de la víctima y la procuración de auxilio, circunstancias que por un aspecto favorecieron al responsable y fueron altamente desfavorables a la víctima". Así, el juzgador de segunda instancia elevó la pena a la cantidad atrás señalada. ... ...

La demanda

Se divide en tres partes, cada una de las cuales se fundamenta por separado, en la forma que se resume en seguida.

Primera parte.—Se invoca en ella la causal segunda de casación contenida en el artículo 567 del C. P. P., porque el Tribunal condenó al procesado sin estar demostrados ni la causa del fallecimiento de Beatrice Margaret Rosemberg ni el momento en que tal ocurrió. No se ve cómo pudo atribuírse aquel fallecimiento a Oviedo Beleño e imputársele como consecuencia de los actos ejecutados por él en la víctima, "sin una prueba legal, y después de considerar válida la confesión del sindicado, en que él mismo manifiesta que la ofendida no sufrió ningún daño".

Además, la conclusión a que llegó el Tribunal se funda en presunciones a que se atribuyó valor probatorio del que carecen. Ante la imposibilidad de conocer la causa real del deceso, los hechos de que la víctima estuviese gozando hasta entonces de cabal salud, de que el procesado hubiese reconocido su tentativa de violación y de la resistencia que se le opuso, el fallador de segunda instancia "infiere que la muerte sobrevino como consecuencia lógica y necesaria de la fuerza desarrollada por el sindicado y vencida por la señorita Rosemberg, o impedida por ella", pero la circunstancia del artículo 318, como modificadora, debe estar plenamente acreditada, y así "cualquiera de las inferencias hechas por el H. Tribunal de los hechos anteriormente descritos tiene apenas un valor de hipótesis, cuya realidad sólo podría apreciarse a la luz de la causa conocida de la muerte de la señorita Rosemberg, que sigue ignorándose". El Tribunal, pues, según el recurrente, no sólo dio por probados hechos que no se hallan demostrados, sino que dio valor probatorio a sus presunciones, y éstas no tienen tal valor, ya que el indicio ha de estar plenamente demostrado, según el artículo 223 del C. P. P., "y debe permitir una inferencia lógica y no sólo probable".

Segunda parte. — Se invoca en ella la primera causal de casación, porque el fallo recurrido es violatorio de la ley penal, puesto que el Tribunal ha debido imponer el mínimo de la sanción, ya que reconoció que no existen circunstancias de mayor peligrosidad y sí el que hay de menor peligrosidad —la embriaguez, a la cual quiere sumar el demandante la buena conducta anterior y la confesión espontánea—. Pero el fallador, en vez de imponer aquel mínimo, a tenor del artículo 39 del C. P., recurrió al 36, no obstante lo cual se refirió a la soledad del sitio donde se cometió el ilícito y la hora en que éste se produjo, con lo que se dificultó la defensa de la víctima y el que pudiese procurarse auxilio, lo cual constituye circunstancia de mayor peligrosidad. "El H. Tribunal luego de decir dos veces que no existen circunstancias de mayor peligrosidad tácitamente considera que en este caso no se puede computar esa circunstancia del lugar, porque en esta clase de delitos la soledad es indispensable para su comisión y porque lo contrario, o sea, la publicidad, que en otros delitos sería normal, en casos de atentados contra el honor sexual implicaría mayor perversidad del agente y mayor daño social". Como el juzgador no puede a su arbitrio considerar un hecho como circunstancia agravante del delito o como de mayor peligrosidad, el Tribunal no podía tener como agravado el ilícito de que tratan los autos mediante la consideración del tiempo y el lugar, después de haber dicho por modo expreso que no había circunstancia de mayor peligrosidad.

Se interpretó, pues, erróneamente el artículo 36 del C. P.

Por otra parte, no estando demostrada la causa de la muerte de la señorita Rosemberg, se aplicó erróneamente el artículo 318 del Código en cita, porque el Tribunal "solamente tuvo en cuenta hipótesis o conjeturas" para atribuir aquella muerte a los actos del procesado, cuando se desconoce la causa de ella y no es vinculable a la tentativa de Oviedo Beleño en tanto no aparezca la plena prueba. "Por el H. Tribunal se pretende que el artículo 318 del C. P. permite al Juzgador que sancione de diverso modo el delito según el mayor daño ocasionado, sin reparar (en) que el evento dañoso no concuerda con ninguno de los factores que agravan la penalidad. Por esta razón ruego a la H. Corte que se digne casar el fallo recurrido ya que sin motivo suficiente agrava, al tenor del artículo 318 del C. P., la sanción imponible por razón del daño ocasionado, que no es imputable ni indirectamente al sindicado".

Tercera parte.—En ella se alega la causal quinta de casación, en virtud de que, según el demandante, no se dictó la sentencia de conformidad con el artículo 159 del C. P. P. Ese fallo no se funda en conclusiones precisas ni tiene más forma que la de simple auto interlocutorio. Al hacer la condena por tentativa de violencia carnal agravada, según el artículo 318 del C. P., no se dieron los fundamentos jurídicos de la calificación de los hechos que se consideraron demostrados ni se dijo cuáles eran esos hechos. "Por este motivo que no requiere explicaciones ni comentarios porque se advierte con la sola lectura, el fallo debiera ser casado, si no existieran otras causales relativas al fondo y no a la forma".

Concepto del Ministerio Público

Por medio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, el Ministerio Público se declaró adverso a cada una de las peticiones de la demanda, en la forma que sigue:

Causal segunda.—Después de puntualizar cómo el problema radica en la aserción de los médicos acerca de no haber encontrado en el cadáver "causa tangible que explique en forma **objetiva** y **positiva** la muerte", respecto de lo cual estima el recurrente que el Tribunal se fundó apenas en razones de valor hipotético, muestra el concepto del Ministerio Público que aquella misma entidad, anticipadamente, había rebatido la objeción, al hacer notar cómo el cuerpo del delito se prueba tanto por medios principales como por medios subsidiarios, sin que la ley exija pruebas especiales para demostrar la existencia del homicidio, como sí se exige en lo civil determinada clase de prueba para acreditar algunos hechos.

Así, pues, se hace necesario examinar los restantes elementos de juicio, aparte de aquel dictamen médico, para ver si evidentemente hubo errónea interpretación de los hechos en el fallo recurrido, o si, por el contrario, éste interpreta fielmente la realidad procesal. Luego de transcribir lo pertinente de la declaración de Armando Navarro y de la indagatoria del procesado, y de llamar la atención en esta pieza probatoria sobre el hecho de que al dejar de rodar, la víctima quedó encima de Oviedo Beleño y él, tomándola del cuello con fuerza, logró al punto que lo soltara, y sobre el de que aún estaba viva cuando se retiró del lugar porque "pataliaba", continúa el concepto indicando cómo los médicos ampliaron su primer dictamen, para puntualizar que las causas de la muerte, en una lucha tal como la que se les describió, podían ser inhibición, por una parte, que no deja huella objetiva, y sofocación por otra, que, por la descomposición cadavérica tampoco deja huella que la ponga en evidencia; oportunamente trae citas médico-legales para ilustrar uno y otro caso el colaborador de la Corte, y en seguida enumera los hechos que constituyen la serie indiciaria suficiente para establecer la responsabilidad del procesado, de acuerdo con el artículo 318 del C. P. Tales hechos son: la sanidad antecedente de la víctima (testimonios de John D. Woodbury y Ernest Paul Du Bois); el haber sido suficiente que el procesado presionara el cuello de la víctima para que ésta, en el acto, le soltare y no opusiese más resistencia (indagatoria); el único indicio de vida que daba la víctima, constituído por las violentas convulsiones (ib); el que la muerte pudo ocurrir por inhibición o sofocación, al modo antes dicho (concepto médico); el que fue hallado el cadáver en el mismo sitio en que se desarrolló la lucha, lo que hace presumir que la víctima falleció instantáneamente, o al menos, poco después a consecuencia de los atropellos (diligencia de levantamiento del cadáver); el que éste, por la posición de sus vestidos, en su aspecto exterior mostraba cómo los últimos actos ejecutados sobre la víctima habían sido los apropiados a la realización de actos sexuales y por tanto, indicio más de la relación de causalidad entre esos actos, reconocidos por el procesado, y la muerte misma (dibujo del folio 2).

En conclusión, no puede prosperar la causal por-

que, a pesar de no haberse logrado establecer en la diligencia de autopsia la relación de causalidad entre los actos ejecutados por el procesado y la muerte de la víctima, tal relación de causa a efecto aparece acreditada a través de los hechos reseñados.

Causal primera.—Anota el concepto fiscal cómo el juzgador en segunda instancia, en el acto de individualizar la sanción, expuso dos argumentos para fundamentar el aumento: a) El de que el legislador, en vista de la diversidad de circunstancias consecuentes a la coacción física ejercida para lograr el acceso carnal, estableció un extenso límite para graduar la pena; b) El de que, en el caso de autos, son factores importantes la soledad del sitio y la hora, que dificultaron la defensa de la víctima y favorecieron la actividad del victimario. Y estima que el demandante está en un error al considerar que, por carencia de circunstancias de mayor peligrosidad, no se podía imponer sino el mínimo de la sanción, puesto que existe el artículo 36 del C. P. 'Lo que el artículo 39 del Código Penal prohibe es que se aplique el máximum de la sanción cuando en favor del procesado obra, al menos, una circunstancia de menor peligrosidad, o que, a contrario sensu, el mínimum se le aplique cuando concurren circunstancias de mayor peligrosidad; pero, como lo enseña la Corte, dicha disposición "no señala una manera rígida y matemática para aplicar las sanciones, sino que da una pauta para fijarlas, **en tratándose de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad**". Después de citar lo que en alguna ocasión expresó la Procuraduría sobre el alcance del artículo 36 del C. P., concluye el concepto del ministerio público para el caso de autos, en relación con la causal alegada, que el Tribunal acertó al tomar en cuenta, conforme al artículo antes citado, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, con lo que resultan inadmisibles los reparos de la demanda, cuyo segundo cargo, en consecuencia, no puede prosperar.

Quinta causal.—Como el demandante no expone argumentos a favor de su punto de vista, ni lo demuestra en forma alguna, no puede prosperar, en virtud de que no basta citar los motivos de casación "sino que es necesario presentar las razones de hecho y de derecho en que se fundan para que haya materia de estudio para la Corte".

Examen de la Corte

Primera causal invocada.—Es, como se recordará, la segunda del artículo 567 del C. P. P., basada en que, por no estar comprobado ni el momento en que ocurrió la muerte de la víctima ni la causa de dicho fallecimiento, el Tribunal vino a condenar sin la plena demostración de la circunstancia contenida en el artículo 318 del C. P.

Si se parte de la diligencia de autopsia aislada, sin tener en cuenta la ampliación, verificada a solicitud del instructor, ni se concatena ésta con ninguna otra prueba, podrían sostenerse, con algún fundamento, las peticiones del demandante. Pero tal base de argumentación es deleznable a todas luces, no sólo porque en el homicidio la diligencia de autopsia no es prueba única para determinar el fallecimiento de una persona y su causa, sino porque hay indicios vehementes, cada uno debidamente comprobado, que demuestran el cuerpo del delito.

Es cierto que la diligencia de autopsia, por la precisión que debe revestir, es el índice más neto para saber si hubo o no hubo homicidio, ya que, en el dictamen consiguiente, deben contenerse las conclusiones acerca de las causas del fallecimiento de la persona cuyo cadáver fue objeto de la diligencia. Pero ella no es la prueba exclusiva del cuerpo del delito. Tenerla como tal, equivaldría a dejar, no sólo impunes, sino desconocidos ante la ley muchos homicidios, palpables, por decirlo así, en fuerza de la existencia de otros medios probatorios. Además, en el caso de autos, se tiene que los médicos, al ser atinadamente interrogados, precisaron su pensamiento, y señalaron la sofocación o la inhibición como casas que **pudieron ocasionar** la muerte. ¿Qué valor tiene esto? ¿Hay base para tal apreciación? ¿Está debidamente probada la lucha, que antecedió el fallecimiento de la mujer que se pretendió usar sexualmente y que lleva a la conclusión expuesta por los médicos? La indagatoria es explícita, porque, describiendo aquella lucha —cuyos primeros forcejeos se hallan además acreditados con el testimonio de Navarro, que no ha sido desmentido—, se dice por el mismo procesado que, viendo que la mujer le dominaba, la tomó del cuello hasta obtener que no le oprimiese más a él y el dejarla presa de convulsiones. No puede afirmarse que se haya dislocado la indagatoria para acoger únicamente su aspecto perjudicial: no se menoscabó la indivisibilidad de la confesión, sino que, al tener en cuenta aquella descripción, había que rechazar la consecuencia que quiso sacar el procesado, en explicable ademán defensivo, de que por su actividad no se había producido daño a la víctima, porque esta última parte está contradicha con

el antecedente descrito por él mismo. No se entiende cómo no se causó daño alguno, cuando se trata de un hombre, en lucha con una mujer todo lo esforzada que se quiera, pero que es capaz de reducirla a un estado en que no puede seguir oponiendo resistencia, y a la cual se deja en plenas convulsiones —descritas con ruda precisión gráfica por el mismo procesado—. Se tiene, pues, que el dictamen de los médicos no es infundado cuando atribuye la muerte a una de dos causas: la inhibición o la sofocación; se descarta toda ambigüedad en el concepto, que, por el estado del cadáver, no podía ser más preciso, y en esto reside su valor, porque los médicos no quisieron afirmar más de lo que, por su profesión, podían hacer.

Existe un indicio encadenado a otros, todos debidamente probados, y según los cuales se establece relación de causalidad entre el fallecimiento de la víctima y la actividad ejercida sobre ella por Oviedo Beleño. En primer término, se acreditó la inmediata antecedente sanidad de la mujer, tanto por el testimonio directo de John D. Woodbury y Ernest Paul Dubois, como implícitamente por el de Navarro y por la misma indagatoria; Navarro rehusó participar en el acto, no porque la mujer tuviese algún defecto visible, y cae de su peso que el procesado no hubiese querido satisfacer sus apetitos con mujer que no viese en estado normal. En seguida, está comprobado que hubo un forcejeo, con el testimonio de Navarro, que no puede rechazarse en forma alguna, porque su dicho es, a más de preciso, limitado, sin exageraciones visibles, sin que aparezca teñido por interés alguno en favor de la víctima ni en contra del procesado. Después, se tiene el relato de éste, suficiente para hacer ver cómo presionó a la víctima, a fin de que ésta dejara de resistirle activamente. En seguida, los médicos han puntualizado que, en las condiciones a ellos señaladas, concordantes con las pruebas, pudo sobrevenir la muerte por una de las dos causas reseñadas.

Pero la cadena indiciaria no se detiene ahí. Contra lo que afirma la demanda, el momento del fallecimiento se halla establecido, con más o menos precisión, en forma que puede situarse a raíz de la violencia ejercida por el procesado en la mujer que pretendió atropellar. Con la declaración de Julio Sánchez Pulido, corroborada debidamente por Clara Forero de Reyes, además de Teresa Sánchez Sánchez, se acredita cómo hubo gritos en demanda de socorro hacia las horas y sitio en que se desarrolló la lucha de que dan cuenta los autos; y cómo, cuando Sánchez Pulido salió a investigar su origen, murieron para no repetirse, por lo cual a aquél le fue imposible encontrar la persona que gritaba. Además, el hecho comprobado de que la víctima no se alejó del sitio de los acontecimientos, revela cómo la obra de violencia había producido sus efectos; de no ser así, no se explica cómo una mujer, que no temía andar por sitios solitarios, fuerte, capaz de poner en jaque a un hombre, y que se defiende valerosamente, pudiese dejar pasar el procurarse refugio y modo de ser auxiliada, que le hubiese sido fácil alcanzar, como conocedora de la región, si hubiese quedado incólume del ataque de que fue víctima. Basta leer, por otra parte, la descripción que se hace en el acta de levantamiento del cadáver, para comprender cómo Margaret Beatrice Rosemberg falleció allí donde fue últimamente atacada: los objetos que la rodeaban lo demuestran. Esto, sin contar con la posición de los vestidos, distinguible en el dibujo que obra en autos, de notoria precisión, que no ha sido atacado como producto simplemente imaginario: por la forma en que se halla el traje, que aparece recogido hasta arriba de la cintura por debajo del cuerpo, y que, por tanto, sufre la presión de éste, se echa de ver que no hubo causa para ser levantado en esa forma, diversa del conato de posesión sexual.

Valoradas las pruebas debidamente por el Tribunal, no puede decirse ni que no se halla debidamente comprobado el cuerpo del delito, ni que hubiese errado el Tribunal al dar valor a tales pruebas en la medida en que lo hizo. Así, la causal no puede acogerse.

Segunda causal invocada. — Según lo anotado atrás, es la primera de casación, por el concepto de que se violó la ley penal por no haberse impuesto el mínimo de la sanción en cuanto no obraban circunstancias de mayor peligrosidad, y sí una reconocida de menor peligrosidad, a la cual se quieren añadir ahora por el recurrente dos más: la buena conducta anterior y la confesión espontánea.

Es erróneo, por parte del Tribunal, partir de la base de que aunque no existen circunstancias de mayor peligrosidad y sí una de menor peligrosidad, no puede imponerse el mínimo, dada la existencia del artículo 36 del C. P.? No, porque, aparte de tales circunstancias, y en fuerza del artículo en referencia, el juzgador debe apreciar para determinar la pena en concreto, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso.

En rigor, es claro que, habiéndose dicho que no existían circunstancias de mayor peligrosidad, posteriormente no ha debido señalarse ni el lugar ni la hora como base para dicho aumento, porque tales condiciones sobraban, desde que se tomaba como base el artículo 36 del C. P. y se habían eliminado las referidas circunstancias. Esas condiciones venían a configurar una circunstancia de mayor peligrosidad pero su aplicación se había descartado de antemano. Más acorde con la lógica para que no existiese esta incongruencia, hubiese sido estudiar si el sitio y la hora podían configurar circunstancia de aquella calidad, y si, desechada, podía aumentarse la pena por otro concepto. Pero, se repite, esta falla en la argumentación no es esencial, porque no se demostró el punto primordial de que hubiese sido mal aplicado el artículo 36 como base para aumentar la sanción, sino, a lo más, se puso de presente aquella falta de congruencia. Por este aspecto, la causal no puede prosperar.

Tampoco puede atacarse la sentencia por circunstancias de menor peligrosidad que da como existentes la demanda. La buena conducta anterior no aparece positivamente comprobada, y la confesión no fue espontánea; respecto de esta última, conviene no olvidar que hubo necesidad de enviar gentes que hiciesen averiguaciones sobre la identidad del procesado y que éste dio un nombre falso, aunque después explicase que tenía motivo distinto del de estar envuelto en el proceso por el fallecimiento de Beatrice Margaret Rosemberg, y en la diligencia misma de indagatoria no confesó total y claramente lo ocurrido; como lo tiene advertido la Corte, para computar la novena circunstancia del artículo 38 del C. P., es necesario que se llenen los dos requisitos allí señalados: a) Presentación voluntaria ante la autoridad; y b) Confesión, sin que baste el cumplimiento parcial de este último extremo.

Así, tampoco puede, por este aspecto, tenerse como valedera la argumentación de la demanda y, por ende, no puede declararse que el Tribunal incurrió en violación de la ley penal.

Tercera causal expuesta.—Es la quinta de casación.

El recurrente no demuestra cuáles son los hechos no probados que sirvieran al juzgador de segunda instancia para fundamentar su sentencia. Ni la parte puramente externa y formal de la sentencia es base para atacarla, con el pretexto de que tiene mera apariencia de auto interlocutorio. La ley lo que quiere es que, para producirse el fallo, se tengan todas las premisas necesarias—prueba completa del cuerpo del delito, imputación y responsabilidad, indemnización de perjuicios, etc.— para llegar al fallo, su resumen y conclusión. Si el artículo 159 del C. P. P. determina la forma de la sentencia, ello se debe a que se quiso tratar de obtener, máxima claridad en aquella providencia, pero si esta claridad existe, sin que por otra parte se halle la división minuciosa que allí se prevé, mas sí todos los elementos de fondo, apenas habría una irregularidad, que no está establecida como causal de casación, como que no engendra nulidad, que sería quizá el aspecto por el cual se pudiera argüir contra el fallo.

Y si no se ha demostrado que hubo hechos que, no estando debidamente probados, fueron acogidos con pleno valor en la sentencia, sino que sólo se limitó el recurrente a afirmarlo, no puede hacerse examen al respecto, ya que es esencial en casación, para debatir, que haya argumentación y prueba, no simple afirmación, porque se trata de enjuiciar un fallo, y esto no puede hacerse sin aquellos elementos.

Por tanto, no puede prosperar la demanda en este punto.

FALLO:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto de su colaborador, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida, procedente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Codena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

PREVARICATO, FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS, VIOLACION DE LA RESERVA DEL SUMARIO Y ABUSO DE AUTORIDAD

1. La competencia para conocer de un negocio penal, no surge de la calificación que el denunciante dé a los hechos, sino de la comprobación de los mismos en la realidad procesal.

2. La negativa de un Juez a investigar lo que a su mente se haya ofrecido como acción delictuosa, lo hace incurrir en responsabilidad por omisión en el ejercicio de sus funciones.

3. La disparidad de criterios entre dos funcionarios, no acarrea responsabilidad criminal.

4. La orden oficiosa de un Juez Penal de Circuito, para que se investigue el delito de falsedad dentro de unas diligencias sumarias adelantadas por prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria; la omisión del aviso de iniciación de las mismas al Juez Superior y la no remisión oportuna del expediente cuando éste lo reclama, no son hechos considerados en la ley como infracciones penales.

5. El artículo 34 de la Ley 29 de 1944 consagra una excepción al principio de la reserva del sumario, al facultar a los jueces y funcionarios de instrucción para informar oralmente o por escrito de los "autos de detención o su revocatoria, y excarcelación, sin indicación de los fundamentos de hecho ni de derecho", por cuya virtud bien pueden aquellos, lícitamente, dar a conocer el sentido de su providencia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal Bogotá, cinco de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

Consulta el Tribunal Superior de Quibdó la providencia en que se declara que los hechos imputados en este proceso al doctor Antenor Barbosa Avendaño, en su carácter de Juez Penal de ese Circuito, no están considerados como delitos en la ley, y, en consecuencia, se ordena la cesación del procedimiento, de conformidad con lo prescrito en el artículo 153 del Estatuto Procesal.

Dio origen a la investigación la denuncia que el 29 de julio de 1954 instauró el doctor Manuel Salge Mosquera, entonces Secretario de Gobierno del Departamento del Chocó, contra el doctor Barbosa Avendaño por los cargos de **prevaricato, falsedad en documentos públicos, violación de la reserva del sumario y abuso de autoridad,** que se resumen así:

a) El funcionario acusado investigó oficiosamente el delito de falsedad en documentos dentro de las diligencias sumarias que a Salge Mosquera se le seguían por prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria;

b) Se abstuvo de enviarle el expediente al respectivo Juez Superior, no obstante haberlo solicitado éste por razón de competencia;

c) No dio el aviso de iniciación del sumario a que se refiere el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, lo que le impidió al Juez Superior "ejercer la facultad legal conferida a él por el artículo 64 del mismo Código";

d) Cuando aún se hallaba la investigación en estado de sumario, se conocieron en Quibdó los pormenores del auto por el cual se decretó la detención preventiva del doctor Salge Mosquera, providencia que el radioperiódico "Democracia" comentó desde Bogotá en su emisión meridiana del 28 de julio de 1954;

e) El referido auto de detención "está calendado (sic) el 26 de junio, siendo falso en cuanto a su fecha".

En el auto cabeza de proceso se dispuso averiguar también el delito de **detención arbitraria.**

Con sendas copias del nombramiento y posesión del doctor Barbosa Avendaño como Juez Penal del Circuito de Quibdó, se estableció su calidad oficial, y en orden al esclarecimiento de los hechos se recibieron las declaraciones del doctor Julio César Turbay Ayala, quien afirma que la noticia dada por el radioperiódico "Democracia" sobre la detención del doctor Salge Mosquera fue tomada de "El Tiempo"; la del Director de este diario, señor Roberto García Peña, quien expresa haberle sido aquélla transmitida por su corresponsal en Quibdó, señor Antonio José Maya,

y la rendida por éste acerca de la manera como se había enterado, por un habilidoso procedimiento de preguntas capciosas, de la providencia dictada por el doctor Barbosa Avendaño. "Al encontrarme con el portero Miguel Audive Acosta del Juzgado del Circuito en lo Penal —dice el declarante Maya— le interrogué sobre el estado de la denuncia formulada por Guerrero contra Salge Mosquera y me contestó, que no me podía decir nada porque el doctor Antenor Barbosa había impartido la orden de que no se diera ninguna información a la prensa. En estas condiciones me dí por cazar al Personero Municipal hasta lograrlo, al frente del depósito de maderas de Vitalino Palacio donde se encontraba charlando con él, lo invité para que siguiéramos hacia el sur y entre otras le hice esta pregunta: de cuántos folios consta el auto de detención contra Salge Mosquera, me dijo no sé, volví y le interrogué se apoya el funcionario en alguna doctrina especial o sus argumentos están ausentes de alguna autoridad, y me dijo, Maya, lo único que me leí fue la parte resolutiva, y luego me pregunta, y usted por qué sabe eso, y le dije, yo no sé porque el empleado del Juzgado cuando le preguntaba por este negocio, cuando no guardaba silencio me daba disculpa, y ahora me doy cuenta por lo que tú me dices y en estas condiciones voy a registrar la noticia, informando admás que tú apelastes de la providencia. Esto de la apelación me lo dijo cuando pasábamos por enfrente de la Rectoría del Instituto Pedagógico Femenino" (folios 38 y v. Cuaderno Principal).

Interrogado el señor José María Díaz Conto, reconoce haber conversado sobre el particular con Antonio José Maya, cuando éste le preguntó "si el mencionado auto de detención era muy largo y si recordaba cuántas páginas poco más o menos tenía" y "por qué delito se había producido el susodicho auto", pero niega haberle revelado a su acucioso interlocutor el sentido de la providencia. En el careo que les fue practicado a estos declarantes, reafirmaron ambos en lo sustancial lo originariamente expuesto, y uno y otro se cuidaron de hacerle al Juez ni a su personal subalterno inculpación alguna. "Era natural —dice Maya— que yo viviera sobre la pista del negocio, ya que por informaciones del denunciante yo sabía de la fecha en que había sido instaurada la denuncia, y después de verme cercado por el silencio del Circuito Penal (sic) que nunca lo estimé de la prudencia sino como hijo de la pusilanimidad me dediqué entonces a buscar otras fuentes tal como la del señor Personero..."; y Díaz Conto: "Con lo anterior dejo a salvo, en lo que a mí respecta, la responsabilidad que en este caso pudiera caberle a los del Circuito Penal (sic) porque con mi dicho no he tratado de hacer ni siquiera vagas sugerencias, sino de decir únicamente de que para mí cuando Maya me especto (sic) la capciosa pregunta dejaba ver a las claras que ya la información la había obtenido en otra fuente, sin que pueda decir yo, porque no me consta, cuál sería ésta".

Buena parte del expediente (la comprendida entre los folios 18 y 36 inclusive del Cuaderno principal) está constituída por los originales del radioperiódico "Democracia" correspondientes a la emisión meridiana del 28 de julio de 1954, puestos a órdenes del Instructor por el testigo doctor Turbay Ayala, de los cuales no aparece que el mencionado órgano de publicidad comentara "con lujo de detalles" —como el denunciante asevera— la decisión judicial en referencia, pues todo lo que allí se encuentra es el siguiente titular reproducido de "El Tiempo", entre otras muchas noticias nacionales e internacionales de la prensa bogotana: "Contra Salge Mosquera se dictó ayer auto de detención en Quibdó".

Llamado a rendir declaración sin juramento y con asistencia de apoderado, el doctor Barbosa Avendaño se manifestó desde el primer momento sabedor del motivo por el cual comparecía ante el Juzgado 29 de Instrucción Criminal, y explicó que ante la denuncia formulada por el señor Primo Guerrero contra el doctor Manuel Salge Mosquera había encontrado, una vez abierta la respectiva investigación, reunidos los requisitos que para detener preventivamente exige el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal; que no aceptó la colisión de competencia provocada por el Juzgado Superior del Distrito, porque de la infracción que se había perfeccionado y por la cual se vio obligado a decretar la detención le correspondía conocer a su despacho; que no dio el aviso de que trata el artículo 277 de la misma Obra, porque esa obligación no se refiere a los Jueces de Circuito que, según el artículo 64 ibidem, son los Jefes de Instrucción en todos los procesos que se adelanten dentro del territorio de su jurisdicción, lo cual no se contrapone a la facultad que la última norma citada les confiere a los Jueces Superiores para aprehender directamente la instrucción del sumario o para designar al funcionario que deba encargarse de la investigación en los delitos de cuyo conocimiento les corresponda; y que no tiene la menor idea sobre la persona que hubiera dado a conocer del señor Antonio José Maya la noticia relacionada con el auto de detención proferido en el Juzgado a su

cargo contra el doctor Salge Mosquera, que publicó "El Tiempo" en su edición del 28 de julio de 1954 y transmitió "Democracia" en emisión meridiana de la misma fecha.

La Procuraduría, al contestar el traslado del negocio, pide la confirmación de la sentencia consultada, por cuanto ninguno de los cargos hechos al doctor Barbosa Avendaño aparece, en su opinión, justificado.

Sobre los anteriores resultados, la Sala CONSIDERA:

A) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Estatuto Procesal, el funcionario o empleado público que de cualquier manera tuviere conocimiento de una infracción penal cuya investigación le corresponda de oficio, procederá sin dilación a iniciarla; y de conformidad con lo prescrito en el 283 ibidem, los funcionarios de instrucción sin esperar denuncia, querella u orden superior alguna— deberán obrar en igual forma cuando quiera que, por información personal, avisos confidenciales, notoriedad pública u otros medios análogos, llegare a su noticia la perpetración de un ilícito de la misma naturaleza.

No está demostrado que el doctor Barbosa Avendaño tratara de averiguar, en la sumaria seguida en el despacho a su cargo contra el doctor Manuel Salge Mosquera, el delito de falsedad en documentos; pero, en la hipótesis de que así hubiera sucedido, su actuación se habría conformado estrictamente a los preceptos legales. La imputación primera de la denuncia, de haber existido, no habría constituído infracción penal. Bien al contrario, la negativa de investigar lo que a su mente se hubiera ofrecido como acción delictuosa, habría hecho incurrir en responsabilidad al Juez por omisión en el ejercicio de sus funciones.

B) Tampoco constituye violación de la ley penal la circunstancia de no haber accedido el doctor Barbosa Avendaño a remitirle al Juez Superior —cuando éste las reclamó a solicitud del apoderado de Salge Mosquera— las diligencias adelantadas contra el denunciante, porque no hay disposición que así lo prescriba.

No consta en el informativo que el Juez Superior le hubiera suscitado al de Circuito colisión de competencias positivas, y por tal motivo no se sabe en qué grado el segundo de dichos funcionarios hubiera podido apartarse de los mandatos legales que regulan la materia. De autos aparece sólamente —por lo que afirma el sindicado— que entre los referidos jueces "surgió entonces un debate de carácter jurídico que a la postre fue resuelto por el Tribunal Superior".

Sea de ello lo que fuere, el doctor Barbosa Avendaño manifiesta que en el proceso contra Salge Mosquera se había configurado un delito del conocimiento de los Jueces de Circuito, y que fue por la comisión de ese hecho por lo que dictó el auto de detención contra aquél. Así debe aceptarse, no habiendo pruebas que infirmen el aserto, porque la competencia para conocer de un negocio —como lo expresó el Tribunal y lo prohija la Sala— no surge de la calificación que el denunciante dé a los hechos, sino de la comprobación de los mismos en la realidad procesal.

En tales condiciones, forzoso es concluír, con el Ministerio Público, que entre el funcionario acusado y el Juez Superior sólo hubo una disparidad de criterios, que no acarrea responsabilidad criminal.

C) Sobre el tercer cargo, basta observar que la actuación del doctor Barbosa Avendaño se cumplió bajo la vigencia del Decreto 2131 de 1º de junio de 1951 "por el cual se dictan algunas normas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo penal y se dictan otras disposiciones", donde se les asignó a los Jueces Municipales el carácter de jefes de instrucción que antes tenían los de Circuito, conservándose para éstos la facultad de aprehender directamente la instrucción de los sumarios en los delitos cuyo conocimiento les corresponda o de designar el funcionario competente para investigarlos.

Verdad es que el Juez acusado entendió que el citado Decreto les había otorgado tal preeminencia a los Jueces Municipales —sin despojar de ella a los de Circuito— sólamente respecto de los funcionarios instructores de inferior categoría, verbigracia los Alcaldes o Inspectores; pero ni aún interpretando así el alcance del nuevo ordenamiento estaba aquél en el deber de comunicarle al Juez Superior de Quibdó la iniciación de la sumaria que se le seguía en su despacho al doctor Salge Mosquera, pues en ninguna de las dos normas pertinentes suspendidas (artículos 64 y 277 del Estatuto Procesal) se les imponía a los Jueces de Circuito esa obligación.

Lo que probablemente ocasionó la confusión del denunciante fue la redacción anfibológica de los dos textos legales.

D) La prueba de que se ha hecho mérito no demuestra que la noticia publicada en Bogotá sobre detención del doctor Salge Mosquera se hubiera obtenido de labios del acusado. Lo que se infiere de las declaraciones de Antonio José Maya y José María Díaz Conto es que el primero la hubo capciosamente del segundo o, al menos, logró que el Personero Municipal de Quibdó implí-

citamente confirmara infidencias de origen no revelado por el corresponsal de "El Tiempo".

Por lo demás —como lo advierte el Tribunal a-quo— el art. 34 de la Ley 29 de 1944 consagra una excepción al principio de la reserva del sumario al facultar a los jueces y funcionarios de instrucción para informar oralmente o por escrito de los "autos de detención o su revocatoria, y excarcelación, sin indicación de los fundamentos de hecho ni de derecho", por cuya virtud el Juez acusado bien habría podido lícitamente dar a conocer el sentido de su providencia.

E) La Sala está de acuerdo con el Tribunal y con los Colaboradores Fiscales de ambas instancias en que la falsedad atribuída al doctor Barbosa Avendaño no se estructuró jurídicamente.

El haberse fechado el auto de detención el 26 de junio de 1954 —sólo existe al respecto la afirmación del doctor Salge Mosquera— y el habérsele notificado a éste tal providencia el 27 de julio siguiente, son hechos que, por sí mismos, no habrían entrañado una mutación de la verdad y que, lejos de perjudicar al denunciante, lo habrían favorecido con una dilación de 30 días en el cumplimiento de la medida precautelativa tomada contra él. En tratándose de dos meses cuyas denominaciones apenas difieren en una letra, parece más bien que se hubiera incurrido —como lo anota la Procuraduría— "en un error mecanográfico, que pasó inadvertido para el funcionario".

Resumiendo, se tiene que el haberse ordenado oficiosamente la investigación del delito de falsedad en las diligencias que cursaban contra el doctor Salge Mosquera en el despacho del Juez acusado, el haberse omitido el aviso de iniciación de las mismas al Juez Superior de Quibdó y el haberse detenido preventivamente al denunciante, **no son hechos considerados en la ley como infracciones penales** (concretamente en los artículos 168, 171, 172 y 295 del Código Punitivo, tal como esos hechos se realizaron); que la falsedad en documentos públicos imputada al mismo funcionario **no existió**, y que la llamada violación de la reserva del sumario **no fue cometida por él.**

Con esta distinción —que el Tribunal no hizo, pues aplicó el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal exclusivamente por el primero de aquellos conceptos— habrá de confirmarse la decisión en estudio.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el señor Procurador Primero Delegado, REFORMA la sentencia consultada en el sentido de aclarar que la cesación del procedimiento decretada en favor del doctor Antenor Barbosa Avendaño obedece a las diferentes razones indicadas en la motivación de este proveído; y —en lo demás— la CONFIRMA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello Secretario.

PECULADO. — CUANDO EL FUNCIONARIO PUBLICO COMETE ESTE DELITO. EL ACTA DE UNA VISITA FISCAL, POR EL HECHO DE PRACTICARSE POR UN EMPLEADO PUBLICO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, TIENE EL CARACTER DE DOCUMENTO PUBLICO.—LA VISITA FISCAL CONTEMPLA LOS MANEJOS QUE HAGA EL EMPLEADO RESPONSABLE DE LOS DINEROS O EFECTOS OFICIALES PUESTOS BAJO SU CUSTODIA, NO LA PERSONA FISICA DEL FUNCIONARIO. — LA PRESENCIA EN EL INFORMATIVO DE LOS DICTAMENES O EXPOSICIONES DEL PERITO FISCAL CONSTITUYEN BASE SUFICIENTE PARA QUE EL JUEZ APOYE SU SENTENCIA

1.—Al tenor de los artículos 150, 151 y 154 del C. Penal, el funcionario público comete el delito de peculado en los siguientes casos: a) cuando le dá a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados; b) cuando hace uso indebido de los mismos o de otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar; y c) cuando por culpa dá lugar a que esos caudales o efectos se pierdan o extravíen.

En el primer caso es menester que la aplicación diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que administra el empleado público tenga también el carácter de oficial con la diferencia de que la operación se sale del ámbito que le está señalado en las disposiciones administrativas, leyes, decretos, convenios o reglamentos, sin que sea indispensable ni siquiera necesario que haya perjuicio para la hacienda pública, requisito éste que sí es imprescindible en el último caso, en el que, además, debe establecerse que la pérdida o extravío obedeció a negligencia o descuido del funcionario, vale decir, que concurra en éste lo que en derecho se denomina culpa. En el segundo caso tampoco es necesario que se produzca daño pues sólo la comprobación del uso indebido, aunque éste no reporte beneficio al infractor o a otra persona, tipifica el delito. De donde se concluye que el objeto jurídico tutelado es el deber de probidad en el manejo de las cosas que se recaudan o administran oficialmente.

2. — El acta de una visita fiscal, dada la circunstancia de que es una diligencia que se practica por un empleado público en ejercicio de sus funciones, es un documento que por este motivo tiene el carácter de público contra el cual sólo es viable la prueba que acredite la falsedad del documento mismo según mandato del artículo 251 del C. de P. Penal.

3.—La visita fiscal contempla los manejos que haga el empleado responsable de los dineros o efectos oficiales puestos bajo su custodia, no la persona física del funcionario, pues así se deduce del artículo 60 de la Ley 42 de 1923 cuyo tenor es: "Cuando un empleado de manejo no presentare cumplidamente, al ser requerido por el funcionario autorizado para la inspección y revisión de la oficina, cualesquiera fondos de que esté encargado, este hecho será grave presunción, para los efectos de esta ley, de que tales fondos han sido sustraídos por dicho empleado o agente para aplicarlos a fines personales". Disposición de la cual se desprende que lo esencial es el requerimiento sin que sea indispensable pero ni siquiera necesaria la presencia del funcionario al tiempo en que se practica la visita, lo cual es apenas lógico dados el carácter y naturaleza de diligencias de esa clase en que se trabaja sobre hechos y cosas objetivos en cuyo estudio se sustrae por completo la persona física del funcionario visitado, lo que al fin y al cabo es una garantía para desentrañar la realidad de las cosas. Formulado, pues, el requerimiento al empleado de manejo sin que éste presente cumplidamente al funcionario competente los fondos que echa de menos, surge desde ese momento la presunción grave de que el empleado ha hecho uso para su provecho personal de esos fondos.

4.—No es necesario que obren en autos documentos tales como el inventario en que se basó la visita fiscal, para la conclusión de los falladores pues aparte de que a éstos no

se les exigen conocimientos técnicos para el desempeño de sus funciones y por tanto no tienen por qué estar capacitados para interpretar tales documentos, la presencia en el informativo de los dictámenes o exposiciones del perito fiscal constituyen base suficiente para que el Juez apoye su sentencia. Igualmente, y como un juicio de cuentas, aún sin alcance, "no tiene ninguna repercusión en el proceso penal seguido por uso indebido de los caudales públicos contra el funcionario público que los administra", no se ve tampoco para qué se requiera en el informativo la base de un auto de fenecimiento definitivo que sí surte efectos en el campo civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, junio seis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y seis, condenó a **José Antonio Rosero Arismendi** a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de peculado.

Contra esa sentencia recurrió en casación el defensor del procesado, y llegada como ha sido la hora de decidir en definitiva del negocio, a ello se procede en la siguiente forma:

Hechos y actuación procesal

José Antonio Rosero Arismendi desempeñó el cargo de Almacenista de la Reconstrucción de Tumaco en el lapso comprendido del 1º de febrero de 1949 hasta el 23 de enero de 1950, fecha en que fue reemplazado por el señor Ernesto Canal F. Entre los días 9 de enero y 2 de febrero de 1951 un visitador fiscal de la Contraloría General de la República practicó una minuciosa visita al Almacen de la Reconstrucción de Tumaco, examen contable que abarcó desde la fecha en que se estableció dicho Almacén (2 de julio de 1948) hasta el día en que el Ministerio de Obras Públicas ordenó suspender todos los trabajos que se adelantaban en aquel puerto (5 de agosto de 1950). Durante este período desempeñaron el cargo de Almacenistas los señores Luis E. Camacho (2 de julio de 1948 a 31 de enero de 1949); José Antonio Rosero Arismendi (1º de febrero de 1949 a 23 de enero de 1950) y Ernesto Canal F. (24 de enero de 1950 a 5 de agosto del mismo año). La revisión del movimiento del Almacén se hizo por grupos de inventarios, mes por mes, y por capítulos divididos entre "Elementos de consumo" y "Elementos devolutivos", según aparece del acta respectiva (folios 10 a 23, cuaderno I), revisión que demostró la existencia de un faltante por valor total de $ 31.710.94 del cual se responsabilizó proporcionalmente a los tres almacenistas citados, en la siguiente forma: $ 897.18 a Luis F. Camacho; $ 11.956.98 a José Antonio Rosero Arismendi y $ 18.956.78 a Ernesto Canal F.

El proceso fue instruído por el mismo Visitador Fiscal en desarrollo de las facultades de funcionario de instrucción que para estos casos le confiere la ley y quien lo remitió oportunamente a las autoridades jurisdiccionales previo decreto de detención para los tres almacenistas. El Juez competente (Segundo Superior de Pasto) dispuso adelantar sendos procesos, uno de los cuales es el presente cuyo mérito fue calificado por el señor Juez Tercero Superior dictando auto de proceder contra Rosero Arismendi por un delito de peculado, decisión que confirmó el Tribunal al conocer de ella por apelación.

La primera instancia concluyó con sentencia condenatoria consistente en la pérdida del empleo y la devolución de la suma deducida como alcance, vale decir, se consideró a Rosero Arismendi incurso en la infracción contemplada en el art. 154 del Código Penal, fallo con el cual no estuvo de acuerdo el Tribunal pues al desatar la consulta que de él se hizo lo revocó y condenó al procesado a la pena de cuatro años de presidio y accesorias de rigor, y además a la devolución de la suma mencionada. Esta sentencia fue la recurrida en casación con apoyo en las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda

Por ser ello lo lógico se procederá a estudiar primero lo relativo a la causal segunda. La acusación se basa en que el Tribunal dio pleno valor probatorio al acta de la visita practicada al Almacén de la Reconstrucción de Tumaco, valor de que carece por cuanto la visita se practicó cuando ya el presunto responsable había dejado de ser

almacenista y, por consiguiente, no tiene aplicación al caso de autos la presunción contenida en el artículo 60 de la Ley 42 de 1923. Además critica el recurrente el hecho de que se hayan tomado en consideración varios documentos cuya autenticidad no está demostrada, uno de los cuales es el inventario por el cual recibió el acusado el Almacén el que no ha sido reconocido por éste ni se halla glosado al informativo, y agrega: "... la discriminación del alcance se hizo con base en esos inventarios que no son auténticos ni existen en el expediente, luego esa acta de visita no puede ser plena prueba de un alcance".

"Lo anterior nos lleva a la siguiente conclusión: Un acta de visita practica (sic) mucho tiempo después de que un empleado ha sido cambiado de su puesto, no constituye prueba de la responsabilidad del empleado en el manejo de ese puesto, y esto por lo siguiente: al dejar en poder de otro los comprobantes, al dejar de cuidar los recibos, éstos pueden desaparecer, pueden perderse, y esa culpa ya no incumbe al empleado anterior sino al que actualmente desempeña la oficina visitada. En nuestro caso los comprobantes presentados por Canal, ofrecían un desfalco, pero ese desfalco puede ser efectivo como puede ser ficticio. Es decir pudo dejar Rosero ese faltante, o lo que sucedió no era sino que no pudo comprobarse el egreso por falta de comprobante. Y esta falta de comprobantes puede decirse que depende o de que no se realizaron, o de que se perdieron por culpa o descuido del nuevo empleado. Y si en un acta de visita se hace mención de un inventario, y este inventario no se lo adjunta al acta, dejando sin reconocimiento ese inventario, esa acta basada en documentos no auténticos no es auténtica. Luego el acta de visita de nuestro caso no es auténtica porque está basada en documentos apócrifos, como lo son los inventarios sin reconocimiento, o sin prueba de su autenticidad. Los alcances en casos como el presente solamente se establecen por medio de fenecimientos con cargo, cargos no comprobados o desvanecidos por el respectivo inculpado".

Otra acusación es la de que en la sentencia no se le dio su verdadero valor probatorio a varios testimonios recibidos durante la causa, encaminados a demostrar que varios de los elementos faltantes fueron recibidos por Rosero sólo en forma simbólica, debido a que se hallaban en lugares distintos y alejados de la localidad donde él recibió y que allí pueden estar todavía, razón por la cual no se le puede responsabilizar por ellos y consecuencialmente no se sabe la cuantía del desfalco y la pena aplicable, si es que es merecedor a alguna. Textualmente dice el recurrente: "Si a Rosero se le condena a cuatro años de presidio es porque se dice que la cuantía de la (sic) desfalcado asciende a más de $ 3.000.00. Entonces era obligatorio en la acusación demostrar en cuánto quedaba esa cuantía después de descontar los elementos perdidos y quedados en esos lugares. Esa cuantía es indispensable para medir la pena. Mientras ella no se establezca, mientras no se la sepa a ciencia cierta, no puede darse aplicación a los cuatro años de presidio. Muy bien puede decirse que estos elementos del Río Mira, de El Diviso y de Pasto, constituyen todos los $ 11.856.93, que dizque (sic) faltan en el acta de visita".

A todo lo anterior contesta con acierto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expresando que los cargos no tienen fundamento, primeramente porque el acta de visita fiscal allegada al informativo es un instrumento público por cuanto está "expedido con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones" lo que hace que contra él no se admita prueba distinta a la que acredite la falsedad del documento mismo (artículo 251 del C. de P. P.), cosa que no se discute en la demanda, la que sólo se concretó a negarle el valor probatorio al acta y, por lo tanto, ésta conserva su valor de plena prueba. Así José Antonio Rosero Arismendi está en la obligación de responder del alcance de conformidad con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 42 de 1923, que dice: "Todo empleado o agente del Gobierno de la República, cuyas atribuciones permitan o exijan la posesión o custodia de caudales o propiedades públicos, será responsable de éstos, y de su custodia, de conformidad con las disposiciones de esta Ley", responsabilidad ésta indiscutiblemente civil que tiene sus repercusiones en el campo penal por obra del artículo 60 de la misma Ley que establece una grave presunción contra el empleado de manejo de ser responsable de peculado, cuando no presentare cumplidamente al ser requerido, los fondos de que esté encargado. Presunción que si bien es cierto es simplemente legal y no de puro derecho, ello no demerita su carácter de plena prueba atendiéndose a su gravedad, según los términos del artículo 664 del Código de Procedimiento Civil aplicable aquí por la vía del artículo 7º del C. de P. P. ya que dicha norma reza: "Una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del Juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento".

Agrega que el demandante confunde el objeto

de la visita con la presencia del empleado responsable en el acto de la diligencia pues "lo que es susceptible de la visita fiscal no son las personas físicas de los empleados de manejo, sino sus manejos mismos, por acción u omisión, de los dineros o efectos del Estado puestos bajo su responsabilidad. Y las expresiones: visita a Camacho, visita a Rosero o visita a Canal, no deben entenderse sino como la revisión de sus actuaciones durante el ejercicio de sus funciones". Advierte, además, que el artículo 60 de la Ley 42 de 1923 no exige para que se configure la presunción la presencia física del empleado de manejo visitado, pues dicha disposición sólo expresa que si el "empleado de manejo no presenta cumplidamente, al ser requerido por el funcionario autorizado" cualesquiera fondos de que esté encargado, este hecho será grave presunción..., etc.", requerimiento que en el caso de autos debe entenderse debidamente cumplido con la indagatoria, "diligencia ésta en la cual puede, el agente pasivo de la acción penal, dar cuantas explicaciones crea convenientes para la defensa de sus derechos" y que en el caso de autos se cumplió sin que por parte del acusado se hiciera la "presentación cumplida" del faltante, sino que, por el contrario, éste confesó "estar dando uso indebido a varios elementos del Estado que mantenía al servicio particular suyo, en su casa de habitación, porque no se los había exigido el nuevo Almacenista", y la expresión, de suyo significativa, de que "no había faltantes de consideración" cuando entregó el almacén a su sucesor, todo lo cual indica que "está aceptando, con reticencias, el alcance que fue descubierto por el Visitador.

Respecto a las dudas e interrogaciones que plantea el demandante y que parecen indicar que éste considera necesaria la agregación física al proceso de toda la documentación que tuvo en cuenta el Visitador, dice el señor Agente del Ministerio Público que esto "no es procedimentalmente viable, dado que esa agregación y las posibles alegaciones de las partes sobre tales materias, en nada podrían hacer variar el criterio del juzgador ante los conceptos y dictámenes calificatorios de las mismas rendidos por el perito Fiscal", que en este caso es un auxiliar de la justicia. Tales alegaciones en cuanto a inventarios, recibos, etc., que sirvieron de elementos de juicio al perito fiscal, hubieran sido oportunas y conducentes ante éste quien sí estaba en capacidad de contestarlas. Y en cuanto a la afirmación del recurrente de que "los alcances en casos como el presente solamente se establecen por medio de fenecimientos con cargo, cargos no comprobados o desvanecidos por el respectivo inculpado" contrapone el Sr. Procurador lo dicho por esta Corporación en sentencia del 12 de julio de 1955 (G. J. número 2155, pág. 786) a saber: "Un juicio de cuentas, aún sin alcance, no tiene ninguna repercusión en el proceso penal seguido por uso indebido de los caudales públicos contra el funcionario público que los administra".

En relación con el cargo de que la sentencia desconoció el valor probatorio de los testimonios recibidos dentro del plenario que, como se vio, se encaminan a demostrar que Rosero Arismendi dio por recibidos muchos elementos sin haberlos visto ni cerciorádose de su existencia real, el señor representante de la sociedad se manifiesta de acuerdo con lo expresado por el Tribunal y agrega que esa prueba testimonial no tiene fuerza suficiente para modificar los resultados de la visita cuya acta es un documento público contra el cual no se admite sino la prueba de su falsedad.

Se considera:

Al tenor de los artículos 150, 151 y 154 del Código Penal el funcionario público comete el delito de peculado en los siguientes casos: a) cuando le dá a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados; b) cuando hace uso indebido de los mismos o de otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, y c) cuando por culpa dá lugar a que esos caudales o efectos se pierdan o extravíen.

En el primer caso es menester que la aplicación diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que administra el empleado público tenga también el carácter de oficial con la diferencia de que la operación se sale del ámbito que le está señalado en las disposiciones administrativas, leyes, decretos, convenios o reglamentos, sin que sea indispensable ni siquiera necesario que haya perjuicio para la hacienda pública, requisito éste que sí es imprescindible en el último caso, en el que, además, debe establecerse que la pérdida o extravío obedeció a negligencia o descuido del funcionario, vale decir, que concurra en éste lo que en derecho se denomina culpa. En el segundo caso tampoco es necesario que se produzca daño pues sólo la compróbación del uso indebido, aunque éste no reporte beneficio al infractor o a otra persona, tipifica el delito. De donde se concluye que el objeto jurídico tutelado

es el deber de probidad en el manejo de las cosas que se recaudan o administran oficialmente.

En cuanto al primer cargo, cabe hacer las siguientes consideraciones:

Ninguna de las formalidades requeridas por la ley se echa de menos en el acta de la visita fiscal que obra en autos, diligencia que por haber sido practicada por un empleado público en ejercicio de sus funciones le dá al documento en que ella consta el carácter de instrumento público contra el cual sólo es viable —como oportunamente lo anota el señor Procurador— la prueba que acredite la falsedad del documento mismo según mandato del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, punto que no tocó para nada la demanda, la cual se encaminó a afirmar que dicha acta carece del valor probatorio que le dio el Tribunal en razón a que el presunto responsable ya había dejado de ser almacenista cuando se practicó la visita fiscal y por cuanto no aparece glosada al expediente toda la documentación que le sirvió al visitador para sus conclusiones. Bien critica la contraparte estas acusaciones cuando expresa que son los manejos que haga el empleado responsable de los dineros o efectos oficiales puestos bajo su custodia los que contempla la visita y no la persona física del funcionario como parece darlo a indicar la demanda, pues así se deduce del artículo 60 de la Ley 42 de 1923 cuyo tenor es:

"Cuando un empleado de manejo no presentare cumplidamente, al ser requerido por el funcionario autorizado para la inspección y revisión de la oficina, cualesquiera fondos de que esté encargado, este hecho será grave presunción, para los efectos de esta ley, de que tales fondos han sido sustraídos por dicho empleado o agente para aplicarlos a fines personales'. Disposición de la cual se desprende que lo esencial es el requerimiento sin que sea indispensable pero ni siquiera necesaria la presencia del funcionario al tiempo en que se practica la visita, lo cual es apenas lógico dados el carácter y naturaleza de diligencias de esa clase en que se trabaja sobre hechos y cosas objetivos en cuyo estudio se sustrae por completo la persona física del funcionario visitado, lo que al fin y al cabo es una garantía para desentrañar la realidad de las cosas. Formulado, pues, el requerimiento al empleado de manejo sin que éste presente cumplidamente al funcionario competente los fondos que echa de menos, surge desde ese momento la presunción grave de que el empleado ha hecho uso para su provecho personal de esos fondos, lo que ocurre en el caso **sub-judice**, en que no solamente se dejaron de presentar los fondos cuya entrega se exigía sino que el empleado requerido, explicando que no le habían sido exigidos por el nuevo almacenista, confesó tener a su servicio en su casa de habitación varios elementos del Estado y expresó que había faltantes, aunque no de consideración, en el momento de entrega del almacén a su sucesor.

En relación con el cargo de que no se agregaron al expediente varios documentos entre ellos el inventario en que se basó la visita, bien se ve que su existencia no era necesaria para la conclusión de los falladores pues aparte de que a éstos no se les exigen conocimientos técnicos para el desempeño de sus funciones y por tanto no tienen por qué estar capacitados para interpretar tales documentos, la presencia en el informativo de los dictámenes o exposiciones del perito fiscal constituye base suficiente para que el juez apoye su sentencia. Y como un juicio de cuentas, aún sin alcance —ya lo ha dicho la Corte—, "no tiene ninguna repercusión en el proceso penal seguido por uso indebido de los caudales públicos contra el funcionario público que los administra", no se ve para qué se requiera la base de un auto de fenecimiento definitivo que sí surte efectos en el campo civil.

Ahora bien: durante el plenario rindieron declaración los señores Marcial G. Martínez, Tancredo Burgos, Segundo Chaves y Segundo D. Rosero, quienes afirman que el sindicado dio por recibidos al hacerse cargo del Almacén muchos materiales, utensilios y útiles que se hallaban en Pasto, El Diviso y el Río Mira por constar así en el el kardex y no porque se hubiera cerciorado de su existencia real viéndolos y contándolos. El Tribunal no encontró con razón en esta prueba testimonial base suficiente para desestimar los resultados de la visita, cuya acta es un documento público contra el cual sólo se admite la prueba de su falsedad, porque los declarantes se refieren a dichos bienes y efectos de consumo en forma abstracta "sin individualizar la cantidad y clase de tales elementos" lo que no permite "establecer la verdad de la razón justificativa que se ha tratado de demostrar". Y concluye: "Sin saberse previamente la clase de bienes que no le fueron entregados, tampoco es dable conocer el valor de ellos para restarlo de la suma que se le dedujo en su contra como alcance. La prueba indicada falla de consiguiente, por vaga e imprecisa". A lo anterior puede agregarse que los testigos no han afirmado que con posterioridad Rosero Arismendi no hubiera podido confrontar objetivamente la existencia de tales elementos, ni que

hubiese dado de baja en el kardex los que hubieran faltado indicando la razón de su desaparición; ni que en las cuentas mensuales que rendían no iba explicando todo ello; ni si a su sucesor entregó de igual manera simbólica o físicamente aquellas cosas; ni que, en fin, el Visitador Fiscal no tomó cuenta y razón de aquella situación para deducir el faltante conocido en autos, como lo hace ver el señor Procurador, quien con perspicacia anota además: "Como dato significativo de que Rosero Arismendi sí pudo haber entregado a su sucesor Canal y, por tanto, recibido los elementos que se hallaban en los lugares de que habla el demandante, está lo expresado por éste en su indagatoria (f. 77), cuando dice: 'El faltante de que trata la pregunta inmediatamente anterior, me fue deducido a mí, pero hago la aclaración de que hasta esa fecha de la entrega, me faltaba por entregar los elementos que se hallaban en los trabajos del Acueducto del Río Mira, como también en las bodegas de El Diviso'...".

No prospera la causal segunda de casación.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

La acusación estriba en que en la sentencia se aplicó el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 el cual apenas empezó a regir en el mes de septiembre de 1951 siendo así que Rosero Arismendi dejó de ser almacenista desde enero de 1950, vale decir, que se le dio carácter retroactivo a una disposición desfavorable al reo.

Se considera:

La parte resolutiva del fallo acusado es del tenor siguiente:

"...Por lo expuesto, el Tribunal... de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar CONDENA a José Antonio Rosero Arismendi, mayor de edad y vecino de Tumaco, a sufrir por la violación del artículo 151 del C. P. en armonía con el artículo 3º del Decreto Ejecutivo número 1851 de 1951, la pena corporal de **Cuatro años de presidio**, en consideración a que no aparecen acreditadas en su contra circunstancias de mayor peligrosidad".

En realidad de verdad el Tribunal no aplicó ninguna de las disposiciones que cita en la parte resolutiva pues el Decreto Ejecutivo además de que se refiere a unos nombramientos en el ramo de Guerra no tiene artículo 3º y el artículo 151 del C. P. trata del peculado que se tipifica cuando se reintegran las sumas o los efectos de que se ha hecho uso indebido antes de que se inicie la investigación. Fue un descuido criticable —nc anotado en la demanda— que es bueno no pasar inadvertido pero que en nada influye en el fallo que dio aplicación al artículo 153 del Código Penal como se deduce de la parte motiva de la providencia y dado que resolvió "de acuerdo con el concepto del señor Fiscal" funcionario que pidió se condenara al procesado a cuatro años de presidio, "conforme al artículo 153 del Código Penal". Por su parte, la cita que quiso hacer el Tribunal del Decreto 1858 no modifica para nada el resultado a que se llegó pues a lo sumo servía para señalar el monto de la pena aplicable al acusado que es exactamente igual al indicado en el artículo 153. Es decir, tal cita resultó enteramente innocua como lo comprueba la Procuraduría.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE REVISION. — MIENTRAS NO OBRE EN AUTOS COPIA DEL INFORME SECRETARIAL QUE SE DICE FALSO Y QUE CONDUJO AL EMPLAZAMIENTO Y DECLARATORIA DEL REO AUSENTE, NO SE PUEDE AFIRMAR QUE SE IMPIDIO EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA PLENO Y, CONSIGUIENTEMENTE, TAMPOCO PUEDE DECIRSE QUE HUBO VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Para poder afirmar que la declaratoria de reo ausente, con base en un informe falso de la Secretaría del Juzgado, impidió el ejercicio pleno del derecho de defensa y que hubo violación del art. 26 de la Constitución Nacional, debe traerse a los autos la copia de aquel informe que condujo al emplazamiento, pues de lo contrario se ignoran las bases que hubo para decretarlo. Sin ella, es imposible afirmar que el emplazamiento hubiese tenido origen viciado, que sea falsa la prueba que engendró la orden de citación, el emplazamiento mismo y la actuación subsiguiente. No es suficiente la aseveración del secretario del Juzgado sobre la existencia de un único telegrama en que se solicita la captura del procesado, para inferir que la afirmacin de la Secretaría era falsa, dado que se desconoce el escrito correspondiente. La Corte, dejó muy en claro, en providencia de 12 de mayo de 1956 (Gaceta Judicial Tomo LXXXIII, 627 ss.), cómo para que el recurso de revisión prospere, cuando hay falsedad en un informe Secretarial, básico para la declaratoria de reo ausente y que hace que la actuación posterior influya definitivamente en el fallo y se considere al reo ajeno al juicio, es necesario que "se demuestre plenamente que la declaratoria de 'reo ausente' tuvo lugar respecto de una persona que hallándose presente en el lugar del juicio, previa comprobación de esta circunstancia por un informe no ceñido en un todo a la verdad, el funiconario hace la declaratoria de 'reo ausente' y se adelanta el proceso en contumacia". Así, pues, debe demostrarse que la noticia dada por el secretario y que originó el auto en que se ordenó el emplazamiento, era falsa. Y ello sólo podría hacerse mediante el conocimiento directo de la pieza atacada como falsa y del resto de pruebas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, junio seis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Agotados los trámites legales, debe decidirse acerca de la revisión en la causa seguida contra ALBERTO BEJARANO B. por el delito de hurto, que culminó con sentencias, ya ejecutoriadas, proferidas por el Juzgado Noveno de este Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El 5 de mayo de 1948, el procesado entraba como portero del "Dormitorio Nemesio Camacho" dependencia de la Cruz Roja en esta ciudad; por razón del empleo, le fueron entregadas las llaves de los depósitos de víveres allí existentes con destino a los perjudicados en los hechos del mes de abril anterior. Religiosas de la Presentación, encargadas del orden interno del establecimiento, el 14 de junio del mismo año, registraron la habitación de Bejarano, que se había retirado, con el fin de determinar si persona distinta a éste se encontraba allí, con el resultado de que, en vez de dicha persona, hallaron once cajas de sardinas, con capacidad de cincuenta latas cada una, pertenecientes a lo almacenado en los lugares cuyas llaves manejara el procesado. Habiendo regresado éste entre tanto, y viéndose descubierto, utrajó de palabra a las religiosas y las amenazó con puñal, pero en definitiva se retiró para no regresar más.

Surtida la tramitación pertinente, el 6 de junio de 1953 se llamó a responder en juicio ordinario, como autor del delito de hurto, a Alberto

Bejarano; en la providencia se lee, además "...líbrese boleta de captura, ya que hay un auto de detención por cumplirse, por cuanto el procesado ha eludido la acción de la justicia no habiendo sido (posible?) hasta ahora su aprehensión". El 14 de noviembre de 1953, se fijó edicto emplazatorio, pero el 4 de julio del mismo año ya se había dirigido telegrama al Alcalde Municipal de Gama, de donde es oriundo el procesado, a fin de que le capturase y le presentase al Juzgado, cuyo secretario, en 16 de agosto de 1956, hizo constar, además, entre otros puntos, que el defensor de oficio "se limitó a interponer el recurso de apelación contra el auto enjuiciatorio y, luego, a firmar las distintas constancias sobre notificación personal que se le hiciera de los autos de apertura a prueba, y señalamiento de días y hora para la celebración de la audiencia pública, a la cual no concurrió".

Confirmado por el superior el llamamiento a juicio, en cuya providencia se reafirma la fuga de Bejarano B. y la falta de posterior captura, el 19 de octubre de 1954 se dictó sentencia contra Bejarano como responsable de hurto, tomando como punto de partida el artículo 36 y el numeral 1º del artículo 398 del C. P. y atendiendo la circunstancia del numeral 1º del artículo 37 del mismo código, aunque se hubiese reconocido una circunstancia de menor peligrosidad —la primera del artículo 38 del C. P.— Así dedujo el Juzgado que la pena imponible era la de tres años y cuatro meses de prisión, y ésta fue la sanción aplicada como principal, fuera de las accesorias y demás condenaciones pertinentes.

La sentencia de primera instancia también se refiere por modo directo a la fuga del procesado y al hecho de no haber sido nuevamente privado de libertad, tanto en la parte motiva —"la posterior fuga de la cárcel donde había sido detenido"—, como en la resolutiva —numeral 6º— Fue confirmada esta providencia por el superior, en su totalidad, a virtud de consulta, el 8 de junio de 1955.

La demanda y su sustentación:

Se presentó demanda acompañada de copias en que no se encuentra ni el auto que ordenó el emplazameinto ni el informe que debió antecederlo y servirle de base; en cambio se presentó con aquel escrito la constancia atrás aludida, que expidió el secretario del Juzgado, y una certificación del Servicio de Inteligencia Colombiano según la cual Bejarano B. ocupó cargos en aquellas dependencias de julio de 1953 a abril de 1955, que al ingresar Bejarano B. al servicio no se le conocían malos antecedentes y que en su hoja de vida no aparece constancia de requerimiento alguno judicial ni policivo.

En la demanda y en el escrito que se presentó para sustentarla se invoca la tercera de las causales de revisión contenidas en el artículo 571 del C. P. P. por estimar que el fallo fue determinado por una prueba falsa, dado que al hacer el emplazamiento no se habían cumplido las formalidades señaladas por el artículo 433 del código citado, y Bejarano B. no estuvo oculto; se agrega que, además de la inactividad en el defensor de oficio, "resulta evidente que el señor Bejarano fue juzgado a sus espaldas, negándosele el derecho de nombrar un apoderado que sí cumpliera la obligación de ejercer su defensa". Se afirma igualmente que se violó el artículo 112 del C. P. por cuanto ni el defensor invocó ni el funcionario declaró de oficio la prescripción de la acción, que se había consumado antes de estar en firme el llamamiento a juicio. Estima, en fin, el recurrente que el caso de autos coincide y tiene "impresionante similitud" con otro fallado por la Corte en que se ordenó la revisión del proceso (G. J. Tomo LXXXII, 627 ss.)

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador General de la Nación estima que el recurso no debe prosperar. Después de una síntesis de los hechos y de la demanda, anota cómo en ésta no se atacan las pruebas que determinaron la condenación del procesado, sino que apenas se señala cómo dejaron de cumplirse formalidades previas a la declaración de reo ausente y se concluye que tal acto adolece de falsedad intrínseca. Pero se trata de una irregularidad que no constituye delito, que ni está prevista como causal de nulidad ni tiene características de nulidad supralegal; tampoco tal irregularidad fue negación del derecho en la defensa porque la garantía de ésta, constitucionalmente establecida, se suple de acuerdo con la ley en casos como el presente, mediante el defensor de oficio, cuya responsabilidad puede exigirse, a solicitud de parte u oficiosamente.

Tocante a la presunta semejanza entre este caso y aquel otro a que se refiere la demanda, el Ministerio Público hace resaltar las divergencias, sentando de antemano la proposición de que Bejarano B. se fugó a raíz de la iniciación de las diligencias sumarias. Finalmente señala cómo la prescripción de la acción no había aún acaecido cuando se ejecutorió el auto de proceder, dado

que al caso presente eran aplicables los artículos 1º de la ley 4ª de 1943 y 398, en su inciso 1º, del C. P.

Estudio de la Corte

Del contexto de la demanda y de su sustentación surge nítido el pensamiento de que no se trata en ninguna forma de desvirtuar las pruebas de responsabilidad, sino de afirmar que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por haberse impedido el ejercicio del derecho de defensa pleno, debido a la declaratoria de reo ausente, con base en una presunta información falsa de la secretaría. Pero falta precisamente copia del informe secretarial que condujo al emplazamiento, de donde se ignoran las bases que hubo para decretarlo. Así las cosas, es imposible afirmar que el emplazamiento hubiese tenido origen viciado, que sea falsa la prueba que engendró la orden de emplazamiento, el emplazamiento mismo y la actuación subsiguiente. No es suficiente la aseveración del secretario del Juzgado sobre la existencia de un único telegrama en que se solicita la captura del procesado, para inferir que la afirmación de la secretaría era falsa, dado que se desconoce el escrito correspondiente. La Corte dejó muy en claro, en el fallo a que se refiere el recurrente, cómo para que el recurso de revisión prospere, cuando hay falsedad en un informe secretarial, básico para declaratoria de reo ausente y que hace que la actuación posterior influya definitivamente en el fallo y se considere al reo ajeno al juicio, es necesario que "se demuestre plenamente que la declaratoria de "reo ausente" tuvo lugar respecto de una persona que hallándose presente en el lugar del juicio, previa comprobación de esta circunstancia por un informe no ceñido en un todo a la verdad, el funcionario hace la declaratoria de "reo ausente" y se adelanta el proceso en contumacia". Así, pues, ha debido demostrarse que la noticia dada por el secretario y que originó el auto en que se ordenó el emplazamiento era falsa, y ello sólo podría hacerse mediante conocimiento directo de lo que se piensa no ser ceñido a la verdad y del resto de pruebas aducidas para desvirtuarlo; las piezas allegadas no son suficientes para demostrar la falsedad del informe, porque éste es desconocido y así no se estableció relación alguna entre él y hechos que lo pudieran contradecir.

Debe procederse, en consecuencia, de acuerdo con el artículo 574, inciso 3º del C. PP.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— oído el concepto del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Negar la revisión de la causa que, por el delito de hurto se siguió a ALBERTO BEJARANO B. en el Juzgado 9º de este Circuito y en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y que culminó, respectivamente, con las sentencias de 19 de octubre de 1954 y 8 de junio del año siguiente;

2º Ordenar que se remitan las presentes diligencias, por conducto del Tribunal Superior de este Distrito, al Juzgado 9º del Circuito Penal de la ciudad, dejando copia de este fallo en la Corte.

Cópiese, notifíquese.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R. Secretario.

MAXIMO DE PENA QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA DECIDIR DE LA ADMISIBILIDAD DE UN RECURSO DE CASACION CUANDO DEL JUICIO CONOCIO EN PRIMERA INSTANCIA UN JUEZ DE CIRCUITO

Al tenor del artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, para que sea procedente el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial en causas de que hayan conocido los jueces de circuito, es necesario que el delito investigado tenga señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

La Sala ha interpretado esta disposición en el sentido de que el punto de partida que allí se indica (cinco años o más) "no se refiere a la sanción establecida para las infracciones previstas GENERICAMENTE en la ley, en abstracto, sino a la ESPECIFICA resultante de relacionar la pena señalada para el delito base con la deducida en la respectiva sentencia por razón de las modalidades objetivas y subjetivas de cada caso sub-judice" (fallos de 21 de septiembre, 22 de octubre y 10 de diciembre de 1954; 12 de enero, 5 de febrero y 26 de julio de 1955).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de fecha veintiseis de marzo del año en curso, condenó a Azael, Argemiro y Marco Fidelio Burbano, a la pena principal de un año de presidio y accesorias de rigor, como responsables del delito de lesiones personales.

Contra esa sentencia recurrió en casación el defensor de los procesados y como se halla vencido el término del traslado establecido en el inciso primero del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, para resolver sobre la admisibilidad del recurso,

Se considera:

Al tenor del artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, para que sea procedente el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial en causas de que hayan conocido los jueces de circuito, es necesario que el delito investigado tenga señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

La Sala ha interpretado esta disposición en el sentido de que el punto de partida que allí se indica (cinco años o más) "no se refiere a la sanción establecida para las infracciones previstas genéricamente en la ley, en abstracto, sino a la específica resultante de relacionar la pena señalada para el delito base con la deducida en la respectiva sentencia por razón de las modalidades objetivas y subjetivas de cada caso sub-judice" (fallos de 21 de septiembre, 22 de octubre y 10 de diciembre de 1954; 12 de enero, 5 de febrero y 26 de julio de 1955).

En uno más reciente dijo: "La ley establece como requisito esencial para el recurso de casación en los delitos de que conocen los Jueces de Circuito, que el hecho tenga como pena privativa de la libertad personal una sanción cuyo máximo sea o exceda de cinco años; ello quiere decir que la pena debe corresponder a un hecho punible, concreto y determinado, no sólo en sus elementos objetivos y subjetivos, sino también en cuanto a las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, porque es la suma de los factores específicos e individualizados los que determinan la sanción imponible de acuerdo con la ley, la cual sirve de base para conceder o negar en cada caso concreto el recurso de casación. La sanción debe consultar no sólo la norma base de la disposición violada, sino aquellos preceptos que influyen en la determinación de la pena por ser modificadores de la responsabilidad. En estos casos la sanción que corresponde al delito no es únicamente la que reprime el hecho en su forma genérica, sino la imponible para el caso sub-judice, o sea la resultante de combinar la disposi-

ción principal con todas aquellas normas que por contemplar situaciones especiales en las cuales se realiza el hecho —riña imprevista, ira o intenso dolor o complicidad correlativa— le dan al delito una fisonomía particular y lo tipifican para efecto de la pena en una modalidad distinta a la que contempla la disposición base". (fallo de 29 de marzo de 1957).

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina anterior, el recurso de casación interpuesto por el señor defensor de los procesados no puede admitirse, dado que la acción delictuosa quedó ubicada en el inciso 2º del artículo 374 del C. P. en armonía con el art. 385 de la misma obra, el primero de los cuales señala como pena imponible la de dos a seis años de presidio que el último disminuye de una sexta parte a la mitad, y habida consideración a que los tres mencionados sujetos fueron sancionados en grado mínimo, de acuerdo con la gravedad y modalidades del hecho ilícito, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad y la personalidad de los delincuentes, factores todos que hacen que el máximo imponible no alcance a los cinco años que determina la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara INADMISIBLE el recurso de casación de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA. — NO HAY DELITO CUANDO LA DETENCION SE LLEVA A CABO DE ACUERDO CON LA LEY. — FALSAS IMPUTACIONES A LAS AUTORIDADES.—QUIEN DEMANDA NO ADQUIERE LA OBLIGACION DE PROBAR LOS CARGOS

1. El delito de detención arbitraria consiste en la privación de la libertad que hace el funcionario público abusando de sus funciones y omitiendo el cumplimiento de requisitos que la Constitución y las leyes le exigen para detener. La calidad de funcionario público, por una parte, el abuso de funciones inherentes a su cargo, por otra, y la omisión de normas legales que regulan el hecho, son elementos que estructuran en cada caso concreto el delito de detención arbitraria.

Cuando la detención se lleva a cabo como resultado de una investigación y en dicha providencia se analiza el hecho averiguado; los elementos probatorios allegados para demostrar la existencia del mismo; las pruebas que sirven de base para demostrar la imputabilidad del autor o autores o partícipes de la infracción, dándole una calificación legal y determinando las sanciones que lo reprimen, no puede decirse que se ha cometido delito de detención arbitraria, porque el cumplimiento de normas constitucionales y de procedimiento, no implican abuso de funciones ni extralimitación de las mismas.

2. Cuando se formula una denuncia, quien lo hace no adquiere el deber o el imperativo categórico de probar que los hechos denunciados son ciertos y evidentes. Basta la posibilidad de que ellos se hayan realizado para que la denuncia pierda el carácter de temeraria, ya que la demostración de la verdad es precisamente uno de los objetos fundamentales del procedimiento. Existe un deber legal cual es el de denunciar los delitos, pero la ley en ningún caso trae como corolario correlativo a ese deber, la obligación de demostrarlos. Sería temeraria la denuncia si quien la hace procede "a sabiendas" es decir, con conocimiento cierto y seguro, con deliberación previa y plena de que el hecho constitutivo de la denuncia es falso y sin consistencia alguna. Pero, en el caso de estudio, si bien es verdad que los hechos no fueron probados, ello no implica que la denuncia se hubiera formulado con el exclusivo propósito de causar un mal; es decir, "a sabiendas" y con dolo de que los hechos eran falsos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente Dr. Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

Por apelación y consulta se revisa la providencia de trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por al cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales sobresee definitivamente en favor del doctor Fabio Calderón Botero, por los cargos materia de la presente investigación.

Hechos

En el Juzgado Promiscuo de La Dorada, cursaba un proceso por el delito de "falso testimonio" en contra del doctor Jaime Salomón Umaña. El Juez del conocimiento doctor Fabio Calderón Botero ordenó la detención del sindicado disponiendo que el procedimiento se adelantara por los trámites de la ley 48 de 1936, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1426 de 1950.

El denunciante estima que en la tramitación del negocio se cometieron varias irregularidades constitutivas de delito, y por esos hechos presenta la denuncia así:

Detención arbitraria, por haber dispuesto la detención preventiva del sindicado, y ordenar seguir el proceso por los trámites de la ley 48 de 1936, toda vez que, el negocio debía someterse al procedimiento contemplado en el Código de Procedimiento Penal, hecho que también, lo califi-

ca de abuso de autoridad, caracterizándolo por la circunstancia de haber impartido órdenes al Director de la Cárcel de ese Circuito "con el fin de que se le dé un tratamiento injusto y que no se le permita ninguna clase de garantías y consideraciones".

Falsedad en documentos públicos por haber dictado la providencia de nueve de abril de 1954, siendo evidente que, el Juez doctor Fabio Calderón Botero, estaba ausente de la ciudad y por consiguiente del Juzgado, como también, el haber recibido varias declaraciones de testigos sin las formalidades legales.

Violación de la reserva del sumario, por informar del contenido del mismo a terceros, diciendo que "contra el sindicado existían cargos muy graves u otros denuncios, con el fin de justificar de alguna manera ante los demás la detención arbitraria" como lo pueden atestiguar —dice el denunciante— Manuel J. Peralta C. y el doctor Hernando Ramírez Serna.

Finalmente le hace la imputación de "abandono del cargo" por haber viajado a la ciudad de Bogotá sin licencia y sin permiso previo.

Investigación

Al sumario se allegaron estos documentos:

a) Copia del Acuerdo de nombramiento y de la correspondiente Acta de posesión, con lo cual se acredita el carácter de funcionario público que —en ese entonces— tenía el doctor Fabio Calderón Botero.

b) Copia del auto de detención y de la sentencia dictada por el Juzgado en el negocio que por falso testimonio se adelantó contra el doctor Jaime Salomón Umaña.

c) Copia de la boleta de detención y de los oficios dirigidos por el Juez Calderón Botero al Director de la Cárcel del Circuito de La Dorada.

d) Se recibieron varias declaraciones, entre otras, a los señores Gerardo Henao Jaramillo, Hernando Ramírez Serna y Manuel J. Peralta.

e) Se practicó en asocio de peritos una diligencia de inspección ocular sobre el negocio para comprobar los hechos de la investigación. Y,

f) Finalmente se recibió declaración indagatoria al sindicado doctor Calderón Botero.

Sentencia del Tribunal

Sobre estos elementos de prueba el Tribunal, después de analizar los hechos, hizo las siguientes deducciones:

"Ninguno de los delitos materia de imputación, aparece comprobado".

"No hubo por parte del doctor Fabio Calderón Botero, en su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de La Dorada, acto arbitrario o abusivo contra el doctor Jaime Salomón Umaña".

"No incurrió en retardos intencionales relacionados con el sumario adelantado contra Umaña".

"No ordenó ningún trato cruel para el detenido en referencia".

"No hizo conocer públicamente lo relativo al proceso en cuestión, ni incurrió —por aspecto alguno— en responsabilidad culposa".

"No violó la verdad en acta que extendiera dentro del juicio criminal anunciado".

"Tampoco el doctor Calderón Botero abandonó, por mero antojo, el cargo de Juez, ni perjudicó a los encarcelados por orden suya. El peligro de muerte en que viera a su señora madre, lo obligó a viajar, rumbo a Bogotá, con la premura que las circunstancias lo requerían. Y se afanó, antes de salir, por practicar cuantas diligencias consideraba urgentes en su despacho".

Se considera

El delito de detención arbitraria consiste en la privación de la libertad que hace el funcionario púbico abusando de sus funciones y omitiendo el cumplimiento de requisitos que la Constitución y las leyes le exigen para detener. La calidad de funcionario Público, por una parte, el abuso de funciones inherentes a su cargo por otra, y la omisión de normas legales que regulan el hecho, son elementos que estructuran en cada caso concreto el delito de detención arbitraria.

Cuando la detención se lleva a cabo como resultado de una investigación y en dicha providencia se analiza el hecho averiguado; los elementos probatorios allegados para demostrar la existencia del mismo; las pruebas que sirven de base para demostrar la imputabilidad del autor o autores o partícipes de la infracción, dándole una calificación legal y determinando las sanciones que lo reprimen, no puede decirse que se ha cometido delito de detención arbitraria, porque el cumplimiento de normas constitucionales y de procedimiento, no implican abuso de funciones ni extralimitación de las mismas.

La lectura del auto de detención y de la sentencia sirven para demostrar que la denuncia por este aspecto carece de fundamento. Son providencias que se conforman con los dictados de la ley, y no se observa en ellas omisión de precepto legal alguno.

No existe delito de abuso de autoridad por demoras, ni por haber tramitado el negocio de acuerdo con disposiciones de la Ley 48 de 1936, ni por haber impartido al Director de la Cárcel del Circuito órdenes para que se le dé un tratamiento injusto, pues los cargos no se hallan probados, bien porque la diligencia pericial demuestra lo contrario cuando expresa: "no se encuentra pues ninguna vulneración o irregularidad que demuestre negligencia por parte del funcionario del conocimiento", ora porque de conformidad con el artículo 11 del Decreto Nº 1426 de 1950, los delitos de falso testimonio o encubrimiento deben seguirse con el procedimiento señalado en los artículos 13 y siguientes de la Ley 48 de 1936, ya porque el funcionario acusado no dio orden al Director de la Cárcel para que al sindicado se le diera un tratamiento injusto, pues Manuel J. Peralta, director del Penal, expresa que el doctor Calderón Botero le dijo que al detenido "lo hiciera objeto de un trato especial, dada su calidad de profesional para que no se sintiera estigmatizado".

La falsedad en documentos públicos consistente en el hecho de haber dictado el auto de 9 de abril de 1954, sin estar presente el Juez del conocimiento, queda desvirtuado con los informes de los empleados del Juzgado. El Juez durante las horas de la mañana concurrió a su despacho y dictó la mencionada providencia; si la notificación se hizo posteriormente, ello no implica que se hubiera faltado a la verdad. En cuanto al hecho de que las declaraciones del doctor Hernando Ramírez Serna y Gerardo Henao Jaramillo no hubieran sido recibidas previo juramento, dice el primero: "Puedo asegurar que en todas las ocasiones que me tocó declarar... siempre estuvo presente y me tomó el juramento". En idéntico sentido declara Alzate Liévano (Oficial Mayor del Juzgado) cuando dice que al presentarse los testigos a rendir sus declaraciones "inmediatamente seguí con el señor Henao para el despacho del señor Juez, habiéndose extendido la diligencia... la cual leyó y dictó personalmente el declarante Henao; cosa igual ocurrió cuando el doctor Hernando Ramírez Serna fué a rendir su declaración".

No existió violación de reserva del sumario porque las personas que cita el denunciante como testigos de los hechos expresan: Pedro Nel Loaiza: "No es cierto que yo le hubiera manifestado al doctor Umaña que tuve conocimiento de que se le iba a dictar auto de detención"; y Guillermo Angel, dice: "Es absolutamente falso lo que insinúa el doctor Jaime Salomón Umaña. En ningún momento escuché comentarios proferidos por el señor Juez del Circuito en relación con la situación de Umaña, ni mucho menos que lo hiciese con el fin tendencioso"; lo cual corrobora lo afirmado por el sindicado cuando expresa que en ese entonces, no conocía a dichas personas, y que, por consiguiente, mal podía revelarles el contenido del sumario.

Es evidente que el doctor Calderón Botero tuvo necesidad de ausentarse del Juzgado en las horas de la tarde del día nueve de abril y el diez del mismo mes, por el peligro de muerte en que se hallaba su señora madre, pero también es cierto que el hecho no es constitutivo de delito porque el abandono del cargo no se hizo con desprecio de las funciones ni con intención dolosa de causar un perjuicio bien sea para la sociedad o para las partes que tenían interés directo en los negocios que cursaban en el Juzgado. La ausencia ocasional o temporal del funcionario a sus oficinas, sin ánimo y sin intención dolosa de causar perjuicio a las partes o a terceros en el despacho de los negocios, y la presencia de una causa que justifique la no concurrencia del empleado a sus oficinas, son elementos que quitan al hecho toda posible presunción de ilicitud, pues la existencia de una causa justificada, (Art. 178 del C. P.) por regla general, es uno de los requisitos exigidos por la ley para hacer la afirmación de irresponsabilidad.

En cuanto a la determinación de expedir copias para adelantar investigaciones en contra de los doctores Jaime Salomón Umaña, por un delito de "las falsas imputaciones" y Fabio Calderón Botero por haber violado la disposición del artículo 179 del C. P. o sea el de haber abogado en causa propia siendo funcionario de la Rama Jurisdiccional, se observa:

Cuando se formula una denuncia, quien lo hace no adquiere el deber o el imperativo categórico de probar que los hechos denunciados son ciertos y evidentes. Basta la posibilidad de que ellos se hayan realizado para que la denuncia pierda el carácter de temeraria, ya que la demostración de la verdad es precisamente uno de los objetos fundamentales del procedimiento. Existe un deber legal cual es el de denunciar los delitos, pero la ley en ningún caso trae como corolario correlativo a ese deber, la obligación de demostrarlo. Sería temeraria la denuncia si quien la hace procede "a sabiendas" es decir, con conocimiento cierto y seguro, con deliberación previa y plena de que el hecho constitutivo de la denuncia es falso y sin consistencia alguna. Pero, en el caso de estudio, si bien es verdad que los hechos no

fueron probados, ello no implica que la denuncia se hubiera formulado con el exclusivo propósito de causar un mal; es decir, "a sabiendas" y con dolo de que los hechos eran falsos.

En cuanto al delito de abuso de autoridad, consistente en el hecho de que el doctor Calderón Botero en su condición de Juez y sindicado hubiera presentado un memorial para que se recibieran las pruebas solicitadas en la indagatoria, estima la Sala que el hecho no es constitutivo de delito, porque no habiéndose practicado las pruebas por parte del funcionario investigador y siendo ellas una consecuencia directa de su declaración indagatoria, nada más natural que ese hecho se cumpliera de oficio y sin petición de parte, pero como ese deber fué omitido, la solicitud para que ellas se practiquen no implica necesariamente una intervención para alegar, sino simplemente el requerimiento de un deber para que el funcionario cumpla lo solicitado en su indigatoria.

La referencia que el Tribunal hace al fallo de la Corte (julio 5 de 1948) reafirma los conceptos anteriores, y si en ese caso en donde hubo una serie de peticiones consideró que no había delito, con mayor razón en éste donde la solicitud de pruebas se deriva de un claro derecho consagrado por la ley en favor del sindicado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA el auto de que se ha hecho mérito en cuanto al sobreseimiento definitivo en favor del doctor Fabio Calderón Botero, y lo revoca en lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

QUIEBRA. — DETENCION ARBITRARIA.—NO HAY DELITO CUANDO LA DETENCION SE PRODUCE COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACION DEL DECRETO Nº 750 DE 1940

No existe delito de detención arbitraria en los juicios de quiebra, cuando aquélla se produce como consecuencia natural y lógica de la aplicación de normas del Decreto 750 de 1940. Declarado el estado de quiebra y abierto el juicio de concurso de acreedores por cesación de pagos en obligaciones de carácter mercantil, el Juez del conocimiento debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 17 del mencionado Decreto ordenando la captura y detención del quebrado, previa observancia de ritualidades señaladas en la ley procedimental. Si el funcionario, con base en el auto que hace la declaración de quiebra, cumple los preceptos de los artículos 379 y 383 que reglamentan la detención preventiva sobre modalidades del hecho, elementos probatorios que lo demuestran, calificación legal del mismo y pruebas relativas a la imputabilidad, no hay lugar a deducir responsabilidad por un delito de detención arbitraria, y esto, precisamente, fue lo que ocurrió en el presente negocio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, consulta la providencia de junio nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro, cuya parte resolutiva dice:

"Con aplicación al artículo 153 del C. de P. P., ABSUELVESE al procesado señor Cleofas Delgado M., Juez Civil del Circuito de Istmina, para la época de la supuesta infracción, de la imputación que se le hace de haber cometido el delito de 'DETENCION ARBITRARIA' en la persona del señor Adriano Rivas, por estar demostrado que no cometió el ilícito mencionado y que obró dentro de los cauces de la ley".

Antecedentes

El diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, el doctor Ramón Lozano Garcés como apoderado de la Sociedad Lloreda & Ltda., ante el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó pidió se declarara en estado de qûiebra al señor Adriano Rivas L. y que en consecuencia se "abra el correspondiente concurso de acreedores". La petición fue resuelta negativamente, pero el demandante interpuso recurso de reposición y el Juez previo estudio del negocio y de las pruebas allegadas, en auto de veinticuatro del mes y año citado accedió a las peticiones de la demanda, providencia que posteriormente fue confirmada por el Tribunal.

El Juzgado por auto de primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, ordenó la captura y detención de Adriano Rivas L. como consecuencia de la declaratoria de quiebra culpable, por no haber llevado libros de contabilidad que permitieran establecer las entradas y salidas de dineros y la marcha general de los negocios. (Art. 3º Decreto número 750 de 1940).

Este hecho dio lugar a la denuncia presentada por Adriano Rivas L., por un delito de detención arbitraria.

Investigación

Al sumario se allegaron los siguientes elementos probatorios:

a) Copia del Acuerdo de nombramiento en virtud del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó designa en calidad de Juez interino a Cleofas Delgado Mosquera, y si bien es verdad que no se adjuntó el Acta de posesión, ella se presume por el ejercicio del cargo al tenor de lo dispuesto por los artículos 7º del C. J. y 252 del C. P. y M.

b) Copia de las providencias proferidas por el Juzgado del Circuito de Istmina, como también

el auto por el cual se ordenó la captura y detención preventiva del sindicado. Y

c) Varias declaraciones relacionadas con la presente investigación.

Sobre estos documentos se hizo por el Tribunal el estudio de la providencia que hoy se revisa.

Se considera:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto número 750 de 1940, se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones. La quiebra adquiere la categoría de culpable —fuera de los casos previstos en el Código Penal— en aquellos puntos especialmente determinados por el artículo 3º del mencionado Decreto; entre otros, por el hecho de no llevar libros de contabilidad, o llevarlos en forma que no permita conocer las entradas y salidas y la marcha o estado de los negocios, circunstancia que al concurrir en el problema de estudio y al valorarla el Juez del conocimiento, dio a la quiebra el carácter de culposa, y así fue declarada.

Dispone el artículo 17 del Decreto número 750 de 1940, que en el mismo auto en que se declara el estado de quiebra debe ordenarse la captura y detención del quebrado, dando aplicación a los artículos 379 y concordantes del C. de P. P., 419 y siguientes del C. P. Así, pues, los actos posteriores en relación con la privación de la libertad, bien sea que ésta se ordene en la misma providencia o en otra distinta, son consecuencia directa del acto inicial o sea de la declaratoria de quiebra; en ausencia de ésta, el funcionario no puede ordenar la detención.

"La captura y detención preventiva que establece el artículo 17 del Decreto Legislativo número 750 de 1940 —dice la Procuraduría— para el presunto quebrado comercial, es una medida precautelativa de aquellas que se justifican porque cuando se consuma un delito y en torno de su autor surgen incriminaciones concretas y precisas, aunque todavía no existe la plena prueba de su responsabilidad, los altos intereses sociales exigen que se tomen medidas coercitivas al respecto para impedir la fuga del reo; y evitar, por otra parte, que éste estorbe la investigación".

No existe delito de detención arbitraria en los juicios de quiebra, cuando aquélla se produce como consecuencia natural y lógica de la aplicación de normas del Decreto 750 de 1940. Declarado el estado de quiebra y abierto el juicio de concurso de acreedores por cesación de pagos en obligaciones de carácter mercantil, el Juez del conocimiento debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 17 del mencionado Decreto ordenando la captura y detención del quebrado, previa observancia de ritualidades señaladas en la ley procedimental. Si el funcionario, con base en el auto que hace la declaración de quiebra, cumple los preceptos de los artículos 379 y 383 que reglamentan la detención preventiva sobre modalidades del hecho, elementos probatorios que lo demuestran, calificación legal del mismo y pruebas relativas a la imputabilidad, no hay lugar a deducir responsabilidad por un delito de detención arbitraria, y esto, precisamente, fue lo que ocurrió en el presente negocio.

La Sala estima que la parte resolutiva de la providencia objeto de revisión —por consulta— no se ciñe a los términos del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, porque ésta debe contener dos ordenamientos: "el primero —ha dicho la Corte— hace referencia a la declaratoria de que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no puede proseguirse; y el segundo, que es una conclusión de la primera afirmación, debe contener la orden de cesar todo procedimiento en contra del sujeto que aparece como presunto sindicado. La omisión de cualesquiera de estos requisitos debe subsanarse por la Entidad que revisa el correspondiente fallo para que esa providencia se ciña a los términos estrictos de la ley".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, REFORMA la providencia consultada, en el sentido de declarar que el hecho imputado no ha existido como delito, y que, por consiguiente, no pudo cometerse. En consecuencia, ordena cesar todo procedimiento en contra del señor Cleofas Delgado Mosquera, en ese entonces, Juez Civil del Circuito de Istmina, y la confirma en lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

APODERADOS. — NOMBRAMIENTO Y FACULTADES QUE LA LEY LES CONFIERE. — ABUSO DE AUTORIDAD.— ACTO ARBITRARIO

El artículo 104 del C. de P. P. establece que, el procesado desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene derecho a nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del sumario; mas, si no lo hiciere, el Juez en el momento de la diligencia, oficiosamente puede nombrarlo. Como en el auto cabeza del proceso el Juez ordenó la captura y detención de los sindicados para recibirles indagatoria, era obvio que —para éstos— surgía el derecho consagrado en la disposición comentada, pues al ser LLAMADOS A RENDIR INDAGATORIA, tenían pleno derecho a nombrar un apoderado que los asistiera en todas las diligencias del sumario, y en ejercicio de esta facultad (derecho del sindicado) el nombramiento y posesión del cargo (deber del funcionario) y el cumplimiento del mandato (obligaciones y deberes de los apoderados), en ningún caso, para el Juez constituye abuso de autoridad por violación de la reserva del sumario.

Si en la diligencia —indagatoria— no se cumplió, probablemente para el funcionario comisionado surgieron dudas sobre la imputabilidad y responsabilidad de los sindicados que frente a pruebas recibidas o al concepto formado sobre estudio a fondo de la denuncia, pudieron hacer cambiar su criterio y prescindir de tal acto o aplazarlo para otra oportunidad, pero la actuación del apoderado o apoderados sujeta a prohibiciones legales (artículo 165 del C. de P. P.) no son hechos constitutivos de abuso de autoridad para el Juez por violación de la reserva del sumario, pues la ausencia de dolo por una parte, y la interpretación del artículo 104 del C. de P. P. por otra, excusan al funcionario de toda responsabilidad. De manera que, aún en el supuesto de que tales actos se hubieran cumplido ante el Juez del Circuito, no habría lugar a deducirle responsabilidad.

No hubo acto arbitrario, porque lo arbitrario supone el ejercicio de funciones o el exceso de las mismas para cometer o para que otro realice un acto injusto contra una persona o contra una propiedad con desconocimiento de las disposiciones que regulan el hecho, con el fin de imponer una determinación injusta o caprichosa sujeta al simple criterio del funcionario que la dicta, es decir, con desconocimiento absoluto de las normas legales o infringiéndolas con dolo y en detrimento de la persona para quien se profiere.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, consulta la providencia de diez y siete de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, que en su parte resolutiva expresa:

"Declárase que los hechos imputados no los considera la ley como infracción penal, y en consecuencia se ordena cesar todo procedimiento con el doctor Juan B. Espinosa, como Juez Penal del Circuito de Corozal".

Antecedentes

Luis Carlos Amador, como apoderado de María Pérez v. de Amador, presentó denuncia contra los señores José de Jesús Benítez, Humberto Vergara, Abelardo Pérez Vergara e Ismael de Jesús Pérez Badel, por un delito de falso testimonio. La investigación se adelantó ante el Juez Municipal de Corozal; en el auto cabeza del proceso se ordenó la captura e incomunicación de los presuntos sindicados con el objeto de recibirles declaración indagatoria. Estos —los sindicados— nombraron como apoderados a los doctores Manuel Ramón Navarro Patrón y Rodrigo Caballero Gon-

zález, quienes una vez reconocidos y posesionados del cargo actuaron en el mencionado negocio.

"En esta forma —dice el denunciante— sin que se les hubiera recibido indagatoria y con violación del artículo 104 del C. de P. P., los apoderados se enteraron del contenido de la información, presentaron escritos y pidieron pruebas 'con notorio perjuicio para la investigación'. Lo que digo del señor Juez Municipal también lo afirmo del señor Juez del Circuito en lo Penal de esa ciudad y superior jerárquico del mencionado funcionario, desde luego que en tal calidad ha estado y estuvo conociendo de la sumaria, dentro de la cual, por omisión, no hizo lo que debió hacer".

Posteriormente, con fecha veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, el denunciante recusó al Juez Penal del Circuito de Corozal por existir entre el denunciante y el Juez enemistad grave surgida de la denuncia presentada por aquél contra el mencionado Juez. Sin embargo, el Juzgado con esta misma fecha ordenó la libertad de los sindicados, por no existir —en su concepto— fundamento para la detención, y por tratarse de un acto que debía cumplirse dentro del sumario, lo cual constituye abuso de autoridad o un delito de prevaricato.

Investigación

Al sumario se allegaron estos elementos:

a) Copia del Acuerdo de nombramiento hecho por el Tribunal y del Acta de confirmación del mismo. Si bien es verdad que no se acompañó el Acta de posesión, ella se suple con el ejercicio posterior del cargo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 7º del C. J. y 252 del C. P. y M.

b) Copias de las diligencias cumplidas en la actuación procesal en el negocio que por un delito de falso testimonio se adelantó contra Humberto Vergara, Abelardo Pérez Vergara, Jesús Benítez y otros.

c) Copia del memorial denuncia presentado por el apoderado de la parte civil Guerrero Porras contra el sindicado, y que sirve de base para la recusación alegada en contra del doctor Juan B. Espinosa, como también, la resolución recaída a dicha petición.

Con estos elementos probatorios, el Tribunal pronunció la providencia que hoy es materia del recurso de consulta.

Se considera:

La denuncia por falso testimonio se presentó ante el Juez Municipal, quien la envió al Juez de Circuito por ser de su competencia, pero este funcionario, el mismo día en que el negocio fue pasado a su Despacho, y al tener conocimiento de que el Secretario y Oficial Mayor del Juzgado se declaraban impedidos, comisionó al Juez Municipal para que adelantara la investigación. De manera que el reconocimiento de apoderado, posesión y ejercicio del cargo se cumplió ante el Juez Municipal y no ante el Juez acusado.

El artículo 104 del C. de P. P. establece que, el procesado desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene derecho a nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del sumario; mas, si no lo hiciere, el Juez en el momento de la diligencia, oficiosamente puede nombrarlo. Como en el auto cabeza de proceso el Juez ordenó la captura y detención de los sindicados para recibirles indagatoria, era obvio que —para éstos— surgía el derecho consagrado en la disposición comentada, pues al ser **llamados a rendir indagatoria**, tenían pleno derecho a nombrar un apoderado que los asistiera en todas las diligencias del sumario, y el ejercicio de esta facultad (derecho del sindicado), el nombramiento y posesión del cargo (deber del funcionario) y el cumplimiento del mandato (obligaciones y deberes de los apoderados), en ningún caso, para el Juez, constituye abuso de autoridad por violación de la reserva del sumario.

Si la diligencia —indagatoria— no se cumplió, probablemente para el funcionario comisionado surgieron dudas sobre la imputabilidad y responsabilidad de los sindicados que frente a pruebas recibidas o al concepto formado sobre estudio a fondo de la denuncia, pudieron hacer cambiar su criterio y prescindir de tal acto o aplazarlo para otra oportunidad, pero la actuación del apoderado o apoderados sujeta a prohibiciones legales (artículo 165 del C. de P. P.), no son hechos constitutivos de abuso de autoridad para el Juez por violación de la reserva del sumario, pues la ausencia de dolo por una parte, y la interpretación del artículo 104 del C. de P. P. por otra, excusan al funcionario de toda responsabilidad. De manera que, aún en el supuesto de que tales actos se hubieran cumplido ante el Juez del Circuito, no habría lugar a deducirle responsabilidad.

En cuanto al segundo cargo —suspensión del proceso— por existir petición de recusación y actuación posterior a esta solicitud, que puede ser constitutiva de un delito de abuso de autoridad o de prevaricato, se observa:

El memorial de recusación se presentó el mis-

mo día veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, en que el Juzgado, en providencia de esa fecha, revocaba la detención ordenada por algunos sindicados en las diligencias por un delito de falso testimonio. Las razones que se tuvieron en cuenta para esa determinación, ante la ley, las justifica y elimina toda posibilidad de delito, primero porque "aceptada o no la recusación que se le planteaba —como dice la Procuraduría— vendría una suspensión del proceso por un tiempo indeterminado durante el cual los detenidos seguirían en esa condición que él consideraba infundada legalmente, lo cual sería gravísimo en todo sentido ya que la ley siempre ha sido celosa de proteger y salvaguardiar por todo aspecto ese bien preciosísimo que es la libertad personal". Y segundo, porque el funcionario interpretó que la suspensión del proceso (artículo 78 del C. de P. P.), es total cuando se halla en estado de causa o juicio, es decir, cuando existe auto de proceder, y parcial, si la investigación se halla en la etapa de sumario, en la cual "podrán ejecutarse los actos urgentes de instrucción" y es natural que en estos casos, uno de los actos más indispensables de la instrucción es resolver las peticiones sobre detención o libertad provisional de los sindicados, ya que ellas hacen referencia a principios fundamentales que la Constitución Nacional consagra en beneficio de la libertad y garantía de los derechos ciudadanos.

No hubo acto arbitrario, porque lo arbitrario supone el ejercicio de funciones o el exceso de las mismas para cometer o para que otro realice un acto injusto contra una persona o contra una propiedad con desconocimiento de las disposiciones que regulan el hecho, con el fin de imponer una determinación injusta o caprichosa sujeta al simple criterio del funcionario que la dicta, es decir, con desconocimiento absoluto de las normas legales o infringiéndolas con dolo y en detrimento de la persona para quien se profiere.

"En consecuencia —dice la Procuraduría—cuando la arbitrariedad se comete para beneficiar a alguien, el hecho queda plenamente en blanco y se regula por el principio 'nullum crimen sine lege' que nuestro Derecho Positivo consagra en los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, 43 de la Ley 153 de 1887 y 1º del estatuto represivo".

Tampoco existe un delito de prevaricato, por ausencia de los elementos que sirven de base para estructurarlo; no concurren ni el elemento a sabiendas, ni el hecho de que la providencia se hubiera dictado por simpatía a uno de los interesados ni por animadversión hacia los otros.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del colaborador, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de diez y siete de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

LESIONES PERSONALES.—CONFESION INDIVISIBLE. — LEGITIMA DEFENSA

Si bien es verdad que el delito —lesiones personales— está demostrado en su aspecto material, también es evidente que la imputabilidad y consiguiente responsabilidad de su autor no está debidamente comprobada. La confesión del procesado —en este caso— debe aceptarse en su integridad tanto en lo favorable como en lo desfavorable, máxime cuando en autos no existe prueba distinta que la desvirtúe o la infirme, teniendo —por este aspecto— la confesión el carácter de indivisible, no sólo en cuanto al reconocimiento del elemento objetivo material, sino también en lo relativo al factor subjetivo-moral como eximente de responsabilidad y causa de justificación del hecho; confesión que se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario. Y no existiendo esa prueba, la tesis —legítima defensa subjetiva— contenida en la confesión, tiene plena operancia jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, consulta el sobreseimiento definitivo dictado en favor del doctor **José Sánchez Rozo**, por los delitos de lesiones personales, abuso de autoridad y detención arbitraria.

Hechos

El veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos, Gerardo Chaves Velásquez en las horas de la mañana inició sus labores como Secretario del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá; minutos más tarde llegaron los demás empleados del Juzgado y posteriormente el doctor José Sánchez Rozo. Afirma el denunciante que cuando entró al despacho del Juez con algunos negocios "y providencias dictadas por el Secretario" el funcionario sin contestar el saludo sacó de una de las gavetas del escritorio un revólver "que puso en uno de los bolsillos del pantalón, y en forma amenazante le pidió le hiciera entrega del inventario y de las llaves del Juzgado. En cuanto al inventario —dice Chaves Velásquez— le fue entregado y en relación con las llaves de la Secretaría le manifestó que haría la entrega cuando legalmente fuera reemplazado.

Esta observación dio lugar a que el Juez lo tratara de "sinvergüenza" y al reclamarle que tuviera respeto para su persona, la reacción se tradujo "en un puñetazo violento" que causó una lesión sobre la nariz con incapacidad de 20 días. Posteriormente el Juez lo sacó a empellones de su Despacho hacia la Secretaria, ordenó a los empleados que elaboraran un inventario y solicitó al denunciante le hiciera entrega de las llaves del despacho; en esos momentos como Chaves Velásquez tratara de salir del Juzgado, el Juez "se interpuso a mi salida e intentando cerrar todas las puertas manifestó que me detendría hasta tanto no le hiciera entrega de las llaves de la Secretaría, manteniéndome prácticamente detenido por el término de más de dos horas".

Para comprobar los hechos pidió se recibiera declaración a los empleados del despacho y al Visitador del Ministerio de Justicia doctor Silverio Suárez Pineda.

Investigación

Está demostrada la calidad de funciorio público que en ese entonces tenía el doctor José Sánchez Rozo como Juez Quinto Penal del Circuito de Bogotá, con el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión, como también la de Gerardo Chaves Velásquez como Secretario del Juzgado con el Decreto de nombramiento y el Acta de posesión.

Se recibieron declaraciones de Lucila Anzola Linares, Luis Jorge Pachón, Efraín Torres, Olga Talero y doctor Silverio Suárez Pineda, testigos citados por el denunciante para comprobar la realidad de los hechos investigados.

También reposa en el negocio algunos concep-

tos médicos legales destinados a demostrar la materialidad de las lesiones y la incapacidad sufrida por el denunciante.

Finalmente se recibió declaración indagatoria al doctor José Sánchez Rozo, quien manifiesta que al tener conocimiento de algunas irregularidades cometidas en el Juzgado, pidió al Secretario le hiciera entrega del inventario, como también, la presentación inmediata de varios revólveres que hacían parte de los sumarios. Chaves Velásquez se negó a hacerlo diciendo que "para qué los quería"; ante la insistencia del Juez, Chaves replicó: "doctor, yo no tengo ninguna obligación de traerle esos objetos que usted me reclama. No se los entrego y usted no es la persona que tiene suficiente autoridad para que pretenda obligarme a que se los entregue".

A pesar de esta respuesta el Juez insistió en la entrega de objetos que hacían parte de algunos sumarios, a lo cual Chaves "todo sulfurado, lleno de ira por las exigencias que le hacía se vino hacia donde yo estaba en actitud amenazante y trató de agredirme en forma violenta, motivo por el cual me vi en la penosa y embarazosa necesidad de repeler el ataque... empujándolo a fin de que se saliera de mi oficina, y no siguiera cometiendo más irrespetos e insolencias".

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de un análisis detenido de los hechos y pruebas del proceso, se expresa así:

"En suma, la prueba real de los reconocimientos unida a los claros indicios que se infieren en la prueba testimonial y a la confesión del doctor Sánchez de haber tenido que acudir a la fuerza para prevenir una inminente agresión de parte de su Secretario, despejan toda perplejidad acerca del autor de la lesión que Chaves recibió en las narices. Que dicha lesión se causara por golpe directo o simplemente como resultado del empujón que el doctor Sánchez se vio en la necesidad de asestarle, es algo que carece de importancia frente al daño causado, comoquiera que no llegó a comprobarse la ilicitud o el dolo con que procedió el inculpado".

"La copia del acta de visita practicada por el doctor Suárez Pineda en su calidad de Visitador del Ministerio de Justicia, es elocuente testimonio de la tolerancia del Juez y del descuido de su subalterno en el desmpeño de sus funciones. De modo que, ya fuese en defensa de su decoro personal o de su integridad física, como anticipado rechazo de una violencia o amenaza de violencia (de ahí la maniobra de repliegue de que habla el testigo Pachón y el denunciante), no es aberrante convenir que el golpe directo o reflejo que Chaves padeció en sus narices constituye un acto de justa defensa para repeler una agresión que el doctor Sánchez vio como inminente, y en tal caso, no se trata de un acto antijurídico, sino autorizado por la ley según el artículo 25 del Código de las Penas.

"El abuso de autoridad que podría consistir en el empleo de vocablos descomedidos de parte del señor Juez tampoco adquieren categoría delictual, toda vez que el comportamiento de su Secretario fue de insolencia y rebeldía, francamente intolerables para un superior. Tales actitudes podrán ser impropias, estar reñidas con el buen uso, mas sería exagerado darles categoría de hechos punibles, cuando, como en el caso su-judice, obedecen a la muy humana condición de reaccionar frente a determinadas situaciones de hecho. Fuera de la expresión 'sinvergüenza', cuyo sentido ocasional se ignora, los reproches y órdenes del Juez fueron, de acuerdo con los presenciales, dichos en tono airado, pero no ultrajantes.

"La detención arbitraria de que se queja el denunciante tampoco existió. La orden del Juez de que no se retirara de la oficina sin entregar las llaves, acompañada del ademán de asegurar las puertas para hacerse obedecer, no tenía por fin privar de su libertad personal al señor Chaves, como lo demuestra el hecho atestiguado de que las puertas fueron cerradas sin llave, y que el señor Chaves pudo evadirse en el momento que a bien tuvo".

Se considera:

La versión de Chaves Velásquez sobre hechos ocurridos en el despacho del doctor José Sánchez Rozo, no tuvo confirmación ni respaldo alguno en la prueba testimonial, bien, porque los declarantes no presenciaron los hechos, ora porque ellos se cumplieron en la oficina del funcionario en la cual sólo estaban presentes el Juez y su Secretario. Los testigos dan cuenta de hechos posteriores ocurridos en la Secretaría del Juzgado, pero no afirman ni respaldan ninguna de las aseveraciones del denunciante como medios de pruebas demostrativas del acto inicial.

Si bien es verdad que el delito —lesiones personales— está demostrado en su aspecto material, también es evidente que la imputabilidad y consiguiente responsabilidad de su autor no está de-

bidamente comprobada. La confesión del procesado —en este caso— debe aceptarse en su integridad tanto en lo favorable como en lo desfavorable, máxime cuando en autos no existe prueba distinta que la desvirtúe o la infirme, teniendo —por este aspecto— la confesión el carácter de indivisible, no sólo en cuanto al reconocimiento del elemento objetivo material, sino también en lo relativo al factor subjetivo-moral como eximente de responsabilidad y causa de justificación del hecho; confesión que se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario. Y no existiendo esa prueba, la tesis —legítima defensa subjetiva— contenida en la confesión, tiene plena operancia jurídica.

La insinuación del Juez para que el Secretario presentara el inventario y los objetos que en él figuraban, no era motivo suficiente para que Chaves Velásquez reaccionara en forma violenta contra aquél; los irrespetos, la negativa a entregar las armas objeto de algunos ilícitos y la actitud amenazante de "agredirme en forma violenta" fueron causas eficientes de la reacción, justa y proporcionada como defensa ante la amenaza y el peligro de ser agredido. Así pues la calificación hecha por el Tribunal y por el Ministerio Público, de que el hecho se realizó dentro de las modalidades del artículo 25 del C. P. no es un acto antijurídico sino ajustado a la ley, por ende, exento de responsabilidad.

En relación con las imputaciones que se hacen al funcionario por los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria, ellas no fueron demostradas, lo primero, porque no cometió ningún acto arbitrario ni injusto contra la persona del Secretario; las expresiones proferidas ante Chaves Velásquez fueron una simple protesta a su conducta; se negó a cumplir con sus deberes y omitió la entrega de objetos que debían permanecer en la Secretaría del Juzgado. La conducta del funcionario si bien es verdad, es reprochable, ella no alcanza a tener el contenido de una infracción penal; lo segundo, porque la detención arbitraria no se llevó a efecto. No hubo en ningún momento privación de la libertad, pues el mismo denunciante afirma que cuando el acusado "se interpuso a mi salida **intentando** cerrar todas las puertas, manifestó que me detendría" pues la simple manifestación o 'intento" de que sería detenido sin realización concreta del hecho, no implica detención; y no la hubo, porque el denunciante posteriormente salió de la Secretaría sin que nadie se lo impidiera, con plena libertad, sin obstáculo para ello y sin trabas de ningún género.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él CONfirma la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida con fecha diez y ocho de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE. — CUANDO ES PROCEDENTE SU DECLARATORIA

La declaración de contraevidencia del veredicto sólo puede hacerse en las instancias del juicio, porque el estudio de hechos y pruebas del proceso en causas con intervención del jurado, es de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales según lo dispuesto por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, declaración que puede hacerse de oficio o a petición de parte; lo primero, cuando el funcionario estudia el veredicto para acomodarlo a las disposiciones legales que sanciona la infracción (Art. 537), o bien, cuando el Tribunal al estudiar la sentencia observa que el veredicto no se atempera a la realidad de los hechos investigados ni a las respectivas preguntas del cuestionario (Art. 554); lo segundo, —a petición de parte— cuando las personas que intervienen en el proceso penal así lo solicitan.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de veintidós de junio de mil novecientos cincuenta y seis, condenó a ANDRES ABELINO SANCHEZ BURITICA como responsable de un doble delito de homicidio —agravado— ejecutado en las personas de Ramón Osorio y Elvira Correa de Sánchez, a la pena principal de veintitrés años de presidio y accesorias consiguientes.

Contra este fallo el apoderado del procesado interpuso recurso de casación. Cumplidas las formalidades legales, se procede a su estudio.

Cuestionarios

A la consideración del Jurado se sometió el siguiente interrogatorio.

Primero

"El acusado ANDRES ABELINO SANCHEZ BURITICA es responsable de haber causado la muerte a Elvira Correa de Sánchez, con el propósito de matar, por medio de varias heridas en distintas partes del cuerpo, de las cuales tres de naturaleza mortal, la primera sobre el hueso occipital, que fracturó en forma violenta todo el espesor de la cavidad ósea, interesando la masa encefálica; la segunda, localizada transversalmente sobre los cornetes, que va de pómulo a pómulo, en forma profunda hasta la bóveda del paladar, penetrando unos tres centímetros, interesando al mismo tiempo la región óptica; y la tercera, en el cuello sobre la región izquierda, encima de la clavícula, que interesó todos los tejidos y cortando el callado (sic) de la aorta; causadas con instrumentos cortante y pesado (machete o peinilla), hecho cometido por el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, aprovechando que la víctima se hallaba en condiciones de inferioridad e indefensión, sucedido en la noche del trece al amanecer el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, en la casa de habitación de la occisa, situada en el punto denominado "La Cumbre", en las afueras del Municipio de Casabianca, de este Distrito Judicial?"

Segundo

"El acusado ANDRES ABELINO SANCHEZ BURITICA es responsable de haber causado la muerte a Ramón Osorio, con el propósito de matar, por medio de varias heridas en distintas partes del cuerpo, cuatro de las cuales de naturaleza mortal, la primera, en forma transversal, localizada sobre el frontal, hacia la parte anterior, en forma profunda, que atravesó la cavidad ósea y fraccionó las meninges y la masa cerebral; la segunda, hacia la parte posterior de los huesos parietales, en la misma dirección de la anterior; la tercera, sobre el frontal y los parietales, que destapó en forma violenta la masa encefálica, y la cuarta, localizada sobre la clavícula hacia la región izquierda, que interesó al parecer el callado

(sic) de la aorta, la subclavícula superior o una de las arterias de ramificación superior, que produjeron en conjunto y bien por separado, un derrame cerebral que le causó la muerte casi inmediata, causadas con instrumento cortante y pesado (machete o peinilla), hecho cometido por el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, aprovechando que la víctima se hallaba en condiciones de inferioridad o indefensión, sucedido en la noche del trece al amanecer el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, en la casa de habitación de la occisa, situada en el punto denominado "La Cumbre", en las afueras del Municipio de Casabianca, de este Distrito Judicial?"

El Jurado por unanimidad contestó a las preguntas del interrogatorio así:

"Sí es responsable".

En desarrollo de este veredicto el Juzgado pronunció la sentencia condenatoria objeto del presente recurso.

DEMANDA

Se impugna la sentencia con fundamento en el numeral 2º del Art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal Segunda

Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se le atribuye un valor probatorio que no tienen o se les niega el que sí tienen o no se toman en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, siempre que sean elementos constitutivos del delito, eximentes o modificadores de la responsabilidad...

Con apoyo en esta causal el recurrente acusa la sentencia "por haberse expedido con base en un veredicto notoriamente contrario a la evidencia procesal, lo cual llevó al H. Tribunal de Ibagué a una errada interpretación de los hechos, pues les dio un valor probatorio que no tienen, lo que hace injusta la condena".

"El veredicto condenatorio es notoriamente contraevidente porque fué dictado con base en una serie de indicios que carecen por completo de piso probatorio en el expediente".

Posteriormente en doce numerales enuncia los indicios y sin expresar razones demostrativas de que el Tribunal incurrió en error o en falsa apreciación de los hechos, afirma que la prueba indiciaria no era suficiente para fundar un fallo condenatorio, por estar en desacuerdo con el Art. 203 del C. de PP. que establece qu no podrá dictarse sentencia condenatoria sin que en el proceso obre la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio, y la de que el procesado es responsable de ella.

Finalmente cita un fallo de la Sala de Casación Penal, que dice:

"La Corte ha admitido, en varios fallos, recientes, —dice el recurrente— que dentro de la causal 2ª de casación, interpretada extensivamente, puede prosperar el recurso de casación por motivo de ser el veredicto del Jurado contrario a la evidencia; pero ha dicho en esos mismos fallos que esta alegación no sería admisible para fundar la causal 1ª, que al juzgador de derecho le basta examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo racional en las pruebas del proceso, y que la convicción moral exigida por la ley a los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal".

Se considera:

La declaración de contraevidencia del veredicto sólo puede hacerse en las instancias del juicio, porque el estudio de hechos y pruebas del proceso en causas con intervención del Jurado, es de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales según lo dispuesto por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, declaración que puede hacerse de oficio o a petición de parte; lo primero, cuando el funcionario estudia el veredicto para acomodarlo a las disposiciones legales que sanciona la infracción (Art. 537), o bien, cuando el Tribunal al estudiar la sentencia observa que el veredicto no se atempera a la realidad de los hechos investigados ni a las respectivas preguntas del cuestionario (Art. 554); lo segundo, —a petición de parte— cuando las personas que intervienen en el proceso penal así lo solicitan.

Fuera de estos casos, la declaración de contraevidencia del veredicto es inoperante, por estas razones: a) Porque el examen de hechos y pruebas del proceso —en los juicios con intervención de Jurado— corresponde apreciarlos y calificarlos a los Jueces de conciencia (Art. 27 Ley 4ª de 1943) y no a la Corte. Lo contrario convertiría a la Corte en Tribunal de instancia y desnaturalizaría la institución del Jurado. b) Porque ese no es el espíritu ni la letra del numeral 2º del Art. 567 del C. de PP.; desvirtuarlo en su contenido esencial o formal por una interpretación reñida con normas legales, equivaldría a darle un alcance distinto para el cual fué con-

sagrado. c) Porque ese no fué el pensamiento de la Comisión Redactora de la Ley 94 de 1938 cuando afirma que "no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto —dice— tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son lo que declaró el Jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". Y, d) Porque la jurisprudencia de la Corte ha sido constante y reiterada a partir del fallo de 3 de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el sentido de afirmar que la causal segunda de casación —en los juicios por jurado— es inoperante alegarla como razón de impugnación del fallo; jurisprudencia que ha sido ratificada en fallos de abril 23 de 1954 (casación de Humberto Freydell Vásquez), mayo 17 de 1954 (casación de Obdulio o Teodulo Pérez Rincón), agosto 3 de 1954 (casación de Roberto Arias), diciembre 15 de 1954 (casación de Roberto Prieto Torres), marzo 9 de 1955 (casación de Milciades Hurtado Ruiz y Jesús Antonio Murillo M.), febrero 14 de 1956 (casación de Toribio Galindo Daza).

"En casación —ha dicho la Corte— no puede prescindirse del veredicto para estudiar los hechos cuando son elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, ora porque esa atribución es propia de los jueces de conciencia y no de los jueces de derecho, bien porque al considerar los hechos para declarar el veredicto contrario a la evidencia procesal, se haría una sustitución del Jurado por la Corte quien usurpando jurisdicción asumiría funciones propias de aquel y no las que le están atribuídas por la ley, ora porque en tratándose de juicios de esta naturaleza, al estudiar los hechos se omitiría el veredicto con violación expresa de mandatos legales y al dictar sentencia no lo haría con fundamento en la decisión del Juri, sino en los hechos y pruebas del proceso como en los juicios de puro derecho, y ya también, porque el veredicto cuando —en las instancias de juicio— no ha sido declarado contraevidente (Arts. 537 y 544), es inalterable porque es la base inmediata de la sentencia, siendo las pruebas del sumario su fundamento mediato".

"Si la Corte acepta como impugnación del fallo —en los juicios por Jurado— la causal 2ª del Art. 567 del C. de PP. al invalidar la sentencia por estar en desacuerdo con la evidencia de los hechos procesales, el fallo que la reemplazaría no se dictaría de acuerdo con el veredicto (Art. 480) sino en desacuerdo con él, es decir, allí sí, violando la ley se incurriría en otro motivo de impugnación o sea EL DE HABERSE DICTADO LA SETENCIA EN DESACUERDO CON EL VEREDICTO DEL JURADO, porque, caprichosamente se terminaría con la institución del jurado y con los mandatos legales que la reglamentan".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él NO INVALIDA EL FALLO de junio veintidós de mil novecientos cincuenta y seis, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por el cual se condena a Andrés Abelino Sánchez Buriticá a la pena principal de veintitrés años de presidio, como responsable de un delito de homicidio agravado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

FALSIFICACION DE MONEDA

Para que se configure la infracción del artículo 217 del Código Penal, es indispensable la existencia de la buena fe en el momento en que se reciba la moneda falsificada, vale decir, que no se tenga conocimiento al recibirla de su falsedad o alteración y que luégo —ya esto comprobado— se ponga en circulación.

Si en las instancias no se ventiló en ninguna forma el modo como adquirió el procesado los billetes falsificados, la disposición aplicable no es el art. 217 sino el 214 numeral 4º del C. Penal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El Tribunal Superior de Pasto en sentencia de diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y seis condenó a Edgar Eduardo Ibarra a la pena principal de diez y ocho meses de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de falsificación de moneda, sentencia que recurrida en casación debe ahora examinar la Corte cumplidos como han sido los trámites legales previos a esta actividad.

Hechos y actuación procesal:

Pedro Antonio Chaves quien había tomado puesto en un bus en Pasto rumbo a la población de la Cruz —Nariño— refiere que Edgar Eduardo Ibarra, también pasajero del mismo vehículo, aprovechando la oportunidad de que éste había sido estacionado a la salida de la ciudad primeramente mencionada, con el objeto de acondicionarlo para el viaje, le pidió el servicio de que le cambiara por sencillo un billete de cincuenta pesos, solicitud que no satisfizo el declarante al observar claras señales de falsedad en el billete que se pretendía cambiar lo que no fue óbice, sin embargo, para que Ibarra le propusiera al llegar al término del viaje venta por poco precio de algunos billetes de la misma calidad. Chaves ante esta nueva situación optó por aparentar interés en el negocio y concertó cita con el proponente en casa de éste que se cumplió con puntualidad a la hora señalada del día siguiente, habiendo cerrado negocio sobre tres billetes de cincuenta pesos cada uno y dos de veinte todo por la suma legal de treinta pesos. La transacción, tal como lo convinieron, debía perfeccionarse en casa del comprador, al dar cumplimiento a lo cual Ibarra fue capturado cuando la autoridad, previamente avisada por Chaves, decomisó los billetes falsos llevados por la niña Bertha Julia Ibarra Velasco hermana del procesado.

Sometido Ibarra a indagatoria negó rotundamente las acusaciones, posición que conservó a través de todas las diligencias en que tomó parte.

El diez y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, el Juzgado Segundo Superior dictó auto de proceder contra el sindicado que fué confirmado por el Tribunal el 27 de mayo siguiente "con la aclaración de que el enjuiciamiento se lo hace por la comisión de un delito frustrado de "La falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores", de los que el Código Penal contempla en el Capítulo I, Título VI, Libro II. El llamamiento a juicio se hizo erradamente con intervención del jurado (fs. 133 a 134 y 138 a 140 Cd. 1º) anomalía que corrigió el Juez de primera instancia al comprobar que el hecho se cometió con posterioridad a la expedición del Decreto Extraordinario Nº 3347 de 1950 que suprimió tal formalidad para esta clase de delitos.

Con fecha veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y seis el Juzgado condenó a Ibarra en sentencia que fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal y que hoy está al estudio de la Corte en virtud del recurso que se está desatando.

LA DEMANDA:

Se fundamenta en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal por cuanto, en opinión del recurrente, "se ha viola-

do la ley penal al aplicar indebidamente el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal, cuando debió aplicarse el artículo 217 del mismo Código".

Al no haberse acreditado que el procesado obró a sabiendas al adquirir las monedas de que éstas eran falsas como tampoco que hubiera obrado de igual manera al ponerlas en circulación, no puede concluírse que el numeral 4º del artículo 214 citado sea el infringido. En efecto —dice el demandante— sólo se ha probado que Edgar Eduardo Ibarra era poseedor de unos billetes falsos pero nó cómo llegaron a su poder lo que impide presumir que los hubiera adquirido a sabiendas de su deficiencia máxime cuando en el expediente no existe absolutamente nada en qué apoyar la presunción. En tales condiciones debió aplicarse el artículo 217 del Código Penal pues si se hubiera demostrado el elemento a sabiendas en el momento de la adquisición, lo jurídico habría sido fundar la sentencia en el numeral 5º del artículo 214, sin que hubiera habido necesidad de considerar el caso **sub judice** como delito imperfecto. Y si no se puede aplicar este numeral por la ausencia de prueba del elemento a sabindas, éste no puede presumírselo para dar aplicación al numeral 4º. Y concluye: "Cuando se sabe que son falsas pero se las adquirió de buena fé lo aplicable es el artículo 217. Y es más. Esa adquisición a sabiendas de que son falsas no puede presumirse. Este elemento a sabiendas en la adquisición es elemento del tipo y necesita de clara textual mostración (sic), por mandato del artículo 214 en su numeral 5º. Precisamente porque no se ha demostrado que los adquirió sabiendo que eran falsos no se dá aplicación al artículo 214 en su numeral 5º, y si no se ha demostrado esto debe darse aplicación al artículo 217, disminuída su pena por lo ordenado en el artículo 16 del Código Penal".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de transcribir la declaración de Pablo Antonio Chaves a cuyo dicho dieron plena credibilidad los juzgadores de instancia "con la libertad que la ley les concede en la apreciación de las pruebas" para condenar a Ibarra, concluye que éste "sabía que tenía unos billetes del Banco de la República falsos, y que a sabiendas de su falsedad, intentó ponerlos en circulación. Agrega que el demandante sufre confusión con los términos del numeral 5º al pretender descubrir entre los elementos del numeral 4º del artículo 214 la exigencia de que el procesado debe tener conocimiento de la falsedad de la moneda en el momento en que la adquirió ya que "La más elemental sintaxis hace comprender que el elemento "a sabiendas" que trae el numeral 4º citado se refiere al conocimiento que el delincuente tiene de la falsedad o de la alteración de las monedas que estando en su poder pone en circulación, sin atender a las diversas formas en que hayan podido ser adquiridas por él". Estudia con buen criterio las normas penales analizadas por el demandante demostrando que éste ha sufrido confusión. Ellas contemplan casos bien distintos al conocido de autos. Y después de comprobar que "la cuestión relativa al hecho de la buena o mala fé en cuya calidad tenía el delincuente los billetes falsos, no puede ser materia de estudio, dado que ella está fuera de este proceso", concluye solicitando no se case la sentencia recurrida.

Se considera:

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma constituye la causal primera de casación. Esta es la invocada por el recurrente quien, como se dejó visto, considera que se aplicó indebidamente el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal en lugar del artículo 217 ibidem que, en su concepto, es la norma violada por el acusado.

Bien es cierto que en el proceso no se acreditó que Edgar Eduardo Ibarra hubiera adquirido los billetes que luégo negoció con Pedro Antonio Chaves a sabiendas de su falsedad pero no lo es menos que tampoco se comprobó que él los hubiera adquirido de buena fé. Este punto no fue materia de controversia en las instancias y ello impide su estudio o consideración en el recurso. La actitud del delincuente se opuso a este resultado al negar sistemáticamente su participación en los hechos no obstante las pruebas indicadoras de lo contrario, posición ésta que reforzó en los juzgadores de instancia la convicción de que el procesado tenía en su poder los billetes que intentó poner en circulación a sabiendas de su falsedad, y que impidió la discusión de si los hechos encajaban en el numeral 5º del artículo 214 o en el artículo 217 del Código Penal.

Ahora bien, el numeral 4º del artículo 214 del Código Penal es del tenor siguiente:

Incurrirá en pena de presidio de tres a quince años:

".... '.. ... ...

"El que, a sabiendas, ponga de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas".

Y el numeral 5º reza:

"El que, a sabiendas, las adquiera o reciba de cualquier modo" (las monedas falsas).

El numeral 4º exige que el delincuente tenga conocimiento de la falsificación de las monedas en el momento en que las ponga en circulación sin tener en cuenta para nada la manera como llegaron a su poder. El 5º en cambio, contempla una situación diferente pues, además de que no contiene el propósito de la adquisición, el ilícito se tipifica con el simple hecho de adquirirlas o recibirlas a sabiendas de su falsedad.

Para que se configure la infracción del artículo 217 del Código Penal es indispensable la existencia de la buena fe en el momento en que se reciba la moneda falsificada, vale decir, que no se tenga conocimiento al recibirla de su falsedad o alteración y que luégo —ya esto comprobado— se ponga en circulación.

Ya se vio como el caso de autos no puede ubicarse en esta casilla del Código debido a que en las instancias no se ventiló en ninguna forma el modo como adquirió el procesado los billetes falsificados y ello a consecuencia de la negativa obstinada de éste acerca de su participación en el ilícito. Forzoso es concluír, por consiguiente, que fue acertada la aplicación que hizo el Tribunal del artículo 214 numeral 4º del Código Penal.

No prospera la causal.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con la Procuraduría, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto sometida a casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández P. Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — FALTA DE SEGURIDAD EN LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS

Cuando se pide el cambio de radicación con base en que los establecimientos de detención no ofrecen ninguna seguridad para el mantenimiento de personas sujetas al proceso penal, se está invocando directamente una medida de protección para los intereses de la sociedad y de la justicia que busca la seguridad y no la evasión de quienes tienen que responder ante la ley por hechos constitutivos de infracción penal. Y si a este hecho se compagina la circunstancia de que el procesado revela un gran contenido de peligrosidad social que hace indispensable se tomen las medidas necesarias para mantenerlo en seguridad, nada más natural y obvio que la medida —cambio de radicación— responde a las finalidades que tuvo en cuenta el legislador al establecerla garantizando así la presentación personal del sindicado ante los Jueces del proceso.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

El Ministerio de Justicia envía a la Corte la petición del Juzgado Primero Superior de Buga, sobre cambio de radicación del proceso que en ese Despacho se adelanta contra Guillermo Granada Galeano y Luis Gilberto Lugo Valencia, sindicados por un delito de homicidio cometido en la persona de Carlos Correa Echeverry y Emilio Correa Uribe.

La Corte en función del artículo 58 del C. de PP. procede a su estudio previas estas consideraciones:

Antecedentes

El Brigadier General Alberto Gómez Arenas, Jefe Civil y Militar del Departamento del Valle, pidió al Ministerio de Justicia que "Guillermo Granada Galeano responsable de numerosos delitos" y detenido en ese entonces en la Cárcel de Buga, fuese trasladado a otro establecimiento carcelario pues los intereses de la justicia y la alta peligrosidad del sindicado, hacían aconsejable esta medida.

El Gobierno Nacional, teniendo en cuenta la petición anterior, ordenó para mayor seguridad de los intereses de la justicia, que Guillermo Granada Galeano fuese trasladado a la Penitenciaría de Tunja en donde actualmente se encuentra a órdenes del Juzgado.

El doctor Ulpiano Libreros P. Juez Primero Superior, en solicitud de febrero 18 de 1957, expresa:

"La medida conveniente sería el cambio de radicación del citado proceso con base no sólo en la necesidad de mantener a Granada Galeano en un establecimiento carcelario que ofrezca mayor seguridad, sino también en que el otro procesado, Lugo Valencia, según certificado que existe en el proceso, padece de tuberculosis pulmonar, lo cual exige también el traslado de este procesado a un establecimiento adecuado".

Esta última solicitud está acompañada del certificado médico expedido por el doctor Avelino Molina Franco quien presta sus servicios profesionales en el establecimiento carcelario de Buga.

Se considera

Cuando en la marcha regular de los procesos, la justicia por uno u otro motivo puede ser interferida, o el desarrollo normal de la acción penal para conseguir la finalidad buscada por la ley es objeto de obstáculo que impida su pronta realización, deber del Gobierno es buscar los medios aptos y adecuados para que la justicia sea operante y eficaz en relación con los fines para los cuales fué instituída.

El cambio de radicación —se ha dicho— es una medida de carácter excepcional, se funda en razones de orden público y social y no puede tomarse sino cuando es conveniente para la recta administración de justicia y por motivos que justi-

fiquen su conveniencia, bien sea en relación con intereses de los asociados o de las personas sujetas a investigación penal.

Cuando se pide el cambio de radicación con base en que los establecimientos de detención no ofrece ninguna seguridad para el mantenimiento de personas sujetas a proceso penal, se está invocando directamente una medida de protección para los intereses de la sociedad y de la justicia que busca la seguridad y no la evasión de quienes tienen que responder ante la ley por hechos constitutivos de infracción penal. Y si a este hecho se compagina la circunstancia de que el procesado revela un gran contenido de peligrosidad social que hace indispensable se tomen las medidas necesarias para mantenerlo en seguridad, nada más natural y obvio que la medida cambio de radicación responde a las finalidades que tuvo en cuenta el legislador al establecerla garantizando así la presentación personal del sindicado ante los jueces del proceso.

En relación con el procesado Luis Gilberto Lugo quien actualmente sufre una "tuberculosis pulmonar", la petición del Juez Primero Superior se respalda en el certificado médico de quien presta sus servicios profesionales en el establecimiento carcelario donde se halla detenido el procesado, y también, en lo dispuesto por el inciso 2º del Art. 58 del C. de PP, que contempla expresamente el caso.

Si como norma de prevención y de profilaxia para los demás detenidos es aconsejable la separación de persona que padece una enfermedad de esta naturaleza, con mayor razón se justifica la medida cuando en el sitio de reclusión no existen los elementos necesarios para darle un tratamiento adecuado y evitar el consagio del "T. B. C. pulmonar" para los otros detenidos. Este motivo es suficiente para que se justifique la adopción de la medida contemplada en la disposición que se comenta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso que por un doble delito de homicidio se adelanta contra Guillermo Granada Galeano y Luis Gilberto Lugo Valencia, como sindicados de la muerte de Carlos Correa Echeverry y Emilio Correa Uribe.

Cópiese y devuélvanse las presentes diligencias al Ministerio de Justicia.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

DESPIDO DEL TRABAJADOR CON JUSTA CAUSA DEL PATRONO. — INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D E. cinco de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano).

Por los trámites de un juicio ordinario del trabajo, Siegfried Wiegandt, mediante apoderado, demandó a Jack Temel, propietario del Restaurante "Témel" de esta ciudad Capital, para que en sentencia definitiva se hiciesen las siguientes declaraciones y condenaciones:

Primero. — Que Jack Temel está obligado a indemnizar a Siegfried Wiegandt, los perjuicios causados por incumplimiento del contrato de trabajo existente entre ambos;

Segundo. — Que los perjuicios sufridos por el demandante, según los señala, son los siguientes:

"a) Sueldos a razón de $ 400.00 mensuales del 1º de febrero de 1952 al 10 de abril de 1953 ..... $ 5.733.33

b) Primas de servicios en dos años $ 800,00

c) Auxilio de cesantía correspondiente a 2 años de servicios ..... $ 800,00

d) Vacaciones correspondientes a 2 años de servicios ..... $ 400.00

e) Alimentación del 15 de febrero de 1952 al 10 de abril de 1953, a razón de $ 100,00 mensuales ..... $ 1.383,35

f) Valor de perjuicios morales por falsa imputación de actos delictuosos con motivo del incumplimiento del contrato de trabajo, por parte del patrono ..... $ 2.000,00

Total de los perjuicios ..... $ 11.116,68

Tercero. — Que el demandado está obligado a pagar el viaje de regreso de Bogotá a Offenburg (Alemania) del señor Siegfried Wiegandt, su señora Erika de Wiegandt y su hijo menor Pedro, por un valor total de $ 2.260,00;

Cuarto. — Que los gastos del juicio deben ser pagados por el demandado.

Los hechos, en síntesis, los presenta así:

Demandante y demandado celebraron un contrato de trabajo, en virtud del cual el primero entró como cocinero y bizcochero al Restaurante "Temel" de esta ciudad, de propiedad del segundo, con término fijo de dos años, contados de la fecha en que el actor comenzó a trabajar, que fue a partir del 10 de abril de 1951. El día 14 de febrero de 1952 el demandado dió por terminado el contrato de inmediato, según carta dirigida al actor; éste rechaza enfáticamente los cargos que se le hacen en la mencionada carta de 14 de febrero de 1951 (sic), por considerarlos reñidos con la verdad y lesivos de su honor; el actor convive con su esposa e hijo, en esta ciudad.

Acompañó a su libelo varias pruebas, además de ofrecer presentar testimonios y usar de los distintos medios probatorios que concede la ley.

El negocio correspondió en reparto al Juez 2º del Trabajo de Bogotá y admitido, se corrió traslado al demandado, quien contestó oponiéndose a que se hiciesen las declaraciones y condenas impetradas, a la vez que solicitó la condena en costas, por estimar temeraria la acción.

En cuanto a los hechos, aceptó ser ciertos los cuatro primeros; al quinto manifestó no constarle; más aclaró para los, segundo, tercero y cuarto, que el trabajador fue contratado en Bonn, que la terminación obedeció a las causales que se indican en la carta de despido, y no es verdad que el actor rechazara los términos de la nota en que se le dá aviso del retiro, por cuanto al contestarla acepta varias de las causales expuestas por el propietario del Restaurante, señor Temel. Concluye presentando una serie de distintos hechos que, en su sentir, justifican la terminación unilateral del contrato de trabajo.

Además, en forma oportuna la parte patronal, presentó demanda de reconvención, en la cual solicita, las siguientes declaraciones y condenas:

1º Que entre actor, en este caso el propietario Temel, y el demandado Wiegandt, existió contrato de trabajo de duración determinada, cuya vigencia se inició el 10 de abril de 1951;

2º Que el contrato de la referencia, solo terminaba el 10 de abril de 1953;

3º Que la violación de las obligaciones contractuales, de la Ley y del reglamento interno de trabajo por parte del demandado, dio lugar a que el patrono lo diera por terminado con justa causa;

4º Que como consecuencia de los incumplimientos anteriores, el trabajador debe pagar al actor en este caso, la indemnización correspondiente por los perjuicios, que se estiman en la suma de $ 5.800,00, que es el valor equivalente a 14 meses y medio de tiempo que hizo falta al trabajador para completar el término de su contrato de trabajo;

5º Que se le debe pagar por el trabajador demandado al actor propietario del Restaurante, la suma de $ 5.000,00;

6º Que se declare que, como el contrato de trabajo terminó por culpa de Wiegandt, Temel no está obligado a pagarle los gastos de regreso al sitio de donde fue contratado;

7º Que se autorice a Temel para retener y compensar cualquier suma que resultare a favor de Wiegandt, por concepto de prestaciones sociales, durante el tiempo efectivo de trabajo;

8º Que se condene a Wiegandt a pagar a Temel, las sumas que éste hubo de sufragar para traer al primero, del sitio de donde fue contratado a esta ciudad, cuyo valor es de $ 1.200,00;

9º Que se condene al trabajador demandado a pagar las costas del juicio.

Sustentó la anterior demanda, con la afirmación de estos hechos:

Que Wiegandt fue contratado en Bonn (Alemania), por el actor Temel, para prestar sus servicios en el Restaurante de este mismo nombre, en esta ciudad, en calidad de experto bizcochero y cocinero; que de conformidad con las leyes colombianas, se suscribió el contrato a término fijo por dos años, contados a partir del 10 de abril de 1951, con una remuneración mensual de $ 400.00. Que, sinembargo, los actos cometidos por el experto, obligaron al patrono a dar por terminado el contrato de trabajo el 14 de febrero de 1952.

Tales actos según el libelo consistieron, en la sustracción, sin permiso, de enseres y útiles de trabajo; en las reiteradas manifestaciones a sus compañeros contra el prestigio del Restaurante, lo mismo que una sistemática campaña de descrédito contra aquéllos, en busca de implantar la indisciplina en el establecimiento.

El trabajador demandado, por conducto de su apoderado, se opuso a las peticiones de la anterior demanda, con excepción de la primera y de la segunda. En cuanto a los hechos dijo ser ciertos los consignados en los puntos primero y cuarto inclusive. No ser ciertos los hechos imputados en el quinto, ni los hechos de los puntos sexto y séptimo.

Agotada la tramitación, el Juez del conocimiento sobre el soporte de una aceptación plena por las partes en litigio, de la existencia del contrato de trabajo y de que no fueron comprobadas las causales del despido por parte del patrono para la terminación unilateral y sin preaviso, y de que tampoco pudieron prosperar las peticiones de la demanda de reconvención, decidió las solicitudes de la demanda principal, aceptando el despido unilateral e ilegal, con el siguiente fallo:

"**Primero.** CONDENASE a JACK TEMEL, propietario del Restaurante TEMEL de Bogotá, a pagar a SIEGFRIED WIEGANDT, dentro del término de cinco (5) días a partir de la ejecutoria de ésta sentencia, las siguientes sumas de dinero, por los conceptos que se expresan a continuación:

a) Por salarios faltantes, hasta completar el plazo pactado de duración del contrato	$ 5.531.85
b) Por prima de servicios	200,00
c) Por Cesantía	337,82
d) Por gastos de viaje	1.200,00
TOTAL	$ 7.269,67

CONDENA GLOBAL: SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($ 7.269,67) M|CTE.

Segundo. ABSUELVESE a SIEGFRIED WIEGANDT de todos los cargos formulados en la demanda de RECONVENCION, presentada por JACK TEMEL.

Tercero. COSTAS a cargo de la parte vencida. (Decreto 0243 de 1951, Art. 2º)"

Patrono como trabajador, por medio de sus voceros, interpusieron apelación contra la sentencia para buscar el primero, condena sobre algunas peticiones formuladas y no falladas, y el segundo para solicitar revocatoria del fallo, en lo desfavorable.

El Tribunal Seccional de Bogotá al estudiar el negocio, advirtió que los fundamentos de la decisión apelada son inobjetables, mas disentió en cuanto a la apreciación del sueldo básico mensual, que estimó para la condena en $ 285.00, y en consecuencia, falló:

"1º MODIFIQUESE el numeral 1º del fallo apelado así:

CONDENASE A JACK TEMEL, propietario del Restaurante Temel a pagar a SIEGFRIED WIEGANDT dentro del mismo término a que se refiere el fallo de primera instancia, las siguientes sumas:

Por salarios que hicieron falta para completarse el plazo pactado de duración del contrato de trabajo que tenía celebrado con el demandante y

que fue roto en forma unilateral, ilegal e intempestivo, la suma de TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS ($ 3.952.00).

2º CONFIRMANSE los ordinales b), c) y d) del numeral 1º del fallo apelado.

3º ABSUELVESE a la entidad demandada de los demás cargos formulados en la demanda.

4º CONFIRMANSE los numerales 2º y 3º del fallo apelado".

Agotada la tramitación se van a decidir los recursos que oportunamente interpusieron ambas partes.

En forma lógica se despachará primero el del demandado recurrente.

Libelo del demandado recurrente

"Tiende el recurso a lograr que se case parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar, al absolver el honorable Tribunal Supremo del Trabajo al demandado señor Jack Temel de todos los cargos del libelo, condene al demandante Siegfried Wiegandt de conformidad con las peticiones de la demanda reconvención, convertido el honorable Tribunal Supremo del Trabajo en Juez plural de instancia. La infirmación de la sentencia debe comprender los numerales 1º, 2º y 4º de la parte resolutiva y mantenerse en firme el numeral 3º".

Con base en la causal primera del Art. 87 del Código de P. L. formula diez cargos, "por infracción de mandatos legales debidos a errónea apreciación o falta de ella en las pruebas, por error de hecho".

De estos cargos, los cinco primeros se estudiarán conjuntamente, puesto que son repetición por contener exactamente las mismas disposiciones acusadas con pequeños matices en cuanto al cambio de ordinales de ellas, todas a través de pruebas que singulariza en forma distinta y con apartes de éstas sin la versión completa, como luego se verá.

El representante del trabajador, opositor en este recurso, solicita que la demanda sea desestimada, porque la versión que dá el recurrente de las pruebas que puntualiza como erróneamente apreciadas o no tenidas en cuenta, no corresponde a la realidad de los hechos, ya que los desfigura o acomoda, con miras a simentar su posición en el juicio. Agrega que los cargos están formulados con lamentable falta de técnica, pues, con excepción del primero en que si acusa la vía indirecta, en los demás se abstiene de expresar cómo ha ocurrido la violación de la ley sustantiva, si en forma directa o indirecta, y si la violación es de esta última manera, debió señalar y demostrar el error de hecho en que el sentenciador incurriera. El recurrente cree, agrega, que el error de hecho evidente en que pudo incurrir el Tribunal, es lo mismo que la distinta apreciación hecha por la entidad a la del criterio sostenido por las partes.

Primer Cargo. — Acusa violación indirecta de las siguientes normas del C. S. del T: por aplicación indebida del Art. 64, por falta de aplicación el ordinal 3º del Art. 58, los ordinales 1º y 8º del Art. 60, el literal g) del Art. 61, y los ordinales 4º y 8º del Art. 62, por errónea apreciación o equivocada interpretación de los siguientes apartes de pruebas:

"a) La carta de despido a folio 9 del expediente donde se lee "...Usted se ha sustraído del establecimiento útiles de trabajo, como son los cuchillos sin permiso del suscrito ni de ninguno de sus representantes";

"b) A folio 48 se lee, en las posiciones rendidas por Wiegandt: "...los llevé (los cuchillos) a mi casa; posteriormente llevé algunos al Restaurante, los limpié y al salir los mostré al portero para los efectos de control del establecimiento en el Restaurante. El portero me dejó pasar al ver que los cuchillos estaban marcados con una W . . ".

"c) A los folios 123, 125, 138 y 130, se leen las declaraciones de Heriberto Bautista, Pablo Pirachicán, Bernardo García, Humberto Rosner, en los aspectos que demuestran que hubo sustracción de cuchillos, lo que confiesa Wiegandt, que demuestra, agrega, que el Tribunal incurre en errónea apreciación de la prueba y en equivocada interpretación de la misma al confundir la inicial sustracción, con la correspondiente pérdida de los útiles del Temel, con la segunda, en la cual no hubo la gravedad de la falta".

Segundo cargo. — A consecuencia de la errónea interpretación y equivocada apreciación de pruebas acusa la violación de las mismas normas, así: aplicación indebida del Art. 64, y falta de aplicación de los ordinales 2º y 5º del Art. 58, y ordinal 6º del Art. 62.

La equivocada apreciación de las pruebas, las puntualiza, en el aparte de la carta de despido (fl. 9º) que se refiere a la actitud asumida, según dicha carta, por el trabajador al manifestar a sus compañeros y jefes de trabajo, que va a hacer públicas manifestaciones de que las materias primas del establecimiento son pura porquería; en la confesión hecha por Wiegandt (fl. 45) sobre el mismo uso de tales materias primas; en la declaración del señor Hinz (fl. 108), sobre el mismo particular; y, en el mismo sentido, en las

declaraciones de Wolter, (fl. 135) y de Rosner (fl. 139).

Tercer cargo — Reafirma la indebida aplicación del Art. 64, y la falta de aplicación del ordinal 3º del art. 58, de los ordinales 1º y 8º del art. 60, y de los ordinales 4º y 8º del art. 62. Que ésta infracción proviene de haber interpretado equivocada la prueba testimonial, y no haber apreciado el reglamento de trabajo (fl. 83), en cuanto a la obligación de suministro de herramientas e instrumental en concordancia con las ya citadas declaraciones de Bautista, Pirachicán, García y Rosner. Que el Tribunal dió extremada amplitud a la deposición de los testigos sobre algunos cuchillos con una marca de W, lo que lo llevó a dar por probado más de lo que los testigos quisieron decir.

Cuarto cargo. — La misma acusación por indebida aplicación del art. 64, y falta de aplicación de los numerales 2º y 5º del art. 58, y 2º y 6º del art. 62, a través de la errónea interpretación de las pruebas.

Repite la misma invocación de la acusación que contiene la carta de despido en lo referente a la campaña de descrédito y, con transcripción de apartes de las posiciones absueltas por Wiegandt sostiene que, se produjo la confesión de éste sobre el descrédito a las actividades del restaurante, lo cual, además, está confirmado por las declaraciones de Hinz (fl. 108), Wolter (fl. 135), Rosner (fl. 139), Schools (156) y García (fl. 176).

Quinto cargo — En relación con la misma acusación del cargo primero y siguientes, es decir, con la condenación del primer numeral de la sentencia acusada, insiste en la violación por aplicación indebida del Art. 64, e indebida aplicación de los artículos 58 (ordinal 4º), y 62 (ordinales 2º y 8º), a través de la errónea interpretación de las mismas declaraciones que cita en los anteriores cargos, y de la Friedrichns (fl. 118), en cuanto afirman que existió por parte de Wiegandt, la campaña de descrédito contra el establecimiento y contra sus compañeros de trabajo, con graves escándalos.

Se considera:

El Tribunal Seccional, luego de un minucioso examen del material probatorio, encontró que las causales alegadas en la carta de despido (fl. 9 del informativo), para una terminación unilateral sin previo aviso, consistente ya en la substracción de útiles de trabajo, como son los cuchillos, sin permiso del jefe de personal del establecimiento, ni de ninguno de sus representantes, ya en las reiteradas manifestaciones del trabajador a sus compañeros y jefes de trabajo de actos conflictivos y amenazas de hacer públicas manifestaciones sobre hechos inexactos antentatorios contra el prestigio del restaurante, a que alude la contestación de la demanda en su literal b) (fl. 13) del expediente, no pudieron ser demostrados porque sólo se pudo comprobar que Wiegandt protestó y manifestó su desgano a usar de algunas materias primas descompuestas que iban contra el buen nombre del Establecimiento, y sobre los cuchillos que sacó, no se demostró lo fueran del Restaurante. En cuanto a la campaña de descrédito contra los operarios con miras a buscar la indisciplina, estimó el Tribunal fallador, quedó desvirtuada con los testimonios de los mismos compañeros de trabajo.

Se deja una transcripción ordenada de los cinco primeros cargos, para constancia de que la impugnación se acepta propuesta por la vía indirecta por violación de las mismas disposiciones en todos ellos, con escasa variación y a través de la totalidad de las pruebas citadas, con la observación de que muchos de esos apartes de las declaraciones, o de las contestaciones dadas a algunas preguntas en los cuadros de posiciones, no se presentan por el recurrente en forma completa, como se pasa a exponer.

1º La carta de despido enviada por el Jefe de Personal a que se ha hecho referencia, en la cual se anota la justificación del despido, fue rechazada enfáticamente por el trabajador, tanto en la respuesta dada por escrito en 17 de febrero de 1952 (fl. 24), al negar las imputaciones que en ella se le hacen, como al sostener la misma negativa al contestar la repetida afirmación contenida en la demanda de reconvención, lo que implicaba para el patrono demandante en reconvención, la obligación de probar los hechos afirmados como justificativos del despido.

2º Al exigir el patrono la absolución de posiciones al trabajador, precisamente buscó la comprobación de la justa causa del retiro intempestivo; mas de sus respuestas no se extrae la confesión que el recurrente sostiene fue conseguida. Porque las transcripciones que hace para sustentar los cargos aparecen incompletas según se dijo. Mas para tener de las preguntas y respuestas como de las declaraciones un concepto claro, vale la transcripción de ellas, en los aspectos tocados.

a) Las posiciones —PREGUNTA DIECIOCHO—. Diga el absolvente cómo es cierto, sí o nó, que usted nunca llevó al Restaurante Temel elementos de trabajo de su propiedad? Contestó. "No es cierto y aclaro: llevé al Restaurante va-

rios cuchillos grandes y pequeños y tenedores y embudos para decorar y otros instrumentos de mi propiedad. Había llevado unos quince o dieciseis cuchillos al Restaurante y como los otros empleados también trabajaban con ellos los retiré y llevé a mi casa; posteriormente llevé algunos al Restaurante, los limpié y al salir los mostré al portero para los efectos del control establecido en el Restaurante. El portero me dejó pasar al ver que los cuchillos estaban marcados con una "W", mis iniciales. Leída la aprobó".

No encuentra la Sala en esta respuesta la confesión indivisible a que alude en el primer cargo el recurrente; por el contrario, dentro de la versión del testimonio, porque el absolvente no conocía bien el idioma, razón por la cual aparece asesorado por intérprete, se observa una explicación clara sobre la existencia de cuchillos de su propiedad, en el Establecimiento. Esta confesión hay que tomarla como un todo y no de manera parcial, en lo cual consiste la indivisibilidad, principio que inspira precisamente el contenido del artículo 609 del C. J.

b) Las declaraciones. Sobre el particular de la substracción de cuchillos del establecimiento, los declarantes, dicen:

HERIBERTO BAUTISTA. (Fls. 122 y ss.), expone: "No me consta que el señor Wiegandt llevara al trabajo en el Restaurante Temel cuchillos y tenedores destinados a la carnicería. No le ví llevar ningún elemento de trabajo de propiedad de Wiegandt. Me consta que el Restaurante Temel suministra a sus trabajadores elementos y útiles de trabajo; esto me consta porque a mí personalmente me las ha suministrado y he visto que las ha suministrado a otros trabajadores. No me consta que al señor Wiegandt y a otros trabajadores el Restaurante Temel les haya suministrado cuchillos y tenedores de carnicería. Me consta por estar trabajando en el Restaurante en el mes de febrero de 1952, que de la mesa de carnicería se perdieron cuchillos. No me consta quien tenía los cuchillos y en vista que los cuchillos no aparecieron me ví obligado a avisarle al patrono para que él averiguara; entonces él le preguntó al portero que si él había visto sacar algunos cuchillos; él contestó que sí le había visto sacar cinco (5) cuchillos al señor Wiegandt, que había dicho el señor Wiegandt que eran propiedad de él".

PABLO PIRACHICAN. (Fls. 124 y ss.) rinde su declaración, que para mejor comprensión se transcribe completa, así: "Conocí al señor Wiegandt como cocinero del Restaurante. Me consta que en el mes de febrero de 1952, no recuerdo el día, por ahí a las tres de la (sic) tarde el señor Wiegandt salía del restaurante y le revisé lo que llevaba y le encontré cinco cuchillos grandes, un tenedor grande; le pregunté que para dónde sacaba los cuchillos y me contestó que los sacaba para mandarlos a limpiar (sic) porque eran de su propiedad; más tarde el señor Temel me preguntó que si no sabía de unos cuchillos que hacían falta al Restaurante y le respondí que el señor Wiegandt había sacado cinco cuchillos y un tenedor. El señor Wiegandt a mí no me presentó ninguna autorización para sacar esos cuchillos. A mí no me constaba si los cuchillos eran de propiedad del señor Wiegandt o del Restaurante. Tengo la autorización de no dejar sacar nada del Restaurante sin antes revisarlo y sin autorización, pero como el señor Wiegandt dijo que eran para limpiar se los dejé sacar, pero no los regresó al Restaurante. Me consta que siguió la averiguación..... ... ...

...CONTRAINTERROGATORIO. Los cuchillos que el señor Wiegandt retiró del Restaurante no recuerdo si tenían señas especiales. Me consta que el señor Wiegandt me llemó (sic) para que le revisara el maletín que sacaba del Restaurante, porque él pasaba y yo estaba allí presente. De la sacada de los cuchillos yo no hablé con el señor Heriberto Bautista me rectifico diciendo que don Heriberto me había dicho que hacían falta unos cuchillos de carnicería, —pero a él no le referí nada de que los había sacado porque ya le había dicho al señor Temel—. No me consta nada sobre si los trabajadores extranjeros trabajan con sus propias herramientas (sic) en el Restaurante. Me parece que el día de la pérdida, no estoy seguro, el señor Bautista estaba trabajando, pero yo no le dije que sacaron los cuchillos, pues ya le había dicho al señor Temel".

HUBERT ROSNER (fls. 137 yss.), en lo pertinente, expone: "AL PUNTO TERCERO contestó: No se si el señor Wiegandt al entrar al servicio del Temel, trajo sus propias herramientas y cuchillos, pues entré después de él, el 1º de enero de 1952". Al punto doce contestó: "Oí decir que el señor Wiegandt se llevó algunos cuchillos que un carnicero había dejado en el Restaurante, sin conocimiento del señor Temel".

BERNARDO GARCIA (fls. 175 a 186), declara en su calidad de Jefe de personal del establecimiento, y dice sobre el particular: "AL PUNTO DECIMO. "Diga el testigo qué le consta en relación con la sustracción que el señor Wiegandt hizo al Restaurante de unos cuchillos y unos tenedores? CONTESTO: "Más o menos en la mitad del mes de febrero de 1952 el señor Edilberto

Bautista quien trabajaba en ese día como carnicero en los cuartos fríos subió a mi oficina a manifestarme que los cuchillos y tenedores con que estaba trabajando se habían desaparecido. Se localizaron por distintas partes del Restaurante y por ninguna aparecieron. Al preguntarle al portero de turno si él había visto si alguno de los trabajadores había sacado herramientas manifestó que el señor Wiegandt había sacado unos cuchillos y unos tenedores del servicio de la carnicería manifestando que los iba a afilar y los devolvería, por esa razón él los dejó salir". AL PUNTO UNDECIMO: "Diga el testigo si estos elementos que el señor Wiegandt sacó del Restaurante eran de propiedad del señor Wiegandt o del Restaurante y si éstos los regresó posteriormente? CONTESTO: "Los cuchillos eran del Restaurante. El señor Wiegandt nunca manifestó ni informó a la oficina de personal que hubiera llevado herramientas para trabajar y esas herramientas tampoco regresaron al Restaurante. "Fue contrainterrogado y cuando ello ocurrió en relación con este tópico, dijo: PREGUNTADO: "Usted personalmente vio o sabe si el señor Wiegandt sustrajo del establecimiento herramientas, tales como cuchillos etc. de propiedad del mismo Restaurante? CONTESTO: "Personalmente no, en mi declaración expliqué cómo había sabido la forma que el señor Wiegandt había sacado unos cuchillos o herramientas de trabajo" PREGUNTADO: "Usted puede afirmar categóricamente sí o nó que el señor Wiegandt efectivamente le robó a Temel tales herramientas de trabajo? CONTESTO: "En este estado el apoderado del actor cambia la palabra 'robo' por 'sustrajo'. CONTESTO: "Ya manifesté cómo había tenido conocimiento de la sustracción de las herramientas por el señor Wiegandt; personalmente no lo ví. PREGUNTADO: "A usted, le consta sí o no que muchos de los cocineros del Restaurante Temel, al ingresar al mismo, han llevado herramientas de trabajo de su propiedad, distintas de las herramientas de propiedad del establecimiento? CONTESTO: Es terminantemente prohibido que al Restaurante se lleven herramientas particulares y si alguno lleva algo tiene que informarlo al Jefe de cocina, al Administrador y al Jefe de personal. En cuanto al señor Wiegandt al menos a mí no me comunicó nada, en la cocina tampoco hay constancia de que hubiera llevado algo". Esto, en cuanto a las declaraciones que cita el recurrente, mas la Sala observa que existen en el informativo otros declarantes que deponen sobre el particular de la sustracción de los chuchillos, como pasa a examinarse.

WALTER HINZ (fls. 104 a 110), declara que fué carnicero y salchichero del restaurante y que "los cocineros extranjeros usan sus propias herramientas y especialmente cuchillos, porque esta es costumbre en Alemania, esta es la costumbre aquí y yo mismo he usado mis propios cuchillos fuera de los que me entregó el señor Temel. El actor Wiegandt tenía sus propios cuchillos para sus trabajos y lo sé exactamente porque yo mismo tenía dos cuchillos de él abajo en el sótano donde se encuentra la carnicería del restaurante. Un empleado de nombre Heriberto Bautista llamado generalmente "la pulga" tenía su mesa de trabajo para cortar en el mismo lugar o mesa en que el señor Wiegandt, guardaba sus cuchillos y otras herramientas entre ellas tenedores, y agujas grandes para carne. El cajón en que se encontraban estas herramientas estaba abierto durante el día y cerrado con llave durante la noche. Yo usaba las agujas y Bautista los cuchillos de propiedad de Wiegandt".

Al ser contrainterrogado, (página 109), dijo: "El señor Temel me exigió al contratarme en Europa que trajera mis herramientas y cuchillos etc. pero esto se entiende por sí mismo, que llevé mis herramientas de trabajo. No informé al señor Temel sobre las herramientas que traje al País pero el señor Temel estaba presente cuando las desempaqué y vio por tanto el serrucho, los cuchillos y la lanza. Puedo decir que Wiegandt tenía herramientas de su propiedad porque alguna vez tenía prestados de él en el lugar del trabajo mío, dos cuchillos marcados con W, especiales para preparar lomo. Sé que eran de propiedad de Wiegandt porque yo mismo los recibí de él y él mismo me los pidió posteriormente y los llevó. Cuando me retiré del restaurante Temel dejé allá dos cuchillos que el señor Wiegandt me trajo después, se trató de dos cuchillos de mi propiedad".

PAUL RUPPMANN (fls. 117 a 117 vto.) A la pregunta quinta del interrogatorio, contesta: "El señor Wiegandt tenía sus herramientas propias, pues las trajo de Alemania y yo como jefe de cocina no se las exigí; porque no tenía objeto, pues ya las tenía".

OTTO FRIEDRICHSEN (fls. 118 y vto.), expresa: "Es verdad y puedo decir que en el Restaurante Temel todos los cocineros usamos herramienta propia especialmente cuchillos. 7º Es verdad que cuando desempeñé mis labores en el Restaurante Temel lo hice con mis propios cuchillos. 8º Es verdad porque me tocó ver que el señor Siegfried como cocinero del Restaurante Temel trabajaba con sus propios cuchillos los

cuales trajo desde Alemania, 9º Es verdad que en algunas ocasiones como trabajador que fuí del Temel me tocó ejecutar labores en dicho Restaurante con los cuchillos de propiedad del señor Wiegandt; 10º Conozco de vista trato y comunicación al señor Heriberto Bautista, ayudante de cocina o anunciador en el Restaurante Temel cuyo apodo es "pulga". 11º Es verdad y me consta que el señor Heriberto Bautista frecuentemente trabajó en el Restaurante Temel con cuchillos de distinos cocineros, por ejemplo con los cuchillos del señor Wiegandt".

FRIEDRICH WOLTER (fls. 135 y 136), "Fuí compañero de trabajo del señor Siegfried Wiegandt. Sí me consta que los cocineros extranjeros trabajaban con sus propias herramientas y especialmente cuchillos. El señor Wiegandt, trabajó con sus propias herramientas y especialmente cuchillos. No recuerdo si en la inauguración de la represa del Neusa usé herramientas prestadas por el Sr. Wiegandt. En otras ocasiones el Sr. Wiegandt me prestó herramientas, por ejemplo un cuchillo especialmente afilado, para papas o legumbres. Sí conozco al señor Heriberto Bautista, apodado "pulga". Puede ser que el dicho Bautista haya trabajado con herramientas de Wiegandt pero no lo sé".

JORGE SCHOOLZ (fls. 155 a 158), al contestar una de las preguntas del contrainterrogatorio, responde (fl. 158): "El señor Wiegandt nunca me prestó herramientas de su propiedad, puesto que yo tenía mis propias herramientas".

Del análisis de los testimonios, tanto los citados por el recurrente, como de los otros que deponen sobre el aspecto de la sustracción indebida de las herramientas, se tiene: que el portero Pirachicán no afirma que precisamente los cuchillos sacados por Wiegandt correspondieran a los de propiedad del establecimiento, por el contrario, dice que Wiegandt le manifestó que eran de su propiedad y que aún le llamó para que revisara el maletín que sacaba del Restaurante. Heriberto Bautista, y Bernardo García son los únicos que afirman sobre la sustracción de los cuchillos, mas tampoco abiertamente sostienen que pertenecieran al Restaurante, aunque son enfáticos en decir que todas las herramientas de que dispone el personal del establecimiento pertenecen a éste; empero, sobre la sustracción, hacen alusión a referencias de los otros, porque personalmente no vieron cuando fueron sacados los cuchillos y menos cómo eran éstos, ni la marca que llevaran. En cuanto a que todos usaran herramientas del establecimiento, por el contrario, los otros testigos, Rosner, Hinz, Ruppmann, Freidrichsen, Wolter y Schoolz, sostienen que Wiegandt, sí llevó herramientas de su propiedad, especialmente cuchillos marcados con una W, porque es costumbre en el trabajador alemán, llevar sus instrumentos de trabajo y ellos también los llevaron cuando lo fueron del Restaurante.

No existe el error manifiesto del fallador al no aceptar demostrado que Wiegandt hubiera hecho sustracción indebida de cuchillos del Restaurante; un error de esta naturaleza en el fallo tiene que aparcer ostensible y la Sala no encuentra cómo se puede concluír de lo llevado al informativo, que en realidad Wiegandt sacó indebidamente para su provecho herramientas del Establecimiento. Tampoco encuentra la "extremada amplitud" de que habla el recurrente, por parte del sentenciador en la apreciación de los testimonios, si como se ha visto es esa la conclusión a que debe llegarse. Este que es el aspecto de las impugnaciones de los cargos primero y tercero, no puede prosperar.

3º Cita el recurrente como errónea y equivocamente apreciadas la "confesión hecha por el mismo Wiegandt en las posiciones", las declaraciones de Hinz, Wolter y Rosner, en relación con las públicas manifestaciones sobre uso de materias primas dañadas en el Restaurante, a que alude como causal la carta de despido. El absolvente en posiciones dijo al respecto: "Séptima. Diga el absolvente como es cierto, sí o nó, que usted en su condición de cocinero, comenzó por manifestar a sus compañeros de trabajo que no tenía buena voluntad para continuar prestando sus servicios en el Restaurante Temel? CONTESTO. "No es cierto, me limité a decir que no tenía ganas de usar materiales malos y podridos especialmente pollos y pavos y los mostré especialmente al jefe de la Cocina Fría señor Rosner". Leída la aprobó. OCTAVA. Diga el absolvente, como es cierto sí o nó, que usted en varias ocasiones manifestó a sus compañeros de trabajo, o sea, aquellos con que (sic) usted prestaba el servicio en la cocina, que todas las materias primas que allí se consumían "eran (sic) puras porquerías", en su mayoría, "materias primas podridas"; CONTESTO: "No es cierto pues no me referí a todas materias primas sino solamente a los pollos y pavos". Leída la aprobó. NOVENA. Diga el absolvente como es cierto, sí o nó, que usted en varias ocasiones manifestó a sus compañeros de trabajo que haría públicas manifestaciones de que todas las materias primas que se consumían en el Restaurante Temel eran puras porquerías? CON-

TESTO: "No es cierto, pues sólo me referí a pollos y pavos". Leída la aprobó. DECIMA, Diga el absolvente como es cierto, sí o nó, que usted nunca hizo saber al señor Temel, ni al Administrador, ni demás empleados de categoría que las materias primas no eran aptas para el consumo? CONTESTO. "No es cierto pues, hice esta manifestación a mi superior señor Wolter Jefe de Cocina y al señor Rosner Jefe de la Cocina también". Leída la aprobó. DUODECIMA. Diga el absolvente como es cierto, sí o nó, que usted nunca mostró ninguna cantidad de materias primas dañadas al señor Jack Temel, ni al Administrador, ni al jefe de personal? CONTESTO. "Es cierto que nunca mostré a estos tres señores las materias primas dañadas, pero el señor Jack Temel vio personalmente las materias dañadas en los cuartos fríos y yo mostré estas materias a mi superior inmediato el Jefe de Cocina". Leída la aprobó.

WALTER HINZ (fls. 104 a 110), expresó: "En Techo estalló una enfermedad entre las aves de corral y alcaro (sic) que el señor Temel tiene una finca en Techo donde se encuentra un corral de pollos y gallinas. Se murieron gallinas y algunas se mataron cuando todavía estaban vivas. Un pavo fue traído a Bogotá cuando estaba azul, para utilizarlo en el Restaurante. Estas gallinas fueron matadas cuando estaban ya enfermas y por esta razón fueron matadas. Sacrifiqué en la finca de Techo marranos, no sé si existía autorización de las Autoridades para hacerlo. Algún día cuando llegué al Restaurante por la mañana encontré a dos señores vestidos de civil que esperaban y preguntaron algo sobre un cordero y como entiendo muy poco español entendí que querían vender carne de cordero; les contesté que teníamos suficiente. Vino después don Max Temel y fué con los dos señores al Restaurante, no sé qué han hablado. Más tarde Pablo, no conozco su apellido, un empleado del Restaurante, trajó el cordero desde atrás donde está el carbón, y me ordenó cortar ese cordero y ponerlo en cuarto frío. También sacrifiqué reses en la finca de Techo. Las gallinas enfermas matadas en la finca de Techo fueron utilizadas para la comida del Restaurante. Al ser contrainterrogado, expuso: "Sé que se murieron gallinas... No dije antes que había visto animales dañados, preparados en la cocina, porque no se me había hecho esta pregunta antes".

FRIEDRICH WOLTER (fls. 135 a 136) sobre el particular expuso: "No sé nada respecto a las aves de corral de la finca de Techo del señor Temel porque yo recibí estos animales desde los cuartos fríos y no sé de donde habían venido. El señor Hinz no se quejó de la mala calidad de los pollos, no a mí. El señor Wiegandt se quejó de la calidad de los pollos o mejor dicho de la calidad de ellos, que no era igual a la de los pollos europeos; la organización no es la misma que en Europa y por la misma razón la calidad no puede ser igual... CONTRAINTERROGATORIO Me consta que cuando el señor Wiegandt vino de Europa, trajo una gran cantidad de herramientas propias y especialmente cuchillos marcados con una doble W, yo ví esto. Si un pollo está refrigerado y se descongela puede aparecer aparentemente dañado pero después se lava y puede ser usado, por motivos económicos no se puere rechazar todo y hay que usar lo mejor. Es imposible que un pollo realmente dañado haya sido utilizado; si una cosa está dañada o no, depende del criterio de la persona respectiva y hay un amplio margen; Se puede decir con seguridad si un pollo está muerto o vivo pero no si está dañado. No he ordenado nunca al señor Wiegandt que utilice un ave de corral dañado. El señor Wiegandt no me dijo con certeza que quería retirarse del Restaurante, pero tenía la impresión de que no estaba contento pero no conozco los motivos de dicho descontento (sic). No recuerdo las palabras de la pregunta si le oí decir al señor Wiegandt que las materias primas del Restaurante Temel eran una pura porquería. No puedo decir sí o nó a la pregunta sobre si había oído hablar al señor Wiegandt respectivamente del Restaurante Temel, se habló mucho; como yo reemplacé al Jefe de cocina y me gané mi plata allá no quise oír nada. El señor Wiegandt no me informó sobre la existencia de pollos etc. dañados, pero en un tiempo subieron pollos de los cuartos fríos en un estado no satisfactorio y se hizo una revisión en los cuartos fríos y achaco la culpa al administrador de los cuartos fríos y no a la casa; tanto el señor Wiegandt como yo no teníamos el derecho de revisar los cuartos fríos. Estos pollos dañados tuvieron que ser utilizados para el consumo en cuanto que estaban utilizables, las partes no utilizables lo que pasó muy rara vez, fueron quemadas. Hinz fué administrador de los cuartos fríos hasta el 4 de enero de 1952; él no me informó sobre la existencia de pollos y materias primas dañadas; después del retiro de Hinz se estableció que algo no estaba en orden en los cuartos fríos.

HUBERT ROSNER (fls. 137 a 139). Al punto Cuarto contestó: "Me llamó la atención que el señor Wiegandt habló mal frecuentemente sobre la empresa, la cocina etc". Al Punto Quinto contes-

tó. "No he oído que el señor Wiegandt (sic) hubiera dicho que las materias primas que se usaban en el Restaurante estaban dañadas y no aptas para el consumo". AL PUNTO SEXTO CONTESTO: "Ya dije que el señor Wiegandt no estaba contento en la Empresa". Estaba descontento con las condiciones de la cocina, pero no recuerdo exactamente las causas específicas sino que dijo en forma general que todo estaba mal". Explica el intérprete que el testigo usó la palabra del dialecto Austríaco que tiene semejanza a la palabra mierda en castellano, para referirse a las palabras que dice el testigo haber oído de Wiegandt.

Fuera de las declaraciones anteriores citadas por el recurrente, la Sala observa la existencia de otra decaración que dice su conocimiento sobre el particular, así:

PAUL OTREMPA (fls. 120 a 121), expone: "No sé cuantos cerdos se sacrificaron durante el tiempo que yo estaba trabajando en la finca del señor Temel, pero se sacrificaban cada semana. Creo recordarme que durante el tiempo que yo estaba trabajando en dicha finca se sacrificaron diez reses aproximadamente, tal vez más. No se sacrificaron muchos corderos durante el mismo tiempo, creo que talvez cuatro. No asistieron a estos sacrificios las autoridades de higiene. La camioneta que trajo la alimentación para los cerdos llevó animales sacrificados. Supongo que fueron al restaurante porque se transportaban con ese carro. En la finca Temel, había un corral con gallinas, pavos, patos y gansos. Mientras yo estaba trabajando en la finca estalló una peste, así lo supongo porque se murieron o enfermaron. Las gallinas que se enfermaban se separaban de las demás, no comían. Casi todas las gallinas enfermas creo que sin excepción, fueron sacrificadas. Las gallinas sacrificadas fueron llevadas al restaurante con la misma camioneta que los cerdos. Se trataba de las gallinas enfermas.

4º Por último, como justificativa del despido intempestivo aparece en la carta de folio 9, la acusación de que el trabajador aunó a su campaña de descrédito la de indisponer al personal de trabajadores para impedir el normal funcionamiento del establecimiento.

Esta acusación se relaciona directamente con un trabajador cocinero de apellido Schoolz. Al ser interrogado en las posiciones a este respecto se encuentra la respuesta a folios 100 y 101. PREGUNTA 11. Diga el absolvente cómo es cierto, sí o no, que Ud. manifestó a varios de sus amigos que el señor Jack Temel tenía un Jefe de Cocineros, el señor Georg Schoolz, qu no podría prestarles servicios ni tenía por qué estar en el Restaurante, ya que se encontraba "sifilítico". CONTESTO: "No es cierto y aclaro: dije una o dos veces al cocinero señor Wolter que había oído que el señor Schoolz estaba enfermo y si el negocio andara mal el señor Temel diría que los cocineros alemanes tenían la culpa por estar uno "sifilítico".

HUBERT ROSNER (fls. 137 y ss.), AL PUNTO SEPTIMO CONTESTO: "No he oído directamente del señor Wiegandt que el señor Schoolz estaba sifilítico, pero tenía la impresión de que existían divergencias entre los dos y no puedo decir que el señor Wiegandt hubiera hablado mal de los colegas de trabajo. Solo trabajé con Wiegandt en la misma empresa durante dos meses. Yo en la cocina fría y él en la cocina caliente". AL PUNTO NOVENO CONTESTO: "El señor Wiegandt trabajó con desgano". AL PUNTO DECIMO CONTESTO: "Observé que hubo permanentes divergencias entre el señor Temel y Wiegandt porque tal vez Wiegandt no hizo todo como lo quería Temel. He visto que no se trabajaba en forma correcta en la cocina como lo requiere la materia prima. Esta situación se debía a la actividad del señor Wiegandt, hay cocineros mejores y menos buenos y por esta razón el señor Wiegandt fue despedido porque no trabajaba bien'' . CONTRAINTERROGADO CONTESTO: "El señor Wiegandt habló mal de la empresa ante todo el personal de la cocina más o menos veinte personas. No recuerdo los nombres de los presentes, no se quién tenía turno o estaba libre. No recuerdo el día o los días que el señor Wiegandt habló mal de la empresa. No puedo repetir las palabras que dijo el señor Wiegandt porque han pasado varios meses, pero recuerdo que dijo que no le gustaba el trabajo. No sé cuáles eran las condiciones de la cocina que no le gustaban al señor Wiegandt. Wiegandt no hizo su crítica en forma calmada sino en tono subido". "Dijo varias veces que todo es... Yo lo oí, las palabras que acabo de decir".

JORGE SCHOOLZ (fls. 155 y ss.), testigo presentado por el patrono, expone: "AL PUNTO SEGUNDO CONTESTO: "Conozco al señor Wiegandt desde que llegó a Colombia para trabajar en el Restaurante Temel donde yo estaba ocupado". AL PUNTO TERCERO CONTESTO: "Cuando vino el señor Wiegandt estaba yo trabajando como Cocinero reemplazo, es decir reemplacé a aquellos cocineros que faltaban; y después hace más o menos nueve o diez meses me hice cargo del grill. El señor Wiegandt trabajó primero en la cocina fría y más tarde pasó a la cocina ca-

liente donde yo estaba trabajando. Ambas cocinas se encuentran en el mismo local pero separadas". AL PUNTO CUARTO CONTESTO: "En mi concepto legumbres o carnes podridas no pueden ser usadas porque por ejemplo la carne podrida ya no tiene masa. El cocinero es responsable si alguna materia no es buena y debe trabajar independientemente. No he oído que el señor Wiegandt dijera que la materia prima que se usaba en el Restaurante estaba podrida". AL PUNTO QUINTO CONTESTO: "Cuando el señor Wiegandt vino a trabajar en el Restaurante las relaciones con el personal estaban tranquilas. Después hubo peleas hasta con el patrón. No quiero decir que el señor Wiegandt trabajó con mala voluntad. En el Restaurante se propaló el rumor que yo tenía sífilis y el señor Wolter un día en que el señor Wiegandt ya no trabajaba con Temel me contó que Wiegandt había ido a la casa de él para contarle que yo sufría de sífilis. El próximo día me fuí a visitar al señor Temel, le expliqué qué estaba pasando y entonces el señor Temel me mandó al médico doctor Almanza quien encontró que no estaba enfermo. Posteriormente pedí exámenes a dos médicos más con el mismo resultado negativo. A veces durante el trabajo se han dicho palabras, también de parte del señor Wiegandt, sobre el señor Temel que no se habría debido decir. No sé si el señor Wiegandt ha fomentado peleas también con otras personas, yo puedo hablar solamente sobre mi caso personal en relación con la afirmación que el señor Wiegandt respecto a la sífilis, y otro caso en que el señor Wiegandt dijo alguna cosa que no era cierta". AL PUNTO SEXTO CONTESTO: "Como no me preocupé por lo que hicieran otros trabajadores no puedo decir si el señor Wiegandt traía al país sus propias herramientas pues no he visto su equipaje". CONTRAINTERROGADO POR EL DOCTOR PACHECO OSORIO RESPONDIO: "Yo considero que el cargo de cocinero reemplazo es un cargo permanente". PREGUNTADO RESPONDIO: "Estoy actualmente trabajando al servicio del Restaurante Temel con el grill. PREGUNTADO RESPONDIO: "Trabajé en forma permanente con el Restaurante Temel y los servicios no fueron interrumpidos sino por vacaciones". PREGUNTADO RESPONDIO: Recuerdo que algún día vine a las seis de la tarde al Restaurante para prestar mi servicio y que en ese momento el señor Wiegandt ya se había retirado, pero no recuerdo la fecha exacta". PREGUNTADO RESPONDIO: "Cuando en el punto cuarto hablé de carnes podridas que no pueden usarse por no tener masa quise referirme también a carne de pollo y pavo". PREGUNTADO RESPONDIO: "Puede pasar que algún pollo u otra ave todavía tiene forma de tal y también tiene mal olor". PREGUNTADO RESPONDIO: "Es difícil juzgar quién tenía la responsabilidad por las peleas, porque la mayor parte de los cocineros conversaba con el patrono durante el trabajo o después, y realmente debería ser el Jefe de Cocina, en ese tiempo el señor Ruppman quien responde del orden en esa Dependencia, pero tal vez (sic) el mismo jefe de Cocina no estaba en condiciones de mandar" PREGUNTADO RESPONDIO: "No tuve disgustos con el Jefe de Cocina señor Ruppman, pero algún día el señor Wiegandt vino a decirme que el señor Ruppman me mandó decir que debía devolverle la suma de $ 20,00, que dijo yo le debía porque mi señora había recibido café de Ruppman cuando ella estaba todavía en Alemania". PREGUNTADO RESPONDIO: "El rumor al cual me refiere (sic) en el punto quinto, según lo que me dijo el señor Wolter, debe haber sido propalado en el Restaurante Temel ya antes de que saliera de la empresa el señor Wiegandt, pero yo no lo sabía en ese tiempo. PREGUNTADO RESPONDIO: "En mi concepto el rumor sobre la sífilis estaba conocido por varios alemanes con anterioridad a la conversación que tenía el señor Wiegandt con el señor Wolter, pues Wolter vino al Restaurante y me preguntó sobre el asunto, e inmediatamente después me fuí donde el patrón planteándole el problema, y el próximo día me mandó al médico". PREGUNTADO RESPONDIO: "El día en que me fuí al patrono como acabo de decir, el señor Wiegandt ya no estaba trabajando en el Restaurante Temel". PREGUNTADO RESPONDIO: "No puedo afirmar que el señor Temel en el momento de mi visita haya conocido el rumor sobre la sífilis, pero debe haberlo conocido". PREGUNTADO RESPONDIO: "Yo no sabía que el rumor estaba propagándose en el Restaurante hasta que me hablara el señor Wolter". PREGUNTADO RESPONDIO: "En relación con el punto quinto (parte final), aclaro que no puedo saber si el señor Wiegandt fomentó peleas en relación con el rumor sobre mi sífilis, porque hasta el día en que el señor Wolter me habló de ese asunto, no sabía nada sobre tal rumor". PREGUNTADO RESPONDIO: "Considero que el rumor sobre la sífilis debe haber sido conocido en el Restaurante con anterioridad a mi conversación con Wolter porque no es posible que se propale tan rápidamente un rumor, habiendo hablado el señor Wolter conmigo a las seis de la tarde y a las seis y media estuve hablando con el pa-

trono, y cuando regresé de esta última conversación ya estaban hablando del rumor". PREGUNTADO RESPONDIO: Al hablar de alemanes quise referirme a los colegas del Restaurante de nacionalidad alemana." PREGUNTADO RESPONDIO: "Ningún colega alemán fué despedido por causa de la propagación del rumor sobre mi sífilis". PREGUNTADO RESPONDIO: "Estábamos juntos en la cocina, los cocineros alemanes, y charlamos. El día siguiente a las ocho de la mañana llega el señor Orth y me dice que yo había contado la noche anterior que toda la pelea en la cocina proviene de las familias Bendet y Orth. Al desayunar el mismo día a las ocho y media llamó el señor Orth para pedirle explicaciones delante de todos los cocineros alemanes, y entonces Orth dijo que no es cierto que yo había dicho tal cosa sino que la había dicho el señor Wiegandt. A este asunto me referí en el punto quinto (parte final)". PREGUNTADO RESPONDIO: "El señor Wiegandt nunca me prestó herramientas de su propiedad, puesto que yo tenía mis propias herramientas". PREGUNTADO RESPONDIO: "No puedo decir que el señor Wiegandt era responsable de las peleas en el Restaurante, pues si dos pelean un tercero no puede decir quién tiene la culpa".

BERNARDO GARCIA, también presentado por el patrono, AL PUNTO SEXTO del interrogatorio, dice: "A raíz de eso vino el mal entendimiento entre él y el Jefe de Cocina y varios otros cocineros de uno de ellos o sea el señor Schoolz manifestó que estaba sifilítico, lo que me obligó mandar al señor Schoolz al laboratorio del doctor Almanza para el examen respectivo para ver si era cierto. El resultado de ese análisis se encuentra en el proceso".

La señora HILDE DE ORTH, testigo de la parte actora (fls. 154 y 155), AL PUNTO SEGUNDO DEL INTERROGATORIO, expuso: "Conozco al señor Temel solamente porque mi marido ha trabajado con éste; mi marido se llama Karl Orth. Conozco al señor Wiegandt porque fué compañero de trabajo de mi marido en el Restaurante Temel". AL PUNTO TERCERO CONTESTO: "También conozco al señor Georg Schoolz porque también trabajó con Temel, como cocinero". AL PUNTO CUARTO CONTESTO: "Es cierto que conté al señor Wiegandt que el señor Schoolz estaba enfermo de sífilis, y por esta razón prohibimos al señor Schoolz que visitara nuestra casa". AL PUNTO QUINTO CONTESTO: "Algunos vecinos me contaron que el señor Schoolz estaba enfermo, y entonces pregunté a la señora de él y ella me dijo que Schoolz estaba yendo al médico cada rato, que ella no lo podía acompañar y que no sabía de qué enfermedad se trataba. También me contaron que el señor Schoolz está yendo a un médico donde recibía inyecciones". No habiendo más preguntas que formularle a la testigo, ésta lee el texto de su exposición por intermedio de su intérprete y se ratifica en sus dichos. En constancia firma".

Después de lo transcrito, bien se ve que la especie sobre la enfermedad de Schoolz, no tuvo origen en Wiegandt y menos aparece que su divulgación tuviera como fin una campaña contra el establecimiento; al menos este hecho no se evidencia. En cuanto a la pugna entre el personal del establecimiento hay declaraciones encontradas, porque unos sostienen que Wiegandt era conflictivo y otros no lo pueden asegurar. Un hecho es cierto, que los trabajadores alemanes todos aparecen enfrentados en pugnas. Mientras Bernardo García, Humbert Rosner, Jorge Schoolz, sostienen que Wiegandt se expresaba mal del establecimiento y era conflictivo, Otto Friedrichsen, Paul Roppmann, Walter Hinz, Friedrich Wolter y Heriberto Bautista, afirman que Wiegandt "desempeñó sus funciones en forma eficaz, leal y competente", o por lo menos, como en el caso de Bautista, "no le consta que Wiegandt indispusiera con chismes a sus compañeros de trabajo para formar mal ambiente, ni que se refiriera a Temel con palabras groseras y descorteses".

El análisis anterior lleva a la conclusión de que no se demostraron de manera plena y satisfactoria los cargos alegados por el patrono para el despido intempestivo con liberación de la indemnización por esa ruptura unilateral; no hubo aplicación indebida de los artículos 64, 58, 60 y 61 y 62 y la condena que nace como consecuencia de la ruptura unilateral e ilegal del contrato, habrá de sostenerse. Los cargos no prosperan.

Cargo Sexto. — El Honorable Tribunal violó los artículos 127 y 179 por aplicación indebida y por no aplicación los 172, 173, 174 y 177 del Código del Trabajo, al no haber tenido en cuenta y no haber aplicado el Art. 4º del contrato de trabajo (fj (sic) 6º) en su última parte que dice: "El empleado reconoce que, de acuerdo con la ley, el descanso compensatorio excluye el derecho de pago del trabajo dominical"; esta falta de apreciación de esta prueba y la inadecuada interpretación del artículo 3º del contrato mismo, lo llevó a infringir las disposiciones legales citadas.

Se considera:

El cargo no es claro en cuanto a lo que persi-

gue, pues, no señala el aspecto del fallo cuya revisión busca; mas en el entendimiento de que impugna la condena por concepto de dominicales y festivos, se observa:

Las cláusulas tercera y cuarta hay que tomarlas en conjunto para la verdadera interpretación que ha de acogerse en lo que se relaciona con los dominicales y festivos. Porque la primera de ellas establece "$ 60.00 mensuales como sobrerremuneración del trabajo que preste en días domingos y de fiesta"; y la Cuarta, reconoce que por tratarse de un Restaurante con bizcochería, la empresa está exceptuada del descanso dominical y que el empleado se obliga a ejecutar sus trabajos en tales días en forma habitual. No aparece demostrado que el trabajador dejara de trabajar en los domingos y festivos y, ni siquiera que hubiera disfrutado del descanso compensatorio, luego hay que aceptar la base legal para la condena. No hay violación por aplicación indebida ni falta de aplicación de los artículos en cita, porque tuvo en cuenta en la liquidación como parte de salario, los $ 60.00 pesos (art. 127), frente a una situación en que el trabajo en domingo es permitido por la ley y debía ser remunerado. El cargo no prospera.

Séptimo Cargo — "En relación a la confirmación del ordinal b) del fallo de primera instancia, contenido en el numeral 2º de la sentencia, el Honorable Tribunal infringió, por aplicación indebida, el artículo 306 del código laboral, al condenar al pago de la prima de servicios, que ya había sido pagada, como consta al fj. 297, lo que puede el Honorable Tribunal Supremo aclarar, si lo desea, dictando un auto para mejor proveer.

Es de justicia elemental el aceptar el pago ya hecho a Wiegandt, de esta prima, a fin de que la mala fe no quede premiada con un enriquecimiento sin causa".

Se considera:

Sobre este particular dice el Tribunal en el fallo recurrido: "En cuanto a la prima semestral esta Superioridad acoge, en un todo los argumentos expuestos por el a quo y la liquidación hecha por el mismo por estar ajustados a derecho y, en consecuencia, confirma el ordinal b) de la parte resolutiva de la sentencia. No es posible tener en cuenta la lista de pagos presentada por el señor apoderado de la demandada porque este Tribunal se abstuvo de decretarla como prueba en la audiencia fechada el 22 de octubre del año en curso, por no haber sido pedida y decretada en la primera instancia. De manera que, aun cuando aparece agregada a los autos, dicha documental es como si no existiera para el Tribunal, puesto que no habiéndose ordenado su producción en tiempo, carece de la publicidad que debe tener toda prueba, y así la parte actora no tuvo oportunidad para reconocerla y hacer las manifestaciones que considera oportunas".

Basada la acusación en la indebida aplicación del artículo 306, por no haber tenido en cuenta el documento agregado inmediatamente antes de la sentencia de segunda instancia, y habida cuenta de las razones expuestas por el Tribunal, que esta Sala acoge, sobra cualquiera otra consideración, para lo tocante a esta demanda. Además, no se trata como lo sostiene el recurrente, "de premiar con un enriquecimiento sin causa", sino de cumplir normas procesales en cuanto a la exigencia de que las pruebas deben ser producidas en su oportunidad. El cargo no prospera.

Octavo Cargo. — "Al confirmar el literal c) de la primera sentencia, en el numeral 2º del fallo recurrido, el Honorable Tribunal violó por aplicación indebida los artículos 249 y 253 del código laboral y violó disposiciones sustantivas, al no aplicar el artículo 250 de la misma obra, porque dio una interpretación equivocada o una errónea apreciación a las pruebas señaladas en los cargos 1º al 6º de este escrito.

"En efecto del análisis de pruebas hecho en las páginas que anteceden, y que en gracia a la brevedad doy por reproducida aquí, aparece que cada una de las tres causales del despido, individualmente, tiene acervo probatorio suficiente, y sumados y agregados unos a otros los tres cargos contra el ex-trabajador, aparece con toda luminosidad la justicia con que obró el patrono, si ello es así, si el Honorable Tribunal no hubiera errado en la interpretación de las pruebas, hubiera aplicado el artículo 250 del código laboral y no hubiera dado inadecuada aplicación a los artículos 249 y 253 de la misma obra".

Noveno Cargo. — "Al acoger en el numeral segundo de su fallo, el literal d) de la sentencia de primer grado el Honorable Tribunal aplicó indebidamente el artículo 57, ordinal 8º del código laboral, por una errónea apreciación de las pruebas detalladas en los cargos 1º a 6º de esta demanda.

"En efecto establecida como está la justicia de las causales de despido no ha debido el Honorable Tribunal condenar al pago del auxilio de marcha, y en su lugar debía absolver, si le da una adecuada aplicación al 57 (8º).

Décimo Cargo — "Como consecuencia de la errónea interpretación o equivocada apreciación o falta de consideración de las pruebas ya rela-

cionadas en los cargos 1º a 6º de este escrito y la falta de apreciación de la cláusula 6ª del contrato, llevaron al Honorable Tribunal a violar el artículo 64 del Código Laboral, por no aplicación, en cuanto establece también en beneficio del patrono la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, al no haber accedido a las peticiones de la demanda de reconvención, por error de hecho".

Estos cargos, aunque tratan aspectos distintos de impugnación, todos parten del supuesto de haber producido el retiro por culpa del trabajador que diera lugar a la pérdida de sus derechos y a la indemnización a favor del patrono por incumplimiento de lo pactado, cuestiones que quedaron ampliamente expuestas al considerar los cinco primeros cargos, resueltos en el sentido de mantener la decisión del Tribunal por encontrar injustificado el despido intempestivo del trabajador, y a no acceder a las peticiones de la demanda de reconvención, a que alude especialmente el décimo y último cargo. Los cargos no pueden prosperar y los términos en que habrán de producirse las condenas, serán la consecuencia a que se llegue estudiada la demanda que pasa a decidirse.

La demanda del actor recurrente

Dice: "Impugno la sentencia recurrida a objeto de que se infirme dicho fallo en forma parcial o sea en los siguientes puntos: a) En cuanto a la condenación hecha a cargo del demandado, por concepto de los salarios del tiempo faltante para el vencimiento del contrato existente entre las partes, se efectuó sobre la base de una remuneración de $ 285,00, cuando debió y debe efectuarse sobre la base de una remuneración de $ 425.00 suma ésta realmente devengada por mi poderdante; b) En cuanto la liquidación del auxilio de cesantía correspondiente al demandante se efectuó sin tenerse en cuenta o incluírse el valor de la alimentación suministrada por el patrono al trabajador y estimada por las partes en la suma de $ 25.00 mensuales; c) En cuanto la liquidación de la prima de servicios correspondiente al demandante se efectuó sin incluírse el valor de la referida alimentación; y d) En cuanto no se condenó al demandado a pagar los gastos del viaje de regreso, de Colombia a Alemania, de la esposa del actor. En consecuencia solicito se infirme el fallo recurrido en tales puntos y que el Tribunal Supremo, convertido al efecto en Tribunal de instancia, en primer término, eleve el monto de las condenaciones referentes a indemnización por ruptura unilateral del contrato por parte del demandado, señor Jack Temel, cesantía y primas de servicio, efectuándolas sobre la base de la remuneración realmente devengada por el demandante, señor Wiegandt, o sea la suma de $ 425.00 mensuales, modificando y aumentando en esta forma las condenaciones efectuadas por el Tribunal de Bogotá, quien las efectuó con base en una remuneración inferior a la realmente devengada por el actor; y, en segundo lugar, se condene al demandado, señor Jack Temel, a pagar los gastos de viaje de regreso, de Colombia a Alemania, de la señora esposa de mi poderdante".

Con base en la primera causal del art. 87 del C. de PL. concreta la impugnación en nueve cargos que se van a estudiar en su orden.

PRIMER CARGO — Acusa violación indirecta de los artículos 64, 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo al aplicarlos indebidamente a través de errónea apreciación o equivocada interpretación de algunas pruebas y por falta de apreciación de otras, con manifiesto error de hecho.

Señala la cláusula tercera del contrato escrito (fls. 6 y 7) celebrado entre las partes, como apreciada erróneamente, y como pruebas dejadas de apreciar, las cláusulas cuarta, quinta y sexta del mismo contrato, y las confesiones hechas por el señor Jack Temel por medio de su apoderado, en la demanda de reconvención y, más concretamente, las confesiones hechas en el numeral cuarto de la parte petitoria y en el hecho tercero de la demanda de reconvención.

El error de hecho en que incurrió el sentenciador lo hace consistir, en no dar por establecido en autos, estándolo plenamente, que la remuneración total ordinaria devengada por Wiegandt y pagada por Temel, fue la suma de $ 425,00 mensuales, de los cuales $ 25.00 correspondían al valor de la alimentación suministrada por el patrono al trabajador. Como consecuencia del error, el Tribunal consideró que la indemnización por la ruptura del contrato, debía efectuarse sobre la base de una remuneración de $ 285,00 y no sobre la base de la remuneración total de $ 425,00 mensuales. Y es equivocada la apreciación que hace el Tribunal fallador, de la cláusula tercera del contrato que señaló $ 140.00 mensuales por el trabajo extraordinario y nocturno, porque ésta tiene que tomarse completándola con la cláusula quinta, que dice que el trabajador está exceptuado de la jornada máxima de trabajo de ocho (8) horas y que "se obliga a prestar el trabajo que sea necesario para la buena marcha del estable-

cimiento", lo cual significa que "el patrono no estaba obligado a pagarle al trabajador suma alguna por concepto de trabajo extraordinario". Si esto es así, la obligación que contiene la cláusula tercera de pagar $ 70,00 mensuales por concepto de trabajos extraordinarios, hacía parte de la remuneración ordinaria devengada por el trabajador, mes por mes.

Igual razonamiento hace en lo que se relaciona con la cláusula cuarta, que dice que el trabajador gozará de descanso compensatorio en el curso de la semana en vista de estar obligado a trabajar los domingos y días festivos, sinembargo de que en la cláusula tercera se estipuló que el trabajador recibiría "la suma de $ 60.00 mensuales como sobrerremuneración del trabajo que preste en días domingos y de fiesta".

Por último, dice, que si se estudian detenidamente las cláusulas tercera, cuarta y quinta del referido contrato, se llega a la conclusión de que la decisión de la remuneración mensual fija devengada, en dinero efectivo, es caprichosa, artificial, acomodaticia y contraria a la realidad, hecha por el patrono con el fin de evitarse posibles reclamaciones del trabajador y de dar la sensación de un excesivo cumplimiento de las disposiciones legales vigentes. Por ello, pide la revisión del fallo del ad-quem para producir condena con base en la remuneración total realmente devengada de $ 425.00 mensuales.

Para el opositor en esta demanda, el Tribunal no violó ni directa ni indirectamente los artículos citados, ni dejó de apreciar ni interpretó equivocadamente pruebas al excluír las partidas correspondientes a eventuales trabajos extraordinarios o nocturnos para hacer la injurídica condenación de indemnización por la terminación justificada del contrato; porque es evidente, dentro del supuesto de que la indemnización se deba, que al terminar extemporáneamente el contrato, el trabajador Wiegandt no tenía ocasión de llegar a prestar servicios nocturnos o eventuales trabajos extraordinarios, como no es cierto ni seguro, que de haber continuado el contrato hubiera recibido esas partidas, que eran facultativas por parte del patrono, quien ha podido dar otra organización a su empresa para lograr que en ningún caso el trabajador llegare a tener eventuales trabajos extraordinarios o trabajos nocturnos".

Se considera:

Al resolver los cargos de la acusación del demandado recurrente, se estimó que no existieron las causas alegadas en la carta de despido. Se hace indispensable, entonces, aceptado que tenían que producirse las condenas, el estudio de los aspectos de acusación del actor recurrente, en el sentido de investigar si ellas se ajustan a los compromisos pactados.

En el fallo recurrido, luego de un análisis pormenorizado de las pruebas, se expresa: "Como consecuencia de lo expuesto hasta ahora, se desprende que Jack Temel, propietario del Restaurante Temel, rompió en forma ilegal y unilateralmente el contrato de trabajo que tenía celebrado con el demandante Wiegandt y por tanto deberá ser condenado a pagarle los salarios que hicieron falta para vencerse el término estipulado en el contrato escrito que obra a folios 6 y 7 del expediente, tomando como base el siguiente sueldo: $ 200.00 mensuales fijos; $ 60.00 asignados al trabajador efectuados (sic) por el actor en domingos y días de fiesta y $ 25.00 valor de alimentación, salarios en especie. No se tiene en cuenta la suma de $ 140.00 en que se estimó, según la cláusula tercera del contrato, el trabajo extraordinario y el nocturno que pudiera prestar eventualmente al demandante, porque al emplear la palabra eventual, está significando que no siempre podía presentarse una labor extraordinaria o nocturna. En cambio, se toma en cuenta el valor asignado al trabajo efectuado los domingos y festivos porque al tenor de la cláusula 4ª del contrato se estipuló que por ser Restaurante con bizcochería la empresa está exenta del descanso dominical y el demandante se obligó a ejecutar sus labores todos los días domingos y de fiesta en forma habitual, lo que quiere decir que de haber continuado el contrato de trabajo, necesariamente hubiera tenido que laborar en esos días. Luego, el salario que debe servir de base para la indemnización a que tiene derecho el actor, es el de $ 285,00 mensuales y no el de $ 400,00 como lo consideró el a-quo, debiendo ser reformado en este aspecto, el fallo de primera instancia.

Bases de la acusación que se estudia, son la cláusula tercera del contrato como erróneamente apreciada, y las cuarta, quinta y sexta del mismo como dejadas de apreciar, concebidas en los siguientes términos:

"TERCERA — (1) El patrono pagará al empleado por sus servicios un sueldo de doscientos pesos ($ 200,00) m|cte. Esta remuneración incluye la del descanso en días domingos o de fiesta. Además el empleado recibirá: a) Setenta pesos mensuales que se consideran como remuneración equitativa por los trabajos extraordinarios eventuales que preste, b) Setenta pesos mensuales que corresponden al trabajo nocturno que ejecu-

tó el empleado, y c) sesenta pesos ($ 60.00) mensuales como sobrerremuneración del trabajo que preste en días domingos y de fiesta. Todo lo cual da un total de CUATROCIENTOS PESOS ($ 400,00). El empleado no recibe habitación. (3) El empleado recibe alimentación de acuerdo con la reglamentación que rige, el valor de esta alimentación se fija de antemano en veinticinco pesos ($ 25.00) m|cte, para los efectos de la ley.

"CUARTA — Por ser un Restaurante con bizcochería, la empresa está exceptuada del descanso dominical obligatorio, de conformidad con el art. 7º de la ley 6ª de 1950. El empleado se obliga a ejecutar sus trabajos todos los días domingos y de fiesta en forma habitual. El patrono dará al empleado un descanso compensatorio en otro día de la semana. El empleado reconoce que, de acuerdo con la Ley, el descanso compensatorio excluye el derecho al pago del trabajo dominical.

"QUINTA — El empleado reconoce que está ocupado en oficio de dirección y confianza, y que por esta razón está exceptuado de la jornada máxima del trabajo de ocho (8) horas, de acuerdo con la legislación respectiva y se obliga a prestar el trabajo que sea necesario para la buena marcha del establecimiento.

"SEXTA — Para el caso de retiro intempestivo por parte del empleado, éste se obliga a pagar al patrono como indemnización de perjuicios una suma equivalente a las remuneraciones correspondientes a los días que falten para cumplir el término del contrato al retirarse del empleo. Para hacer efectiva esta indemnización, el empleado dejará en manos del patrón un depósito de Cuatrocientos pesos ($ 400,00) constituído por descuentos mensuales a su sueldo, de $ 50.00. El patrono pagará al empleado un interés del ½% por semestres vencidos. Si esta suma no fuere suficiente para resarcirse de los perjuicios y obligaciones que el patrono contrae, el empleado faculta al patrono para disponer (sic) de las prestaciones sociales que le correspondan sin previa intervención judicial".

Después de la lectura de las cláusulas en cita, es indudable que lo estipulado en ellas, sobre remuneración de dominicales y trabajos extraordinarios, carece de coordinación y de sentido claro. No de otra manera ha de interpretarse lo expresado en la cláusula tercera que incluye en los $ 200.00 de remuneración, la correspondiente a los descansos en domingos y festivos, para luégo en la cláusula cuarta siguiente sostener, que por la naturaleza del negocio, no está obligada la empresa al descanso dominical. Mas remunera este descanso con $ 60.00 mensuales y se obliga a un descanso compensatorio en otro día de la semana, que no aparece como cumplido por la empresa en caso alguno.

Esto que se observa con respecto a dominicales, aparece en relación con los trabajos extraordinarios eventuales y nocturnos. Para unos y otros se señala en la aludida cláusula tercera, una remuneración en cada caso, de $ 70.00 mensuales, y dentro de esa misma cláusula se indica como sueldo mensual, no ya el de $ 200.00 primeramente enunciado, sino la suma de todos esos valores, que resume y expresa en $ 400.00. Ni se diga como lo expresa el Tribunal en el fallo recurrido, que no se pueden tener en cuenta los $ 140.00 fijados para esos trabajos extraordinarios y nocturnos, si al usarse en el contrato la palabra "eventual", se "está significando que no siempre podía prestarse una labor extraordinaria o nocturna", porque, no tanto por ser éste un negocio que por su misma naturaleza necesariamente ocasiona servicios fuera del horario legal, cuanto porque en la cláusula quinta citada (supra), el trabajador "reconoce que está ocupado en un oficio de dirección y confianza y se obliga a prestar toda la labor que sea necesaria, fuera de las ocho horas, "para la buena marcha del establecimiento". Es evidente, en consecuencia, por las mismas cláusulas transcritas, que los $ 140.00 sí formaban parte de la remuneración total fija, concretada en la tercera de ellas, en $ 400.00 mensuales.

Mas si lo anterior no fuera bastante a convencer, con la afirmación hecha por la parte patronal en la demanda de reconvención, como lo sugiere el recurrente, sí queda plenamente establecido, cuando en el hecho tercero confiesa como sueldo mensual acordado entre las partes, el de $ 400,00, lo mismo que cuando al fijar la cuantía de la indemnización pedida, por un valor de $ 5.800,00 por el tiempo faltante de 14 meses y medio, ratifica esta misma mensualidad. Y es que el patrono hizo esa petición, para establecer su conformidad con lo convenido en la cláusula sexta del contrato, que estimó la indemnización en caso de incumplimiento por parte del trabajador, en suma equivalente al valor de lo que le correspondía percibir en el lapso faltante.

No puede aceptarse el razonamiento del opositor a esta demanda, que sostiene no se puede condenar a la cifra estipulada para trabajos extraordinarios y nocturnos, porque "en el supuesto de que la indemnización se deba, con una terminación extemporánea o con un cambio de modalidades del contrato que en lo sucesivo puede ocurrir, no se presentaba la ocasión de tales tra-

bajos y por tanto no cabe la condena de ellos", porque toda variación sobre lo convenido hace nacer precisamente el derecho en la forma pactada, ya que la ley persigue resarcir al trabajador de toda eventualidad que anule las condiciones en que viene desarrollando su labor o que paralice, como consecuencia, sus prospectos futuros.

Establecido como queda, cual fue el salario convenido, y siendo el lucro cesante el monto correspondiente a los salarios faltantes para cumplir el plazo pactado (art. 64), salario que comprende "no solo la remuneración fija, sino lo convenido en especie, sea cualquiera la forma o determinaeción que se adopte" (artículos 127, 128 y 129 del CSC. del T.), el cargo habría de prosperar en la totalidad solicitada, si el actor en el libelo inicial no hubiera fijado el monto de esa indemnización sobre un sueldo mensual de $ 400.00; mensualidad que fue acogida por el Juez del conocimiento en su fallo, excluyendo de esta manera los $ 25.00, valor de la alimentación, lo que impedía para el ad-quem tenerlos en cuenta. Por eso el cargo habrá de aceptarse para casar el fallo recurrido y confirmar en este aspecto la decisión del a-quo.

SEGUNDO CARGO — "Por haber incurrido el Tribunal de Segunda instancia en manifiesto error de hecho, por falta de apreciación de la Cláusula Tercera del contrato de trabajo celebrado entre las partes (folio 6 del cuaderno principal del expediente), violó, por vía indirecta, las siguientes disposiciones: Arts. 127, 128, 129 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, disposiciones que aplicó indebidamente al caso de autos.

"Consiste el manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal en nó dar por probado que el sueldo o remuneración, sobre la cual debía liquidarse el auxilio de cesantía correspondiente al trabajador, era la suma total de $ 425.00, incluyendo en ésta la suma de $ 25.00 o sea el valor que las partes fijaron en el contrato a la alimentación suministrada por el patrono. La prueba dejada de apreciar por el Tribunal es la parte final de la referida Cláusula Tercera del contrato, donde textualmente se dice: "El empleado recibe alimentación de acuerdo con la reglamentación que rige; el valor de esta alimentación se fija de entremanos en veinticinco pesos ($ 25.00) moneda corriente, para los efectos de Ley".

"Por haber incurrido el Tribunal en tal error de hecho, efectuó la correspondiente liquidación del auxilio de cesantía perteneciente al trabajador, con base únicamente en la suma de $ 400.00 percibida por éste en dinero efectivo, sin tener en cuenta el valor de la alimentación suministrada por el patrono.

"Por haber incurrido en tal error, el Tribunal violó, por vía indirecta, las disposiciones citadas al principio del cargo.

"Se impone en consecuencia la infirmación del fallo recurrido por este aspecto, imponiéndose por tanto la elevación o aumento de la condenación referente al auxilio de cesantía correspondiente al trabajador, con base en la remuneración total devengada por éste o sea la suma de $ 425, incluyéndose el valor de la alimentación, no tenido en cuenta por el Tribunal de Segunda instancia".

Se considera:

Los argumentos del recurrente estarían ajustados a la realidad legal, si como se advirtió en el cargo anterior, no se observara que en el libelo inicial la petición sobre cesantía también se hizo sobre la base de un sueldo mensual de $ 400.00. Y así, aunque prospera el cargo, se mantendrá la condena del ad-quem en lo referente a dicho auxilio, con la observación de que en este aspecto el Seccional acogió los argumentos del a-quo, para no tener en cuenta en la liquidación el valor correspondiente a la alimentación recibida.

TERCERO Y CUARTO CARGO — Es inoficioso su estudio porque persiguen en forma subsidiaria la misma reforma que en el cargo segundo se ha decidido.

QUINTO CARGO — "Acusa violación indirecta de los artículos 127, 128, 129 y 306 del C. S. del T, al incurrir en error de hecho por no haber apreciado la cláusula tercera del contrato de trabajo, que estableció como sueldo total del trabajador la suma de $ 425. 00, incluyendo el valor recibido en alimentación, error que le llevara a liquidar la prima de servicios correspondiente sobre la base del sueldo fijo de $ 400,00 mensuales".

Se considera:

Al resolver el cargo séptimo del libelo del demandado recurrente, que sostiene la absolución para esta condena con fundamento en que se hizo el pago oportuno de la prima correspondiente, se aceptó la tesis del Seccional, que desconoció la oportunidad de la prueba aportada al efecto.

El planteamiento actual versa sobre la revisión de esa condena para que sea tenido en cuenta el valor de la alimentación recibida aceptada como parte del salario. Como en los cargos que preceden, se mantendrá la condena con los mismos argumentos aducidos.

CARGOS SEXTO Y SEPTIMO. — Persiguen en

forma subsidiaria el mismo fin del cargo anterior, lo cual hace inoficioso su estudio.

OCTAVO CARGO. — "Por haber incurrido el Tribunal de segunda instancia en manifiesto error de hecho, por falta de apreciación de algunas pruebas, violó por vía indirecta, el ordinal Octavo del Art 57 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que aplicó indebidamente al caso de autos, al no condenar al señor JACK TEMEL a pagar los gastos del viaje de regreso de Colombia a Alemania, de la señora esposa del trabajador demandante.

"Las pruebas dejadas de apreciar por el Tribunal son las siguientes:

"a) Constancia que aparece al respaldo del contrato de trabajo suscrito por las partes (folio 7 vuelto del cuaderno principal), y la cual textualmente dice: "Este contrato de trabajo ha sido desglosado del expediente de solicitud de visa de la señora ERIKA DE WIEGANDT—JORGE ENRIQUE LLORENTE. Jefe de la Sección de Inmigración. Bogotá, 20 de marzo de 1952". Esta constancia lleva un sello que dice: "Ministerio de Relaciones Exteriores. Departamento de Inmigración, Extranjería y Naturalizaciones".

"b) Comunicación que aparece a folio octavo del cuaderno principal del expediente.

"c) Confesión hecha por el señor JACK TEMEL, por intermedio de apoderado, en el hecho séptimo de la demanda de reconvención formulada contra el señor WIEGANDT (folio 18 del cuaderno principal).

"Si el Tribunal hubiera apreciado tales pruebas, no hubiera incurrido en el error de hecho de no dar por probado que la señora esposa del demandante convivía con él en Bogotá y que por consiguiente el demandado, señor Temel, estaba obligado a sufragar los gastos de viaje de regreso, de Colombia a Alemania, de la esposa de WIEGANDT.

"Por haber incurrido en tal error de hecho violó el Tribunal, por vía indirecta, el ordinal octavo del Art. 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su parte final dice: "En los gastos de traslado del trabajador, se entienden comprendidos los de los familiares que con él convivieron".

"En consecuencia se impone la infirmación por este aspecto del fallo recurrido, imponiéndose la condenación del señor JACK TEMEL en el sentido de pagar los gastos de regreso de la señora ERIKA DE WIEGANDT. El monto de esta condenación debe ser igual a la efectuada por concepto del viaje de regreso del demandante, o sea por la suma de $ 1.200,00, ya que se trata de gastos iguales".

Se considera:

No aparece suficientemente acreditado con los documentos que el recurrente señala para ser estimados, que el trabajador hubiera viajado a Colombia con su esposa e hijos. En el contrato de trabajo suscrito, nada se dice sobre parientes que con el trabajador debieran convivir para las exigencias legales que se extienden a éstos, tan sólo en la demanda de reconvención se fija por declaración del lado patronal, el valor de los gastos ocasionados por Wiegandt con su venida de Alemania a Colombia. No puede la Sala proceder a la reforma de la condena por gastos de regreso en el sentido solicitado, porque aún aceptando la venida de familiares del trabajador, se entiende que el costo de ese traslado se hizo con la misma cuantía recibida de Temel, es decir $ 1.200.00; porque no se puede interpretar de otra manera, el hecho de que en esos momentos en que podía exigirlo el trabajador, no pidiera una mayor suma. La condena la encuentra la Sala ajustada a la prueba, pues, el valor confesado no fue impugnado por el trabajador a su hora, lo que hace presumir su conformidad. Valgan las consideraciones anteriores para expresar que no aparece la violación del artículo 57 —numeral 8º— del C. S. del T. porque en los $ 1.200,00 de la referencia, bien se pueden entender comprendidos los de los familiares que con él conviven", en una interpretación amplia de la decisión. No prospera el cargo.

NOVENO CARGO — Después de lo dicho en el anterior se hace inoficioso el estudio de este 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, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido, en cuanto modificó por su ordenamiento primero, la sentencia de primera instancia, reduciendo a $ 3.952.00, la condena sobre lucro cesante, y en su lugar, CONFIRMA la decisión sobre dicho extremo en suma de $ 5.531,85.

NO LA CASA EN LO DEMAS.

Costas a cargo del demandado recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION Y CESANTIA POR MAS DE VEINTE AÑOS DE SERVICIOS. — MANERA DE COMPUTAR EL TIEMPO PARA ESTAS PRESTACIONES. INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 260, 261 Y 266 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Tanto en el régimen de la Ley 6ª de 1945 —artículo 14, numeral c)— como en el Código Sustantivo del Trabajo (artículos 260 y 266), la pensión ordinaria de jubilación se causa "después de veinte (20) años continuos o discontinuos" de servicios, y se estructura como prestación excluyente del auxilio de cesantía, menos en los casos allí previstos de préstamos, anticipos, o liquidaciones parciales de éste. Por otra parte, tanto el artículo 9º de la Ley 64 de 1946 como el artículo 266 del C. S. del T., establecen que cuando la jubilación ocurriere después de un tiempo de servicios mayor de veinte años "el trabajador recibirá, además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido". Finalmente, el artículo 261 del C. S. del T. dispone: "Si después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, se mantiene, prorroga o renueva el respectivo contrato de trabajo, las modificaciones que tenga el salario durante el período posterior no se toman en cuenta para el cómputo de la pensión de jubilación, sino solamente para efectos de la liquidación de la cesantía correspondiente".

El conjunto normativo anteriormente enunciado, señala con absoluta individualidad de modo y tiempo los diferentes efectos jurídicos prestacionales que se causan por la prolongación de los servicios más allá del mínimum de los veinte años exigido para la jubilación; y usa las nociones de "continuidad o discontinuidad" en el servicio, como simples factores formales de integración numérica de un mínimum de tiempo trabajado, indicando que a él puede llegarse no solamente dentro de la ejecución de un solo vínculo laboral, sino también mediante la suma de tiempos correspondientes a varios contratos de trabajo. A los primeros veinte años de servicios, continuos o discontinuos, corresponde legalmente la pensión jubilatoria, con la modalidad de la congelación del salario de que habla el artículo 261 del C. S. del T.; sobre el tiempo excedente, cualquiera que él sea, la misma ley impone otra clase de gravamen, como es la cesantía. No es posible, entonces, pretender invertir o desconocer el orden y los términos legales con que han sido establecidas las prestaciones, para que la jubilación se liquide teniendo en cuenta solamente los últimos veinte años continuos de servicio y despreciando el tiempo anterior, porque ello implicaría el quebrantamiento ostensible de la reglamentación referida y la incorporación al reconocimiento jubilatorio de un tiempo de servicios (el excedente a los veinte años básicos) sobre el cual la ley ordena un gravamen prestacional diferente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, siete de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **María Dolores Arango** contra la sentencia de 27 de octubre de 1955 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el juicio adelantado por el recurrente contra la **Compañía Colombiana de Tejidos (Coltejer).**

Antecedentes

María Dolores Arango, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Tercero del Trabajo de Medellín a la Compañía Colombiana de Tejidos (Coltejer), para que se le condenara a pagarle las sumas de dinero que resultaran probadas en el juicio, por los siguientes conceptos: 1º reajuste o excedente de cesantía; 2º reajuste o excedente de pensión de jubilación con retroactividad al 2 de marzo de 1955 o a la fecha en que ocurrió la desvinculación de la actora; 3º violación del plazo presuntivo del contrato de trabajo; y 4º salarios indemnizatorios por la mora en el pago de las

prestaciones. Reclamó también se condenara en costas a la demandada. En subsidio del pedimento sobre reajuste de la pensión jubilatoria desde la fecha indicada en el numeral 2º, solicitó se decretara a partir de la notificación de la demanda en adelante; y en subsidio del presuntivo indicado en el numeral 3º, pidió condenación por preaviso.

Son hechos del libelo:

"1º—La señorita María Dolores (Lola) Arango E. prestó sus servicios a la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer), desempeñando el oficio de Directora Primera en Telares.

"2º—Inició labores la señorita Arango en la fábrica textil de la empresa demandada el 27 de agosto de 1915 y laboró sin interrupción hasta el 13 de octubre de 1928, fecha en la cual se retiró para incorporarse nuevamente a la empresa el 13 de julio de 1934 y trabajar ininterrumpidamente hasta el 2 de marzo de 1955 en que fue despedida del trabajo.

"3º—El salario promedio mensual del último año trabajado por la demandada fue de $ 260.88.

"4º—Por cesantía anticipada recibió de la empresa la Srita. Arango E. la cantidad de $ 1.800.14 m. l. que se le dieron en el año de 1951, y por cesantía definitiva recibió al salir la suma aproximada de $ 800.00 m. l.

"5º—El 2 de marzo de 1955 la empresa demandada, por conducto de los superiores inmediatos de la señorita Arango, despidió a ésta del trabajo sin justa causa y sin previo aviso, antes del vencimiento del último período presuntivo de seis meses del contrato de trabajo. De allí que se le deban los perjuicios correspondiente al lucro cesante.

"6º—Por reunir los requisitos de edad y tiempo de servicios la empresa demandada otorgó a la señorita demandante una pensión de jubilación por cuantía de $ 60.00 m. l. mensuales, de los cuales se le descuentan $ 12.00 al mes por concepto de la cesantía que se le anticipó.

"7º—Las liquidaciones de cesantía fueron realizadas por la compañía demandada en forma arbitraria y caprichosa, pues no se computó a la señorita Arango E. todo el tiempo de servicios y la totalidad del salario que devengaba, y además se tuvo como exhaustiva la liquidación parcial y anticipada que se le hizo de la misma prestación, cuando de conformidad con la ley esos pagos apenas son meros abonos que deben revisarse a la terminación del contrato de trabajo. Se le debe en consecuencia a mi poderdante el reajuste correspondiente a su cesantía.

"8º—En la fijación del monto de la pensión de jubilación se cometió con mi poderdante la mayor de las injusticias, pues se le asignó el mínimo que la ley señala, cuando debió de computarse para ello el salario promedio del último año de trabajo como claramente lo indican los textos legales, o en el peor de los casos el jornal promedio del vigésimo año de servicios en el segundo período de labores o nueva vinculación contractual de la trabajadora. Y resalta más la injusticia si se tiene en cuenta que casos de menor tiempo de servicios y que salieron las trabajadoras en la misma época de la demandante, gozan de pensión jubilatoria más alta, como ocurrió con las ex-trabajadoras Adela Parra y Ubaldina Sánchez a quienes sí les tuvo en cuenta la empresa el jornal del vigésimo o último año de trabajo. Lo dicho explica claramente que a la señorita Arango le debe la empresa los reajustes correspondientes a su jubilación desde la fecha en que empezó a gozar de dicha gracia.

"9º—La señorita Arango reclamó por repetidas ocasiones a la empresa demandada los reajustes que motivan esta demanda, pero la compañía anónima como de costumbre ni siquiera dio respuesta a las justas peticiones que se le formularon".

El apoderado de la empresa se opuso a que se hicieran las condenaciones impetradas, negó algunos hechos, aceptó parcialmente otros y, en síntesis, dijo: que la demandada no despidió a la actora sino que le resconoció el derecho a la jubilación, habiéndole pagado, además, todas las prestaciones a que tenía derecho; y que la pensión jubilatoria fue liquidada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 260 y 261 del C. S. del T., sobre la base del sueldo devengado por la beneficiaria en el vigésimo año de servicios discontinuos, que fue el comprendido entre el 1º de septiembre de 1942 y el 30 de agosto de 1943. Propuso, además, las excepciones de carencia de acción, inexistencia de la obligación, pago, prescripción y cualquier otra que llegare a comprobarse.

El Juez del conocimiento, en fallo de 28 de septiembre de 1955, condenó a la Compañía demandada a pagar a la demandante la suma de $ 1.150.04 "como indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, de la cual deberá deducirse lo que la misma sociedad ha pagado a la actora por concepto de pensión vitalicia de jubilación por el lapso comprendido del 3 de marzo al 13 de julio inclusive de este año; la absolvió de los demás cargos de la demanda; y no condenó en costas.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, al conocer en apelación interpuesta por las partes, confirmó la providencia del **a-quo**, "con la reforma de que la suma que debe pagar Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) a la demandante María Dolores Arango por concepto de perjuicios es la de mil ciento cincuenta y un pesos con setenta centavos ($ 1.151.70) sin que haya lugar a ningún descuento".

La casación

A través de dos cargos que se estudiarán conjuntamente por su íntima vinculación, persigue que se infirme parcialmente la sentencia indicada, para que en función de instancia la Corte proceda a fallar el litigio "accediendo a la petición relacionada con reajuste de la pensión de jubilación o reconocimiento de la misma en la forma pedida en el libelo demandatorio".

Los cargos

En el primer cargo se acusa violación del artículo 260 del C. S. del T., por interpretación errónea y aplicación indebida; en el segundo se acusa violación directa de los artículos 260, 266 y 21 del C. S. del T. "al aplicar en forma indebida las dos primeras normas y al dejar de aplicar la última".

Para sustentar el primer cargo el recurrente, después de transcribir el aparte de la sentencia del **ad-quem** que sostiene que la determinación de los veinte años de servicios continuos o discontinuos para fijar el salario base de la jubilación, no se hace contando de adelante para atrás sino a la inversa, dice:

"La errónea interpretación del artículo 260 del C. S. del T. en su inciso primero, consiste en que la norma otorga el derecho a la pensión jubilatoria por servicios continuos o discontinuos durante más de veinte años. Sobre el particular cabe anotar que tanto el trabajador que reúne los veinte años de servicios continuos como el que los tenga discontinuos, adquiere el derecho a la pensión preindicada. La vocal **o** que separa los dos adjetivos es de carácter disyuntivo o sea que indica que la persona con la edad reglamentaria puede jubilarse siempre y cuando tenga los veinte años de servicios bien en un solo contrato de trabajo o en varios. Cuando el legislador o codificador habla de servicios discontinuos, tiene la intención —como lo expone con acierto el sentenciador de segunda instancia— de favorecer al trabajador que no complete los veinte años de labores continuas, ya que quien reúne ese lapso en un solo contrato no tiene porqué recurrir a sumar tiempo de vinculaciones labores anteriores o posteriores a dichos veinte años continuos. Quiso la legislación no dejar al margen de los beneficios de la pensión jubilatoria a las personas laborantes con veinte años de servicios en distintos contratos de trabajo y por ello estableció la noción de discontinuidad. Resulta por lo menos extravagante hablar de discontinuidad contractual en un solo contrato de trabajo. Frente a los veinte años de servicios continuos ningún problema se presenta para la jubilación y de allí el uso del segundo adjetivo "discontinuos" para no dejar al margen de la ley al trabajador que reúna el tiempo en varios períodos contractuales.

"Es preciso anotar o tener en cuenta que entre los veinte años continuos y los discontinuos, en el caso sub-judice, resulta más favorecida la trabajadora demandante con los primeros o sea los que se relacionan con el último contrato laboral que la ligó con la empresa textil demandada, por lo cual hay que aplicar entonces en su letra y en su espíritu el artículo 21 del C. S. T., norma ésta según la cual en caso de conflicto o duda sobre disposiciones sustantivas vigentes prevalece la más favorable al trabajador. De tal suerte, que aceptando en gracia de discusión alguna duda o conflicto en el texto del artículo 260 del C. S. del T., se tendría como resultado que aplicando los veinte años continuos queda más beneficiada la demandante como lo busca y lo pretende el estatuto laboral. Otro punto de importancia en la sentencia de segunda instancia que motiva este recurso, es que el H. Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín dio la opción o facultad de escoger el tiempo a la empresa o patrono, cuando con las mismas razones aducidas podría haber brindado ese derecho al trabajador con el fin de evitar que se cometiera una injusticia a la inversa de la que pone como ejemplo el fallador de segunda instancia. Ninguna norma del Código dice quién escoge los veinte años continuos o discontinuos, si el patrono o el trabajador, y entonces allí sí que tiene mayor operancia el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador. Por donde quiera que se estudie el artículo 260 del C. S. del .T hay que concluir en que si aceptamos la interpretación del H. Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, se violan su letra y su espíritu, la clara intención que tuvo el legislador al consagrar la continuidad y discontinuidad para efectos de la jubilación. El vigésimo año de servicios continuos de María Dolores Arango a la empresa de-

mandada es el que debe tenerse en cuenta para computar el monto de su pensión jubilatoria.

"Está claro que con la sentencia de segunda instancia del H. Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín se violó el artículo 260 del C. S. T. al interpretar que es el vigésimo de los años de servicio, discontinuo el que debe tenerse en cuenta para la congelación del salario básico para la jubilación, en lugar de entender —como lo dice la misma norma— que el último de los veinte años continuos de servicios también congela el jornal base para la misma pensión. Como consecuencia de la errada interpretación aludida, el sentenciador de segunda instancia aplicó indebidamente al caso en litigio el mismo texto legal anotado".

Para sustentar el segundo cargo el acusador expresa: "Los textos legales en mención debieron de aplicarse conforme lo expliqué antes y relacionar entre sí dichos artículos".

Se considera:

Según lo probado en autos la actora estuvo vinculada en diversas oportunidades a la empresa demandada, con un total de tiempo discontinuo de servicio de 31 años, 5 meses y 26 días, así. del 27 de agosto de 1915 al 5 de febrero de 1916 (5 meses, 9 días), del 27 de abril de 1916 al 27 de enero de 1926 (9 años, 9 meses), del 13 de febrero al 13 de octubre de 1928 (8 meses), y del 13 de julio de 1934 al 2 de marzo de 1955 (20 años, 7 meses y 17 días).

El Tribunal tomó como promedio salarial para la jubilación de la demandante el correspondiente al vigésimo año de servicios discontinuos, que encontró cumplido el 2 de septiembre de 1943, y para rechazar la pretensión de la actora de que los cálculos para la jubilación se efectuaran únicamente sobre el último período contractual de más de veinte años de servicios continuos (13 de julio de 1934 a 2 de marzo de 1955), prescindiendo de todo otro tiempo anterior, expresó en su sentencia:

"...el Tribunal no encuentra aceptable la tesis de la demanda, según la cual, por haber reunido la trabajadora los requisitos sobre edad y tiempo de servicio dentro del último contrato de trabajo y por razón del mismo el segundo de ellos, debe prescindirse del tiempo correspondiente a contratos anteriores. Si el artículo 266 del C. S. del T. establece que cuando la jubilación ocurriere después de un tiempo de servicios mayor de veinte años, el trabajador recibirá, además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido, es porque estima, en armonía con el artículo 260 ibidem que el tiempo de jubilación no se cuenta de adelante hacia atrás sino a la inversa, que es el modo lógico de entender el último artículo citado. La tesis que se impugna implicaría aceptar que los veinte años de servicio podrían escogerse por el interesado a su arbitrio para buscar en cada caso su mayor conveniencia, con mengua de la seguridad del derecho. No se justificaría, por ejemplo, que esa teoría fuera aplicable a la situación contemplada y no lo fuera en la hipótesis de que un trabajador tenga 30 o 40 años de servicios continuos.

"Como lo observa el señor Juez a-quo, la ley provee en forma general y es inevitable que en casos particulares, por excepción, su aplicación no se traduzca en el cumplimiento fiel de sus propósitos. Así, aunque sin duda la intención del legislador al determinar que puedan sumarse los servicios prestados a una empresa bajo distintos contratos para obtener los veinte como factor del derecho de jubilación, es beneficiar a los trabajadores, hay ocasiones como la presente en que la norma está contra el beneficiario. No se puede decir que corresponde a la juriprudencia atender, con vista de las intenciones del legislador, a todos los casos que éste no pudo prever, para cumplir adecuadamente sus propósitos, pues el límite de esta actividad es la misma ley, de suerte que si se procediera según la tesis de la demanda, se violaría la norma en cuanto resultaría inaplicable el instituto de la congelación y el de la cesantía no incompatible con la jubilación".

Estima la Sala que no existe el equivocado entendimiento por parte del Seccional de las normas que acusa el recurrente, pues su decisión en el punto cuestionado se ajusta a una rigurosa y lógica coordinación de los textos legales sobre la materia.

En efecto, dentro del régimen de la Ley 6ª de 1945 —artículo 14, numeral c)— como en el Código Sustantivo del Trabajo (artículos 260 y 266), la pensión ordinaria de jubilación se causa "después de veinte (20) años continuos o discontinuos" de servicios, y se estructura como prestación excluyente del auxilio de cesantía, menos en los casos allí previstos de préstamos, anticipos o liquidaciones parciales de éste. Por otra parte, tanto el artículo 9º de la Ley 64 de 1946 como el artículo 266 del C. S. del T., establecen que cuando la jubilación ocurriere después de un tiempo de servicios mayor de veinte años "el trabajador recibirá, además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido". Finalmente,

el artículo 261 del C. S. del T. dispone: "Si después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, se mantiene, prorroga o renueva el respectivo contrato de trabajo, las modificaciones que tenga el salario durante el período posterior no se toman en cuenta para el cómputo de la pensión de jubilación, sino solamente para efectos de la liquidación de la cesantía correspondiente".

El conjunto normativo anteriormente enunciado, señala con absoluta individualidad de modo y tiempo los diferentes efectos jurídicos prestacionales que se causan por la prolongación de los servicios más allá del mínimum de los veinte años exigido para la jubilación; y usa las nociones de "continuidad o discontinuidad" en el servicio, como simples factores formales de integración numérica de un mínimum de tiempo trabajado, indicando que a él puede llegarse no solamente dentro de la ejecución de un solo vínculo laboral, sino también mediante la suma de tiempos correspondientes a varios contratos de trabajo. A los primeros veinte años de servicios, continuos o discontinuos, corresponde legalmente la pensión jubilatoria, con la modalidad de la congelación del salario de que habla el artículo 261 del C. S. del T.; sobre el tiempo excedente, cualquiera que él sea, la misma ley impone otra clase de gravamen, como es la cesantía. No es posible, entonces, pretender invertir o desconocer el orden y los términos legales con que han sido establecidas las prestaciones, para que la jubilación se liquide, como lo quiere el acusador, teniendo en cuenta solamente los últimos veinte años continuos de servicio de la actora y despreciando el tiempo anterior, porque ello implicaría el quebrantamiento ostensible de la reglamentación referida y la incorporación al reconocimiento jubilatorio de un tiempo de servicios (el excedente a los veinte años básicos) sobre el cual la ley ordena un gravamen prestacional diferente.

De lo expuesto se concluye que el **ad-quem** no incurrió en las infracciones que acusan los cargos, y que el alcance dado por aquél al artículo 260 del C. S. del T., en el aspecto que plantea el acusador, no es el resultado de una decisión orientada arbitrariamente a darle "la opción o facultad de escoger el tiempo a la empresa o patrono", sino que obedece a la recta y cabal interpretación que surge al relacionar dicho artículo con las otras disposiciones que se dejaron citadas anteriormente. Y como no se presenta ninguna situación de duda o conflicto respecto a la aplicación del artículo 260, ha de declararse que no viene al caso la invocación que hace el recurrente del principio consagrado en el artículo 21 del C. S. del T., sobre prevalencia de la disposición más favorable al trabajador.

No prosperan los cargos.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.



TECNICA DE CASACION. — PLANTEAMIENTO INEFICAZ DE ACUSACIONES POR ERROR DE HECHO. — ALEGACION POR VIA DIRECTA DE ASUNTOS QUE FUERON DECIDIDOS CON BASE EN EL MATERIAL PROBATORIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., trece de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

José Vicente Laverde demandó, por medio de apoderado, a la Compañía Salinera de los Andes para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, fuera condenada a pagarle lo siguiente: a) el valor del auxilio de cesantía correspondiente al tiempo de servicios comprendido entre el año de 1940 y el 12 de noviembre de 1953, con base en un salario mensual de $ 284.00; b) cuatro días de salario en que el trabajador fue suspendido temporalmente sin causa o razón justificativa y sin que se hubiesen efectuado las investigaciones reglamentarias; c) las vacaciones que debió disfrutar por el año de trabajo cumplido el 11 de agosto de 1953, a razón de un jornal de $ 9.48; ch) la prima de servicios por el lapso comprendido entre el 1º de julio de 1953 y el 12 de noviembre del mismo año; d) los salarios del tiempo faltante para cumplirse el término presuntivo de su contrato y, en subsidio, el preaviso si hubiese habido contrato escrito en que conste expresamente la cláusula de reserva; e) los salarios correspondientes a la mora desde la fecha del despido hasta cuando se verifique el examen médico de retiro de la empresa; f) los salarios causados desde ese momento del despido hasta cuando se encuentre en capacidad para trabajar o, subsidiariamente, el auxilio de enfermedad durante el tiempo que dure la incapacidad; y g) las costas del juicio. Solicitó, además, se ordenase a la empresa expedirle el certificado en que conste el trabajo desempeñado, el tiempo de servicios y el último salario devengado, así como el estado de salud, de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 7º del artículo 57 del CST., y se resolviese, en forma extra o ultra petita, acerca de todos los hechos que resultasen debidamente acreditados o debatidos en el plenario.

Como fundamento de sus peticiones el libelo afirma que Laverde principió a trabajar para la demandada en el año de 1940, en la fábrica de elaboración de sales que funciona en Zipaquirá; que estuvo al servicio de ella, bajo continuada dependencia, hasta el 12 de noviembre de 1953, fecha en la que fue despedido por el Gerente, en forma unilateral e injusta, cuando devengaba un salario de $ 9.48 al día; que al vincularse a la empresa fue examinado por el médico de la misma, quien lo encontró sano y apto para todo trabajo, pero que, al ser despedido, no se encontraba en las mismas condiciones, debido a enfermedad que disminuyó su capacidad laboral; que la empresa no le hizo practicar el examen médico de retiro ni le expidió el certificado de salud reglamentario, ni el relativo al tiempo de servicios, último sueldo y oficio desempeñado; que tampoco le liquidó el auxilio de cesantía, pero que había recibido a buena cuenta de él algunos anticipos; que en los días 19, 20, 21 y 22 de octubre de 1953 sufrió una suspensión ordenada verbalmente por el administrador de la empresa, sin que hubiera sido oído en sus descargos y sin que sepa, hasta el momento, la causa; que por esos mismos motivos deconocidos fue suspendido definitivamente por el Gerente; que no ha firmado contrato escrito de trabajo en el que conste la cláusula de reserva y que si, por algún motivo, el patrono podía acogerse a ella, no fue invocada expresamente para su despido; que solicitó vacaciones el 11 de agosto de 1953 y el 19 de octubre del mismo año, pero se las negaron; que si le hubieran sido concedidas, su tiempo de servicios se prolongaría hasta el 12 de noviembre siguiente, lapso que debe tenerse en cuenta para los efectos de la liquidación; que recibió alguna parte de cesantía, prima de servicios, vacaciones y salarios caídos y $ 56.00 de preaviso, pero que como no hay constancia de la cláusula de reserva tal preaviso no tiene fundamento legal. Agregó que los valores recibidos pueden imputarse al total de la liquidación que se ajuste a la ley.

En derecho se invocaron los decretos 2158 de 1948, 2663 y 3743 de 1950 y los demás pertinentes.

La empresa demandada, al descorrer el trasla-

do, aceptó algunos hechos y negó otros. Afirmó que Laverde no había trabajado en forma continua y que el jornal devengado últimamente era de $ 8.00; que el despido se efectuó con base en la cláusula de reserva contenida en el reglamento de trabajo; que al ingresar el demandante a la Compañía fue encontrado en buenas condiciones de salud y que a su retiro sí fue examinado pero Laverde no reclamó el correspondiente certificado; que los demás le fueron entregados pero que no los aceptó; que pagó al demandante todas sus prestaciones, ya en forma directa, ora por consignación efectuada ante el juzgado del trabajo; que no hubo contrato escrito y que la suspensión disciplinaria se debió a una grave falta.

Tramitada la controversia, el Juzgado del Trabajo de Zipaquirá, que fue el del conocimiento, la desató condenando a la Compañía Salinera de los Andes, S. A. a pagar al demandante Laverde la suma de $ 329.50 por concepto de cesantía liquidada con base en el último sueldo devengado y teniendo en cuenta todo el tiempo de servicio; al tratamiento médico, farmacéutico, quirúrgico y hospitalario necesario, hasta por seis meses, para la hernia inguinal derecha de que padece el trabajador, y a un auxilio monetario hasta por ciento ochenta días liquidado sobre la base de $ 273.43 mensuales, desde el momento en que sea sometido al dicho tratamiento de herniorrafía. No hizo condenación en costas.

Por apelación de los apoderados de las partes subieron los autos a conocimiento del extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que, en sentencia de 25 de noviembre de 1954, modificó el fallo del **a-quo** en el sentido de confirmar lo relativo a la condenación por cesantía, absolviendo a la sociedad demandada de todos los demás cargos. No hubo costas en la instancia. Salvó su voto el magistrado doctor Camilo Serrano Carrizosa, en punto a lo resuelto sobre el extremo de cesantía.

Contra la providencia anterior interpusieron el recurso de casación los representantes judiciales de los litigantes, y habiéndoseles admitido, el de la empresa demandada, debidamente autorizado, desistió del suyo. Procede, en consecuencia, resolver acerca de

La demanda de casación del trabajador

Persigue el quebrantamiento del fallo indicado para que "en su lugar se aplique la ley laboral de acuerdo con las peticiones que en los cargos formularé". Estos son seis que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.—Presenta violados en forma indirecta, a consecuencia de error de hecho, los artículos 108, ordinal 16, y 57, ordinal 4º, del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentar este cargo el recurrente expresa que conforme al precepto primeramente citado, el reglamento de trabajo de toda empresa debe prever una escala de faltas y el procedimiento para su comprobación, y una escala de sanciones disciplinarias y la forma de aplicación de ellas; que en la demanda pidió se condenara a la Salinera "al reconocimiento de cuatro días de salarios —19, 20, 21 y 22 de octubre de 1953— en que el trabajador fue suspendido temporalmente, sin causa o razón justificativa y sin que se hubieran hecho las investigaciones reglamentarias"; que con fundamento de esta petición afirmó en el hecho k) del libelo inicial que Laverde sufrió la dicha suspensión en aquellos días, por orden verbal del administrador Olarte, sin que se hubiesen oído sus descargos con intervención del Sindicato y sin que hasta el momento sepa el motivo o causa de dicha suspensión; que el hecho anterior fue confesado por la empresa, al contestar la demanda, en esta forma: "es verdad que Laverde fue suspendido durante cuatro días por sanción disciplinaria. por haber incurrido en una grave falta"; que correspondía a la demandada probar esa grave falta; que según la declaración de Olarte ella consistió en que el empleado no estuvo oportunamente en la fábrica a chequear el agua que despachaba y por esta causa hubo un gran desperdicio que le ocasionó a la compañía grave pérdida y que por ello le notificó cuatro días de suspensión, por tratarse de una de las faltas más graves que puede cometer un empleado de responsabilidad; que, sin embargo, debe observarse que la falta de Laverde consistió simplemente en retardarse en recibir su turno en la fábrica, por lo que la responsabilidad debe deducirse al trabajador que le precedía y que no podía abandonar su oficio hasta que Laverde llegara a reemplazarlo, de la misma manera como el chofer que sufre una colisión después de haber terminado su turno y sin haber entregado el vehículo, por atraso del que debió reemplazarlo, es el responsable del accidente y no el que no tenía la máquina a su cuidado; que se dice que el demandante, en posiciones, confesó haber derramado la salmuera, pero que su respuesta no podía ser otra porque el hecho cierto es "que se derramó la salmuera" y

por eso lo despidieron, pero que una cosa es el fenómeno de la imputabilidad y otro el de la responsabilidad, y que la justicia laboral no puede tolerar la arbitrariedad de aplicar sanciones sin una investigación justa e imparcial y sin someterse al reglamento de trabajo .El acusador concluye así:

"En síntesis puede concretarse el cargo así: por no haber tenido en cuenta, el Tribunal Seccional, la declaración del señor Manuel J. Olarte, administrador de la empresa, quien confiesa que Laverde fue suspendido, por no haber llegado a tiempo al turno y de ahí le deduce responsabilidad por el derrame de agua salada; y al mismo tiempo la confesión de que la compañía no acostumbra a hacer investigaciones ni sujetarse a trámites para esta clase de cargos, incurrió en la sentencia en un manifiesto error de hecho, que lo indujo a violar indirectamente los artículos 108, ordinal 16 y 57, ordinal 4º del Código Sustantivo del Trabajo.

"En consecuencia debe casarse la sentencia, para condenar a la empresa al pago de los días de la suspensión disciplinaria temporal dando así aplicación a las disposiciones que señaló como violadas".

El opositor, a su turno replica:

"Se concreta el primer cargo que se formula al fallo acusado, después de múltiples consideraciones propias de un alegato de conclusión, diciendo que, por no haber tenido en cuenta la declaración del señor Manuel Olarte, el Tribunal de instancia violó determinados preceptos legales, dizque por un error de hecho manifiesto. Se pide, por ende, que se condene a la Sociedad demandada a pagar a Laverde los cuatro días de una suspensión de que fue objeto por sanción disciplinaria.

"En realidad no aparece por parte alguna el evidente error de hecho que la técnica procesal, y especialmente el artículo 87 del C. P. L., exige para la prosperidad de esta clase de cargos, ya que lo que en definitiva se ataca es la libre formación del convencimiento del fallador de segundo grado, en cuya elaboración intervinieron diferentes factores que militan en el acervo probatorio, entre los cuales se destaca la paladina y muy perentoria confesión del actor respecto de la falta imputada y comprobada.

"Lo dicho es suficiente para concluir que el cargo es innocuo, razón de más para que sea rechazado".

Se considera:

El Tribunal se abstuvo de acoger la segunda súplica del libelo inicial, relativa a los cuatro días de suspensión con que fue sancionado el trabajador y de la cual se ocupa este cargo, porque consideró, con el fallador de primer grado, que la empresa tuvo un motivo justo para aplicar dicha sanción, el cual consistió en que Laverde, según su propia confesión, "dejó derramar la salmuera de un tanque que estaba bajo su cuidado, hecho que ocurrió dentro de la jornada de trabajo" (fl. 155 del cuaderno principal). El fundamento, pues, de esta decisión es la probanza indicada y para quebrantar la absolución respectiva se requiere demostrar, con acusación que satisfaga las exigencias técnicas del presente recurso, que no existió dicha prueba de confesión o que la que se presenta como tal no contiene lo apreciado por el fallador. Sin embargo, el recurrente no la señaló como base de su acusación, ni niega su presencia legal en el plenario, ni afirma que se la hubiese estimado en forma que configure un error ostensible. Todo su esfuerzo se encamina a establecer que hubo una mala deducción de la responsabilidad del trabajador al fundamentarla en la declaración del administrador Olarte y al no tener en cuenta que la empresa "no acostumbra hacer investigaciones ni sujetarse a trámites para esta clase de cargos"; pero no relaciona debidamente lo anterior con la probanza que ha debido destacar como mal apreciada, ni revela cómo, al establecerse esa relación pueda destruírse la confesión del trabajador acerca del hecho que determinó su responsabilidad. Sobre este punto debe advertirse que el recurrente distingue entre el fenómeno que acaba de indicarse y el de la simple imputabilidad del hecho por el que se produjo la suspensión, el cual admite; mas de la ocurrencia del mismo no caben las circunstancias con que trata de disculpársele, o al menos los autos no las registran, ni el reconocimiento que de él hizo el trabajador tiene el carácter impersonal que pretende el recurrente. Todo lo contrario: la confesión en examen, producida en los términos de que fue suspendido "por haber dejado derramar la salmuera" constituye reconocimiento de responsabilidad, que no alcanza a desvirtuarse por la alegación intentada. Menos aún con los caracteres ostensibles que impone un cargo como el formulado.

Por lo demás, carece de lógica el afirmar que el Tribunal no tuvo en cuenta la declaración de Olarte, para en seguida decir que de ella se dedujo la responsabilidad por el derramamiento del agua salada.

Tampoco es fundada la afirmación de que Laverde desconoció la causa de la sanción que le fue impuesta, pues en las mismas posiciones de que

hizo mérito el **ad-quem** aparece que al ser preguntado si "tuvo conocimiento exacto, en cuanto se lo hizo saber el administrador de la Fábrica, que la causa de la referida suspensión era el grave descuido en que había incurrido al dejar derramar la salmuera de propiedad de la empresa", categóricamente contestó: "Sí es cierto" (fl. 66).

Por las consideraciones expuestas el cargo no aparece bien propuesto ni es eficaz. No prospera en consecuencia.

Segundo cargo.—En la misma forma de alegato empleada en el desarrollo del cargo anterior, el impugnador sostiene que por no haberse apreciado la declaración de Manuel Olarte, administrador de la empresa, quien confiesa la verdadera causa de la terminación del contrato y la forma como se operó el despido, se incurrió en manifiesto error de hecho, violándose indirectamente los artículos 47, 64 y 66 del CST.

Aspira, por lo tanto, a que "se case la sentencia para condenar a la empresa al pago de los salarios de un semestre, menos cinco días, a título de indemnización de perjuicios, sufridos por Laverde por la ruptura injustificada de su contrato de trabajo, unilateralmente por parte de la empresa".

Se considera:

La absolución a que se refiere este cargo tiene su soporte legal en el artículo 48 del CST. Así lo expresa inequívocamente el **ad-quem**, en aparte confirmatorio del juicio del **a-quo**, a folio 156 del cuaderno principal. Entonces, para quebrantar dicha decisión se requiere demostrar la violación en que incurriera el fallador al fundamentarse en ese precepto legal. Y el cargo ni lo presenta como violado, ni indica por qué concepto, ni propone siquiera alegaciones sobre el particular. Estos defectos de técnica son suficientes para su desestimación.

Con todo puede agregarse que lo único que aduce el recurrente es que la carta en que la empresa comunicó el despido a su trabajador, fue enviada o escrita a éste cuando ya se había cumplido el hecho a que aquélla se contraía, calificando lo anterior de sistema habilidoso o fraudulento; y que en la declaración del administrador Olarte se halla el verdadero motivo de la terminación del contrato. Al examen de lo primero sólo podría llegarse mediante una acusación, no formulada, por error de hecho respecto de la dicha probanza; el de lo segundo no conduciría a la prosperidad del cargo ya que la causa que establece dicha declaración no impedía —y antes autorizaba a la empresa— para ejercitar la cláusula de reserva.

Todo lo anterior obliga a decidir que el cargo estudiado, lo mismo que el anterior, ni fue bien propuesto ni es eficaz.

Tercer cargo.—Después de transcribir el artículo 249 del CST. el recurrente afirma que está probado que José Vicente Laverde trabajó al servicio de la empresa demandada desde el 19 de octubre de 1940 hasta el 23 del mismo mes de 1953, y que durante ese tiempo le hicieron varias liquidaciones de su auxilio de cesantía, con destino a casa de habitación; que el trabajador aspira a que se le liquide dicha prestación estimándosele todo el tiempo servido, con base en el último salario devengado, y descontándosele los anticipos legales que recibió, pero que por un error manifiesto de hecho, los juzgadores de instancia, al estudiar los documentos de los folios 16 y 28 del expediente, llegaron a una conclusión que contraría la verdad, pues dividieron el tiempo servido en dos épocas, así: la una, del 19 de octubre de 1940 al 31 de julio de 1944, y la otra, del 11 de agosto de este último año al 23 de octubre de 1953. En seguida advierte que las formalidades innecesarias que registran dichos documentos prueban malicia y defecto de los mismos; que el primero dice que Laverde ingresó a trabajar a la Compañía el 24 de enero de 1943 y que la empresa prescindió de sus servicios el 31 de julio de 1944, pero que tales extremos son falsos, como se comprobó en la diligencia de inspección ocular de folio 77, en la cual aparece Laverde desde la semana del 19 de octubre de 1940 y no del 24 de enero de 1943, y con las declaraciones de Baudilio Bulla, Alberto Tena y Alvaro Castañeda Rojas en cuanto declaran que esas liquidaciones de cesantía del año de 1944 eran imposiciones de la empresa y que ningún trabajador quedó retirado del servicio. Del documento de folio 28 dice el acusador que también está comprobado que la empresa no prescindió de los servicios de Laverde sino que lo ascendió a empleado, aunque documentos ficticios o simulación de actos contractuales quieran hacer aparecer un rompimiento de la relación de trabajo. Y concluye:

"Por aceptar una terminación de contrato de trabajo que en realidad de la vida jurídica no se cumplió, la sentencia acusada divide el lapso de contrato de trabajo en dos períodos lo cual es un

error ostensible de hecho, que indujo al Tribunal a violar indirectamente el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, porque la liquidación del auxilio de cesantía no la hace a partir del 19 de octubre de 1940 sino sólo desde el 11 de agosto de 1944, mermándole una suma considerable al trabajador.

"Solicito se case la sentencia para condenar a la empresa al pago del auxilio de cesantía teniendo en cuenta el último salario, que fue de $ 274.43, según el documento presentado por la empresa, que obra al folio 35 del expediente, y el tiempo de servicios comprendido entre el 19 de octubre de 1940 y el 23 de octubre de 1953, descontando las liquidaciones válidamente legales y debidamente autorizadas por los funcionarios competentes, para darle aplicación al artículo 249 del C. S. del T. que fue violado en la sentencia".

Se considera:

Las pruebas que aduce el recurrente para impugnar la decisión sobre cesantía no demuestran lo que pretende. En efecto, el documento de folio 16 lejos de establecer la continuidad pretendida de servicios revela que, en 31 de julio de 1944, según el propio Laverde, la Compañía prescindió de sus servicios liquidándole y pagándole ante testigos el valor de la cesantía causada hasta entonces. Lo mismo cabe decir del que obra a folio 28, que es una fotoscopia del acta de posesión suscrita el 11 de agosto de 1944, cuando Laverde reingresó al servicio de la empresa en una nueva vinculación. El mérito de los mismos no puede desvirtuarse con la sola afirmación de que ellos contienen un exceso de formalidades que revelan malicia. Los testigos invocados nada saben sobre el hecho pertinente y aún alguno de ellos (Castañeda, folio 84) afirma que Laverde dejó de trabajar.

Mas si alguna duda dejasen tales testimonios o si afirmasen un hecho distinto del deducido por el **ad-quem**, el juicio de éste se mantendría sobre las probanzas que indica de modo expreso en su decisión: la diligencia de inspección ocular y las listas de jornales y tarjetas de control. Y como estas pruebas no han sido impugnadas, el fallo debe sostenerse ya que su quebrantamiento, por la vía del error de hecho, sólo se logra mediante la destrucción de todos sus soportes probatorios.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Cuarto cargo.—Acusa el fallo recurrido de violación indirecta, por error de hecho, del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, al no estimar el dictamen del Departamento de Medicina e Higiene Industrial que obra a folio 80, que es de obligatoria aceptación, habiéndolo apreciado en forma acomodaticia.

Solicita se case la sentencia y se condene a la empresa a "dar asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta por seis meses" al trabajador Laverde de conformidad con el dictamen de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial.

Se considera:

Como lo observa el apoderado de la empresa en su escrito de oposición, el artículo 227 del CST. que el impugnador presenta como infringido no consagra el derecho al tratamiento médico, farmacéutico, quirúrgico y hospitalario que persigue el cargo. Mas si se entiende que lo anterior sólo constituye un error de cita, insuficiente para rechazar la acusación, debe anotarse que ésta carece de fundamento al pretender que el fallador no tuvo en cuenta el dictamen del Departamento de Medicina e Higiene Industrial de folio 80, ya que su decisión sí hace mérito de la dicha probanza, como puede leerse al folio 159 del cuaderno principal. Otra cosa es que lo hubiese "interpretado al acomodo del demandado" según dice el propio recurrente, pues entonces de lo que se trata es de una mala apreciación de esa prueba, lo que revela equivocación en el planteamiento del cargo.

Mas si pudiera prescindirse de este error, todavía habría que reparar en que la apreciación acomodaticia a que alude el recurrente estuvo informada en el estudio que hizo el Tribunal de los conceptos 312 S. y 596 S. de la misma Oficina, que obran a los folios 87 a 90 y 99 y 100, respectivamente, los cuales constituyen soporte probatorio de la sentencia recurrida. Y es bien sabido que para el quebrantamiento de ésta se requiere la destrucción de las bases sobre que reposa, lo que no fue intentado siquiera por el recurrente.

Las consideraciones anteriores obligan a declarar que el cargo sólo constituye una alegación de instancia y no debe prosperar.

Quinto cargo.—Dice el recurrente:

"Al no tener en cuenta el Tribunal Seccional, al dictar la sentencia, los dictámenes del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial de los folios 80, 87 y 99, sino apenas unas palabras del último por su apariencia gramatical, incurrió en ostensible o manifiesto error de hecho que lo indujo a violar indirectamente el artículo 227 del C. S. del T. en cuanto no condenó

a la empresa al pago del auxilio por enfermedad a que tiene derecho el trabajador". En consecuencia, aspira a que se case la sentencia y se condene a la demandada al pago de un auxilio por enfermedad en armonía con el artículo 227 del C. S. T.

Se considera:

Por el texto legal que señala violado el recurrente, este cargo se contrae al auxilio monetario por enfermedad no profesional. Y como el anterior, ostenta la equivocación de indicar como no apreciadas pruebas que sí lo fueron y que sólo pueden revisarse por la vía del error consistente en su mala apreciación.

Mas en lo que se relaciona con la pieza fundamental que determinó las conclusiones del **ad-quem**, preciso es observar que el fallo no aparece erróneo, en la forma manifiesta que exige este recurso, ya que realmente el concepto médico de folios 100 es categórico al concluir que "con precisión absoluta es imposible determinar la fecha en que apareció la hernia y sólo podría darse valor a lo que el paciente diga pero como en este caso el paciente es interesado el testimonio de él tendría poco valor"; y sin esa precisión no cabe predicar error ostensible en el fallo recurrido.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

Sexto cargo.—Acusa infracción directa del inciso tercero del artículo 65 del CST., que no aplicó siendo el caso de hacerlo, por no haberle expedido al trabajador el certificado médico de salud.

Pide se case el fallo objeto del recurso y se condene "a la persona demandada al pago de $ 274.43 mensuales, a partir del 23 de octubre de 1953 según el último salario devengado por el trabajador".

Se considera:

El Tribunal confirmó la absolución de primera instancia sobre esta súplica del libelo inicial "por cuanto está probado que el actor se negó rotundamente a recibir el certificado que corre a folio 25 del informativo" (fls. 161 y 162). Por su parte, el **a-quo** dio por establecido este hecho con base en la confesión del promotor de la litis (fl. 123). Entonces, la decisión recurrida tiene un fundamento probatorio que el presente recurso debe destruir, y ello no puede intentarlo por la vía de la acusación directa que señala el cargo. Con todo, si no adoleciese de este defecto —suficiente de por sí para su desestimación— todavía habría sido necesario que demostrase que no hubo la confesión en que se sustenta el fallo, ora por inexistencia de la prueba, ya por errónea apreciación de la que obra en el juicio. Mas la impugnación no propone nada de lo anterior limitándose a alegar, como si de instancia se tratase, acerca de las razones que tiene el recurrente para entender que a Laverde no se le dio el certificado en cuestión. Sin embargo, ninguna de ellas tiene eficacia suficiente para destruir la confesión del actor relativa a que se negó a recibirlo.

No puede, por lo expuesto, prosperar 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 al demandante recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EMPLEADOS DE CONFIANZA O DE MANEJO. — DETERMINACION DE ESTA CATEGORIA DE EMPLEADOS

Respecto del elemento confianza en las relaciones laborales, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en fallo de 1º de junio de 1954, en el juicio de Luis E. García vs. "Santa Marta Railway Company" dijo: "La legislación colombiana distingue, además, entre las categorías específicas de actividades laborales las de CONFIANZA o MANEJO". (Subraya el Tribunal).

"Siendo el contrato de trabajo un vínculo INTUITU PERSONAE, la confianza, en su común acepción, es un elemento constante y presente en cualquier relación laboral, pues como ya lo ha dicho el Tribunal Supremo, en todo trabajador se deposita un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza del contrato. (Sentencia de 7 de noviembre de 1950. G. del T. Vol. 5º, página 900). Esta circunstancia obliga a concluir que el vocablo CONFIANZA empleado por la legislación para determinar una situación laboral excepcionante debe entenderse, no en su significado ordinario sino conceptualmente valorado, como manifestación especialísima de aquel elemento común. Considerado en esta forma el concepto, implica un desplazamiento de la actividad ordinaria de trabajo que se resuelve en la responsabilidad de realizar una labor concreta de finalidad limitada en el espacio y en el tiempo, hacia objetivos permanentes de mayor entidad, por los cuales se debe responder, relacionados con la organización de la empresa, con la coordinación de sus diversos servicios y con el control o fiscalización de los mismos; de lo anterior se concluye que los trabajadores de dirección y supervigilancia lo son también de confianza en su más eminente acepción. Cuando la actividad de confianza consiste en el manejo de dinero o bienes materiales se configura el EMPLEADO DE MANEJO, cuyos ejemplos típicos son los cajeros, los pagadores y los almacenistas".

Sosteniendo que no existen "empleados absolutametne autónomos" ya que "todos están sometidos a un sistema jerárquico de órdenes cuya más alta expresión se encuentra en la voluntad patronal", concluye la sentencia así: "En esas condiciones lo importante es estudiar la actividad misma, la manera de ejercerla, su contenido esencial, sin que importé la categoría o denominación del cargo que se desempeñe ni el grado de subordinación a un jefe superior".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, catorce de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Visitación Rodríguez Caro, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá a Hernán Posada Olarte, propietario de la floristería "Floralia", para que por los trámites de rigor se le condene a pagarle la suma de $ 7.949.59 "o la cantidad mayor o menor que logre demostrarse dentro del juicio, por concepto de auxilio de cesantía, horas extraordinarias de servicios, tiempo faltante del período presuntivo de trabajo, prestaciones del presuntivo, salarios caídos o indemnización por falta de pago más las costas del juicio".

Fundamenta la demanda en los hechos que así se sintetizan: 1º Que la demandante entró a trabajar por cuenta del demandado el 10 de marzo de 1950 con un sueldo inicial de $ 90.00 mensuales; 2º Que al cumplir un año de labores se le aumentó el sueldo a $ 150.00 mensuales; 3º Que a partir del segundo año, comenzó a devengar $ 180.00, "más salario en especie consistente en el almuerzo"; 4º Que el horario de trabajo durante los primeros tres años era de las 8 de la mañana a las 8 de la noche; 5º Que durante el primer año la actora salía a almorzar, durando por fuera poco menos de una hora; 6º Que a partir del segundo mes almorzaba en la Floristería "teniendo que trabajar muchas veces comiendo"; 7º Que en los

tres primeros años trabajó 4 horas extras, 2 diurnas y 2 nocturnas; 8º Que del tercer año de servicios en adelante entraba unas veces a las 6 a. m., otras a las 8½ y salía a las 8 y a las 9 p. m.; 9º Que el demandado sólo pagaba a la actora $ 170.00 mensuales, fuera de la cuota para el Instituto de Seguros Sociales; 10º Que la actora nunca recibió el pago de estas horas extras, por lo cual se vio precisada a renunciar el empleo; 11º Que el demandado le ha presentado dos liquidaciones de cesantía "que no se ajustan a la verdad ni a la legalidad"; 12º Que "el demandado ha simulado que parte del sueldo era por concepto de tiempo ordinario, y el resto por trabajo suplementario; 13º Que la actora trabajó dominicales, días feriados y horas extras siempre que se le exigía y sin el respectivo permiso oficial; 14º Que el almuerzo suministrado diariamente valía $ 1.00 moneda legal; 15º Que el demandado insultó a la actora cuando ésta reclamaba sus derechos.

Se acoge en derecho, a lo dispuesto en los artículos 43, 65, 62, 57, 59, 127, 159, 195 y concordantes del C. S. del T. y al artículo 74 y pertinentes del Código de Procedimiento Laboral.

El demandado se opuso a las pretensiones de la actora negando los lechos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 10º, 12º, 13º y 15º; aceptó lo expuesto en el hecho 1º y que la demandante había trabajado horas extras, puesto que era empleada de confianza y manejo; en cuanto al hecho 9º manifestó que el sueldo era de $ 170.00 y que "en ningún caso la Rodríguez devengó $ 180.00 mensuales", acepta lo expresado en el hecho 14º y en el 11º por diferente razón.

Tramitada convenientemente la controversia, el Juzgado del conocimiento que lo fue el Quinto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, en sentencia de fecha 8 de septiembre de 1955, la desató en primera instancia, condenando a Hernán Posada Olarte, en su calidad de propietario de la Floristería "Floralia" a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas: $ 455.55, a título de auxilio de cesantía y $ 260.00 por indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales. Ordena descontar de las cantidades anteriores la suma de $ 300.00, la cual fue consignada por Hernán Posada Olarte a favor de la actora y que fue retirada por el apoderado de la misma. Absolvió a la parte demandada de los demás cargos contenidos contra ella en el libelo y la condenó a pagar un 50% de las costas del juicio.

Apelada la anterior providencia por los apoderados de ambas partes, subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que en sentencia de fecha 17 de octubre de 1955, decidió el recurso modificando en la suma de $ 911.65 la condena por cesantía y confirmando en lo demás. También condenó a la parte demandada al pago del 50% de las costas.

Contra este fallo, ha recurrido en casación el apoderado de Visitación Rodríguez, y habiéndose admitido el recurso y tramitado en legal forma, se va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda, que consta de cinco cargos que se estudiarán en su orden.

Alcance de la impugnación

Persigue la casación del fallo de segundo grado para que, la Corte en su función de instancia, "revoque la parte primera del fallo incluyendo en la liquidación de cesantía lo que debió recibir la trabajadora por concepto de horas extras. Para que revoque la segunda parte del fallo, a fin de que condene al pago de salarios caídos hasta el día en que se cumpla la sentencia. Para revocar el inciso tercero de la sentencia, para en su lugar condenar al pago del lucro cesante o tiempo faltante del período presuntivo de trabajo".

Primer cargo

Acusa la sentencia por interpretación errónea de la letra a) del artículo 162 del C. S. del T., "error que llevó al H. Tribunal Seccional a aplicar indebidamente el aludido precepto".

Dice el impugnador:

"En sentencia de junio 1º de 1954 del H. Tribunal Supremo, de la cual fue ponente el doctor Constaín, se establece que los "trabajadores de dirección y supervigilancia lo son también de confianza", y que "cuando en (sic) la actividad de confianza consiste en el manejo de dineros o bienes naturales se configura entonces el empleado de manejo". Luego para el Supremo el término confianza es genérico, pues cobija a los trabajadores de dirección, supervigilancia y manejo. Entonces puede concluírse que la letra a) del artículo 162 del C. S. T. que se cita como infringido, se refiere a empleados de confianza. Pero solamente puede referirse a los trabajadores que "DESEMPEÑAN CARGOS DE CONFIANZA", y no asalariados que tienen labores mixtas, esto es, que fuera de su trabajo de confianza tengan funciones comunes. Fíjese bien que la disposición no dice labores sino CARGOS. Podría admitirse que también están excluídos de la jornada máxima los trabajadores que fuera de sus funciones de con-

fianza tengan otras comunes, y el (sic) último caso hasta podría aceptarse que también están excluídos de la jornada máxima los asalariados de funciones mixtas, en las cuales PREDOMINEN las labores de confianza sobre las comunes. Pero lo que sí no se puede aceptar es que estén excluídos de la jornada máxima legal los trabajadores con funciones comunes por el solo hecho de que de vez en cuando desempeñen labores de confianza, cuando manifiestamente priman los quehaceres comunes y corrientes".

Se considera:

El sentenciador expresa lo siguiente:

"Se confirma el fallo por cuanto negó la condena por concepto de horas extras trabajadas por la demandante, porque si bien es verdad, que, de alguno de los testimonios que obran en autos se establece que la jornada de aquélla era superior a ocho horas diarias, también es un hecho cierto, que a la actora se le asignaron funciones de confianza, ya que estaba autorizada para vender flores, abrir y cerrar el establecimiento, puesto que se le entregaron las llaves de éste, y reemplazar a la Cajera en las ausencias de ésta, que duraban desde quince días hasta un mes. También podía otorgar créditos a los clientes, y efectuar compras de flores para la misma floristería donde trabajaba. Estos hechos, no sólo se encuentran perfectamente demostrados con la prueba testimonial, sino por confesión de la demandante. (Véase diligencia de posiciones fls. 53 a 55)".

En repetidas providencias ha dicho el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que la errónea interpretación de la ley "consiste en la noción equivocada que se tenga de ella independientemente de toda cuestión de hecho". Como en el presente caso el Tribunal llegó a concluir que la demandante era una trabajadora de confianza, mediante el examen de hechos que encontró "perfectamente demostrados", el concepto de violación escogido no es el procedente.

Por tanto el cargo se rechaza.

Cargos segundo y tercero

Se estudian en conjunto porque ambos alegan infracción indirecta de los artículos 158 y 168 del C. S. del T., acusan a través de errores de hecho las mismas pruebas y comportan idéntico desarrollo, pero con la advertencia de que se critica por antitécnico el desacierto de involucrar en un mismo cargo, violaciones por diferentes y aún opuestos conceptos. El estudio sólo se adelantará por la vía indirecta con base en las pruebas acusadas.

Además de las disposiciones citadas, el recurrente indica como infringidos indirectamente los artículos 159, 160 y 161 del C. S. del T.; señala como pruebas desestimadas por el sentenciador los testimonios de Luis Hurtado (fl. 46), Libia Arango de Cardona (fl. 60), Mercedes Rodríguez (fl. 61), Carlos Humberto Ruiz (fl. 65), Roberto Morales Rivas (fl. 71) y las posiciones de la actora (fl. 54). Considera que el Tribunal incurrió en error de hecho al no examinar las probanzas relacionadas anteriormente, y con base en ellas reclama condena por el pago de tres horas diarias extras trabajadas, una diurna y dos nocturnas, con base en el sueldo mensual de $ 170.00 y con los recargos de ley.

Se considera:

Según el aparte transcrito en el cargo anterior se observa que el ad-quem, con fundamento en la prueba testimonial y en la de confesión, consideró a la actora como empleada de confianza, colocándola por tanto dentro del régimen exceptivo que establece el artículo 162 del C. S. del T. Fue así como concluyó el sentenciador: "De modo que, por haber desempeñado las funciones que quedan relacionadas, la demandante estaba excluída de la regulación sobre jornada máxima legal del trabajo, sin que importe, para llegar a esta conclusión, que no hubiera estado siempre atendiendo la Caja del Establecimiento, pues lo cierto es que, pese a que había Cajera, en la Floristería demandada, de todas maneras, el cargo de la demandante entrañaba no sólo una gran responsabilidad de su parte, sino que se caracterizaba porque predominaba en él el elemento confianza, ya que, aun cuando no manejaba siempre la Caja, en varias ocasiones, recibía el valor de las flores vendidas, hacía las anotaciones de las ventas, y en ausencia de los dueños de la Floristería, o sea de los esposos Posada, ella los reemplazaba en el sentido de dar órdenes, dentro del Establecimiento y otros menesteres".

Respecto del elemento confianza en las relaciones laborales, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en fallo del 1º de junio de 1954, en el juicio de Luis E. García vs. "Santa Marta Railway Company" dijo: "La legislación colombiana distingue, además, entre las categorías específicas de actividades laborales, las de confianza o manejo". (Subraya el Tribunal).

"Siendo el contrato de trabajo un vínculo in-

tuitu personae, la confianza, en su común acepción, es un elemento constante y presente en cualquier relación laboral, pues como ya lo ha dicho el Tribunal Supremo, en todo trabajador se deposita un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza del contrato. (Sentencia de 7 de noviembre de 1950. G. del T. Vol. 5º, pág. 900). Esta circunstancia obliga a concluir que el vocablo **confianza** empleado por la legislación para determinar una situación laboral excepcionante debe entenderse, no en su significado ordinario sino conceptualmente valorado, como manifestación especialísima de aquel elemento común. Considerado en esta forma el concepto, implica un desplazamiento de la actividad ordinaria de trabajo que se resuelve en la responsabilidad de realizar una labor concreta de finalidad limitada en el espacio y en el tiempo, hacia objetivos permanentes de mayor entidad, por los cuales se debe responder, relacionados con la organización de la empresa, con la coordinación de sus diversos servicios y con el control o fiscalización de los mismos; de lo anterior se concluye que los trabajadores de dirección y supervigilancia lo son también de confianza en su más eminente acepción. Cuando la actividad de confianza consiste en el manejo de dinero o bienes materiales se configura el **empleado de manejo**, cuyos ejemplos típicos son los cajeros, los pagadores y los almacenistas".

Sosteniendo que no existen "empleados absolutamente autónomos" ya que "todos están sometidos a un sistema jerárquico de órdenes cuya más alta expresión se encuentra en la voluntad patronal", concluye la sentencia así: "En esas condiciones lo importante es estudiar la actividad misma, la manera de ejercerla, su contenido esencial, sin que importe la categoría o denominación del cargo que se desempeñe ni el grado de subordinación a un jefe superior".

A fin de establecer si la decisión del Tribunal traduce la doctrina anteriormente transcrita y si la valoración por él dado a las pruebas que le sirvieron de soporte y que el impugnador acusa, es correcta, se hace necesario entrar al examen de ellas.

Luis Hurtado (fl. 46) expresa que conoció a la actora desde el año de 1951 y que visitaba la Floristería "varias veces en la semana y aún varias veces al día" y con frecuencia de noche; manifiesta que a las 8 p. m. encontraba a Visitación Rodríguez prestando servicios en dicho establecimiento y que su habitual ocupación era la de florista, esto es, la de confeccionar y vender canastas, ramos y coronas.

Libia Arango de Cardona (fls. 58 a 60), dice en declaración del 16 de mayo de 1955 que "hace alrededor de año y medio" conoce a Visitación Rodríguez y que por tener una hermana trabajando en el mismo establecimiento donde aquélla laboraba, visitaba éste con frecuencia; agrega que el horario de trabajo era de 8 a 12 en la mañana y de 2 a 6 p. m. en la tarde, pero que cuando había trabajos urgentes, demoraba hasta las 7, 8 o 9 de la noche; manifiesta que la actora tenía funciones de administradora, "es decir, ella manejaba las llaves, atendía a la caja, compraba flores, a veces le tocaba abrir el establecimiento a las 8 de la mañana": expresa además: "Me consta también que la señorita Rodríguez siempre almorzaba dentro del establecimiento. Me consta que la labor desarrollada por la señorita Rodríguez consistía en el de florista, es decir, hacia canastas de flores, ramos para novia, etc., como también otras funciones como abrir créditos, despedir personal, comprar flores".

Mercedes Rodríguez (fl. 61), empleada de la Floristería desde febrero de 1951 a agosto de 1953, dice que cuando entró al servicio de ésta ya se encontraba prestándolo la demandante; agrega que ella se ocupaba en hacer canastas, ramos para novia, y arreglos florales en general; manifiesta que cuando no había cajera en el establecimiento desempeñaba ocasionalmente esas funciones: afirma que entraba a trabajar "ordinariamente a las ocho de la mañana, permaneciendo allí hasta las siete u ocho de la noche, es decir, trabajaba en forma continua".

Carlos Humberto Ruiz (fls. 66 a 67) afirma que conoce a la actora desde julio de 1950, por haber sido compañero de trabajo de ella; le consta de manera personal y directa que las labores desarrolladas por la señorita Rodríguez "consistían en hacer coronas, ramos para novias, confección de canastas, etc.; además cuando no estaba la señorita o empleada encargada de manejar la caja, también le tocaba a la citada señorita desempeñar dichas funciones. El horario de trabajo de la señorita Rodríguez en el establecimiento era el siguiente: entraba a las siete y media u ocho de la mañana y salía entre siete u ocho de la noche, pues ella tenía que almorzar en el establecimiento, disfrutando de una hora o media hora para tomarlo".

Roberto Morales Rivas (fl. 71) dice que "doña Visitación se ocupaba en confeccionar ramos y canastas, vender flores y demás artículos que allí

se expenden"; que en ausencia del dueño la actora se entendía "con el movimiento general del negocio"; que cuando no había cajera aquélla desempeñaba estas funciones; que cuando iba en las horas de la tarde se demoraba hasta las siete y siete y media de la noche.

Visitación Rodríguez, en las posiciones absueltas, confiesa que su empleo era el de florista y que en la época en que prestó sus servicios hubo varios cajeros y que sólo en algunas ocasiones, cuando faltaba tal empleado, manejaba la caja; que los créditos que otorgaba a los clientes eran consultados con el dueño del establecimiento o con la esposa de éste; que la compra de flores la podía efectuar cualquiera de las empleadas.

Las probanzas anteriores demuestran plenamente que el oficio principal y permanente de la actora era el de florista, esto es, empleada encargada de confeccionar y vender ramos, canastas y coronas; que sólo ocasionalmente asumía las funciones de cajera y las de abrir y cerrar el establecimiento. Pero estas y otras actividades las ejecutaba la demandante en forma tan transitoria o accidental, que no alcanzaban a imprimirle carácter de empleada de confianza al vínculo en estudio.

De manera que en el caso sub-lite aparece manifiesta la equivocación del ad-quem al considerar a la actora como trabajadora de confianza, ubicándola dentro del régimen exceptivo sobre regulación de la jornada máxima legal. Así las cosas, esta Sala considera a Visitación Rodríguez como una trabajadora ordinaria, con derecho a la remuneración por su labor extraordinaria. Y como los testimonios examinados establecen que la actora entraba cuando menos a sus labores a las 8 a. m. y terminaba su jornada a las 7 p. m., es el caso de estimar como duración de su diaria labor once horas.

El cargo prospera y la Corte, en función de instancia, procederá a liquidar el valor de la labor extraordinaria, teniendo en cuenta las normas respectivas, los diferentes salarios devengados y número de horas extras trabajadas, previo descuento de dominicales y festivos, cuya labor no aparece acreditada de autos, y de las vacaciones correspondientes a cuatro años de servicios, que aparecen disfrutadas, según la declaración de Rosalbina Arias (fl. 33), testimonio que corrobora la no reclamación de ellas por parte de la actora, a objeto de producir la condenación impetrada, en los términos siguientes:

1º — Lapso de marzo 10 a 31 de diciembre de 1950; 240 días laborados, 3 horas extras diarias trabajadas, 2 diurnas y 1 nocturna, que se liquidan sobre la base de un sueldo mensual de $ 120.- (incluyendo valor comprobado del almuerzo) conforme a las disposiciones de las leyes 6ª de 1945, 64 de 1946 y el Decreto Nº 2341 de 1946. Valor total ..... $ 492.00

2º—Año de 1951; 282 días laborados; 3 horas extras diarias, 2 diurnas y 1 nocturna; sueldo base, $ 120.00; derecho, art. 168 del C. S del T. Valor total..... 599.25

3º—Lapso de enero 1º de 1952 a julio 31 de 1953. Días laborados, 447; 3 horas extras diarias, 2 diurnas y 1 nocturna; sueldo mensual, $ 180.00; derecho, art. 168 del C. S. del T. Valor total..... 1.424.81

4º—Lapso de agosto 1º de 1953 a septiembre 30 de 1954. Días laborados, 353; 3 horas extras diarias, 2 diurnas y 1 nocturna; sueldo, $ 200.00; derecho, artículo 168 del C. S. del T. Valor total..... 1.245.21

Valor total de las horas extras trabajadas $ 3.761.27

Cuarto cargo

Lo plantea así: "Violación del artículo 65 del C. S. del T.", sin indicar el concepto en que lo fue.

En demostración del cargo transcribe el recurrente dos apartes del fallo impugnado para destacar la contradicción del sentenciador en lo que respecta a la suma que ha debido consignar el demandado, comparándola con lo que arroja la condena por cesantía fijada por aquél; hace resaltar la circunstancia de que ni siquiera fue consignado el 30% de lo debido, y concluye que el artículo 65 fue violado "en forma clara y precisa, por varios aspectos".

Se considera:

Como se observa, el impugnador no indica el concepto en que fue violada la norma que acusa y el desarrollo tampoco se hace a través de errores de hecho, para que pudiera estimarse como un caso de aplicación indebida de la Ley. Estos reparos a los principios que regulan la técnica de casación son suficientes para desestimar el cargo.

Quinto cargo

Lo plantea así: "Violación directa, por falta de aplicación del artículo 64 del Código Sustantivo

del Trabajo, en relación con el artículo 62, letra b), ordinal 2º y evidente error de hecho".

Transcribe el recurrente el aparte del fallo impugnado, que sostiene el del a-quo, en cuanto absolvió al demandado del pago de salarios por el lapso faltante del contrato presuntivo, con fundamento en que la actora confesó su retiro voluntario del trabajo al contestar la 9ª pregunta del interrogatorio; agrega que se demostró que la demandante tenía derecho al pago de la labor extraordinaria y como solicitara tal cancelación para viajar a Ibagué y el demandado se negara en forma sistemática, tuvo "que dar por terminado el contrato de trabajo, sin previo aviso, con derecho a indemnización por lucro cesante"; señala como prueba mal estimada por el fallador la confesión que hace la actora al folio 55, al responder a la 9ª pregunta del pliego de posiciones.

Se considera:

El sentenciador dijo:

"Se sostiene el fallo, en cuanto absuelve a la parte demandada de pagar salarios por el tiempo que hizo falta para vencerse el contrato presuntivo de trabajo, absolución que se basa en el hecho de que de autos se estableció, que fue la demandante, quien se retiró voluntariamente, como lo confiesa, al contestar la posición 9ª, (fl. 55) cuando dice que su retiro del establecimiento obedeció a que tenía un viaje a Ibagué. Si esto es así, la súplica carece de todo fundamento y debe negarse, como en efecto la negó el a-quo".

Al preguntársele a la actora el motivo del retiro de la Floristería, dijo: "Mi retiro del establecimiento obedeció a que tenía un viaje a Ibagué, el cual no lo pude efectuar por motivo de no habérseme arreglado lo referente a las prestaciones sociales a que creo tener derecho". (Fl. 55).

Como se ve, la finalización del contrato obedeció al deseo de la actora de realizar un viaje, y aunque éste no se haya efectuado, inclusive por la razón que da la trabajadora, su retiro siempre aparece como determinación de su propia voluntad y no como despido del patrono.

En consecuencia el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto confirma el numeral 2º del fallo del a-quo, en la parte que absolvió a la demandada por el extremo de la labor extraordinaria, y en su lugar REFORMANDOLO condena a Hernán Posada Olarte a pagar a Visitación Rodríguez Caro o a quien sus derechos represente, la cantidad de tres mil setecientos sesenta y un pesos con veintisiete centavos ($ 3.761.27), por concepto de las horas extras laboradas por la demandante entre el 10 de marzo de 1950 y el 30 de septiembre de 1954. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONFESION. — LA APRECIACION DE ESTE MEDIO PROBATORIO EN EL SISTEMA LABORAL

Para que la confesión carezca de validez es necesario que el hecho confesado sea ilícito o físicamente imposible, que la ley exija para el caso otro medio de prueba, o que quien la rinda no se halle en uso de su razón o no sea capaz para contraer la obligación de cuya comprobación se trata. Y para que la que se hace en juicio no tenga fuerza de prueba es necesario que se demuestre que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable. Tales son los principios que deben recordarse con ocasión del cargo propuesto, no porque los impongan algunos textos del Código Judicial —ya que la tarifa legal no es obligatoria en los juicios laborales— sino porque a ellos también se llega por la crítica científica de la prueba, exigida por el sistema que se estableció para dicha clase de juicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Misael Vásquez Perilla demandó, por medio de apoderado, a Angel María Caballero Gil, ambos mayores y vecinos de esta ciudad, identificados con la libreta número 406147 del Distrito Militar número 30, el primero, y con la cédula número 111956 de Bogotá, el segundo, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condenase a pagarle los valores que resultasen debidos por los conceptos de remuneración de trabajo en domingos y días festivos, primas de servicio, compensación de vacaciones causadas y no disfrutadas, lucro cesante, retribución de horas extras, calzado y overoles dejados de suministrar, cesantía, mora en la cancelación de los salarios y prestaciones anteriores y las costas del proceso.

Según las voces del libelo, Vásquez Perilla prestó personalmente sus servicios a Caballero Gil, como peón encargado de dar alimentación a los semovientes del demandado, en la hacienda "El Novillero", situada en Fusagasugá; esa labor fue cumplida en forma continua e ininterrumpida desde el mes de agosto de 1946 hasta el 13 de junio de 1953, en virtud de contrato verbal que fijó la remuneración en un jornal de $ 1.10 más alimentación y alojamiento que debe estimarse en $ 3.50; en la fecha últimamente citada Vásquez fue despedido de manera intempestiva y sin justa causa; dada la índole de la labor, Vásquez debió trabajar no sólo los días domingos y de fiesta civil y religiosa sino en horas extras o suplementarias, empezando su jornada a las cuatro de la mañana y terminándola a las nueve de la noche; el demandado despidió a su trabajador cuando faltaban un mes y veintisiete días para cumplirse presuntivamente el término del contrato; no retribuyó las labores extraordinarias en legal forma ni pagó las prestaciones surgidas de la vinculación indicada, ni la indemnización correspondiente al despido injusto.

En derecho se invocaron las disposiciones pertinentes del CST. y las del CPT. para los trámites del juicio.

El demandado se opuso a las pretensiones relatadas afirmando haber satisfecho oportuna y legalmente los derechos causados; alegando que las labores de Vásquez no fueron continuas sino intermitentes, que la estimación del salario en especie no guarda relación con la realidad de los hechos y circunstancias, ni con el valor acostumbrado en la región de trabajo, y que el retiro se produjo voluntariamente. Propuso, además, las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y pago de lo no debido.

Tramitada la controversia, el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá la desató condenando al demandado Caballero Gil à pagar al actor $ 228.10 por primas de servicio, $ 139.50 por vacaciones, siete pares de zapatos y siete overoles, $ 630.85 por cesantía y a una indemnización moratoria de $ 3.10 desde el 14 de junio de 1953 hasta cuando se cancelen las obligaciones anteriormente indicadas. Lo absolvió de las demás peticiones del escrito inicial, declaró parcialmente probada la excepción perentoria de prescripción en cuanto a vacaciones y no probadas las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Condenó, además, en costas al demandado.

Por apelación del apoderado del patrono subió el asunto a conocimiento del extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que, cumplidos los trámites de rigor, modificó el fallo de primera instancia, por el suyo de 17 de enero de 1956 cuya parte resolutiva reza así:

"**Primero.**—MODIFICANSE los apartes a), b), d) y e) del numeral 1º de la sentencia apelada en el sentido de condenar al demandado **Angel María Caballero Gil** a pagar al demandante **Misael Vásquez Perilla** las siguientes sumas de dinero:

"a) **Ciento sesenta y dos pesos con treinta y nueve centavos** ($ 162.39), por prima de servicios;

"b) **Ciento veintisiete pesos con cincuenta centavos** ($ 127.50), por compensación de vacaciones no disfrutadas;

"c) **Trescientos cinco pesos con setenta centavos** ($ 305.70), por cesantía;

"d) **Tres pesos con diez centavos diarios** ($ 3.10) a partir del cuatro (4) de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), hasta que se efectúe el pago de las sumas a que se contrae el presente fallo, por concepto de salarios caídos.

"**Segundo**—CONFIRMASE el aparte c) del mismo numeral.

"**Tercero.**—CONFIRMASE el numeral 2º.

"**Cuarto.**—REVOCASE en su totalidad el numeral 3º y, en su lugar, DECLARASE que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción.

"**Quinto.** — MODIFICASE el numeral 4º en el sentido de DECLARAR NO PROBADA la excepción perentoria de inexistencia de la obligación y PARCIALMENTE FUNDADA la excepcin de pago.

"**Sexto.**—CONFIRMASE el numeral 5º.

"**Séptimo.**—COSTAS en esta instancia a cargo del demandado".

Contra la providencia anterior interpuso el recurso de casación el mismo apoderado de Caballero Gil, y habiéndosele admitido y tramitado en legal forma se va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del representante judicial de Vásquez Perilla, opositor en el mismo.

El recurso

En alegato que provoca la crítica del opositor, el recurrente señala los propósitos de su impugnación manifestando que, en resumen, intenta demostrar:

"a) Que el tiempo de servicios del actor sólo fue de un año, cinco meses y tres días;

"b) Que el salario devengado en dinero fue de $ 0.75 diarios, en promedio, más el valor de las especies;

"c) Que están prescritas las siguientes prestaciones: prima de esrvicio, vacaciones, overoles y zapatos, correspondientes a los años 1950 y 1951;

"d) Que debe prosperar la excepción de cobro de lo no debido, por cuanto no trabajó efectivamente para tener derecho a cobrar: prima de servicio, suministro de calzado y overoles y vacaciones;

"e) Que sólo tiene derecho a: cesantía por un año, cinco meses y tres días; a un (1) año de vacaciones".

Para estos fines propone tres cargos.

Pero antes de examinarlos debe anotarse que el capítulo dedicado a fijar el alcance de la impugnación adolece del defecto que censura el opositor. Sin embargo, la Sala considera, con la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que el requisito en cuestión puede satisfacerse también —sin necesidad de un aparte especial para ello— en cada uno de los cargos que proponga la demanda extraordinaria, mediante acusación que concrete su objetivo propio. Y como esto sí aparece del escrito formulado por el recurrente —aunque con otros defectos que se calificarán en su oportunidad—, procede el examen de los cargos aludidos.

Primer cargo.—Señala violados indirectamente los artículos 306, 186, 189, 192, 232, 249, 253 y 65 del CST., a consecuencia de error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la confesión del apoderado del demandado en la contestación de la demanda inicial y la del propio demandado, en posiciones; al no apreciar las pruebas de inspección ocular y pericial, y al dar mérito a los testimonios de Reinaldo Pérez y Raimundo Rojas.

De las primeras sostiene el recurrente que no constituían confesiones puras y simples, como para liberar al juzgador de acudir a otras fuentes probatorias; y que se produjeron por error justificable o explicable como lo revelan los datos más exactos de la exhibición de libros que se practicó anexa a la inspección ocular. Acerca de dicho error dice que es humanamente imposible recordar sin consulta previa las fechas precisas de ingresa y de salida de un trabajador, lo mismo que la cuantía del jornal de un peón después de uno o varios años de haberse retirado. Y como estos hechos fueron registrados de modo distinto por la inspección ocular, aquellas confesiones quedaron demeritadas.

De la segunda, anota que estableció real y procesalmente el trabajo de Vásquez Perilla en la

forma siguiente: "en el año de 1950, primer semestre 138 días; en el segundo semestre 159 días; en el año de 1951 sesenta y ocho días, en el primer semestre, sesenta y tres días en el segundo semestre; en el año de 1952, en el primer semestre cincuenta días, en el segundo semestre, cuarenta días; y en el año de 1953 no trabajó un solo día. Estos períodos dan un total de un año, cinco meses tres días". En relación con el salario reconoce que las confesiones del demandado y de su apoderado fueron simples, a diferencia de las relativas al tiempo de servicios, pero también resultan equivocadas al relacionárselas con los datos de la diligencia de inspección ocular.

En cuanto a los testimonios de Rojas y Pérez la crítica consiste en que se les dio crédito a pesar de que adolecían de parcialidad por tener ellos también pleito laboral contra el mismo demandado de autos.

En un segundo aparte de este cargo, el recurrente alega que, variadas las bases para liquidar las prestaciones sociales conforme a los dichos factores de salario y tiempo servido, deben modificarse las condenas decretadas por el ad-quem. Así, las primas no se adeudan en ninguna cuantía, pues, respecto de las no prescritas, no existió en cada semestre tiempo efectivo que las causara; y las correspondientes al cuarto año de servicio hacia atrás, prescribieron. Las vacaciones son las correspondientes a un solo año. Y al suministro de zapatos y overoles son aplicables las mismas razones aducidas en relación con las primas.

Finalmente, en un tercer capítulo de este mismo cargo dice el recurrente: "Si se cobran los derechos prescritos, o si tales derechos no se han configurado legalmente, es decir, no se cumplen los presupuestos legales, el presunto deudor puede proponer la excepción de cobro de lo no debido, que fue la excepción que propuse, además, y que fue negada por el H. Tribunal, sin que de otra parte se vean las bases jurídicas para así determinarlo".

Se considera:

Para que la confesión carezca de validez es necesario que el hecho confesado sea ilícito o físicamente imposible, que la ley exija para el caso otro medio de prueba, o que quien la rinda no se halle en uso de su razón o no sea capaz para contraer la obligación de cuya comprobación se trata. Y para que la que se hace en juicio no tenga fuerza de prueba es necesario que se demuestre que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable. Tales son los principios que deben recordarse con ocasión del cargo propuesto, no porque los impongan algunos textos del Código Judicial —ya que la tarifa legal no es obligatoria en los juicios laborales— sino porque a ellos también se llega por la crítica científica de la prueba, exigida por el sistema que se estableció para dicha clase de juicios. En el caso en examen nadie ha invocado las circunstancias enunciadas en primer término, ni los autos las registran. Lo que se aduce es error explicable en el confesante, para restarle fuerza a las manifestaciones que sirvieron de base a la decisión del ad-quem. Sin embargo, la Sala observa que, en rigor, no se trata del asunto indicado, sino de que el recurrente cree que la confesión del patrono producida en el juicio no fue apreciada correctamente, en sí misma, por una parte, y que, además, los hechos pertinentes sobre que versa no concuerdan con lo establecido por otra probanza, a la que debe darse mayor crédito. Respecto de lo primero debe declararse que el fallador no apreció las confesiones de la parte demandada sin examen de las circunstancias limitadoras que invoca el recurrente, definiendo con sólo aquéllas los extremos principales discutidos y sin acudir a otras pruebas del juicio, como lo reclama el cargo. Todo lo contrario, sus conclusiones provienen de la relación que estableció entre la contestación de la demanda y las posiciones absueltas, por una parte, y la diligencia de inspección ocular, por la otra. Entonces es en esto último —segundo aspecto a examinar— en donde debe definirse el mérito de la acusación. Mas al efectuarlo así aparece que para el recurrente la diligencia de inspección ocular sólo establece servicios desde el año de 1950. Sin embargo, no repara en que la intervención del perito de folios 69 a 71 únicamente recoge los últimos años de su investigación, ya que lo del tiempo anterior fue registrado, también con actuación suya, en las audiencias de que dan cuenta las piezas de los folios 28, 29, 30, 41, 42, 43 y 44. No es cierto, pues, que la fecha inicial del contrato deba fijarse en el año de 1950, ni que ninguna otra probanza no recoja el hecho de los servicios anteriores, ni que constituya error del confesante el haber admitido que Vásquez Perilla fue su trabajador antes de esa fecha, ni que se hubiese equivocado el sentenciador al deducirlo de esa manera. En cuanto a las interrupciones que sufriera el contrato laboral, al ejecutarse, la afirmación del ad-quem acerca de que el hecho de que el trabajador no figurara en determinados días en las planillas que exhibió el patrono sólo

demuestra falta de anotación por el encargado de llevarlas, es apreciación verosímil por las modalidades de autos, que el recurrente no impugna con eficacia, pues en ninguna probanza distinta respalda el hecho contrario de la discontinuidad de los servicios, como debía hacerlo. Finalmente, de la fecha de terminación del vínculo hablan la contestación de la demanda y las posiciones absueltas por el patrono, en forma que si bien no tiene la exactitud exigida tampoco puede descalificarse, en forma ostensible, por las probanzas de que se ocupa el cargo. Y es que, en últimas, la alegación del recurso sobre los puntos propuestos apenas alcanza a configurar como dudosa una situación que pudo entenderse de diversa manera por el fallador; pero que por ello mismo no reviste el carácter evidente que se requiere para la prosperidad de una acusación como la examinada.

De la prueba testimonial se anota que el motivo de descalificación que invoca el cargo no constituye impedimento para declarar, y que aún mirado como circunstancia de sospecha su juzgamiento corresponde al ámbito de la valoración en instancia. Con todo, si se desestimasen los tales testimonios el fallo se mantendría sobre sus otros fundamentos probatorios, no destruídos por la acusación.

Las alegaciones finales del cargo resultan, por lo demás, inapreciables. Pues ellas reclaman previamente la variación de las bases sobre las cuales se liquidaron las condenas. Y no habiéndose modificado los factores relativos al tiempo de servicios computado por el **ad-quem** y a la forma de los mismos, carecen de operancia sus cuentas para demostrar los fenómenos de prescripción y cobro de lo no debido. Aparte de que el cargo no señala, como necesitaba hacerlo para estos efectos, los textos legales consagratorios de los mismos, y violados por el **ad-quem**.

Todo lo anterior se opone a la prosperidad del cargo.

Segundo cargo.—"Violación directa del artículo 488 del C. S. por haberse negado su aplicación Causal 1ª del artículo 87 del C. S.

"**Demostración.** — La excepción de prescripción fue propuesta por la parte demandada desde la respuesta al libelo inicial y fue sustentada en la audiencia 1ª de trámite como corresponde juntamente con la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Para que se pueda tener en consideración la excepción de prescripción por el juzgador, es necesario e indispensable que ella haya sido propuesta y sustentada en la forma dicha por la parte deudora, pues, no ocurre declararla o declararla de oficio por el juzgador. Este ha circunscrito la iniciación del tiempo en que deben contarse las prestaciones, desde el día dos (2) de enero de 1950 —folio 40— y la fecha de la reclamación formal de las prestaciones de parte del actor al demandado desde el día cuatro (4) de febrero de 1954, o sea, que, desde esta fecha se interrumpió realmente la prescripción en beneficio del acreedor. La disposición citada en este cargo y que fue violada directamente por el H Tribunal por haberse negado su aplicación, establece que los derechos consagrados por el C. S. prescriben en tres años, desde la fecha en que los mismos se hayan hecho exigibles por el acreedor. O sea que la prescripción de todos los derechos del actor exigibles con anterioridad al día tres (3) de febrero del año de mil novecientos cincuenta y uno (1951) están prescritos a excepción del auxilio de cesantía".

Se considera:

La prima semestral más antigua, entre las reconocidas por el ad-quem, se causó el último día de junio de 1951. Su prescripción se habría producido en esa misma fecha del año de 1954. Mas habiéndose notificado la demanda el 4 de febrero anterior a esa última fecha, no alcanzó a darse el fenómeno aludido.

La vacación más antigua, de las ordenadas compensar en dinero por el Tribunal, se causó el 1º de enero de 1951. Su disfrute en descanso correspondía señalarlo al patrono dentro del año subsiguiente, conforme al artículo 187 del CST. El término de prescripción sólo empezaba para ella, por lo tanto, el 2 de enero de 1952; y habiéndose notificado la demanda, como se ha dicho, antes de los tres años siguientes, no aconteció el dicho fenómeno prescriptivo.

Respecto de las prestaciones indicadas no pudo acontecer, por lo expuesto, la violación que señala el cargo.

En cambio, de la condena al suministro de zapatos y overoles cabe decir, no propiamente por la prescripción invocada en este cargo, que a los dos semestres de 1951, dos de 1952 y uno de 1953 estimados por los juzgadores de instancia sólo corresponden 5 pares de zapatos y 5 overoles y no 7, de los unos y de los otros, como fue decretado. Mas esto constituye un error distinto del que propone la acusación, y no cabe modificar de oficio los términos, ni el concepto, ni el fundamento del camino escogido para la misma.

Nada hay que decir respecto del derecho a cesantía, desde el punto de vista de su prescripción,

porque el propio recurrente lo sustrae de sus motivos de ataque.

No prospera, por lo expuesto, el cargo.

Tercer cargo.—"Causal 2ª del artículo 87 del C S. Reformatio in pejus. Artículo 488 C. S., artículo 494 C. J. Por haber declarado no probada parcialmente la excepción de prescripción; parcialmente, en cuanto a vacaciones, punto cuarto de la sentencia del Tribunal, reformando el punto tercero de la sentencia de primera instancia de fecha 5 de septiembre de 1955 —folio 90— en contra del demandado y habiendo propuesto éste solamente el recurso de apelación, circunstancia ésta que hace imposible para el ad-quem semejante reforma. El recurso no lo interpuse a nombre de mi representado para que se hiciera más gravosa su situación litigiosa en el presente proceso; todo lo contrario, para ver la forma de que se atenuaran las condenas y en el mejor de los casos, para que desaparecieran por lo menos parcialmente por la sentencia de segunda instancia. La atribución que se tomó el H. Tribunal en este particular le está vedada por las circunstancias ya anotadas. En el presente caso la parte, solamente, que interpuso el recurso de apelación es la llamada a no ser desmejorada en las condiciones ganadas en la sentencia de primera instancia por el ad-quem, pues, es la parte recurrente la que en la misma circunstancia circunscribe la acción de este juzgador. Otra situación sería si las dos partes hubiéramos recurrido al interponer el recurso de apelación, ya que entonces sí sería claro y evidente que el ad-quem sí tendría facultad para decretar la reformatio in pejus. En consecuencia, debe prosperar el presente cargo en relación con todas las prestaciones que están prescritas, o sea, aquellas que se hicieron exigibles con anterioridad al tres (3) de febrero de 1951, en virtud de la disposición sustantiva al principio de este cargo citada".

Se considera:

Basta comparar las condenas de primer grado con las de segundo para declarar infundada esta acusación. En efecto, los valores de aquéllas son de $ 228.10 por primas de servicios, $ 139.50 por vacaciones, 7 pares de zapatos y 7 overoles, $ 630.85 por cesantía y $ 3.10 diarios, a partir del 14 de junio de 1953, hasta cuando se cancelen las obligaciones anteriores, por mora: y los ordenamientos de segunda instancia reducen a $ 162.39, $ 127.50, $ 305.70, respectivamente, las condenas concretas en dinero, confirmando las de zapatos y overoles, y decretando la mora, en la misma suma diaria, desde fecha posterior (4 de febrero de 1954) a la inicialmente señalada. No se ve, por lo tanto, cómo pueda sostenerse la acusación de que el fallo del Tribunal hizo más gravosa la situación de la única parte que apeló contra la sentencia del Juzgado.

Y si todo se reduce al concepto de que el fallo del ad-quem declaró sin lugar la excepción de prescripción que el a-quo había reconocido parcialmente para las vacaciones, debe observarse que tanto el uno como el otro admitieron derecho a vacaciones por tres años de servicios, aunque los computaron en forma distinta que produjo la reducción en el valor de la condena. Y del mismo cómputo distinto resultó prescripción para el de primera instancia y pago parcial, en vez de lo anterior, para el de segunda. Mas en todo caso, un valor menor, que no permite hablar de la situación más gravosa contemplada por la causal segunda de la casación laboral.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía O., Secretario.

SOLIDARIDAD ENTRE EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE Y EL BENEFICIARIO DEL TRABAJO RESPECTO DEL PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES DE LOS TRABAJADORES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., catorce de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Eliseo Gómez, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado del Trabajo de Cúcuta, a Anselmo Amaya, y solidariamente con él a la Colombian Petroleum Co., representada por su Gerente, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fuesen condenados a pagarle, lo siguiente:

"1º — Mil cuatrocientos diecinueve pesos por concepto de cesantía durante cuarenta y cuatro meses de trabajo;

"2º—Quinientos setenta y dos pesos por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas durante tres años;

"3º—Mil trescientos doce pesos por concepto de prima de servicios durante siete semestres trabajados;

"4º—Mil cuatrocientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos por concepto de 123 días faltantes para cumplirse el término del contrato presuntivo de trabajo;

"5º — Dos mil trescientos cincuenta pesos por concepto de ciento ochenta y ocho dominicales no pagados durante el tiempo servido;

"6º—Indemnización por falta oportuna de pago de las prestaciones, desde la fecha del retiro hasta la de su cancelación;

"7º—El valor de las atenciones médicas, quirúrgicas y hospitalarias a que hubiere lugar, por la enfermedad que padece mi poderdante y que tenía al momento de su retiro;

"8º—Indemnización por la enfermedad de acuerdo con la fijación que haga el Jefe de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial Seccional; y

"9º—Costas de este juicio".

Las anteriores peticiones las funda, en que Eliseo Gómez contratado verbalmente comenzó a trabajar por cuenta de Amaya, desde el 5 de enero de 1952, como aserrador de madera en Tibú, ininterrumpidamente, hasta el 2 de septiembre de 1955, fecha en que fue despedido; que Amaya tiene contrato para suministrar exclusivamente madera aserrada a la Colombian Petroleum Co., y como viene a ser la directa beneficiada se extiende a la Compañía la demanda para que en subsidio cubra las prestaciones; que Gómez ganaba $ 12.50 como salario por día, más nunca se le reconocieron los salarios correspondientes a los domingos; que al ser despedido, Gómez no fue examinado a pesar de que salió sufriendo una hernia inguinal causada mientras estuvo al servicio de Amaya y oportunamente se le avisó a éste, habiendo hecho por su cuenta el actor, los gastos para aliviarse del traumatismo y poder seguir trabajando; al ser despedido Gómez, no se le cubrieron sus prestaciones y el demandado ha sido renuente al pago en general a sus trabajadores, de las respectivas prestaciones a pesar de que, como cosa juzgada en otras oportunidades, se ha definido la existencia de contrato de trabajo entre Amaya y sus trabajadores.

Aceptada la demanda se corrió tarslado a los demandados en su orden. Anselmo Amaya no contestó el traslado, ni se hizo presente en la primera instancia.

La Colombian Petroleum Company, por conducto de apoderado contestó oponiéndose a que se hagan las condenas impetradas, contra Amaya, así como la que se suplica contra ella como responsable solidaria, fundada en que lo existente entre la Compañía y Amaya es un contrato de compraventa como el que pudiera celebrar con otra persona que se dedique a vender madera aserrada, ya que la actividad de comprar madera, por la Compañía, es extraña a la de su especialidad que no es otra que la de producir petróleo crudo, gas y gasolina.

En cuanto a los hechos, manifestó que los "1º, 2º y 3º deben probarse. Según informes dados por el señor Amaya el demandante Gómez empezó a trabajar en el Catatumbo con un señor Manuel N. Desde julio de 1953 instaló un aserradero de su propiedad (de Gómez) y en la labor

fue ayudado por el trabajador Rosalino López, y entonces comenzó Gómez a vender madera aserrada a Amaya, por pies, a razón de doce centavos ($ 0.12) el pie de cocobarco; y a siete pesos cincuenta centavos ($ 7.50) el banco de diez (10) pies de largo, por cuatro pulgadas (4") de grueso y doce pulgadas (12") de ancho, de cascarillo.

"4º—La Colombian Petroleum Company ha comprado madera aserrada a Anselmo Amaya a un precio convenido, como puede comprarla a cualquiera otra persona.

"5º—Debe probarse. Los recibos que se acompañan a este memorial lo desmiente.

"6º a 11º—Deben probarse.

"12º—La Colombian Petroleum Company debía una cantidad de dinero a Anselmo Amaya, y éste la autorizó para que hiciera ese pago a Rozo.

"13º—Debe probarse. Es extraño que una sentencia como la citada tenga valor contra todas las demás personas que no fueron partes en el juicio".

Agotada la tramitación, el a-quo, aceptada la existencia de un contrato de trabajo con la Colombian Petroleum Company, en la que Amaya fuera intermediario, profirió el siguiente fallo:

"Primero. — No se acepta la tacha del testigo Juan Crisóstomo Hernández, formulada por el señor apoderado de la empresa demandada.

"Segundo.—Condénase a la Colombian Petroleum Company, demandada, ya que Anselmo Amaya es considerado como intermediario entre la empresa dicha y el demandante, a pagarle a Eliseo Gómez las siguientes cantidades, por los conceptos que en seguida se anotan:

"a) La suma de mil trescientos setenta y un pesos con ochenta y siete centavos ($1.371.87) por valor de cesantía correspondiente a tres (3) años, siete (7) meses y veintisiete (27) días, tiempo de servicio prestado por el trabajador a la empresa demandada.

"b) La suma de quinientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 562.50) valor de vacaciones causadas y no disfrutadas durante ese tiempo de servicio.

"c) La suma de mil trescientos doce pesos con cincuenta centavos ($ 1.312.50) valor de primas que también se causaron y no le fueron pagadas al demandante en tres (3) años y medio tiempo de servicio.

"d) La cantidad de mil cuatrocientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 1.437.50) correspondientes a ciento veintitrés días (123) que al tiempo del despido del trabajador faltaban para el cumplimiento de su contrato presuntivo (artículo 64 del C. S. del T.).

"e) La suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) valor de 240 días de descanso remunerado obligatorio conforme a la ley, que no le fueron pagados al trabajador durante su tiempo de servicio.

"f) La suma de dos mil doscientos setenta y cinco pesos ($ 2.275.00) por cada día de retardo que ha habido hasta hoy en el pago de las prestaciones del demandante Eliseo Gómez contados desde el día de su despido y la que salga a debérsele posteriormente al mismo demandante hasta el día en que se le haga el pago total de las mismas prestaciones, a razón de $ 12.50 diario.

"g) Las costas del juicio".

La Compañía apeló de la anterior sentencia, y fue confirmada por el ad-quem en todas sus partes, con salvamento de voto del Conjuez, doctor León Colmenares B.

El apoderado de la Compañía interpuso recurso de casación, que al ser concedido y aceptado y luego de sufrir la tramitación correspondiente, se va a decidir.

El recurso

El apoderado de la parte recurrente, en su escrito, concreta sus pretensiones, así:

"Acusa la sentencia del Tribunal Seccional por la causal primera de las que consagra el artículo 87 del Decreto 2158, Código Procesal del Trabajo, porque es violatoria de la ley sustantiva, como detalladamente lo explicaré en los capítulos siguientes. Y me propongo obtener, y así lo pido, que por la H. Corte se case la sentencia, se revoque la de primera instancia y en su lugar se absuelva a la Colombian Petroleum Company de los cargos de la demanda".

Trae una serie de argumentaciones basadas en su mayor parte en la transcripción repetida del salvamento de voto del Conjuez, y divide el escrito en 17 capítulos, encaminados a demostrar que la sentencia contraría la realidad demostrada en el proceso, que es una relación distinta entre las partes, a la de un contrato de trabajo entre el demandante Gómez y la Compañía; que la facultad conferida al Juez no va ni puede ir hasta decidir que entre el demandante y uno de los demandados, que lo ha sido a título de responsable indirecto, hay una responsabilidad exclusiva y directa como lo aceptó el fallo de primera instancia confirmado en todas sus partes por el ad-quem.

En los llamados capítulos están acusadas las mismas disposiciones en su totalidad, de tal manera que la impugnación puede concretarse:

Aplicación indebida del artículo 35 y de falta de aplicación del artículo 34, ambos del C. S. del T., al aceptar el Tribunal la existencia de un contrato de de trabajo entre el actor Eliseo Gómez y la Colombian Petroleum Company, porque Anselmo Amaya fue tenido por el fallador como simple intermediario y no como lo fue en la realidad, contratista independiente que estipulaba labores en beneficio ajeno.

Indebida aplicación, como consecuencia de la aceptación anterior, de los artículos 22, 23, 47, 64, 65, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del C. S. del T. Porque la relación jurídica entre Gómez y Amaya no fue de carácter contractual laboral, y como tal, no existió derecho alguno a prestaciones y beneficios que consagran las disposiciones que se acaban de mencionar, y menos con fundamento en una prueba que ha debido rechazar el Seccional.

También violó el artículo 50 del C. P. del T., porque lo aplicó indebidamente, por cuanto al aceptar una relación contractual entre Gómez y la Compañía, cambió la relación jurídico procesal debatida en el juicio, aceptando hechos que no fueron debidamente comprobados.

Como consecuencia, violó también el artículo 471 del C. J. que establece que las sentencias deben ser dictadas en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Que según el salvamento de voto, que acoge en forma integral, el Seccional incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, tanto en la apreciación de la demanda, como en la contestación y los alegatos de las partes, que plantearon y debatieron una relación jurídico procesal muy distinta de la que la sentencia admitió.

Que al admitir el único testimonio llevado a el proceso, el de Juan Crisóstomo Hernández, que fue tachado con varias constancias que el Tribunal no tuvo en cuenta, se violaron en el fallo recurrido los artículos 670 del C. J. y 61 del C. P. del T., este último, en cuanto a que la facultad que le concede al Juez, está subordinada a la necesaria consideración de los principios científicos que informan la crítica de la prueba.

Se considera:

En el fallo del Seccional, se analiza la situación del trabajador Gómez, en cuya labor anota el servicio personal, la continuada subordinación respecto de un patrono y el salario como retribución, elementos esenciales del contrato de trabajo. En cuanto a la subordinación dejó establecido que Gómez estuvo sometido a las disposiciones de Amaya, en lo tocante a horario de trabajo, lugar donde debía realizarlo y formas del mismo. Mas como Amaya recibía de la Compañía petrolera algunos de los medios necesarios para el desempeño del trabajo, en su condición de aserrador de madera, tales como vehículos para el transporte de obreros al lugar de actividades y transporte de la madera, dinero para el pago de los mismos obreros, y todo lo hacía para beneficio exclusivo de ella que necesitaba la madera a cuya explotación recurría como actividad inherente, conexa o complementaria de la explotación del petróleo crudo y sus derivados, concluye que Amaya fue simple intermediario, por lo cual confirma el fallo del **a-quo**, condenatorio contra la empresa como responsable del pago de las prestaciones solicitadas en la demanda inicial.

La decisión del fallo se tomó por mayoría de la Sala. El Conjuez en su salvamento de voto expresa su inconformidad, porque el planteamiento en el libelo inicial se hizo para pedir condena solidaria contra Amaya y la Compañía, en razón de existir entre Gómez y Amaya contrato de trabajo del cual fuera única beneficiaria la Colombian Petroleum Company, y así ninguno de los hechos enunciados en la demanda, ni las súplicas del petitum estuvieron orientados a trabar el debate judicial por contrato de trabajo entre el actor y la Compañía.

Para el Conjuez, "el a-quo al aceptar la existencia de un contrato de trabajo entre Gómez y la Compañía, falló sobre cuestión no contemplada en la relación jurídico procesal de las partes. Agrega que, ni siquiera puede aceptarse la decisión como fallo 'extra y ultra petita' (artículo 50 del C. P. del T.), porque el texto de la ley 'no permite al juzgador de primera instancia usar la facultad para definir que entre el demandante y aquel de los demandados que lo ha sido a título de responsable indirecto, aunque solidario, es exclusiva y directamente responsable de las obligaciones.

"Por otra parte, continúa, no encuentra el suscrito en el debate de primera instancia la discusión sobre la existencia de contrato de trabajo entre el demandante y la Colombian Petroleum Company, ni menos la prueba completa del contrato, inferida de que la posición de Anselmo Amaya fuera la de simple intermediario".

Lo anterior llevaría, agrega, a entrar a analizar la situación planteada en el libelo inicial, de si entre el actor y Amaya existió contrato de trabajo y de la Compañía como beneficiaria exclusiva, estudio que llevaría a absolver o a condenar

solidariamente a los dos demandados, mas como Amaya fue absuelto y el demandante no apeló, del primer fallo, no habría jurisdicción del Tribunal sobre Amaya.

Para concluir, dice que, aún en el caso de aceptar que entre el actor y la Compañía existiera contrato de trabajo, se apartaría del fallo, en cuanto a los salarios caídos, si se tiene en cuenta que en el proceso se debate con buena fe la existencia de la relación de trabajo, habida cuenta de que el mismo demandante se abstiene de afirmar la existencia del contrato de trabajo entre él y la Compañía. También se apartaría del fallo en cuanto no encuentra probada en el proceso la continuidad del servicio en todos los días laborales, tales como salarios de días festivos y dominicales que están prescritas por estar causadas con anterioridad mayor de tres años a la notificación de la demanda".

La Sala observa, en el escrito inicial del proceso, que el actor Gómez por conducto de su apoderado declara en los hechos, que fue contratado verbalmente por Amaya; que trabajó ininterrumpidamente a órdenes de éste hasta cuando fue despedido por el mismo Amaya; que la Compañía Colombian Petroleum es la beneficiaria de la obra que realizan los trabajadores de Amaya, porque éste tiene un contrato para suministrarle exclusivamente a ella la madera aserrada; que Amaya ha sido renuente al pago de prestaciones a sus trabajadores a pesar de que entre aquél y éstos, existe contrato de trabajo reconocido y aceptado por el Juzgado y Tribunal del Trabajo de Cúcuta según sentencias que cita y son definitivas.

Al correrse el traslado de la demanda, Amaya guardó silencio y la Compañía, por medio de apoderado, la contestó oportunamente (fls. 45 y ss.), "oponiéndose a que se hiciesen las condenas pedidas contra Amaya, así como la que se suplica contra la Colombian Petroleum Company como responsable solidaria de las prestaciones a que pueda ser condenado Anselmo Amaya". En cuanto a los hechos exigió las pruebas porque fijó su posición al declarar que sólo ha comprado a Amaya madera aserrada a un precio convenido. Queda establecido que el planteamiento inicial fue el de un contrato de trabajo entre el actor y Amaya, que la Compañía no aceptó en su contestación.

Al folio 56 del primer cuaderno aparece la respuesta dada por el Médico Director de la Colombian Petroleum Company, al oficio número 005 de 17 de enero de 1956 del Juez del Trabajo de Cúcuta, sobre antecêdentes de atención hospitalaria a Eliseo Gómez en el mes de julio de 1952, en que hace constar que "revisados los archivos cuidadosamente en las fechas indicadas, no han encontrado ningún record de atención médica, hospitalaria y quirúrgica dada al trabajador Eliseo Gómez".

Al folio 74 del mismo cuaderno, aparece el oficio número 17 del Inspector del Trabajo de Tibú, en el cual informa que la Empresa tiene los documentos comprobatorios de los pagos que la Colombian Petroleum Company ha hecho directamente a los trabajadores del llamado "contrato Amaya", por concepto de salarios atrasados, auxilios de cesantía, primas de servicio, calzado y overoles, etc., en los archivos centrales de esta ciudad por lo cual resultaría más práctico que ese Despacho solicite las copias necesarias directamente de la Gerencia en Cúcuta.

Al folio 75 se halla, copia de la diligencia de audiencia de pago en el Juzgado del Trabajo de Cúcuta según la cual el apoderado de la Compañía manifestó "que la Colombian Petroleum Company, Empresa a quien representa paga a nombre y por orden de Anselmo Amaya, demandado en este negocio (se refiere a un negocio anterior trabado entre las partes que en esta copia se menciona), el auxilio de cesantía, la prima de servicios, contrato presuntivo, a que fue condenado el demando señor Amaya y a favor del demandante Antonio José Garzón en la sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Seccional del Trabajo de esta ciudad...'.

'Eliseo Gómez actor en el negocio, al absolver posiciones (fl. 92 y ss.) dice: al responder a la pregunta 4ª: "ahí yo trabajaba pero el señor Amaya buscaba la gente (se refiere al campamento de Tibú; habiamos (sic) como 14 o 15 parejas de aserradores que él sostenía diarios; la Colombian Petroleum Company transportaba en sus carros a los trabajadores de los compamentos al aserrío y la misma Compañía les daba a todos los aserradores la alimentación diaria y cobraba a cada trabajador la suma de $ 0.75 por día, de alimentación, y nos daba alojamiento en los campamentos, y remedios y hospital, cuando estábamos enfermos; pero yo estuve enfermo de una hernia, le dije al señor Amaya pero a mí no me dieron nada. Cuando yo trabajé Amaya me pagaba la madera a razón de $ 0.12 el pie de cocobarco y me parece que salía a $ 7.50 el banco de cascarillo. De las parejas de aserradores, uno de ellos recibía ese pago y lo repartía con su compañero de trabajo por partes iguales".

A la octava responde: "Las herramientas no eran de Amaya, como ya lo dije, porque eran de

los obreros; las maderas o árboles que aserrábamos eran de la Colombian; y Anselmo Amaya dirigía los trabajos y nosotros no sabíamos qué era Amaya, si contratista, si caporal o qué; uno hacía lo que él le decía. No podíamos escoger punto para el trabajo, ni árboles para tumbar; ni venderle madera a otra persona; y si necesitábamos cortar una tabla para nosotros tenía uno que pedirle consentimiento al señor Amaya".

Al tramitarse la apelación del fallo de primera instancia (fl. 23 del segundo cuaderno), se lee: "abierto el acto por el Magistrado ponente y nuevamente en uso de la palabra el doctor Gilberto García, apoderado de la Compañía demandada pide que es deje constancia de que en la primera parte de la audiencia no sostuvo que Eliseo Gómez fuera empleado de Amaya, ni que el trabajo de Gómez se hubiera efectuado ininterrumpidamente ni tampoco que Gómez fue despedido por persona alguna". Más adelante, al folio 24, el apoderado del demandante dice que en realidad la sentencia que recurrió el doctor García y en la cual él pidió se condenara a Amaya como intermediario y subsidiariamente a la Colombian, no era un contrasentido, puesto que así lo dice el C. S. del T., que si no paga uno paga el otro, o pagan por partes iguales y que así lo ha sostenido en todo el juicio, que Amaya ha sido un intermediario y que la Colombian recibía el beneficio; que la Colombian ha sostenido contratos verbales con muchos obreros y lo dicho por el doctor García (se refiere al apoderado de la Compañía) que el corte de madera no es incumbencia ni finalidad de la Compañía, no es cierto, porque la Compañía necesitaba de la madera para andamios para la explotación de los pozos de petróleo y obtener así la finalidad de la empresa.

Juan Crisóstomo Hernández (fls. 96 y ss. del primer cuaderno), declarante en este negocio al ser interrogado expuso: "Conocí a Eliseo Gómez cuando entró a trabajar en el contrato de Amaya en aserrío de maderas en Tibú, porque yo ya trabajaba en lo mismo, él entró el cinco de enero de 1952, el trabajo que nosotros hacíamos era mejor dicho para la Compañía, es decir para la Colpet, es decir para la Colombian Petroleum Company. Yo entré a trabajar en asunto de aserrío para la misma Compañía, para el asunto del contrato que tenía Amaya en el año de 1943 sin que recuerde el mes. Cuando eso nosotros entramos a trabajar por el día, y entre otros recuerdo como compañeros de trabajo a Eliécer López, Urbano Peña, Juan Ramón Durán, José Joaquín Carrillo, Eliseo Gómez, Benjamín Celis, Juan Vejar, Diomedes Jácome, Víctor Hernández, Martín Quintero y otros que no recuerdo. Un día con otro nos salía por el trabajo que hacíamos a $12.50 el día. La Compañía le pedía a Amaya la madera que necesitaba, Amaya me buscó a mí por el día. El nos indicaba un punto de tumba de madera en campos de la Compañía, él nos indicaba la cantidad y la calidad de la madera. En cuanto a herramientas a cada uno nos tocaba poner herramientas. Nos pagaba Amaya mismo mensualmente a veces, porque otras veces nos pagaba muy demorado a pesar de que él cogía el dinero que le daba la caja de la Compañía. No teníamos ninguna prestación, porque cuando enfermábamos y nos suministraba remedios la Compañía, Amaya nos descontaba de los pagos que nos hacía por la aserrada de la madera. Nosotros nos dábamos cuenta de que un señor de nombre Luis Galvis, caporal de Ingeniería de la Compañía le daba instrucciones a Amaya sobre el asunto de la dimensión de madera y calidad que necesitaba la Compañía, y Amaya nos daba la misma instrucción y él repartía el trabajo entre nosotros. En cuanto a horario, unas veces comenzábamos a las seis y media y otras veces a las siete. En todo caso la arrancada de los carros que nos llevaban que eran de la Compañía era a las seis y media de la mañana. Siempre trabajábamos corrido fuera aserrando la madera o tumbando la madera, con excepción del momento del almuerzo, hasta las cuatro de la tarde y a veces más tiempo, según la hora en que llegara el carro que nos debía volver al punto de partida. Eliseo Gómez trabajó desde el cinco de enero de 1952 hasta el dos de septiembre de 1955".

Esta Sala ha querido fijar con lo transcrito, cuál ha sido en el juicio el pensamiento del actor al demandar a Anselmo Amaya, y solidariamente con él, a la Compañía. Queda establecido que Amaya, al convenir con Gómez el trabajo no hizo manifestación alguna que lo hiciera a nombre de otro. Se sabe tanto por actor como por el declarante Hernández, que ellos estuvieron acordes, sin embargo, en comprender que los trabajos que ejecutaban todos los obreros de aserrío, beneficiaban a la Compañía, la cual suministraba los transportes, hacía la explotación de los maderables en sus bosques y pagaba a Amaya a un precio convenido la madera aserrada, aunque Amaya manejaba directamente los trabajos como contratista e impartía las órdenes de acuerdo con las necesidades en la consecución de la madera.

Entonces, el ejercicio de lo pactado, sugiere una relación contractual objetivada en la transforma-

ción de la madera de los bosques de la Concesión, en bloques que exclusivamente iban a poder de la Compañía para ser utilizados en actividades conexas con la explotación del petróleo, actividad económica de ella. Ello naturalmente presume un acuerdo de voluntades en que varios trabajadores aparecen en compañía del demandante Gómez, haciendo una labor con presupuestos anteriores convenidos con un contratista, Anselmo Amaya. De otra parte, con horario fijo los vehículos de la Compañía Colombian Petroleum, permanentemente verificaban el traslado a los lugares o campos de actividad, prestación de un servicio condicionada a las exigencias de Amaya, quien de otra parte, impartía instrucciones a los aserradores de acuerdo con sus compromisos en el suministro de la madera.

Tal relación personal se supone regida por un contrato de trabajo, que es precisamente la presunción que establece el artículo 24 del C. S. del T., y esa presunción tiene que ser destruída y no lo fue en el negocio sub-lite, por las personas a quienes se ha señalado como responsables legales de las prestaciones que ha conferido la ley a quien como trabajador forma el otro extremo de la relación.

Estas consideraciones llevan a concluir que existe el error de hecho acusado, que llevara a la indebida aplicación del artículo 35 del C. S. del T., porque Amaya en el contrato que dio lugar al negocio recurrido no aparece como simple intermediario, afirmación que tiene plena justificación si se estima, además, que él contrataba y agrupaba servicios de otros trabajadores para labores a precio determinado de antemano para cada bloque, que luego vendía a precio mayor a la Compañía, según consta en varios contratos cuya comprobación oportunamente se allegó a los autos y que ésta utilizaba exclusivamente en la industria de explotación de petróleo, situación que lo colocaba como contratista independiente, según los términos del artículo 34 de la misma obra citada.

No es acertada, en consecuencia, la conclusión a que llegaron los juzgadores de instancia, cuando en el fallo excluyen a Amaya de la responsabilidad derivada del contrato, responsabilidad que en forma solidaria ha de extenderse a la Compañía en relación con los salarios, prestaciones e indemnizaciones deducidas en el fallo.

Ni se diga como lo sostiene el Conjuez, cuyo salvamento de voto se tiene en cuenta en este recurso, por haberlo reproducido integralmente el recurrente, que Amaya no podría ser incluído en la condena, ya que el Tribunal del Trabajo de Cúcuta había perdido jurisdicción porque aquél fue absuelto por el a-quo, y el demandante no apeló de su decisión, porque esta tesis no puede prosperar y la Sala la rechaza, ya que no se trataría al revisar el fallo, de producir una condena que desmejore los intereses de la Compañía apelante y en cambio se mejora sobre la solidaridad establecida en el artículo 34, del C. S. del T., estimado como aplicable.

Lo que el artículo 494 del C. J. expresa en relación con el fenómeno de la "reformatio in peius", que viene al caso, es que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante. En el negocio a estudio, al encontrar la responsabilidad a Amaya y solidariamente con él a la Compañía, en ninguna manera se desmejora la situación de ésta que fue precisamente la única apelante. Por el contrario, ya en decisión de instancia, se va a producir la condena en la forma solicitada inicialmente, porque esa es la relación que pudo establecerse en el proceso.

Mas no es el caso, como se estima en el recurso, de un fallo "extra y ultra petita", porque la condena de primera instancia confirmada por el ad-quem, no fue más allá de las sumas fijadas en la demanda inicial. Por último, no es operante la crítica al testimonio de Juan Crisóstomo Hernández en el presente recurso, decidida en forma desfavorable como aparece (fls. 114 y 115 del primer cuaderno), la tacha a ese testigo.

Luego argumenta el recurrente, que por la indebida aplicación anterior, se llegó a la aplicación indebida de los artículos 22, 23, 47, 64, 65, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del C. S. del T.

Para la Sala, la simple enumeración de las disposiciones no se ajusta a la técnica del recurso, ni basta para proceder a un análisis de los distintos casos que tratan de puntualizarse con la sola enunciación de los preceptos; porque las acusaciones se hacen de manera vaga y no dicen cómo pudieron producirse esas diversas violaciones, pues, se afirma únicamente que por haberse aceptado la existencia del contrato se produjo la condena contra la Compañía por el valor de las prestaciones que tales normas consagran.

En lo que respecta a los artículos 22, y 23 mencionados, con lo que queda expresado se comprende cómo el caso sub-lite queda enmarcado en estas disposiciones que, por lo demás, son preceptos de carácter general, y en cuanto a los artículos 47 y 64, no se observa cómo pudieron ser violados, si por forma alguna en el expediente se dice que se trata de contrato a término fijo. En forma contraria se estableció un contrato de duración

indefinida roto unilateralmente, cuyo tiempo de servicio pudo establecerse como continuo, con el testimonio de Juan Crisóstomo Hernández cuya recusación no se aceptó, que coincide con el libelo inicial en afirmar que Gómez trabajó a órdenes de Amaya, desde el 5 de enero de 1952 hasta el 2 de septiembre de 1955, y con los recibos de las sumas percibidas.

No puede aceptarse la acusación por violación del artículo 65 del mismo Código Sustantivo del Trabajo, relacionada con la condena de indemnización por mora, que ha de entenderse como lo dice el fallo del a-quo en el literal f) del numeral segundo, a razón de $ 12.50, por cada día de retardo en el pago.

En efecto, si es verdad, como lo dice el salvamento de voto cuyo aspecto de ataque acoge el recurrente, que la posición de la Compañía al discutir la existencia del contrato de trabajo pudo no ser de renuencia o mala fe, cambia de aspecto en cuanto a Amaya, quien con su actitud de indiferencia al no contestar el traslado de la demanda, ni afrontar su defensa contra las reclamaciones por el despido intempestivo del trabajo de una relación laboral convenida entre Gómez y él, no puede ser eximido de la responsabilidad emanada de su comportamiento. Como habrá de reformarse el fallo condenando a Amaya y solidariamente con él a la Compañía, la condena indemnizatoria por mora resulta procedente.

En cuanto a la condena por descanso remunerado obligatorio, la Sala observa, acorde con el salvamento de voto del Conjuez invocado en el recurso, que en realidad en la segunda instancia fue alegada la prescripción de algunos dominicales y festivos y como la acción se instauró el 10 de septiembre de 1955, el excedente después de tres años contados de esta fecha para atrás, es decir el valor de los dominicales y festivos que en total corresponden a 43, del 5 de enero al 10 de septiembre de 1952, habrá de ser excluído de la condena revisada. De igual manera aparece prescrito el valor de la prima correspondiente al primer semestre de servicio y será descontada de la respectiva condena. No aparece en las otras condenas prescripción alguna que pudiera tenerse en cuenta.

En 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia motivo del recurso en cuanto se abstuvo de condenar solidariamente a **Anselmo Amaya** con la Colombian Petroleum Company, y en su lugar reformando el numeral segundo de la del a-quo, decreta las condenas en la forma solidaria impetrada en el libelo inicial.

La CASA también, en cuanto confirmó los literales c) y e) del numeral segundo del mismo fallo, y en su lugar reduce el d) a **mil ciento veinticinco pesos** ($ 1.125.00) valor de las primas causadas en tres años de servicio y no pagadas; y el e) a **dos mil cuatrocientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos** ($ 2.462.50) valor de ciento noventa y siete días de descanso remunerado obligatorio, que no fueron pagados al trabajador.

No la casa en lo demás.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejío Osorio, Secretario.

EL PAGO HECHO POR MEDIO DE CHEQUE A FAVOR DEL TRABAJADOR DE LO QUE EL PATRONO CREA DEBERLE A LA TERMINACION DEL CONTRATO, LO EXONERA DE LA INDEMNIZACION POR MORA. — ESTE PAGO PUEDE HACERSE POR LA SUMA A QUE SE LE CONDENE EN PRIMERA INSTANCIA CUANDO LA SENTENCIA FUERE APELADA. — EL EXAMEN MEDICO Y CORRESPONDIENTE CERTIFICADO SOBRE LA SALUD DEL TRABAJADOR AL TERMINAR EL CONTRATO, NO SALVA AL PATRONO DE PAGAR AUXILIOS POR ENFERMEDAD

1.—El sistema de pago en cheques se ha generalizado de tal manera que el Gobierno lo admite en la cancelación de impuestos y contribuciones y las empresas privadas lo utilizan en toda clase de pagos, pudiéndose decir que el cheque ha llegado hoy a reemplazar los signos monetarios, estando catalogado por tal razón al par que la moneda.

Aparece, por tanto, equivocado el entendimiento de que el depósito de que trata el inciso 2º, artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no pueda hacerse por medio de cheques.

2.—En sentencia de 17 de agosto de 1954, en el juicio de Rafael Aponte Suárez contra el Instituto de Crédito Territorial, dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, refiriéndose a la regla 7ª del artículo 57 del C. S. del T.: "En efecto, dicha norma determina, entre las obligaciones del patrono la de dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación sobre el tiempo de servicio, índole de la labor y salario devengado, así como la de hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante su permanencia en el trabajo hubiese sido sometido a examen médico. Esta disposición da un derecho al trabajador, el de exigir examen médico y consagra una obligación para el patrono, la de hacérselo practicar y expedirle el correspondiente certificado de salud. Pero no puede entenderse que este requisito exonera al patrono de las obligaciones o responsabilidades legales que pueden deducírsele en virtud de las normas que regulan el auxilio por enfermedad en los casos en que ello sea procedente".

3.—Existiendo desacuerdo sobre el monto de lo debido, el patrono queda liberado de la pena por el hecho de consignar no ya lo que creyó deber, sino la suma a que fue condenado en primera instancia. Y el hecho de que el proceder de la demandada obedezca a un fallo y no a su espontánea voluntad, no es razón valedera para demostrar el errado entendimiento del fallador respecto de la norma acusada, puesto que si el patrono cumple sus obligaciones consignando ante el Juez lo que acepte deber, con tanto mayor razón las cumplirá si deposita la suma a que es condenado por el Juez del conocimiento. Además, las circunstancias del acatamiento de la sentencia y la relación existente entre lo confesado deber y la suma objeto de la condena, ciertamente implican un principio de buena fe patronal.

En cuanto a la oportunidad de efectuarla, es válida la consignación si se hace "mientras la justicia del trabajo decide la controversia", esto es, entre tanto, durante el tiempo en que se discute judicialmente el derecho, condición ésta que no puede considerarse fenecida cuando el fallo de primer grado ha sido apelado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio diez y siete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Joaquín Agudelo N., por medio de apoderado, demandó a la empresa denominada "Compañía de Gaseosas Lux, S. A.", con domicilio y negocios de carácter permanente en Medellín y Cali, representada en esta última por el doctor Carlos Ardila Lulle, para que, previos los trámites del juicio laboral, con base en un sueldo mensual de $ 781.56, se hicieran condenaciones por valor de $ 38.925.39, por los siguientes conceptos: auxlio de cesan-

tía, primas de servicio, plazo presuntivo del contrato de trabajo, auxilio de enfermedad, medicamentos, atención médica especializada, radiografías, atención quirúrgica y hospitalaria, salarios caídos hasta la fecha de la demanda, valor del accidente del pie izquierdo, horas extras diurnas y nocturnas y simplemente nocturnas trabajadas, los salarios causados del 1º de julio de 1953 hasta la fecha del pago de las prestaciones y de la entrega del certificado de la salud; solicita además se condene a la demandada en las costas de la acción.

Como hechos afirmó el libelo los que a continuación se transcriben:

"1)—El señor Joaquín Agudelo N., mayor y vecino de Cali, me ha conferido poder, que debidamente aceptado presento, para que inicie, adelante y lleve a su terminación, juicio por los trámites y conforme al Decreto-Ley 2158 de 1948 (junio 24), contra la sociedad comercial y anónima que gira bajo la razón social de "Compañía de Gaseosas Lux, S. A.", con domicilios y negocios de carácter permanente en las ciudades de Medellín y Cali, y representada en esta última por el doctor **Carlos Ardila Lulle,** igualmente mayor y vecino de Cali, por las siguientes obligaciones y prestaciones sociales: cesantía, primas de servicio, plazo presuntivo del contrato de trabajo, auxilio de enfermedad, medicamentos, atención médica y quirúrgica, hospitalización, salarios caídos, accidente de trabajo, horas extras diurnas y nocturnas y los recargos del caso; y en general todas aquellas que tuvieron origen o se causaron con motivo del contrato de trabajo que estuvo vigente entre las citadas partes del ocho (8) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950) al tres (3) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953) — 2) El día ocho (8) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950), la referida sociedad, incorporó la capacidad personal y de trabajo de mi mandante, al giro ordinario de sus negocios y todas sus actividades comerciales. — 3) La incorporación de mi mandante en los términos a que se refiere el hecho inmediatamente anterior, se hizo en la ciudad de Medellín. — 4) Mi mandante trabajó a la sociedad, en la ciudad de Medellín, hasta el día cuatro (4) de marzo del presente año. — 5) El día a que se refiere el hecho inmediatamente anterior, mi mandante fue trasladado de la ciudad de Medellín a la ciudad de Cali, por la sociedad. 6) El contrato de trabajo celebrado entre la sociedad y mi mandante, en la ciudad de Medellín, fue verbal. — 7) En el contrato de trabajo celebrado entre la sociedad y mi mandante, por su misma naturaleza de verbal, no se podía estipular: a) Ni trabajo en días domingos; b) Ni trabajo en días feriados; c) Ni jornada de trabajo superior a ocho (8) horas diarias y diurnas. — 8) Por la misma naturaleza del contrato de trabajo celebrado entre la sociedad y mi mandante, se pactó plazo presuntivo para su duración. — 9) Se convino, pactó y aceptó entre la sociedad y mi mandante, una remuneración mensual de doscientos veinte pesos ($ 220.00) moneda corriente.—10) A mi mandante se le impuso y éste cumplió, tanto en las ciudades de Medellín y Cali, como en los días ordinarios, domingos y feriados, una jornada de trabajo de las cinco (5) p. m. de un día a las siete (7) a. m. del día siguiente. — 11) Mi mandante hizo el aporte de su trabajo personal y en la forma relacionada en el hecho inmediatamente anterior, sin solución de continuidad. — 12) Conforme al hecho 10 del presente libelo, se causaron a favor de mi mandante las siguientes prestaciones sociales; a) Dominicales trabajados; b) días feriados trabajados; c) Horas extras diurnas y nocturnas trabajadas; d) Trabajo nocturno; y e) Los recargos correspondientes a las prestaciones sociales indicadas en todos los numerales anteriores. — 13. Durante la vigencia del contrato de trabajo se pagó a mi mandante, además de la remuneración mensual de que se habla en el hecho 9, la remuneración doble correspondiente a los días domingos y feriados. 14) La remuneración adicional de que se habla en el hecho inmediatamente anterior, se hizo únicamente pagando una jornada ordinaria de trabajo, y en consecuencia quedaron pendientes las prestaciones sociales de que tratan los numerales c) a e), ambos inclusive del hecho 12 del presente libelo y en los días de que se habla en el hecho 10 del mismo libelo. — 15) Durante el tiempo de la vigencia del contrato de trabajo celebrado entre mi mandante y la sociedad, no se reconoció ni pagó por la última al primero, suma alguna por concepto de las primas de servicio que se causaron. — 16) El día veintidós (22) de mayo del presente año, a las dos (2) a. m., más o menos, y en momentos en que mi mandante había salido y regresaba de tomar algún alimento con otro personal de la empresa, sufrió un accidente motivado por la estrellada de la camioneta Panell número 80, en la carrera 8ª, calles 25 y 26 de esta ciudad, con un camión que estaba estacionado y un automóvil que interceptó la vía dicha, y del cual resultó Agudelo N. con serias fracturas en el pie izquierdo, a consecuencia de las cuales se encuentra imposibilitado para trabajar y en la posibilidad de la pérdida de este

miembro o incapacidad del mismo. — 17) La sociedad demandada al final, y la cual es la misma a que he venido refiriéndome, no ha cumplido con mi mandante, las siguientes prestaciones sociales: a) Hospitalización; b) Medicamentos; c) Atención médica; d) Atención quirúrgica; e) Atención de especialistas; f) Radiografías; g) Pago de sueldos en el término legal. — 18) La sociedad en cuestión, por intermedio del doctor Carlos Ardila Lulle, a las diez (10) de la mañana del día tres (3) de los corrientes, puso término al contrato de trabajo con mi mandante, sin previo aviso, en forma intempestiva, sin causa alguna o motivo justificativo, y mediando: a) Falta de pago de todas las prestaciones sociales a que se refiere el cuerpo del presente libelo; b) Enfermedad grave por parte de mi mandante; c) Carencia de certificado de salud de parte de la empresa. — 19) Los gastos a que se refiere el hecho 17 del presente libelo son y han sido sufragados directamente por parte de mi mandante. — 20) En atención a los hechos anteriormente expuestos, se han causado a favor de mi mandante, y debe pagar la sociedad a que me refiero en el cuerpo del presente libelo, todas y cada una de las prestaciones y obligaciones sociales indicadas en el hecho 1 del mismo libelo, por la naturaleza del contrato celebrado y el capital de la empresa que compruebo con el certificado de la Cámara de Comercio de Cali, que en seis (6) fojas útiles me permito acompañar".

En derecho fundamentó la acción en los Decretos números 2663 y 3743 de 1950 y en el Decreto número 2158 de 1948.

La empresa demandada contestó así los hechos:

"Al 1º—No es verdad como lo afirma, adelante encontrará la explicación.

"Al 2º—Es verdad. Agudelo entró en período de prueba el 8 de noviembre de 1950 y el día 23 de los mismos fue admitido como celador nocturno de las fábricas de la Sociedad en Medellín, como aparece del contrato suscrito en esa fecha.

"Al 3º—Es verdad.

"Al 4º—Es verdad.

"Al 5º—No es verdad que haya sido la Compañía la que trasladó al demandante a esta ciudad, sino que fue el señor Agudelo quien solicitó al doctor Ardila, en carta, que lo admitiera en la fábrica de Cali, a lo cual accedió el Gerente de la sucursal.

"Al 6º—No es verdad. El trabajador firmó contrato.

"Al 7º—No es verdad. El demandante firmó su contrato.

"Al 8º—No es verdad. La empresa tiene su reglamento que da libertad a las partes para dar por terminado el contrato de trabajo por ser éste indefinido.

"Al 9º—No es verdad. El trabajador tuvo distintas remuneraciones y a la época de ingreso se pactó una remuneración de $ 4.00 diarios.

"Al 10º—No es verdad. Los servicios en Medellín los prestaba entre las 7 p. m. a las 6 a. m., durmiendo de 3 a 5 horas diarias, dentro de la jornada.

"Al 11º—No es verdad.

"Al 12º—No es verdad en la forma como lo afirma el demandante. Los dominicales, feriados le fueron cubiertos; no tenía horas extras y se contrató como celador nocturno.

"Al 13º—No es verdad como la afirma y le falta claridad al hecho.

"Al 14º—Le falta claridad al hecho. La sociedad le pagó el trabajo en la forma pactada y servida, tal como se expresó antes.

"Al 15º—No es verdad la afirmación. Presentaré los recibos para demostrar el abuso del trabajador y la frescura con que falta a la verdad.

"Al 16º—No es verdad que el trabajador hubiera salido de la fábrica a tomar un alimento y a su regreso sufriera accidente de trabajo en la carrera 8ª entre calles 25 y 26. La verdad de lo acontecido es lo siguiente: En forma abusiva el señor Joaquín Agudelo, contrariando los reglamentos de la Empresa, abandonando sus deberes y faltando a la confianza inmerecida que en él se había depositado, se sustrajo de la fábrica la camioneta Panel número 80 que estaba en mal estado de servicio y abusando de su autoridad le ordenó al señor Rodrigo Parra, chofer de la Empresa que no estaba de servicio a esa hora que lo acompañara hasta la cantina denominada 'Belmonte', situada en la carrera 1ª con calle 24, a once cuadras de distancia del lugar del trabajo, a donde solía embriagarse en horas de trabajo. Viajando en dirección a dicho establecimiento en compañía de otros trabajadores de la fábrica, dejando ésta en poder de dos ayudantes de camión a quienes les correspondía vigilar, y para que éstos ejecutaran el uno con el otro las entregas que ambos debían hacerle a Agudelo. Al cruzar el paso-nivel de la carrera 8ª estrellaron la camioneta contra un camión que se encontraba varado en dicho sitio, por la manifiesta imprudencia de usar un vehículo en mal estado a pleno conocimiento y con manifiesta desviación de la honradez que debe caracterizar a empleados que se designan para puestos de confianza. Es no sólo fal-

so sino vergonzosa la afirmación maliciosa que hacen en este punto.

"Al 17º—No son mandatos de la ley las exigencias propuestas en este punto. La Compañía prestó los primeros auxilios al señor Agudelo, y aún le hubiera prestado otros que la ley no obliga si su comportamiento hubiera sido correcto, pero en las condiciones de abuso, de irresponsabilidad y malicia como quiso presentar el caso, se negó de acuerdo con la ley, la Compañía a tenerlo como accidentado en el trabajo. A los demás trabajadores que fueron víctimas de la incitación del demandante, se les auxilió en forma generosa.

"Al 18º—No es verdad en la forma como lo dice el demandante. El día 23 de mayo próximo pasado mi poderdante inició la investigación de lo sucedido en las horas de la noche anterior y logró establecer en forma plena que el demandante no sólo la noche de los sucesos sino otras anteriores tenía por costumbre abandonar la fábrica en horas de servicio, y llevándose sus subalternos se dedicaba a ingerir licores embriagantes en las cantinas del sector donde se ubica la fábrica, sino en otros cafés alejados del sitio y en el barrio de tolerancia; que sustraía cantidades de bebidas de la fábrica para regalarla con su envase en casas de lenocinio; delegaba las funciones de recibir los vehículos y envases a los camiones que llegaban por la noche, delegación que hacía en personas incapaces y que estaban bajo su cuidado para vigilar y generalmente en los mismos que tienen por misión entregarlo, con lo cual se ocasionaron faltantes por mala fe e incumplimiento de Agudelo; dejaba la fábrica abandonada o en poder de personas irresponsables. Estas anomalías fueron manifestadas por el Gerente doctor Ardila, al trabajador Agudelo el día 3 de junio próximo pasado, cuando éste se presentó a la fábrica con el fin de ofrecer el pago de los daños sufridos por el vehículo a base de que se le descontaran de su sueldo en sumas de $ 60.00 mensuales, lo que había ofrecido también al Gerente a través de tres empleados de la Empresa que lo visitaron en la Clínica y en su casa, responsabilizándose del daño, pero si lo dejaban continuar al servicio de la empresa. Por la gravedad de las faltas, que de conformidad con el reglamento y las disposiciones legales sobre terminación del contrato unilateralmente sin preaviso, el Gerente le manifestó la imposibilidad de seguirlo ocupando como trabajador de la empresa y exigiéndole que regresara en el término de una semana por el valor de sus prestaciones sociales, pues se necesitaban los datos de los servicios prestados en Medellín para liquidar su cuenta. El 9 de los mismos por conducto del señor Hebert García se le envió la liquidación de prestaciones y el saldo a su casa de habitación, y como se negara a recibir, el 10 de junio el Gerente hizo la consignación de lo que se le adeudaba ante el Juzgado 2º del Trabajo de Cali, dando la dirección para que le fuera notificada la consignación, lo que no se ha logrado pues se hace negar en su casa al empleado del Juzgado que concurre para la citación. El señor Agudelo no tiene derecho a reconocimientos por accidente de trabajo puesto que no lo sufrió en ejercicio y por razón, o por razón de sus funciones, sino precisamente por faltar a ellas que es la negación misma del derecho. Auxilio por enfermedad no se le adeuda por cuanto ésta es un estado patológico producido por agentes extraños. Mucho menos pedirlo como lo hace el abogado a un mismo tiempo auxilio de enfermedad y de accidente, situaciones que se excluyen. Certificado médico, no ha comparecido al reconocimiento.

"Al 19º—No me consta.

"Al 20º—No es verdad. Este es un punto de derecho. Me opongo a que hagan las declaraciones que solicita en la parte petitoria de la demanda, por no debérsele suma alguna por las causas indicadas ya que el señor Agudelo no sufrió accidente de trabajo, enfermedad, tampoco trabajó horas extras por ser su jornada limitada y trabajador de vigilancia, confianza y manejo".

Propuso las siguientes excepciones: la de inepta demanda, la de declinatoria de jurisdicción, como dilatorias, y como perentoria, la consagrada en el artículo 329 del C. J.

El Juez 1º del Trabajo de Cali, en providencia de 8 de julio de 1955 condenó a la empresa demandada a pagar al actor la suma de $ 330.00 por concepto de cesantía; absolvió por los demás conceptos y no hizo condenación en costas.

Apelada esta decisión por el apoderado del demandante, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en providencia de 18 de octubre de 1955, reformó el fallo del a-quo en el sentido de condenar a la empresa a pagar la suma de $ 430.95, como cesantía excedente y $ 7.401.80, "por concepto de salarios caídos contados a partir del 9 de junio de 1953 y hasta el día 8 de julio de 1955; absolvió a la demandada de los demás cargos propuestos, confirmó el numeral 3º sobre no imposición de costas y no condenó en ellas en la instancia.

Por medio de providencia del 20 de octubre del mismo año el Tribunal aclaró su fallo para precisar que la condena por concepto de cesantía es de

$ 760.95, suma de la cual ordena descontar $ 330.00, valor de la consignación, y lo corrigió en el sentido de fijar la suma de $ 7.498.92 como indemnización moratoria.

Contra la sentencia han recurrido en casación los apoderados de las partes litigantes y habiéndose admitido el recurso y tramitado conforme a ley, pasa a decidirse mediante el estudio de las correspondientes demandas y de la contestación formulada por la empresa.

Por razones del orden lógico de los recursos se examinará primero la demanda de la empresa que, con invocación de la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L., el recurrente plantea en dos cargos.

Demanda de la Empresa

Persigue la casación de la sentencia recurrida para que, convertida la Corte en Tribunal de instancia, confirme el fallo de primer grado.

Primer cargo

Lo formula por interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del T.

Transcribe el recurrente apartes del fallo, en los cuales el sentenciador sostiene que el inciso 2º del artículo 65 del C. S. del T. se refiere a suma en dinero efectivo; que el cheque no comporta esta condición por cuanto constituye "una orden de pago que puede ser o no cumplida por la entidad contra quien se expida, ya que depende de si la persona que gira tiene o no provisión de fondos"; que los Decretos números 1115 de 1940 y 1576 de 1944, reglamentarios de la forma como deben hacerse las consignaciones de dinero ante los jueces, fueron violadas por la empresa al consignar y que por tanto "no puede dársele valor alguno" al referido depósito.

El impugnador expresa que el Tribunal se fundamente en el "texto literal" de los artículos 186 y 190 de la Ley de instrumentos negociables y anota que "es una mala traducción incorporada a nuestro derecho positivo"; transcribe un concepto del profesor Robledo Uribe, en el cual sostiene que no puede interpretarse la traducción del artículo 190 "en el sentido de que el giro de un cheque no exija el depósito del girador en su cuenta bancaria o la autorización del banco para hacer a su cargo el giro"; cita un informe de la Superintendencia Bancaria, en que se afirma que "La regulación legal del cheque, como instrumento de pago, tiende a equipararlo con los signos monetarios"; arguye que resulta arbitraria la interpretación que da el ad-quem a la expresión suma del artículo 65 del C. S. del T. y manifiesta que si se admitiese tal criterio, "quedaría proscrita la sana y civilizada costumbre que siguen casi todas las empresas y las entidades de derecho público de pagar a su personal por medio de cheques...".

Se considera:

Como se observa, el Tribunal rechaza la validez de la consignación, admitida por el a-quo, respecto del cheque girado por la empresa a favor del trabajador para el pago de lo que creía adeudar, porque estima que el legislador, al hablar de suma en el inciso 2º del artículo 65, quiso establecer que el depósito debía hacerse en dinero efectivo.

Según los tratadistas, el cheque es un título librado sobre un banco o un establecimiento asimilado a tal, para obtener el pago a favor del beneficiario de una suma de dinero, que es disponible en su provecho. Se asemeja en parte a la letra de cambio, pero difiere de ésta en que el cheque implica la ejecución inmediata de la orden de pago y no comporta, por tanto, idea de crédito.

La Ley 46 de 1923, en materia de cheques, adoptó con algunas modificaciones el sistema norteamericano y en su artículo 186 lo define así: "Un cheque es una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a su presentación". Entre sus características está la de que el cheque debe ser girado contra un banco y pagado a su presentación. Aun cuando no implica provisión de fondos, el cheque debe referirse al pago incondicional de una suma de dinero. Y para evitar cualquier actitud dolosa el Gobierno. por medio del Decreto número 0014 de 1955, estableció serias sanciones para quienes giren en descubierto.

Dadas las seguridades de que hoy se halla revestido, el cheque es el medio más expedito para la circulación del numerario; permite el recibo de fondos depositados en los bancos por sí mismo o por terceros; facilita los pagos sin movilizar los signos monetarios y ejecuta los mismos a distancia por envío del título o por simple orden.

El sistema de pago en cheques se ha generalizado de tal manera que el Gobierno lo admite en la cancelación de impuestos y contribuciones y las empresas privadas lo utilizan en toda clase de pagos, pudiéndose decir que el cheque ha llegado

hoy a reemplazar los signos monetarios, estando catalogado por tal razón al par que la moneda.

En el caso sub-lite no hay constancia de que se hubiera hecho el pago con un instrumento que resultara sin provisión de fondos; se efectuó en el juzgado del conocimiento la consignación de la suma que la empresa creyó deber, y el juez, al darle validez por el aspecto que se viene comentando, procedió correctamente. Aparece, por tanto, equivocado el entendimiento que el ad-quem da a la norma laboral acusada, al considerar que el depósito de que ella trata no pueda hacerse por medio de cheques.

Empero, adentrándose la Sala en ejercicio de su función de instancia, en el campo probatorio, advierte que la empresa al consignar dedujo la suma de $ 300.00 por concepto de daños ocasionados por el trabajador y, como esta deducción resulta ilícita por carencia de autorización legalmente comprobada, tal circunstancia invalida la consignación efectuada en esas condiciones. Por tanto, no obstante haber dado la razón al recurrente por el aspecto que atacó, la Sala se ve en el caso de sostener el fallo del Tribunal por la pena moratoria en el pago de la prestación.

En consecuencia el cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo plantea así:

"Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, ocasionada por error de hecho en la apreciación de las pruebas".

Hace consistir el manifiesto error de hecho en la equivocada apreciación del testimonio de Herbert García (fl. 459 v.) y del memorial de consignación (fl. 210), "y en la falta de apreciación de las diligencias surtidas ante el juzgado que recibió la consignación (fl. 285 v.)"; sostiene que de las pruebas que singulariza se infiere que la empresa propició un acuerdo con el trabajador que éste rehusó; que la consignación se operó inmediatamente después del desacuerdo; que el juez la aceptó y le dio el trámite legal y que el patrono procedió de buena fe; concluye que por no estimar debidamente el fallador estas probanzas incurrió en evidente error de hecho que lo llevó a aplicar indebidamente la norma acusada.

Se considera:

El Tribunal afirmó lo siguiente:

"Pero es más, según consta de la declaración del señor Herbert García que obra al folio 450 del informativo, el testigo fue comisionado para que le llevara al actor a su casa de habitación la suma que le reconocía la empresa por concepto de cesantía, y consta también, que el demandante Agudelo se negó a recibirla. Tales hechos ocurrieron el día 9 de junio de 1953, según se dice en la contestación de demanda y se concluye del dicho del testigo García. Entonces, por lo menos, desde ese día surgió para la empresa la obligación de consignar en legal forma las prestaciones que confesaba deber; como no lo hizo en forma válida cabe condenarla al pago de los salarios caídos reclamados y a partir del día 9 de junio de 1953".

Como se observa, el recurrente quiere que, mediante la apreciación del testimonio de Herbert García, del memorial de consignación y de las diligencias surtidas por el Juzgado con motivo de ésta, se dé por establecido que la empresa propició un acuerdo con el trabajador, que éste rehusó la liquidación ofrecida por aquélla, que inmediatamente efectuó la consignación, que el juez la aceptó, todo ello encaminado a demostrar la buena fe patronal. Sin embargo, aun estimando las probanzas que el recurrente invoca, resulta cómo se vio al examinar el cargo anterior, que la consignación fue ilícita y no tenía, por tanto, eficacia para exonerar de la mora a la empresa.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Recurso del trabajador

Aspira a que se case la sentencia recurrida para que se reformen la de primer grado y aquélla, en el sentido de condenar a la empresa demandada a pagar al actor 'los salarios caídos a partir del día primero de junio de 1953 y hasta el día en que se paguen a éste por la citada sociedad, las sumas a que se refiere la sentencia materia del presente recurso de casación"; para que se confirme en los demás puntos y se condene a la demandada en costas de las instancias y del recurso.

Invocando la causal 1ª, del artículo 87 del C. de P. L., presenta tres cargos que pasan a examinarse.

Primer cargo

Acusa infracción directa de la ley sustantiva por no haber aplicado el sentenciador el numeral 3º del artículo 65 del C. S. del T., en armonía con el numeral 7º del artículo 57 del mismo Código.

Sostiene el impugnador que a la terminación del contrato de trabajo el patrono se limitó a des-

pedir al demandante, sin prestarle "ninguna clase de auxilios" y que "No hay constancia de que se hubiera procedido a examen alguno a mi cliente, o que se hubiera ordenado algo al respecto"; manifiesta que el Tribunal no les dio aplicación a las normas que acusa, y por tanto, las violó directamente.

Se considera:

No está demostrado en el proceso que las partes estuvieran de acuerdo en que el trabajador, para ser recibido, fuera sometido a examen médico o que durante la ejecución del contrato se le hubiera practicado ni que al ser despedido, el actor solicitara el respectivo certificado.

En el hecho 18º de la demanda se afirma que la empresa el día 3 de junio de 1953 "puso término al contrato de trabajo con mi mandante, sin previo aviso, en forma intempestiva, sin causa alguna o motivo justificativo, y mediando... c) Carencia de certificado de salud de parte de la empresa" (fl. 11). Al contestar este punto dijo la demandada: "Certificado médico, no ha comparecido al reconocimiento" (fl. 18).

En sentencia de 17 de agosto de 1954, en el juicio de Rafael Aponte Suárez contra el Instituto de Crédito Territorial, dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, refiriéndose a la regla 7ª del artículo 57 del C. S. T.: "En efecto, dicha norma determina, entre las obligaciones del patrono la de dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación sobre el tiempo de servicio, índole de la labor y salario devengado, así como la de hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante su permanencia en el trabajo hubiese sido sometido a examen médico. Esta disposición da un derecho al trabajador, el de exigir examen médico y consagra una obligación para el patrono, la de hacérselo practicar y expedirle el correspondiente certificado de salud. Pero no puede entenderse que este requisito exonera al patrono de las obligaciones o responsabilidades legales que pueden deducírsele en virtud de las normas que regulan el auxilio por enfermedad en los casos en que ello sea procedente".

Como se observa, el impugnador considera que está demostrado en el expediente que la empresa, al despedir a su trabajador, no le hizo practicar el examen médico de rigor ni le expidió certificado al respecto, como era su deber. Pero ocurre entonces que la acusación en tal caso ha debido proponerse, no en el concepto de infracción directa, sino en el de indirecta de los indicados preceptos, como consecuencia de error de hecho en que hubiera podido incurrir el sentenciador, puesto que el silencio de éste sobre aquellos extremos implica que no los dio por establecidos.

La deficiencia técnica anotada impide la prosperidad del cargo.

Segundo cargo

Acusa aplicación indebida de la Ley por haber dejado de aplicar el ad-quem al caso sub-lite, en toda su extensión, el artículo 65 del C. S. del T., en su numeral 1º.

Afirma que habiendo terminado el contrato de trabajo el 31 de mayo de 1953, como de autos aparece establecido, y no habiéndose cancelado ese día al trabajador las sumas debidas, "no se ve cuál sea la razón", por la cual el Tribunal, desestimando el valor probatorio de las inspecciones oculares y del dictamen pericial, ordenó "el pago de salarios caídos, a partir del día 8 de junio del mismo año, y no desde el día primero del mismo mes". Agrega el recurrente que no habiendo pagado la demandada el valor de las prestaciones oportunamente, debe también lo que se cause en adelante hasta el pago de las mismas.

Se considera:

El Tribunal dijo al respecto:

"Pero es más, según consta de la declaración del señor Herbert Gárcía que obra a los folios 450 del informativo, el testigo fue comisionado para que le llevara al actor a su casa de habitación la suma que le reconocía la empresa por concepto de cesantía, y consta también, que el demandante Agudelo se negó a recibirla. Tales hechos ocurrieron el día 9 de junio de 1953, según se dice en la contestación de la demanda y se concluye del dicho del testigo García".

El aparte transcrito indica que el sentenciador sí tuvo una razón para considerar que la mora debía contarse desde la fecha que fija, de la cual hace partir la condena respectiva. Tal motivo es la circunstancia de estimar, mediante el testimonio de Herbert García y la contestación de la demanda, que en determinado día hubo una oferta de pago por parte de la empresa que el trabajador rehusó. Mas como la acusación no se encamina a destruir este soporte probatorio del fallo ni a demostrar que fue equivocado el razonamiento del ad-quem, el cargo resulta ineficaz y, por tanto, se rechaza.

Tercer cargo

Acusa la sentencia por interpretación errónea del numeral 2º del artículo 65 del C. S. del T.

Hace consistir la violación "en el hecho de haber entendido el sentenciador, o sea, el Honorable Tribunal Seccional del Trabajo del Valle del Cauca, que una consignación por suma de pesos, a favor del sentenciador de la primera instancia, que cubre el valor ordenado en su sentencia, quita todos los efectos a la sanción de que se ha hablado antes, como es el pago de los salarios en cada día de mora por parte de la empresa, y al estudiar el numeral 2 del artículo 65 del C. S. del T.", el cual transcribe. Agrega que una vez dictada la sentencia del a-quo, la demandada consignó a favor de éste la suma de $ 330.00 y que "la parte obligada, no ha pagado con ese acto al trabajador", pues su proceder "ha sido obra de una sentencia, y no un obrar voluntario. Ese obrar no es el de que habla la norma en comentario". Anota que la consignación hecha "no opera, ni puede operar la interrupción de los salarios caídos a partir de la fecha en que ella se hizo. Se entiende que surte sus efectos, antes de trabarse la litis, no en el curso de la misma, o por los resultados desfavorables que presenta una sentencia".

Se considera:

Sobre este aspecto dijo el sentenciador:

"Ahora bien, según constancia o certificación expedida por el señor Juez 1º del Trabajo de esta ciudad, la compañía demandada con fecha 8 de julio del año en curso, vale decir, el día mismo en que fue notificada la sentencia de primera instancia, depositó ante dicho Juzgado mediante título número 46066, la suma de $ 330.00 a favor del demandante Joaquín Agudelo y para cumplir el aparte condenatorio de la dicha sentencia. En consecuencia la sanción por salarios caídos, en concepto de la Sala, llega hasta el día en que se efectuó la dicha consignación por el valor de las prestaciones a que fue condenada la parte demandada en primera instancia. Luego la demandada deberá condenarse al pago de los salarios caídos corridos entre el día 9 de junio de 1953 y el día 8 de julio de 1955.

No aparece equivocado el entendimiento que da el Tribunal al contenido de la norma acusada, pues al aplicarla, como lo hizo en el caso de autos, en el sentido de que la pena moratoria llegó "hasta el día en que se efectuó la dicha consignación por el valor de las prestaciones a que fue condenada la parte demandada en primera instancia", no hizo otra cosa que interpretar correctamente la referida disposición, ya que existiendo desacuerdo sobre el monto de lo debido, el patrono queda liberado de la pena por el hecho de consignar no ya lo que creyó deber, sino la suma a que fue condenado en primera instancia. Y el hecho de que el proceder de la demandada obedezca a un fallo y no a su espontánea voluntad, no es razón valedera para demostrar el errado entendimiento del fallador respecto de la norma acusada, puesto que si el patrono cumple sus obligaciones consignando ante el juez lo que acepte deber, con tanto mayor razón las cumplirá si deposita la suma a que es condenado por el juez del conocimiento. Además, las circunstancias del acatamiento de la sentencia y la relación existente entre lo confesado deber y la suma objeto de la condena, ciertamente implican un principio de buena fe patronal.

En cuanto a la oportunidad de efectuarla, es válida la consignación si se hace "mientras la justicia del trabajo decide la controversia", esto es, entre tanto, durante el tiempo en que se discute judicialmente el derecho, condición ésta que no puede considerarse fenecida, no obstante la tesis del impugnador, cuando el fallo de primer grado ha sido apelado, como en el caso sub-lite.

Resulta acertada la interpretación del Tribunal a la norma acusada. Por tanto el cargo no prospera por el concepto planteado.

En mérito de lo que antecede la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LOS "SALARIOS CAIDOS" EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACION. — EL DERECHO AL REINTERO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO EN LA LEGISLACION LABORAL COLOMBIANA. — LA CONDICION RESOLUTORIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO.— NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAJAS DE PREVISION: LA MORA DE ESTAS EN LA CANCELACION DE PRESTACIONES SOCIALES HACE INCURRIR A LA ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO EN LA OBLIGACION DE PAGAR LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 52 DEL DECRETO 2127 DE 1945 Y DEL DECRETO 797 DE 1949

1 — En la legislación colombiana el derecho al reintegro solo existe para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, y también en los casos de maternidad que preveen los artículos 12 del Decreto 1632 de 1938 y 241 del C. S. del T., y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 y 51 del C. S. del T), o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del C. S. del T. en armonía con los artículos 45 del citado Decreto 2127 y 52 del Código.

2 — Tanto los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 9º del Decreto 2541 del mismo año, como el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 hablan de una subsistencia del contrato de trabajo para el caso de que no se paguen al trabajador las deudas laborales dentro del modo y tiempo que dichas disposiciones establecen; pero como va a explicarse, tales preceptos no contemplan la subsistencia real del vínculo como efecto punitivo de la mora, porque tal entendimiento enfrentaría los textos reglamentarios a la ley reglamentada, ya que ante el principio general de la cláusula resolutoria que para todos los contratos de trabajo establece el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 para sancionar el incumplimiento de lo pactado, no puede entenderse que los Decretos reglamentarios citados establezcan precisamente el principio opuesto de convertir ese incumplimiento, en su última etapa del proceso de sanción, en fuente reanudativa del contrato laboral. Además de que semejante interpretación quebrantaría también los efectos jurídicos extintivos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a las diversas causales de terminación del contrato de trabajo.

3 — La Ley 6ª de 1945 no reguló lo relativo a causales de terminación del contrato de trabajo, pero en cambio consagró en su artículo 11, como principio general, la condición resolutoria tácita por incumplimiento de lo pactado con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. La especial naturaleza del contrato de trabajo que es un vínculo esencialmente de relación humana, afianzado sobre la mutua confianza de las partes y sobre la voluntad recíproca de colaboración entre el capital y el trabajo, explica por qué el legislador al establecer la cláusula resolutoria laboral prescindió de la facultad potestativa dada al demandante en los contratos bilaterales por el artículo 1546 del Código Civil para escoger entre el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios o la resolución del mismo por su incumplimiento, y consagró exclusivamente la resolución con indemnización de perjuicios. El evento de la condición resolutoria, que como se sabe es uno de los medios de extinción de las obligaciones (numeral 9º del artículo 1625 del C. C.), tiene el efecto jurídico de destruir el contrato. Terminada la vida jurídica de la fuente obligacional por virtud de la resolución, surge para el demandante el derecho accesorio de cobrar los perjuicios consiguientes.

4 — El Decreto 2127 de 1945, al reglamentar la Ley 6ª y definir en su artículo 47 las diversas causales de terminación del contrato, incluyó entre ellas, para que pudieran

alegarse unilateralmente, la violación grave de las obligaciones y prohibiciones legales propias al contrato y las faltas graves calificadas como tales en las convenciones, contratos individuales o reglamentos de trabajo. Además el artículo 47 mencionado incorporó otras causales referentes a determinadas infracciones en la conducta de las partes, a ciertas modalidades propias del contrato de trabajo, y a razones de orden jurídico-natural comunes a todos los contratos bilaterales. El artículo 51 del mismo Decreto 2127, en desarrollo del principio resolutorio del artículo 11 de la Ley 6ª, prescribió que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, fuera de los casos de terminación autorizados por el artículo 47, daría derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo pactado o presuntivo, sin perjuicio de las demás indemnizaciones a que hubiere lugar. La jurisprudencia laboral ha entendido que en este caso la terminación del contrato se produce por su resolución automática a consecuencia del despido injusto. Hasta aquí, el sistema reglamentario establecido por el Decreto 2127 en cuanto a terminación del contrato y a sus consecuencias indemnizatorias aparece en armonía con la ley reglamentada, pues toda su construcción jurídica descansa sobre la base de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales lleva en sí la extinción o terminación del contrato.

5. — El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 aparenta establecer una excepción a los artículos 47 y 51 del mismo, en cuanto a la extinción del contrato, pues dice que éste no se considerará terminado en ningún caso antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todas las deudas laborales. La intención protectora de la norma es clara en el sentido de que el patrono sufriera alguna consecuencia jurídica por la mora en el pago de tales acreencias. Pero como la liquidación y pago de muchas de esas prestaciones presupone, por su propia naturaleza, la terminación del vínculo porque es entonces cuando el trabajador adquiere el derecho a cobrarlas, la jurisprudencia se encontró frente al problema de decir cuál era el alcance de la subsistencia contractual que la norma preveía, para que sin chocar con la realidad jurídica fuera operante como medio coercitivo en la protección de los derechos del trabajador. Después de un agitado y contradictorio proceso jurisprudencial en los organismos inferiores de la Justicia Laboral, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo definió el punto dándole al artículo 52 la única interpretación viable a través de la ficción para efectos puramente indemnizatorios.

6 — El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 no contempla la subsistencia real del vínculo contractual, sino su mera ficción para hacer calculable la sanción por mora en el pago de las prestaciones y salarios causados en el contrato ya extinguido. Este entendimiento es estrictamente hermenéutico, por cuanto parte del contenido de la ley reglamentada y le fija al reglamento el único efecto que él podía producir sin contrariarla.

7 — El artículo 52 del Decreto 2127 fué adicionado por el artículo 9º del Decreto 2541 de 1945, en el sentido de agregar una causal más de subsistencia ficcionada del contrato de trabajo mientras no se le practique al trabajador el examen médico reglamentario y se le entregue el correspondiente certificado.

8 — La indiscriminada aplicación que la jurisprudencia dio al artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 tratárase de trabajarores particulares o de aquellos trabajadores oficiales que se entendían vinculados a la Administración Pública por un contrato de trabajo, puso de manifiesto la necesidad de establecer un régimen diferencial para la Administración en cuanto a la oportunidad para la cancelación de salarios y prestaciones, que estuviese acorde con la naturaleza compleja de la organización administrativa, la cual requería forzosamente un proceso más lento y dispendioso dentro de los trámites propios oficiales y dentro de la diversidad de las dependencias gubernamentales, para el estudio, reconocimiento y pago de estas acreencias. Para tales fines el Ejecutivo expidió el Decreto 797 de 1949 con el carácter de norma sustitutiva del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

9 — El Decreto 797 al diferenciar el sistema generalizante contemplado por el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 sobre términos para el pago de deudas laborales, dispuso un régimen distinto ya se tratara de

trabajadores particulares o de trabajadores oficiales que se entendieran vinculados a la Administración por un contrato de trabajo. En el inciso 1º y parágrafo 1º del artículo 1º conservó para los trabajadores particulares la misma reglamentación que traían los artículos 52 del Decreto 2127 y 9º del Decreto 2541, ambos de 1945, que, como se ha visto establecen la mora automática si el patrono no paga o no deposita el valor de las deudas laborales inmediatamente después del despido o el retiro del trabajador, mora que la jurisprudencia sanciona con la obligación de pagar salarios que tienen por causa la ficción de la continuada subsistencia del contrato. Para los trabajadores oficiales estableció en el parágrafo 2º del artículo 1º un régimen de plazo de 90 días, contados a partir de su despido o retiro, durante el cual las entidades o funcionarios respectivos deberán liquidar y pagarles las deudas de trabajo, y cuya justificación y alcances quedaron ampliamente expuestos en los considerandos que sirvieron de base para la expedición de la reforma.

El parágrafo 2º del tan citado Decreto 797 dice que a partir del retiro o despido del trabajador el contrato sólo se considerará suspendido por un término de 90 días durante el cual los funcionarios o entidades respectivas deben liquidar y pagar las deudas de trabajo; y que si vencido ese término no se ha hecho el pago o el depósito, "los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley". Dentro de la sujeción normativa que liga al reglamento con la ley reglamentada y frente al concepto universal de derecho sobre jerarquización de las reglas, los fenómenos de suspensión y de recobro de vigencia que el Decreto presupone sobre la base del retiro o despido del trabajador, solamente pueden entenderse en cuanto no pugnen con el principio general de la resolución previsto en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y las reglas superiores que gobiernan el régimen de terminación del contrato de trabajo, es decir, en el sentido de una subsistencia ficcionada, para los efectos moratorios de que ya se ha hablado tantas veces.

1º — Hay que entender que como el objetivo del plazo dado a la Administración fué el de suspender la obligación inmediata a la terminación de contrato de pagar los salarios y las prestaciones, para no hacerla exigible sino a su vencimiento, el Decreto sustrajo temporalmente de la relación jurídica la causa para cobrar perjuicios moratorios, mediante el desplazamiento de la ficción subsistencial del contrato por otra que lo consideró solamente suspendido. Mas como durante la suspensión no obra la mora, por cuanto se está dentro del plazo, vencidos los 90 días sin que se realizara el pago, era necesario, para hacer plenamente operantes las consecuencias por el retardo en la cancelación de las deudas laborales, que se reincorporara a la relación jurídica la causa para pedir perjuicios moratorios, que fué lo que hizo el Decreto al establecer que en este evento recobraría su vigencia el contrato en ficción. Por ello, el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, no hace otra cosa que establecer para la Administración un sistema que le permite disfrutar de una oportunidad mayor que los particulares para el pago de las deudas de trabajo, consagrando una obligación de dar y hacer dentro de un plazo determinado, cuyo incumplimiento configura la mora para la Administración, al tenor del ordinal 2º del artículo 1608 del Código Civil, y la hace incurrir en la sanción de los salarios caídos, en virtud de la ficción subsistencial del contrato.

La anterior interpretación, que busca la operancia del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 como norma garante de los derechos de los trabajadores oficiales ante la mora de la Administración, consulta las más exigentes reglas de hermenéutica, porque, como ya se ha explicado, a tal entendimiento conduce la investigación sobre el espíritu de dicho precepto claramente manifestado en los considerandos del Decreto, en sus antecedentes, y en la necesidad de armonizar el alcance interpretativo que se dé a este parágrafo 2º, con el que se reconoce al inciso 1º y parágrafo 1º del mismo artículo que reproducen para los empleados particulares la regla general que traía el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, para que así los trabajadores de las entidades oficiales a que se refiere el Decreto precitado no queden en manifiesta y desventajosa desigualdad con los trabajadores particulares, no obstante tener en un mismo cuerpo legal preceptos similares y conexos de ostensible intención protectora,

11 — Las Cajas de Previsión son parte integrante de la respectiva Administración, son apenas formas de manifestarse ésta en un sector de sus funciones, son simples delegatarias de las entidades públicas para liquidar y pagar prestaciones, por lo cual es indudable que entre tales Cajas y la entidad pública correspondiente existe unidad de responsabilidad, de efectos más vinculantes aún que la solidaridad porque se trata de una misma Administración, de tal suerte que la sanción que el Decreto establece para la entidad de derecho público no es injurídica ni imposible de aplicar, pues parte del concepto de la responsabilidad unitaria entre la Administración y su Caja pagadora. La mora de la Caja es mora de la Administración y como tal la entendió la norma, pero como el vínculo contractual se establece no con la Caja sino con la entidad pública, era natural que las consecuencias de la subsistencia ficcionada del contrato las sufran las entidades de derecho público y no las Cajas pagaderas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, diez y siete de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de ABRAHAM MUÑOZ PARRA contra la sentencia de 30 de agosto de 1955 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de esta ciudad, en el juicio adelantado por el recurrente contra EL MUNICIPIO DE BOGOTA.

Antecedentes

Abraham Muñoz Parra. por medio de apoderado, demandó ante el Juez Cuarto del Trabajo de esta ciudad al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que se hicieran a favor del actor y en contra de la entidad demandada las siguientes declaraciones y condenaciones: Reanudación del contrato de trabajo, reintegro al cargo de obrero de las Plazas de Mercado, "salarios caídos" desde el día del despido hasta la fecha en que se opere el reintegro, preaviso en la cantidad de $ 41,90 o cuanto más probare, aumento de salario de acuerdo con los Decretos 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950, el valor del tiempo faltante para cumplirse el término presuntivo del contrato laboral, y los intereses legales a que haya lugar.

En los hechos de la demanda se afirma: que Muñoz prestó sus servicios al Municipio de Bogotá como obrero de las Plazas de Mercado, desde el 2 de octubre de 1944 hasta el 21 de marzo de 1952, fecha en que fué despedido sin justa causa; que Muñoz devengó durante los tres últimos meses de labores un jornal diario de $ 4.19; que al momento del despido le faltaban a Muñoz 19 días para completar otro período semestral de su contrato de término presuntivo; y que el Municipio no pagó la cesantía del actor dentro de los 90 días subsiguientes a su despido.

La entidad municipal se opuso a la demanda y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, carencia de acción y de título, prescripción, pago y las demás que resultaran demostradas. El Juez del conocimiento, en fallo de 14 de febrero, declaró probada la excepción perentoria de pago respecto al extremo de aumento de salarios, absolvió al Municipio de los demás cargos del libelo y condenó en costas a la parte actora.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al conocer en apelación interpuesta por el apoderado de Muñoz, confirmó la decisión del a-quo é hizo condenación en costas a cargo del demandante.

La Casación

A través de tres cargos persigue la casación de la sentencia indicada, para que en su lugar se dicte otra que acoja en su integridad las súplicas del libelo inicial.

Primer cargo

(Reintegro — Reanudación del contrato)

Sostiene el recurrente que hubo **violación directa** y aplicación indebida del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, por cuanto la sentencia, no obstante reconocer que el Municipio estuvo en mora de pagar al demandante su auxilio de retiro (fls. 71), no lo condenó ni a la reanudación del contrato ni al reintegro del trabajador, sobre el entendimiento equivocado de que el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 debe entenderse simplemente como una sanción pecuniaria.

Manifiesta que hubo **aplicación indebida** de

las disposiciones antes citadas, por los mismos defectos de condenación.

Dice que hubo **interpretación errónea** de los mismos textos legales, por cuanto ellos son terminantes en el sentido de sancionar económica y pecuniariamente a los patronos que despiden a sus operarios sin ponerse antes con ellos a paz y salvo en punto a los salarios, prestaciones é indemnizaciones que les adeuden.

Por último agrega que hubo gravísimo **error de hecho** al dejar de condenar al Municipio a la reanudación del contrato y al reintegro de Muñoz, porque no apreció o apreció mal los documentos de fls. 4, 6, 7, 71 83 91 y las declaraciones de fls. 84, 85, 88, 89 y 90, probanzas que indican que Muñoz fue despedido y que el Municipio le pagó con mora la indemnización de cesantía.

Se considera:

Para declarar infundado el cargo basta observar que ninguno de los preceptos que se pretenden violados consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido. En la legislación colombiana tal derecho, solo existe para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, conforme a reglamentación extraña al juicio ordinario de trabajo; y también en los casos de maternidad que preveen los artículos 12 del Decreto 1632 de 1938 y 241 del C. S. del T. y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 y 51 del C. S. del T.), o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del C. S. del T, en armonía con los artículos 45 del citado Decreto 2127 y 52 del Código.

Tanto los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 9º del Decreto 2541 del mismo año, como el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 hablan de una subsistencia del contrato de trabajo para el caso de que no se paguen al trabajador las deudas laborales dentro del modo y tiempo que dichas disposiciones establecen. Pero ya lo había definido el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y lo ratifica ahora esta Sala Laboral de la Corte, por las razones que se expondrán al estudiar el cargo segundo, que dichos preceptos no contemplan la subsistencia real del vínculo como efecto punitivo de la mora, porque tal entendimiento enfrentaría los textos reglamentarios a la ley reglamentada, ya que ante el principio general de la cláusula resolutoria que para todos los contratos de trabajo establece el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 para sancionar el incumplimiento de lo pactado, no puede entenderse que los Decretos reglamentarios citados establezcan precisamente el principio opuesto de convertir ese incumplimiento, en su última etapa del proceso de sanción, en fuente reanudativa del contrato laboral. Además de que semejante interpretación quebrantaría también los efectos jurídicos extintivos que la Ley, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a las diversas causales determinación del contrato de trabajo (legislación anterior al Código), como son: el cumplimiento del contrato (numeral a), b) y c) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945-; el mutuo consentimiento de las partes (numeral d) ibidem); la muerte del asalariado, por tratarse de un contrato **intuitu personae** (numeral e- ibidem); la imposibilidad de ejecución (numeral f- ibidem); la decisión unilateral en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50 del mismo Decreto 2127, que se fundan, los tres primeros en el incumplimiento de las obligaciones convencionales o legales y el último, en el ejercicio de la cláusula de reserva (numeral g- ibidem); y la cosa juzgada cuando el contrato termina por sentencia de autoridad competente (numeral h- ibidem).

Carecía, pues, el demandante de derecho para obtener la declaratoria de reanudación del contrato y su reintegro al cargo, y el fallo que se abstuvo de ordenar una cosa y otra no pudo violar, por ese motivo, los textos legales indicados.

Tercer cargo

(Preaviso)

Por razones de orden lógico, se estudiará este cargo antes que el segundo.

Afirma el recurrente que el sentenciador violó el artículo 50 del Decreto 2127 de 1945 en forma **directa**, "por cuanto la facultad de despedir sin desahucio no la tiene el patrono si no consta por escrito" y "que en el caso de autos semejante facultad no consta en escrito alguno". Que también el sentenciador **interpretó erróneamente** esta disposición, "porque el despido está acreditado suficientemente en los autos, a vuelta de folio 4º y reconocido implícitamente en la contestación de la demanda". Finalmente sostiene que hubo **error de hecho** manifiesto, en cuanto a los salarios de preaviso, porque "apreció mal los documentos de los fls. 4, 6, 7, 71, 83, 81, sobre

suspensión, jornal devengado, períodos de pagos, etc...".

El recurrente hace algunas consideraciones sobre el alcance del Decreto 797 de 1949, que están fuera de lugar en el presente cargo sobre preaviso y que sí habrían venido al caso para argumentar sobre el cargo segundo que trata de los "salarios caídos", y concluye que la doctrina no puede llegar hasta dejar sin efecto el parágrafo 2º del artículo 1º del citado Decreto, por sostener que el Municipio no puede ser condenado a pagar salarios caídos en atención a que la cesantía no la pagan los fondos comunes del Municipio sino la Caja de Previsión Municipal, sin tener en cuenta que el trabajador no puede demandar a la Caja porque su contrato no ha sido con ella sino con la Entidad Municipal; y que solamente por reglamentación interna del Municipio, unas prestaciones se pagan con fondos comunes y otras con fondos especiales, pero que esa reglamentación no puede perjudicar los derechos del trabajador. El recurrente se refiere también a que el juzgador no puede dar por establecida la autonomía ni la personería jurídica de la Caja distinta a la del Municipio, pues ello no consta procesalmente, por lo cual invocarla y aplicarla es un abuso del poder de interpretación.

Se estudia:

Sobre este extremo de la litis, dijo el Tribunal:

"CONTRATO PRESUNTIVO DE TRABAJO Y PREAVISO. Consta al folio 5 con fecha 20 de marzo de 1952 se dio preaviso de su despido al obrero Abraham Muñoz Parra, según consta de la diligencia de notificación hecha al mencionado obrero, de la Resolución Nº 56 de fecha 14 de marzo de 1952 dictada por la Secretaría de Hacienda mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento. Se desprende de aquí que el preaviso fue dado oportunamente y que por lo tanto no opera el reconocimiento de la indemnización por incumplimiento del plazo presuntivo".

Como puede observarse, el razonamiento del sentenciador se limita a aceptar que está demostrado, por el documento que analiza, que el Municipio cumplió con la obligación de dar oportunamente el preaviso al demandante. Es una cuestión esencialmente de hecho, que dentro de lo que busca el cargo (pago del preaviso), obliga, sin más consideraciones, a descartar todo ataque por interpretación errónea o por infracción directa del artículo 50 del Decreto 2127 de 1945, indicado en la impugnación.

El aspecto de error de hecho, que también acusa el recurrente, no puede tampoco estudiarse porque se limita a enumerar unas pruebas que no fueron las que sirvieron al Tribunal para su decisión, ya que ésta se basó exclusivamente en el documento de fls. 5 que es una copia de la Resolución Nº 290 de 1952, de cuyo texto dedujo que el demandante había sido preavisado en oportunidad, probanza cuya apreciación no impugna el cargo, con olvido de que era absolutamente necesario hacerlo y demostrar que el juzgador incurrió en error ostensible de hecho al darle al citado documento un mérito probatorio que no tenía; mas nada intenta la acusación a este respecto y, por lo tanto, la sentencia, en este punto, se mantiene sobre el soporte probatorio inatacado.

El cargo es ineficaz y no prospera.

Segundo cargo

(Salarios caídos)

Está presentado así:

"Como la sentencia no condenó al pago de los salarios que Abraham Muñoz ha dejado de devengar desde la fecha de su despido hasta la del reintegro, hubo violación directa y aplicación indebida del Decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945.

"Obsérvese que la información Nº 00731, de 5 de mayo de 1954 de la Contraloría del Distrito Especial, da cuenta de que no se le han pagado ni los jornales de aumento correspondiente a los años de 1951 y 1952 ni los salarios de preaviso. Por consiguiente, la sentencia del Tribunal Seccional, siguiendo la lógica del propio Tribunal, debió condenar al pago de los salarios caídos hasta la fecha en que el Municipio acredite haber pagado los salarios de aumento y de preaviso de Abraham Muñoz.

'Como no lo hizo, acuso la sentencia de infracción directa, aplicación indebida y de interpretación errónea de la Ley 6ª de 1945 (artículo 11) y del Decreto 797 de 1949, artículo 1º, parágrafo 2º. La acuso también de haber cometido error de hecho.

"Las razones para fundamentar mis acusaciones son las mismas que dejé detalladas al cimentar el cargo de reintegro y reanudación del contrato.

"RAZONES DEL TRIBUNAL. — El Honorable Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca, en este punto de salarios, comete error:

"Su error consiste en no liquidar los salarios caídos a Abraham Muñoz. Hay error en esta apreciación; porque prestación social no es únicamen-

te la cesantía sino cualquiera otra obligación pendiente entre el Municipio y su trabajador despedido. Los autos pregonan que todavía en el día de hoy el Municipio adeuda salarios a Abraham Muñoz. Si a los salarios no se les da el rango de prestación social, a lo menos, no se les puede quitar su calidad de salarios. El Decreto 797 de 1949, de nuevo nacimiento **ope legis** al contrato de trabajo, si al vencimiento de los noventa (90) días subsiguientes al despido del trabajador no se le han cubierto los salarios que se le adeuden. Consta de autos que hasta la fecha los salarios de aumento correspondiente a los años de 1951 y 1952 y los de preaviso de Abraham Muñoz están insolutos. Por consiguiente, con la misma lógica del H. Tribunal Seccional, se deben liquidar los salarios caídos de Abraham Muñoz hasta la fecha en que el Municipio acredite haber pagado a mi poderdante los salarios de aumento y los de preaviso. Lo cierto es que el Municipio de Bogotá reconoce deberlos. Como reconoce deberlos, mientras no acredite haberlos pagado está en **mora debitoris** con Abraham Muñoz.

"Todos mis argumentos anteriores los doy por reproducidos para fundamentar este cargo sobre los salarios caídos. Por iguales motivos, al no condenar el H. Tribunal al pago de los salarios caídos, cometió infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea y error de hecho. Este último error de hecho lo cometió el H. Tribunal; porque dejó de apreciar o porque apreció mal los documentos de los folios ya citados.

"Todo ello sin contar que el Municipio de Bogotá pagó a Abraham Muñoz la indemnización de cesantía mucho más allá de noventa (90) días subsiguientes al despido de Abraham Muñoz".

Se estudia:)

El cargo adolece de defectos en su presentación. La técnica de recurso exige que los diversos motivos de casación se expresen separadamente para mayor claridad en el alcance de cada uno de ellos y para evitar el quebrantamiento de las reglas que gobiernan este medio extraordinario de impugnación. Por eso es criticable la manera como el recurrente plantea la acusación al involucrar en un solo razonamiento formas tan distintas de violación como son la infracción directa, la interpretación errónea y el error de hecho.

Pero como al desarrollar el cargo se habla concretamente de la interpretación errónea, en términos que estima la Sala suficientes para vincularla al estudio de la tesis sostenida por el Tribunal sobre el alcance de las normas que cita el recurrente, se procede a decidir este aspecto de la impugnación.

El Tribunal no discute que la suma correspondiente a la cesantía del actor solo le fue pagada a éste con posterioridad al vencimiento de los 90 días hábiles de que trata el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, pero se abstiene de decretar la indemnización moratoria contra el Municipio por dicho retardo, invocando y transcribiendo para ello la interpretación que sobre el citado Decreto sostuvo, por mayoría de votos, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, jurisprudencia que en lo pertinente dice:

"Los artículos 18 y 23 de la Ley 6ª de 1945 fueron perentorios en la ordenación de la creación de cajas de previsión que por razón del artículo 1º del Decreto 1.600 de 1945 y 2767 del mismo año, son entidades autónomas, con personería jurídica y patrimonio propio, independiente de los bienes y fondos del Estado están obligadas al reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales.

"Al generalizarse la creación de las cajas ordenadas por las normas citadas, el Decreto de 1949 encontró que las entidades públicas no podían incurrir en mora de cumplir obligaciones que no correspondían a ellas sino a instituciones de previsión, por lo cual hizo recaer sobre éstas las obligaciones de la suspensión ordenada para efectos del plazo de noventa días y consecuencialmente las indemnizaciones de perjuicios por mora, que en el caso de cantidades de dinero corresponden a intereses legales cuando no hay convencionales.

"De tal manera que el Decreto 797 de 1949, ante la situación real de obligaciones a cargo de las instituciones de previsión, excluyó a las entidades de derecho público de las sanciones del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 porque no podía haber mora en éstas cuando no estaban obligadas a pagar las prestaciones e indemnizaciones. También resultaron excluídas de pago de salarios caídos las entidades de derecho público en el caso de mora en el pago de sus obligaciones, ya que lo dispuesto en el inciso tercero del parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es la recuperación real del vínculo y nó la ficción de que trataba el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, como resulta claramente de la diferente redacción de las disposiciones, recuperación real que es imposible por vía legal después de la terminación que implica el inciso primero del mismo parágrafo 2º cuando dice que se haga efectivo el despido o retiro del trabaja-

dor, pues un contrato terminado no puede revivir sino por voluntad de las partes.

"Y no se diga que el inciso citado estableció la misma ficción del artículo 52, porque sus términos no permiten pensar en élla y porque sería ilógico que se sancionara a las entidades públicas por hechos ajenos cuando el decreto trata precisamente de evitar esa situación irregular, como lo sería también el hacer pagar salarios a las instituciones de previsión que no celebran contrato con los trabajadores oficiales.

"Como según las razones expuestas, las entidades públicas y las instituciones de previsión quedaron excluídas del pago de los salarios caídos que el Decreto 797 de 1949 conservó únicamente para los patronos particulares, se ha de recurrir al sistema general de indemnización por mora o sea, a los intereses moratorios consagrados en la legislación civil, en los casos en que las entidades de derecho público o las instituciones de previsión dejen de cumplir sus respectivas obligaciones".

No comparte esta Sala Laboral de la Corte el criterio interpretativo acogido por el Tribunal sentenciador y aprovecha la oportunidad que le brinda el presente recurso para fijar el verdadero alcance que, en concepto de la Corte, tiene el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

La Ley 6ª de 1945 no reguló lo relativo a causales de terminación del contrato de trabajo, pero en cambio consagró en su artículo 11, como principio general, la condición resolutoria tácita por incumplimiento de lo pactado con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. La especial naturaleza del contrato de trabajo que es un vínculo esencialmente de relación humana, afianzado sobre la mutua confianza de las partes y sobre la voluntad recíproca de colaboración entre el capital y el trabajo, explica por qué el legislador al establecer la cláusula resolutoria laboral prescindió de la facultad potestativa dada al demandante en los contratos bilaterales por el artículo 1546 del Código Civil, para escoger entre el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios o la resolución del mismo por su incumplimiento, y consagró exclusivamente la resolución con indemnización de perjuicios. El evento de la condición resolutoria, que como se sabe es uno de los medios de extinción de las obligaciones (numeral 9º del artículo 1625 del CC.), tiene el efecto jurídico de destruír el contrato. Terminada la vida jurídica de la fuente obligacional por virtud de la resolución, surge para el demandante el derecho accesorio de cobrar los perjuicios consiguientes.

Dentro de este presupuesto, el Decreto 2127 de 1945, al reglamentar la ley 6ª y definir en su artículo 47 las diversas causales de terminación del contrato, incluyó entre ellas, para que pudieran alegarse unilateralmente, la violación grave de las obligaciones y prohibiciones legales propias al contrato y las faltas graves calificadas como tales en las convenciones, contratos individuales o reglamentos de trabajo. Además el artículo 47 mencionado incorporó otras causales referentes a determinadas infracciones en la conducta de las partes, a ciertas modalidades propias del contrato de trabajo, y a razones de orden jurídico-natural comunes a todos los contratos bilaterales. El artículo 51 del mismo Decreto 2127, en desarrollo del principio resolutorio del artículo 11 de la Ley 6ª, prescribió que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, fuera de los casos de terminación autorizados por el artículo 47, daría derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo pactado o presuntivo, sin perjuicio de las demás indemnizaciones a que hubiere lugar. La jurisprudencia laboral ha entendido que en este caso la terminación del contrato se produce por su resolución automática a consecuencia del despido injusto. Hasta aquí, el sistema reglamentario establecido por el Decreto 2127 en cuanto a terminación del contrato y a sus consecuencias indemnizatorias aparece en armonía con la ley reglamentada, pues toda su construcción jurídica descansa sobre la base de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales lleva en sí la extinción o terminación del contrato.

El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 aparenta establecer una excepción a los artículos 47 y 51 del mismo, en cuanto a la extinción del contrato, pues dice que éste no se considerará terminado en ningún caso antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todas las deudas laborales. La intención protectora de la norma es clara en el sentido de que el patrono sufriera alguna consecuencia jurídica por la mora en el pago de tales acreencias. Pero como la liquidación y pago de muchas de esas prestaciones presupone, por su propia naturaleza, la terminación del vínculo porque es entonces cuando el trabajador adquiere el derecho a cobrarlas, la jurisprudencia se encontró frente al problema de decir cuál era el alcance de la subsistencia contractual que la norma preveía, para que sin chocar con la realidad jurídica fuera operante

como medio coercitivo en la protección de los derechos del trabajador. Después de un agitado y contradictorio proceso jurisprudencial en los organismos inferiores de la Justicia Laboral, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo definió el punto dándole al artículo 52 la única interpretación viable a través de la ficción para efectos puramente indemnizatorios. A tal respecto, en sentencia de 27 de marzo de 1953 (Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas), se dijo:

"Pero no se ve de manera clara la contradicción entre las normas de la Ley 6ª de 1945 y las disposiciones de los decretos reglamentarios. Porque si estos decretos en los artículos citados señalan sanciones para quienes no paguen oportunamente los salarios y prestaciones, no están en contradicción con lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, pues en ésta se dice que hay derecho a indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado. En realidad, los artículos 51 y 52 del decreto 2127 de 1945 reglamentan lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 6ª del mismo año, pues disponen la manera como se calculan los perjuicios en el caso de terminación unilateral por parte del patrono, el 51, y en caso de mora del pago de las prestaciones, el 52. Esa reglamentación está perfectamente concordante con lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, pues tiene por objeto hacer más viable el cálculo de los perjuicios en cada caso.

"No se diga que el artículo 52 del decreto 2127 de 1945 establece contradicción con la Ley 6ª del mismo año porque en aquél se dice que el contrato de trabajo no se considera terminado cuando no se ponen a disposición del trabajador los salarios y prestaciones debidos, cuando la citada ley no trata de falta de terminación por tal motivo. Esa interpretación no tiene base respetable, porque parte de la terminología de los artículos pero no se considera la intención del legislador. Cuando el artículo 52 del decreto 2127 de 1945 dice que no se considerará terminado el contrato de trabajo sino cuando se paguen los salarios y prestaciones, no está diciendo que el contrato continúa con existencia jurídica real, sino que por ficción legal debe considerarse vigente para que resulte la indemnización que la jurisprudencia ha considerado consiste en los salarios de dicho tiempo. No continúa la existencia misma del contrato sino por la ficción legal que persigue en tal forma la indemnización del perjuicio causado por la mora, luégo la disposición no es contraria a la Ley 6ª de 1945 sino que tiene su apoyo en el artículo 11 de la misma".

De acuerdo con la doctrina anterior, el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 no contempla la subsistencia real del vínculo contractual, sino su mera ficción para hacer calculable la sanción por mora en el pago de las prestaciones y salarios causados en el contrato ya extinguido. Este entendimiento es estrictamente hermenéutico, por cuanto parte del contenido de la ley reglamentada y le fija al reglamento el único efecto que él podía producir sin contrariarla.

El artículo 52 del Decreto 2127 fué adicionado por el artículo 9º del Decreto 2541 de 1945, en el sentido de agregar una causal más de subsistencia ficcionada del contrato de trabajo mientras no se le practique al trabajador el examen médico reglamentario y se le entregue el correspondiente certificado.

La indiscriminada aplicación que la jurisprudencia dio al artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 tratárase de trabajadores particulares o de aquéllos trabajadores oficiales que se entendían vinculados a la Administración Pública por un contrato de trabajo, puso de manifiesto la necesidad de establecer un régimen diferencial para la Administración en cuanto a la oportunidad para la cancelación de salarios y prestaciones, que estuviese acorde con la naturaleza compleja de la organización administrativa, la cual requería forzosamente un proceso más lento y dispendioso dentro de los trámites propios oficiales y dentro de la diversidad de las dependencias gubernamentales, para el estudio, reconocimiento y pago de estas acreencias. Para tales fines el Ejecutivo expidió el Decreto 797 de 1949 con el carácter de norma sustitutiva del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, en cuya parte considerativa, que es muy importante transcribir para que sirva como fuente directa de su interpretación, dijo:

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones legales, y

CONSIDERANDO:

"Que las prestaciones e indemnizaciones que la ley ha establecido en favor de los trabajadores oficiales se pagan generalmente por instituciones de previsión;

"Que para los reconocimientos correspondientes deben cumplirse trámites especiales dentro del régimen de tales instituciones, en forma independiente de la administración de las entidades oficiales que ocupan a los trabajadores respectivos;

"Que, por otra parte, los requisitos de orden legal que deben cumplirse en forma previa a to-

do pago que efectúen las dependencias oficiales implican demoras que, no ocurren en tratándose de entidades o personas particulares, sin que ello obedezca a culpa de los funcionarios públicos, y

"Que, por lo tanto, debe consagrarse un régimen que ajuste a esta realidad en cuanto al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador y las consecuencias que acarree el incumplimiento de esta obligación".

El Decreto 797 al diferenciar el sistema generalizante contemplado por el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 sobre términos para el pago de deudas laborales, dispuso un régimen distinto ya se tratara de trabajadores particulares o de trabajadores oficiales que se entendieran vinculados a la Administración por un contrato de trabajo. En el inciso 1º y parágrafo 1º del artículo 1º conservó para los trabajadores particulares la misma reglamentación que traían los artículos 52 del Decreto 2127 y 9º del Decreto 2541, ambos de 1945, que, como se ha visto, establecen la mora automática si el patrono no paga o no deposita el valor de las deudas laborales inmediatamente después del despido o el retiro del trabajador, mora que la jurisprudencia sanciona con la obligación de pagar salarios que tienen por causa la ficción de la continuada subsistencia del contrato. Para los trabajadores oficiales estableció en el parágrafo 2º del artículo 1º un régimen de plazo de 90 días, contados a partir de su despido o retiro, durante el cual las entidades o funcionarios respectivos deberán liquidar y pagarles las deudas de trabajo, y cuya justificación y alcances quedaron ampliamente expuestos en los considerandos que sirvieron de base para la expedición de la reforma. Dice así el parágrafo 2º que se comenta:

"Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

"Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley".

Pero antes de avanzar en el análisis propuesto, no debe olvidarse que el Decreto 797 de 1949 pertenece a la normación reglamentaria de la Ley 6ª de 1945 como disposición sustitutiva que es del artículo 52 del Decreto 2127 del mismo año. Este origen impone que para su interpretación se siga el mismo proceso técnico-jurídico empleado por la jurisprudencia cuando le fijó el alcance a la disposición sustituída.

Tanto el propósito del Decreto 2127 como el del 797 fué el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación post-contractual, porque cuando el trabajador retirado o despedido se presenta a reclamar esos derechos lo hace en su carácter de ex-trabajador, pues solamnte a la desvinculación contractual la ley le reconoce el derecho a percibir determinadas prestaciones e indemnizaciones como cesantía, vacaciones no disfrutadas, salarios por lucro cesante, etc.

El parágrafo 2º del tan citado Decreto 797 dice que a partir del retiro o despido del trabajador el contrato sólo se considerará suspendido por un término de 90 días durante el cual los funcionarios o entidades respectivos deben liquidar y pagar las deudas de trabajo; y que si vencido ese término no se ha hecho el pago o el depósito, "los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley". Dentro de la sujeción normativa que liga al reglamento con la ley reglamentada y frente al concepto universal de derecho sobre jerarquización de las reglas, los fenómenos de suspensión y de recobro de vigencia que el Decreto presupone sobre la base del retiro o despido del trabajador, solamente pueden entenderse en cuanto no pugnen con el principio general de la resolución previsto en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y las reglas superiores que gobiernan el régimen de terminación del contrato de trabajo, es decir, en el sentido de una subsistencia ficcionada, para los efectos moratorios de que ya se ha hablado tantas veces.

Como síntesis de todo lo anterior hay que entender que como el objetivo del plazo dado a la Administración fué el de suspender la obligación inmediata a la terminación del contrato de pagar los salarios y las prestaciones, para no hacerla exigible sino a su vencimiento, el Decreto sustrajo temporalmente de la relación jurídica la causa para cobrar perjuicios moratorios, mediante el desplazamiento de la ficción subsistencial del contrato por otra que lo consideró solamente sus-

pendido. Mas como durante la suspensión no obra la mora, por cuanto se está dentro del plazo, vencidos los 90 días sin que se realizara el pago, era necesario, para hacer plenamente operantes las consecuencias por el retardo en la cancelación de las deudas laborales, que se reincorporara a la relación jurídica la causa para pedir perjuicios moratorios, que fue lo que hizo el Decreto al establecer que en este evento recobraría su vigencia el contrato en ficción. Por ello, el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, no hace otra cosa que establecer para la Administración un sistema que le permite disfrutar de una oportunidad mayor que los particulares para el pago de las deudas de trabajo, consagrando una obligación de dar y hacer dentro de un plazo determinado, cuyo incumplimiento configura la mora para la Administración, al tenor del ordinal 2º del artículo 1608 del Código Civil, y la hace incurrir en la sanción de los salarios caídos, en virtud de la ficción subsistencial del contrato.

Considera la Sala que la anterior interpretación (que reproduce los mismos argumentos del salvamento de voto que el ponente en el presente negocio redactó con fecha 30 de marzo de 1954, y firmó con el Dr. Guillermo González Charry, cuando ambos eran Magistrados del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, con oportunidad del fallo dictado por aquella Superioridad al decidir el recurso de casación en el juicio de Cosme Sanabria contra el Municipio de Bogotá), que busca la operancia del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 como norma garante de los derechos de los trabajadores oficiales ante la mora de la Administración, consulta las más exigentes reglas de hermenéutica, porque, como ya se ha explicado, a tal entendimiento conduce la investigación sobre el espíritu de dicho precepto claramente manifestado en los considerandos del Decreto, en sus antecedentes, y en la necesidad de armonizar el alcance interpretativo que se dé a este parágrafo 2º, con el que se reconoce al inciso 1º y parágrafo 1º del mismo artículo que reproducen para los empleados particulares la regla general que traía el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, para que así los trabajadores de las entidades oficiales a que se refiere el Decreto precitado no queden en manifiesta y desventajosa desigualdad con los trabajadores particulares, no obstante tener en un mismo cuerpo legal preceptos similares y conexos de ostensible intención protectora.

Todo lo explicado demuestra que es errónea la primera afirmación en que se sustenta la jurisprudencia invocada por el Seccional, o sea, la de inaplicabilidad del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949; pero más equivocadas aparecen aún las consecuencias que de ello se hacen surgir para desviar los efectos del incumplimiento hacia el campo del derecho civil, concretándolos en los intereses legales moratorios ordinarios, porque dentro de un estricto proceso lógico-jurídico, era necesario llevar hasta sus últimas consecuencias la resolución de no aplicar la norma, y entonces, frente a lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido deben aplicarse las leyes que regulen casos o materias semejantes, y existiendo y manteniéndose la disposición para trabajadores particulares y su interpretación jurisprudencial que le da efectividad a través de los salarios indemnizatorios por mora, ha debido remitirse la relación laboral-administrativa, en este punto, a las reglas que gobiernan la relación obrero-patronal ordinaria, porque dentro de la vigencia del Decreto 2127 de 1945 los trabajadores oficiales que se entendieron vinculados a la Administración por contrato de trabajo, fueron asimilados a trabajadores particulares y sus relaciones se rigieron por las mismas normas de éstos, en todo aquello para lo cual no tuvieran legislación especial.

Una segunda afirmación trae la jurisprudencia aplicada por el ad-quem, que se basa en la existencia de las Cajas de Previsión, para concluír que las entidades de derecho público que tengan establecidas tales instituciones no pueden afectarse por la mora en que incurran dichas Cajas en el pago de las obligaciones que están a su cargo; pero que las Cajas tampoco pueden ser gravadas con "salarios caídos" por cuanto ellas no celebran los contratos con los trabajadores oficiales. En primer término, este argumento de las Cajas pagadoras peca por defecto, pues en muchos casos resultaría ineficaz, por su absoluta inaplicabilidad, para sostener la tesis general que propugna, cuando las deudas laborales provinieran exclusivamente de obligaciones cuyo pago no está asignado a dichos Institutos de Previsión Social sino que se hace directamente por los tesoros de las entidades públicas, como serían los relativos a salarios, indemnización por lucro cesante, compensación de vacaciones en dinero, sobrerremuneración por trabajo en días domingos y festivos, horas extras o trabajo nocturno. En segundo lugar, no debe olvidarse que las Cajas son parte integrante de la respectiva Administración, son apenas formas de manifestarse ésta en un sector de sus funciones, son simples dele-

gatarias de las entidades públicas para liquidar y pagar prestaciones según lo dejó definido con acierto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo (G. del T. Tomo V Nos. 41 a 52, páginas 264 y ss.), por lo cual es indudable que entre tales Cajas y la entidad pública correspondiente existe unidad de responsabilidad, de efectos más vinculantes aún que la solidaridad porque se trata de una misma Administración, de tal suerte que la sanción que el Decreto establece para la entidad de derecho público no es injurídica ni imposible de aplicar, pues parte del concepto de la responsabilidad unitaria entre la Administración y su Caja pagadora. La mora de la Caja es mora de la Administración y como tal la entendió la norma, pero como el vínculo contractual se establece no con la Caja sino con la entidad pública, era natural que las consecuencias de la subsistencia ficcionada del contrato las sufran las entidades de derecho público y no las Cajas pagadoras.

De todo lo expuesto se concluye que el Tribunal interpretó erróneamente las normas citadas en el cargo, al no condenar al Municipio al pago de los salarios indemnizatorios por mora en la cancelación de la cesantía del actor fundándose en la interpretación jurisprudencial que transcribió en su sentencia y que la Sala, según lo estudiado, encuentra equivocada. Prospera el cargo y la Corte, en función de instancia, procede a decidir el punto mediante las siguientes consideraciones:

El actor dejó de prestar sus servicios al Municipio a partir del 21 de marzo de 1952 (fls. 6). Solamente el 10 de septiembre de 1952 la Caja de Previsión Social Municipal giró a favor del demandante el cheque Nº 69 de la serie 2884 a cargo del Banco de la República, para cancelar el valor del correspondiente auxilio de cesantía (fls. 71). El plazo de 90 días, de que habla el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que debe entenderse en días hábiles según el artículo 62 del C. de R. P. y M, venció el 10 de julio de 1952, lo que implica que hubo mora de 61 días en la cancelación del valor de dicho auxilio.

No encuentra la Sala ninguna razón que justifique el retardo en el pago de la citada deuda laboral al demandante y que permita exonerar de la sanción por mora al Municipio, pues la explicación que dá el Gerente de la Caja de Previsión Social Municipal, de "que no pudo pagarle antes la cesantía al señor Abraham Muñoz porque no le había llegado el turno a que están sometidos los pagos de las prestaciones sociales a cargo de esa Entidad" (fs. 71), no es valedera, ya que, precisamente, en virtud del ordenamiento legal estudiado, los turnos de los pagos deben organizarse y cumplirse dentro de los 90 días subsiguientes al retiro del trabajador.

Los 61 días de mora a razón de un salario diario de $ 4,19 comprobado en autos (fls. 6), arrojan un valor de $ 255,59 suma que por dicho concepto deberá pagar el Municipio de Bogotá al demandante Muñoz.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto por el numeral 1º de su parte resolutiva confirmó la absolución del a-quo por el extremo de "salarios caídos" y la condenación para la parte actora en costas de primera instancia, y en cuanto por el numeral 2º condenó en costas a la parte demandante, REVOCA la sentencia de primer grado del Juez 4º del Trabajo de Bogotá, de fecha 14 de febrero de 1955, en cuanto por su numeral 2º absolvió a la entidad demandada de dicho pedimento de "salarios caídos" y en cuanto por su numeral 3º condenó en costas al actor y, en su lugar, CONDENA AL MUNICIPIO DE BOGOTA a pagar al demandante ABRAHAM MUÑOZ PARRA la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 255.59), como indemnización de perjuicios por la mora en el pago de su auxilio de cesantía. NO LA CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en las instancias ni en el presente recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán—Salvo el voto en la solución del segundo cargo, **Juan Benavides Patrón—Sergio Antonio Ruano—Vicente Mejía Osorio,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JUAN BENAVIDES PATRON

No comparto la interpretación de la mayoría de la Sala acerca de que el decreto 797 de 1949 debe entenderse en el sentido de que otorga o constituye un plazo para que, dentro de él, las entidades de derecho público liquiden y paguen a sus servidores con vinculación laboral los salarios, prestaciones e indemnizaciones que les adeuden, incurriendo, en caso de no hacerlo así, en mora sancionable con los denominados "salarios caídos". En realidad, esta tesis del plazo, que ahora se convierte en jurisprudencia de la Corte, no es sino una de las varias opiniones en que hasta el momento se han debatido los exégetas de aquel decreto. En efecto, al lado de ella o en oposición a ella podría citar la que exigió del trabajador el regreso al cumplimiento de sus funciones o la demostración de haber estado dispuesto a desempeñarlas, para evitar la operancia de la **exceptio non adimpleti contractus**, que se consideró en juego por los fenómenos de la suspensión del vínculo, del término de noventa días para la liquidación y pago de las deudas laborales, y de la debatida expresión "los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia", registrados con tan diversa fortuna por el susodicho decreto; como puedo recordar también la que, hallando injurídica esa misma expresión, concluyó —con refuerzo en otros argumentos que constituyeron, en conjunto, la última jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo— en la inaplicabilidad de la parte final del parágrafo 2º de aquel decreto y de la sanción moratoria que se supone regulada por él; como podría referirme, sin compartirla, a la que distingue entre empleados y obreros de la administración pública, y hasta a la de quienes han afirmado, con mejores razones, que el tal decreto y su antecedente, el artículo 52 del 2127 de 1945, rebasan la potestad reglamentaria y no pueden producir efectos jurídicos. Aludo a todas esas interpretaciones para destacar el esfuerzo jurisprudencial que se ha adelantado entre nosotros sobre tan intrincada materia, y para que se empiece a ver cómo no es tan sencilla ni tan clara la solución que ahora se propugna.

Concretamente, para concluir que la tan discutida frase ("los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley") significa que el patrono debe "salarios caídos", se requiere todo un alarde de imaginación que no se compadece con el desarrollo actual del derecho del trabajo, concebido como disciplina jurídica. Porque las figuras de la continuidad ficcionada del contrato de trabajo y de los mal denominados salarios caídos y de otras invenciones de tan desastrosas consecuencias, si alguna explicación tuvieron en los comienzos de nuestra legislación laboral y de su interpretación, hoy se ostentan como jurídicamente indefensables. Mas si pudiera conservarse el criterio que las inspiró —conservarse por la misma ley de inercia que las mantuvo en el campo de nuestras decisiones jurisprudenciales y que hasta las incorporó en el código sustantivo del trabajo para las relaciones del dominio particular, desapareciendo con ello una buena parte de la arbitrariedad de su creación— es tiempo ya de que se repare siquiera, para el ámbito de relaciones oficiales en el que subsiste, en que las tales ficciones no pueden establecerse por decretos reglamentarios, ni éstos las registran en los términos en que se dicen consagradas.

Empero, si de todo lo anterior quiere prescindirse, insistiéndose en mantener una tan equivocada como perjudicial creación jurisprudencial, al menos deben conservarse las notas fundamentales con que se la concibió. Porque de salarios caídos siempre se habló entre nosotros, en su concepción original y en sus aplicaciones de condena, como sanción para la mora injustificada en satisfacer las deudas laborales, entendiéndose como tal la renuencia, sin razón atendible, al pago de lo que el patrono sabía que adeudaba. Y cuando se encontraban motivos justificadores de esa conducta patronal, no operaba la dicha sanción, poniéndose en juego un elemento que se informó en la buena fe, y que todavía hoy orienta las interpretaciones de los textos legales sobre la materia.

La interpretación de la Sala descarta ese elemento. Para ella, el decreto a que me refiero establece simplemente un plazo; un plazo a cuyo vencimiento el patrono oficial incurre en mora, sin más análisis. Y para mí es inequívoco que, de esta suerte, se rompe una de las vértebras de la creación primitiva y de sus aplicaciones cons-

tantes, resultando una situación más rigurosa, e inexplicable además, para las entidades de derecho público, cuando el propósito del reglamento especial fue precisamente el de concederles un tratamiento mejor que a los patronos particulares.

Por otra parte, la indicada tesis del plazo olvida que para aquellas entidades y para las Cajas que atienden al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales rige un procedimiento administrativo que solo se inicia con el reclamo que haga el trabajador oficial. Entonces, no es cierto que terminado el contrato empiecen a correr los 90 días del plazo, ni que la obligación de liquidar y pagar pueda contarse desde el despido o desde el retiro del trabajador. Todavía más: los dichos 90 días no son tales, sino que pueden verse disminuídos o totalmente extinguidos por la voluntad del trabajador, con sólo presentar éste su reclamación varios días después o 90 días después de terminado el contrato. Sin que pueda sortearse la dificultad apuntada trasladando el cómputo del plazo a la fecha de la reclamación, pues el decreto es categórico al señalar, como punto de partida, el del retiro o el del despido del trabajador.

Por todo lo expuesto creo que la nueva jurisprudencia adolece de los siguientes errores:

1º Se mantiene dentro de la equivocada teoría de las ficciones y de la creencia de que ellas pueden establecerse por decretos reglamentarios;

2º — Prescinde del elemento buena fe, que ha venido informando toda la exégesis sobre la materia;

3º—Ignora que el reconocimiento y pago de las prestaciones de los servidores oficiales requieren reclamación ante la entidad que ha de satisfacerlas;

4º—Remite a la voluntad del trabajador el plazo calculado como necesario o como conveniente para que alcancen a cumplirse los trámites del reconocimiento y del pago, y

5º—Especialmente por las dos últimas razones, la mora puede sobrevenir por la actuación del trabajador y no por la conducta del patrono, a pesar de lo cual se impondrá sanción a éste.

En el caso de autos se ostentan todos los vicios anotados. Pues ocurre que Muñoz Parra, cuya vinculación laboral con el Municipio demandado terminó el 21 de marzo de 1952, sólo produjo su reclamación ante la Caja de Previsión Social (f. 71) el 3 de mayo del mismo año, esto es, cuando ya habían transcurrido un mes y días del término de que disponía dicha entidad para liquidar y pagar la prestación debida. Y la sentencia, partiendo de la base de la licitud de una ficción creada por decreto y entendiendo que la expresión relativa a que "los contratos de trabajo recobran su vigencia" significa que se causan "salarios caídos", hace operar mecánicamente la teoría del plazo y declara que hubo mora desde el 10 de julio siguiente (pese a que la Resolución de reconocimiento fue dictada desde el 13 de mayo anterior) impartiendo condenación desde esa fecha de julio. En otras palabras, que el término de 90 días hábiles tantas veces mencionado quedó reducido, por voluntad del trabajador, a dos meses y siete días solares. Definitivamente, yo no entiendo cómo puede constituír todo lo anterior una interpretación correcta de la ley. Como tampoco puedo entender que se califique de modo tan ligero la mala fe patronal —sobre la cual, en últimas, tuvieron que volver mis colegas de Sala— rechazando, como inválida la razón de los turnos, única en que repararon, y sin atender a que la resolución de reconocimiento fue dictada a los 10 días de presentada la solicitud, a que el cheque respectivo le fue girado al trabajador el 10 de septiembre del mismo año, y a que si hubo demora, de días, en este pago, ello también estuvo determinado por la tardanza en el reclamo del trabajador.

Las razones anteriores explican mi respetuoso disentimiento.

Bogotá, diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

Juan Benavides Patrón — Vicente Mejía O., Secretario.

SE REITERA LA JURISPRUDENCIA DE LA SENTENCIA ANTERIOR SOBRE INTERPRETACION DEL ARTICULO 52 DEL DECRETO 2127 DE 1945 Y DEL DECRETO 797 DE 1949. — INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY. — TECNICA DE CASACION

1.—La violación de la Ley no puede darse, a un mismo tiempo, por desconocimiento de su mandato o por rebeldía contra él, por mala interpretación y por aplicación indebida a consecuencia de errores de hecho.

2.—La acusación por interpretación errónea sólo cabe afirmarla cuando la sentencia no consulta el verdadero entendimiento de un precepto en que se ha informado la misma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diecisiete de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Redactaron: Magistrados Juan Benavides Patrón y Miguel Antonio Constaín. - Negocio de la mesa del primero)

Por medio de apoderado, José Gregorio Martínez demandó al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo se le condenara a pagarle los jornales que ha dejado de percibir desde el 31 de enero de 1951, día en el que fue retirado del servicio municipal, hasta la fecha en que se le reintegre a su cargo; el aumento de jornal de que trata el Decreto 3871 de 1949, y los salarios correspondientes a diez y seis días que faltaban para que se cumpliera presuntivamente el término del contrato de trabajo que los vinculó. El demandante produjo su identificación con la cédula de ciudadanía número 2628800 de Bogotá.

Según el libelo, Martínez trabajó para el Municipio, como obrero del alcantarillado, desde el 16 de febrero de 1943 hasta el 31 de enero de 1951; durante los tres últimos meses de labores devengaba un jornal de $ 4.14; fue despedido sin justa causa en la fecha expresada, cuando faltaban diez y seis días para cumplirse otro período semestral de trabajo; y ni el auxilio de retiro ni los salarios de preaviso le fueron cancelados dentro de los noventa días subsiguientes al despido.

En derecho se invocaron los decretos 2127 de 1945, 797 y 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950; el artículo 47 del CST. y las leyes 6ª de 1945 y 24 de 1947. Para el procedimiento, se agotó el reclamo gubernativo y se invocó el CPT.

La entidad demandana se opuso a las pretensiones del actor, alegando inexistencia de contrato de trabajo con el demandante, falta de acción para reclamar los denominados salarios caídos, pago oportuno de los aumentos reclamados y prescripción del derecho relativo a los mismos, e inexistencia de despido injusto y de lucro cesante. Formuló las excepciones respectivas y, además, la de incompetencia de jurisdicción.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento la desató en fallo totalmente absolutorio para la entidad demandada. Sus razones últimas fueron, después de reconocer la existencia de un contrato laboral entre los litigantes, las de ausencia de obligación en las entidades de derecho público y en las instituciones de previsión de pagar los denominados salarios caídos, respecto de esta primera súplica del libelo; pago de los aumentos reclamados por su petición segunda, y despido legal del trabajador, conforme a las facultades especiales conferidas al Alcalde de Bogotá por el Decreto número 73 de 1950, en lo que se relaciona con el extremo sobre lucro cesante. Condenó, además, en costas al vencido.

Por apelación del apoderado del trabajador subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que, en sentencia de 31 de octubre de 1955, reformó la de primera instancia en el sentido de revocar la absolución por lucro cesante condenando, en su lugar, a la suma de $ 20.70. Confirmó la absolución por los otros dos conceptos, y, en materia de costas, revocó la decretada por el **a-quo** declarando sin lugar a ellas en ninguna de las instancias.

Contra la sentencia anterior interpusieron el recurso de casación los apoderados de las partes litigantes y habiéndoseles concedido, admitido y tramitado en legal forma se va a decidir mediante

el estudio de las correspondientes demandas y de los escritos de oposición.

El recurso del trabajador

Persigue el quebrantamiento del fallo para que, en su lugar, se despachen favorablemente las súplicas del libelo inicial. Al efecto formula dos cargos que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.—Presenta violados, por todos los conceptos de la causal primera de la casación laboral, el decreto 797 de 1949 y el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, por no haber condenado el Tribunal a la reanudación del contrato de trabajo ni al reintegro del trabajador José Gregorio Martínez.

En desarrollo de este cargo, el recurrente expresa que el **ad-quem** no dio ninguna razón para negarse a acoger estas súplicas y que posiblemente lo hizo teniendo en cuenta las consideraciones que han motivado sus fallos anteriores sobre las materias de las mismas. Pero que la interpretación que hizo el parágrafo 2º del artículo 1º del decreto citado es arbitraria, no tiene respaldo en texto alguno y confunde el dicho precepto con el artículo 65 del CST. Que hubo infracción directa porque reconociendo como reconoce la misma sentencia que el Municipio estuvo en mora de pagar a Martínez su auxilio de retiro, no hay lógica para que el Tribunal se negara a condenar, siendo como son terminantes aquellas disposiciones, en el sentido de sancionar la mora patronal. Que por esa falta de condena también hubo aplicación indebida. Que por parecidos argumentos se ve claro que el Tribunal interpretó erróneamente las normas citadas, que sancionan pecuniariamente a los patronos que despiden a sus trabajadores sin ponerse antes a paz y salvo con ellos en punto a salarios, prestaciones e indemnizaciones. Que hubo, además, error de hecho, porque no apreció o apreció mal los documentos de folios 4, 8, 9, 10, 11, 14, 67 a 74, 77, 80, 81, 82, 84, 85, 86, así como las declaraciones de los folios 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 y 87 a 90, que establecen que Martínez fue despedido y el Municipio le pagó con mora su cesantía, que los salarios de aumento de 1949 no le han sido pagados todavía y que los salarios del preaviso tampoco le han sido cubiertos. Por todo lo cual debe reintegrársele a su cargo, de conformidad con el decreto 797 expresado, ya que el contrato de trabajo recobró todo su vigor, sin que sea procedente la definición del asunto con el criterio jurisprudencial ya revaluado de la **exceptio non adimpleti contractus.**

El Procurador Delegado en lo Civil, al oponerse a este cargo en representación del Municipio demandado, advierte que la acusación se halla absolutamente fuera de lugar, ya que en el libelo que dio origen al juicio no se plantearon peticiones sobre reintegro y reanudación del contrato y por consiguiente los juzgadores de instancia nada decidieron sobre ellas.

Se considera:

Tiene razón el representante del Municipio en el presente recurso. En efecto, el libelo inicial del juicio sólo contiene peticiones por salarios caídos, aumento de sueldo y lucro cesante, sin que los asuntos que ahora se someten a estudio de la Corte se hubiesen debatido en las instancias. Constituyen por lo tanto medios nuevos en casación, absolutamente inestimables.

Resta tan sólo anotar que el cargo propuesto pretende infringidos por todos los conceptos unas mismas disposiciones legales, lo cual, como lo han explicado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, constituye defecto técnico que impide el estudio de la acusación, la cual debe presentar de modo claro y correcto la violación de la ley. Y lógicamente ella, la violación de la ley, no puede darse, a un mismo tiempo, por desconocimiento o rebeldía, por mala interpretación y por aplicación indebida a consecuencia de errores de hecho.

No prospera, por lo expuesto el cargo.

Segundo cargo.—Está presentado así:

"Como la sentencia no condenó al pago de los salarios que José Gregorio Martínez ha dejado de devengar desde la fecha de su despido hasta la del reintegro, hubo violación directa y aplicación indebida del Decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945.

"Obsérvese que la información número 01029, de 28 de abril de 1955, de la Contraloría del Distrito Especial, nada dice sobre el pago de los salarios de preaviso. Por consiguiente, la sentencia del Tribunal Seccional, siguiendo la lógica del propio Tribunal, debió condenar al pago de los salarios caídos hasta la fecha en que el Municipio acredite haber pagado los salarios de aumento y de preaviso de José Gregorio Martínez.

"Como no lo hizo, acuso la sentencia de infracción directa, aplicación indebida y de interpretación errónea de la Ley 6ª de 1945 (artículo 11) y del Decreto 797 de 1949, artículo 1º, parágrafo

2º. La acuso también de haber cometido error de hecho.

"Las razones para fundamentar mis acusaciones son las mismas que dejé detalladas al cimentar el cargo de reintegro y reanudación del contrato.

"Razones del Tribunal.—El honorable Tribunal Seccional del Trabajo de Cundinamarca, en este punto de salarios, comete error:

"Su error consiste en no liquidar los salarios caídos a José Gregorio Martínez. Hay error en esta apreciación; porque prestación social no es únicamente la cesantía sino cualquiera otra obligación pendiente entre el Municipio y su trabajador despedido. Los autos pregonan que todavía en el día de hoy el Municipio adeuda salarios a José Gregorio Martínez. Si a los salarios no se les da el rango de prestación social, a lo menos, no se les puede quitar su calidad de salarios. El Decreto 797 de 1949, da nuevo nacimiento ope legis al contrato de trabajo, si al vencimiento de los noventa (90) días subsiguientes al despido del trabajador no se le han cubierto los salarios que se le adeuden. Consta de autos que hasta la fecha los salarios de aumento correspondientes a 1949 y los de preaviso de José Gregorio Martínez están insolutos. Por consiguiente, con la misma lógica del H. Tribunal Seccional, se deben liquidar los salarios caídos de José Gregorio Martínez hasta la fecha en que el Municipio acredite haber pagado a mi poderdante los salarios de aumento y los de preaviso. Lo cierto es que el Municipio de Bogotá reconoce deberlos. Como reconoce deberlos, mientras no acredite haberlos pagado está en mora debitoris con José Gregorio Martínez.

"Todos mis argumentos anteriores los doy por reproducidos para fundamentar este cargo sobre los salarios caídos. Por iguales motivos, al no condenar el H. Tribunal al pago de los salarios caídos, cometió infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea y error de hecho. Este último error de hecho lo cometió el H. Tribunal; porque dejó de apreciar o porque apreció mal los documentos de los folios ya citados.

"Todo ello sin contar que el Municipio de Bogotá pagó a José Gregorio Martínez la indemnización de cesantía mucho más allá de noventa (90) días subsiguientes al despido de José Gregorio Martínez".

Hace también el recurrente algunas consideraciones sobre el alcance del Decreto 797 de 1949 y concluye que la doctrina no puede llegar hasta dejar sin efecto el parágrafo 2º del artículo 12 del citado decreto, por sostener que el Municipio no puede ser condenado a pagar salarios caídos en atención a que la cesantía no la pagan los fondos comunes del Municipio sino la Caja de Previsión Municipal, sin tener en cuenta que el trabajador no puede demandar a la Caja porque su contrato no ha sido con ella sino con la entidad Municipal; y que solamente por reglamentación interna del Municipio, unas prestaciones se pagan con fondos comunes y otras con fondos especiales, pero que esa reglamentación no puede perjudicar los derechos del trabajador. El recurrente se refiere también a que el juzgador no puede dar por establecida la autonomía ni la personería jurídica de la Caja distinta a la del Municipio, pues ello no consta procesalmente, por lo cual invocarla y aplicarla es un abuso de poder de interpretación.

Se estudia:

El cargo adolece de defectos en su presentación. La técnica del recurso exige que los diversos motivos de casación se expresen separadamente para mayor claridad en el alcance de cada uno de ellos y para evitar el quebrantamiento de las reglas que gobiernan este medio extraordinario de impugnación. Por eso es criticable la manera como el recurrente plantea la acusación al involucrar en un solo razonamiento formas tan distintas de violación como son la infracción directa, la interpretación errónea y el error de hecho.

Pero como al desarrollar el cargo se habla concretamente de la interpretación errónea, en términos que estima la Sala suficientes para vincularla al estudio de la tesis sostenida por el Tribunal sobre el alcance de las normas que cita el recurrente, se procede a decidir este aspecto de la impugnación.

El Tribunal acepta con el a-quo que el pago de la suma correspondiente a la cesantía del actor "sufrió mora de cierta consideración", pero se abstiene de decretar la indemnización correspondiente en contra del Municipio por dicho retardo, sobre las siguientes consideraciones:

"SALARIOS CAIDOS.—Las razones en que el Juez del conocimiento fundamenta su absolución por este concepto las acoge en su totalidad esta Corporación. Ellas se basan en la jurisprudencia dictada por el H. Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de 27 de marzo de 1954 (Cosme Sanabria contra el Municipio de Bogotá), las cuales pueden resumirse así:

" 'El Decreto 797 de 1949 modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 en el sentido de conservar los salarios caídos únicamente cuando quien incurría en mora en el pago de las presta-

ciones sociales era un patrono particular. Habida cuenta de que la Ley 6ª de 1945 ordenó la creación de Cajas de Previsión, cuya autonomía está consagrada en los Decretos 1600 y 2767 del mismo año, el Decreto 797 tiende precisamente a liberar a tales entidades de la sanción por salarios caídos.. Ello, porque sería contrario a toda lógica enrostrar a las entidades de derecho público la mora en el pago de las prestaciones sociales, siendo que son otras las instituciones obligadas legalmente a pagar las deudas que por razón del contrato de trabajo tienen pendientes los servidores públicos.

"Bastan las anteriores razones para que el Tribunal confirme la negativa del Juez a esta petición".

Advierte la Sala que la jurisprudencia a que se refiere el Seccional no solamente contiene el argumento sobre la existencia de las Cajas de Previsión que destaca el fallo recurrido, sino que además sostiene, y de manera principal, la inaplicabilidad del citado Decreto en el inciso 3º del parágrafo 2º del artículo 1º, diciendo: "También resultaron excluídas de pago de salarios caídos las entidades de derecho público en el caso de mora en el pago de sus obligaciones, ya que lo dispuesto en el inciso tercero del parágrafo segundo del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es la recuperación real del vínculo y no la ficción de que trataba el art. 52 del Decreto 2127 de 1945, como resulta claramente de la diferente redacción de las disposiciones, recuperación real que es imposible por vía legal después de la terminación que implica el inciso primero del mismo parágrafo segundo cuando dice que se haga efectivo el despido o retiro del trabajador, pues un contrato terminado no puede revivir sino por voluntad de las partes". Y luego concluye: "Como según las razones expuestas, las entidales públicas y las instituciones de previsión quedaron excluídas del pago de los salarios caídos que el Decreto 797 de 1949 conservó únicamente para los patronos particulares, se ha de recurrir al sistema general de indemnización por mora, o sea, los intereses moratorios consagrados en la legislación civil, en los casos en que las entidades de derecho público o las instituciones de previsión dejen de cumplir sus respectivas obligaciones".

Por las razones que se dejaron ampliamente explicadas en sentencia de esta misma fecha proferida por la Sala al decidir el recurso de casación en el juicio que Abraham Muñoz Parra adelantó contra el Municipio de Bogotá, la Corte no comparte el criterio interpretativo acogido por el Tribunal sentenciador. En esa sentencia la Corte, después de hacer un estudio detenido de los orígenes y contenido del Decreto 797 de 1949 y de su antecedente inmediato, el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, concluye fijando así el alcance del parágrafo 2º del artículo 1º del citado Decreto 797:

"Como síntesis de todo lo anterior hay que entender que como el objetivo del plazo dado a la Administración fue el de suspender la obligación inmediata a la terminación del contrato de pagar los salarios y las prestaciones, para no hacerla exigible sino a su vencimiento, el Decreto sustrajo temporalmente de la relación jurídica la causa para cobrar perjuicios moratorios, mediante el desplazamiento de la ficción subsistencial del contrato por otra que lo consideró solamente suspendido. Mas como durante la suspensión no obra la mora, por cuanto se está dentro del plazo, vencidos los 90 días sin que se realizara el pago, era necesario, para hacer plenamente operantes las consecuencias por el retardo en la cancelación de las deudas laborales, que se reincorporara a la relación jurídica la causa para pedir perjuicios moratorios, que fue lo que hizo el Decreto al establecer que en este evento recobraría su vigencia el contrato en ficción. Por ello, el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, no hace otra cosa que establecer para la Administración un sistema que le permite disfrutar de una oportunidad mayor que los particulares para el pago de las deudas de trabajo, consagrando una obligación de dar y hacer dentro de un plazo determinado, cuyo incumplimiento configura la mora para la Administración, al tenor del ordinal 2º del artículo 1608 del Código Civil y le hace incurrir en la sanción de los salarios caídos, en virtud de la ficción subsistencial del contrato.

"Considera la Sala que la anterior interpretación que busca la operancia del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 como norma garante de los derechos de los trabajadores oficiales ante la mora de la Administración, consulta las más exigentes reglas de hermenéutica, porque, como ya se ha explicado, a tal entendimiento conduce la investigación sobre el espíritu de dicho precepto claramente manifestado en los considerandos del Decreto, en sus antecedentes, y en la necesidad de armonizar el alcance interpretativo que se dé a este parágrafo 2º, con el que se reconoce al inciso 1º y parágrafo 1º del mismo artículo que reproducen para los empleados particulares la regla general que traía el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, para que así los trabajadores de las entidades oficiales a que se refiere el Decreto precitado no queden en manifiesta

y desventajosa desigualdad con los trabajadores particulares, no obstante tener en un mismo cuerpo legal preceptos similares y conexos de ostensible intención protectora.

"Todo lo explicado demuestra que es errónea la primera afirmación en que se sustenta la jurisprudencia invocada por el Seccional, o sea, la de inaplicabilidad del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949; pero más equivocadas aparecen aún las consecuencias que de ello se hacen surgir para desviar los efectos del incumplimiento hacia el campo del derecho civil, concretándolos en los interesse legales moratorios ordinarios, porque dentro de un estricto proceso lógico-jurídico, era necesario llevar hasta sus últimas consecuencias la resolución de no aplicar la norma, y entonces, frente a lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido deben aplicarse las leyes que regulen casos o materias semejantes, y existiendo y manteniéndose la disposición para trabajadores particulares y su interpretación jurisprudencial que le da efectividad a través de los salarios indemnizatorios por mora, ha debido remitirse la relación laboral-administrativa, en este punto, a las reglas que gobiernan la relación obrero-patronal ordinaria, porque dentro de la vigencia del Decreto 2127 de 1945 los trabajadores oficiales que se entendieron vinculados a la Administración por contrato de trabajo, fueron asimilados a trabajadores particulares y sus relaciones se rigieron por las mismas normas de éstos, en todo aquello para lo cual no tuvieran legislación especial.

"Una segunda afirmación trae la jurisprudencia aplicada por el ad-quem, que se basa en la existencia de las Cajas de Previsión, para concluir que las entidades de derecho público que tengan establecidas tales instituciones no pueden afectarse por la mora en que incurran dichas Cajas en el pago de las obligaciones que están a su cargo; pero que las Cajas tampoco pueden ser gravadas con "salarios caídos" por cuanto ellas no celebran los contratos con los trabajadores oficiales. En primer término, este argumento de las Cajas pagadoras peca por defecto, pues en muchos casos resultaría ineficaz, por su absoluta inaplicabilidad, para sostener la tesis general que propugna, cuando las deudas laborales provinieran exclusivamente de obligaciones cuyo pago no está asignado a dichos Institutos de Previsión Social sino que se hace directamente por los tesoros de las entidades públicas, como serían los relativos a salarios, indemnización por lucro cesante, compensación de vacaciones en dinero, y sobrerremuneración por trabajo en días domingos y festivos, horas extras o trabajo nocturno. En segundo lugar, no debe olvidarse que las Cajas son partes integrantes de la respectiva Administración, son apenas formas de manifestarse ésta en un sector de sus funciones, son simples delegatarias de las entidades públicas para liquidar y pagar prestaciones según lo dejó definido con acierto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo (G. del T. Tomo V, números 41 a 52, págs. 264 y ss.), por lo cual es indudable que entre tales Cajas y la entidad pública correspondiente existe unidad de responsabilidad, de efectos más vinculantes aún que la solidaridad porque se trata de una misma Administración, de tal suerte que la sanción que el Decreto establece para la entidad de derecho público no es injurídica ni imposible de aplicar, pues parte del concepto de la responsabilidad unitaria entre la Administración y su caja pagadora. La mora de la caja es mora de la Administración y como tal la entendió la norma, pero como el vínculo contractual se establece no con la Caja sino con la entidad pública, era natural que las consecuencias de la subsistencia ficcionada del contrato las sufran las entidades de derecho público y no las Cajas pagadoras".

De lo expuesto se deduce que el Seccional interpretó erróneamente las normas citadas en el cargo, al no condenar al Municipio al pago de los salarios indemnizatorios por mora en la cancelación de la cesantía del actor, fundándose en la equivocada interpretación jurisprudencial que acogió en su sentencia. Prospera el cargo y la Corte, en función de instancia, procede a decidir el punto concretándose únicamente a este aspecto de la cesantía, pues en cuanto a la mora en el pago de los "salarios de aumento y los de preaviso", que también indica el acusador, no halla fundamento la petición del cargo, ya que los salarios de aumento aparece que fueron oportunamente cancelados por el Municipio (fls. 26), y aparece también que se le reconoció al actor una década de preaviso (fls. 4 y 8), además de que este último extremo no fue pedido en la demanda inicial ni considerado por los jueces de instancia.

Martínez fue despedido el 31 de enero de 1951 (fls. 8 y 77). Solamente el 19 de septiembre de 1951 le fue pagado al actor por la Caja de Previsión Municipal el valor del auxilio de cesantía en cheque número 10 de la serie 5827, a cargo del Banco de la República (fls. 80 y 81). El plazo de 90 días de que habla el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que debe entenderse en días hábiles según el artículo 62 del C. de R.

P. y M., venció el 23 de mayo de 1952, lo que implica que hubo mora de 118 días en la cancelación del valor de dicho auxilio.

No halla la Sala ninguna razón que justifique el retardo en la cancelación de la citada deuda laboral al demandante y que permita exonerar al Municipio de la indemnización por mora, pues la explicación que da el Secretario General de la Gerencia de que el pago "se efectuó de acuerdo con los turnos establecidos por esta Entidad, para tal efecto" (fl. 81), no es valedera, ya que, precisamente, en virtud del ordenamiento legal estudiado, los turnos de los pagos deben organizarse y cumplirse dentro de los 90 días subsiguientes al despido o retiro del trabajador.

Los 118 días de mora a razón de un salario diario de $ 4.14 comprobado en autos (fl. 10), arrojan un valor de $ 488.52, suma que por dicho concepto deberá pagar el Municipio de Bogotá al demandante Martínez.

El recurso del Municipio

Formulado por el Procurador Delegado en lo Civil persigue "la infirmación del punto segundo de la parte resolutiva del fallo recurrido en cuanto por él se revoca el punto segundo de la sentencia de Tribunal y en su lugar se condena al Municipio de Bogotá a pagar al demandante la suma de veinte pesos con setenta centavos ($ 20.70) por concepto de los salarios faltantes para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo, y para que, en su lugar, se absuelva a la entidad demandada en relación con esta petición formulada por el actor, tal como lo decidió el Juez de primera instancia".

A este efecto, en un solo cargo, se acusa la sentencia, de ser violatoria, por aplicación indebida, del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, como consecuencia de haber interpretado erróneamente el Tribunal el artículo único del Decreto extraordinario 73 de 1950.

En desarrollo de esta acusación dice el Procurador que la norma primeramente citada se refiere al pago de los salarios faltantes de que trata la condena del Tribunal; y que el artículo único invocado faculta "al Alcalde de Bogotá para crear empleos, proveerlos, suspenderlos, señalarles asignaciones y funciones precisas, suprimirlos y refundirlos dentro de las partidas asignadas para personal en el presupuesto vigente, con el fin de reorganizar técnica y económicamente la Administración Municipal"; que el legislador, por medio de la disposición transcrita, que tiene un carácter especial, con el objeto de facilitar la reorganización técnica y económica de la dicha administración señaló ciertas facultades al Alcalde de Bogotá, entre las cuales figura la de suspender, suprimir y refundir empleos; que tal disposición no contiene otra cosa que una facultad expresa para suspender o terminar unilateralmente por parte del Municipio y sin previo aviso el contrato de trabajo; que esto es una forma o modalidad de suspensión o terminación del contrato creada legalmente y que, por lo tanto, debe tenerse en cuenta cuando quiera que tengan que aplicarse los preceptos contenidos en el Decreto 2127 de 1945, como ocurre en el caso **sub-lite**, no siendo en manera alguna una ruptura ilegal del contrato, por parte del patrono, aquella que se funda en una disposición expresa, clara y especial de la misma Ley. Agrega que no existe razón alguna para que el funcionario público con jurisdicción y mando tenga la obligación de acreditar dicha facultad o que procedió en ejercicio de ella, sino, todo lo contrario, lo que debe probarse es que obró violando la ley o incumpliéndola o extralimitándose en la atribución que le otorga. Que en un caso como el de autos no podría cumplirse el fin de reorganización técnica y económica del Decreto 73 de 1950. Por todo ello es absolutamente claro que el Tribunal interpretó equivocadamente el precepto aludido y a consecuencia de esta errada interpretación aplicó el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 condenando al Municipio a los salarios del tiempo faltante para el vencimiento del contrato presuntivo del promotor de la litis.

El apoderado de Martínez, opositor en este aparte del recurso, replica que el Decreto 73 de 1950 es inconstitucional, ya que el Presidente de la República no puede facultar al Alcalde de ningún Municipio ni Distrito para nada, pero que, en todo caso, Martínez no salió del Municipio por supresión del cargo, o por lo menos, no se probó este hecho.

Se considera:

La decisión del **ad-quem** acerca del extremo a que se refiere este cargo no se fundamenta en interpretación alguna del Decreto 73 de 1950. En efecto, a folios 126 y 127 del expediente puede leerse que a lo que se atuvo el fallador para definir la súplica sobre lucro cesante fue al motivo alegado por el Municipio para despedir a Martínez, conforme a las probanzas de los folios 77, 4 y 8, motivo que no encontró demostrado. Entonces, la aplicación que hizo del Decreto 2127 de 1945 re-

posa en el examen de una cuestión probatoria que nada tiene que ver con el equivocado entendimiento que plantea el cargo. Con todo, si lo que se pretende es que precisamente la violación de la ley ocurrió por haber desviado el Tribunal el estudio del asunto hacia el tema de la ilicitud del despido, olvidando que conforme al decreto equivocado el Alcalde se hallaba revestido de las facultades que alega, la acusación ha debido proponerse por la vía de la infracción directa, por ser la que corresponde al fenómeno anotado y no por la escogida de "La interpretación errónea que sólo cabe afirmarla cuando la sentencia no consulta el verdadero entendimiento de un precepto en que se ha informado la misma".

En las circunstancias anteriores el cargo no aparece bien formulado y se impone su desestimación.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto por el numeral 3º de su parte resolutiva absolvió al Municipio demandado del pedimento de "salarios caídos" y, en su lugar, CONDENA al **Municipio de Bogotá** a pagar al demandante **José Gregorio Martínez** la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS ($ 488.52), como indemnización de perjuicios por la mora en el pago de su auxilio de cesantía. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — **Enrique Arámbula Durán** — Salvo el voto en la solución del segundo cargo de la demanda del trabajador. **Juan Benavides Patrón** — **Sergio Antonio Ruano** — **Vicente Mejía O.**, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JUAN BENAVIDES PATRON

No comparto la interpretación de la mayoría de la Sala acerca de que el decreto 797 de 1949 debe entenderse en el sentido de que otorga o constituye un plazo para que, dentro de él, las entidades de derecho público liquiden y paguen a sus servidores con vinculación laboral los salarios, prestaciones e indemnizaciones que les adeuden, incurriendo, en caso de no hacerlo así, en mora sancionable con los denominados "salarios caídos". En realidad, esta tesis del plazo, que ahora se convierte en jurisprudencia de la Corte, no es sino una de las varias opiniones en que hasta el momento se han debatido los exégetas de aquel decreto. En efecto, al lado de ella o en oposición a ella podría citar la que exigió del trabajador el regreso al cumplimiento de sus funciones o la demostración de haber estado dispuesto a desempeñarlas, para evitar la operancia de la **exceptio non adimpleti contractus**, que se consideró en juego por los fenómenos de la suspensión del vínculo, del término de noventa días para la liquidación y pago de las deudas laborales, y de la debatida expresión "los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia", registrados con tan diversa fortuna por el susodicho decreto; como puedo recordar también la que, hallando injurídica esa misma expresión, concluyó —con refuerzo en otros argumentos que constituyeron, en conjunto, la última jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo— en la inaplicabilidad de la parte final del parágrafo 2º de aquel decreto y de la sanción moratoria que se supone regulada por él; como podría referirme, sin compartirla, a la que distingue entre empleados y obreros de la administración pública, y hasta a la de quienes han afirmado, con mejores razones, que el tal decreto y su antecedente, el artículo 52 del 2127 de 1945, rebasan la potestad reglamentaria y no pueden producir efectos jurídicos. Aludo a todas esas interpretaciones para destacar el esfuerzo jurisprudencial que se ha adelantado entre nosotros sobre tan intrincada materia, y para que se empiece a ver cómo no es tan sencilla ni tan clara la solución que ahora se propugna.

Concretamente, para concluir que la tan discutida frase ("los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley") significa que el patrono debe "salarios caídos", se requiere todo un alarde de imaginación que no se compadece con el desarrollo actual del derecho del trabajo, concebido como disciplina jurídica. Porque las figuras de la continuidad ficcionada del contrato de trabajo y de los mal denominados salarios caídos y de otras invenciones de tan desastrosas consecuencias, si alguna explicación tuvieron en los comienzos de nuestra legislación laboral y de su interpretación, hoy se ostentan como jurídicamente indefensables. Mas si pudiera conservarse el criterio que las inspiró —conservarse por la misma ley de inercia que las mantuvo en el campo de nuestras decisiones jurisprudenciales y que hasta las incorporó en el código sustantivo del trabajo para las relaciones del dominio particular, desapareciendo con ello una buena parte de la arbitrariedad de su creación— es tiempo ya de que se repare siquiera, para el ámbito de relaciones oficiales en el que subsiste, en que las tales ficciones no pueden establecerse por decreto reglamentario, ni éstos las registran en los términos en que se dicen consagradas.

Empero, si de todo lo anterior quiere prescindirse, insistiéndose en mantener una tan equivocada como perjudicial creación jurisprudencial, al menos deben conservarse las notas fundamentales con que se la concibió. Porque de salarios caídos siempre se habló entre nosotros, en su concepción original y en sus aplicaciones de condena, como sanción para la mora injustificada en satisfacer las deudas laborales, entendiéndose como tal la renuencia, sin razón atendible, al pago de lo que el patrono sabía que adeudaba. Y cuando se encontraban motivos justificadores de esa conducta patronal, no operaba la dicha sanción, poniéndose en juego un elemento que se informó en la buena fe, y que todavía hoy orienta las interpretaciones de los textos legales sobre la materia.

La interpretación de la Sala descarta ese elemento. Para ella, el decreto a que me refiero establece simplemente un plazo; un plazo a cuyo vencimiento el patrono oficial incurre en mora, sin más análisis. Y para mí es inequívoco que, de esta suerte, se rompe una de las vértebras de la creación primitiva y de sus aplicaciones constan-

tes, resultando una situación más rigurosa, e inexplicable además, para las entidades de derecho público, cuando el propósito del reglamento especial fue precisamente el de concederles un tratamiento mejor que a los patronos particulares.

Por otra parte, la indicada tesis del plazo olvida que para aquellas entidades y para las Cajas que atienden al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales rige un procedimiento administrativo que sólo se inicia con el reclamo que haga el trabajador oficial. Entonces, no es cierto que terminado el contrato empiecen a correr los noventa días del plazo, ni que la obligación de liquidar y pagar pueda contarse desde el despido o desde el retiro del trabajador. Todavía más: los dichos noventa días no son tales, sino que pueden verse disminuídos o totalmente extinguidos por la voluntad del trabajador, con sólo presentar éste su reclamación varios días después o 90 días después de terminado el contrato. Sin que pueda sortearse la dificultad apuntada trasladando el cómputo del plazo a la fecha de la reclamación, pues el decreto es categórico al señalar, como punto de partida, el del retiro o el del despido del trabajador.

Por todo lo expuesto creo que la nueva jurisprudencia adolece de los siguientes errores:

1º—Se mantiene dentro de la equivocada teoría de las ficciones y de la creencia de que ellas pueden establecerse por decretos reglamentarios;

2º — Prescinde del elemento buena fe, que ha venido informando toda la exégesis sobre la materia;

3º Ignora que el reconocimiento y pago de las prestaciones de los servidores oficiales requieren reclamación ante la entidad que ha de satisfacerlas.

4º Remite a la voluntad del trabajador el plazo calculado como necesario o como conveniente para que alcancen a cumplirse los trámites del reconocimiento y del pago, y

5º Especialmente por las dos últimas razones, la mora puede sobrevenir por la actuación del trabajador y no por la conducta del patrono, a pesar de lo cual se impondrá sanción a éste.

En el caso de autos se ostentan todos los vicios anotados. Pues ocurre que Martínez, cuya vinculación laboral con el Municipio demandado terminó el 31 de enero de 1951, sólo produjo su reclamación ante la Caja de Previsión Social (f. 81) el 2 de abril del mismo año, esto es, cuando ya habían transcurrido dos meses y días del término de que disponía dicha entidad para liquidar y pagar la prestación debida. Y la sentencia, partiendo de la base de la licitud de una ficción creada por decreto y entendiendo que la expresión relativa a que "los contratos de trabajo recobran su vigencia" significa que se causan "salarios caídos", hace operar mecánicamente la teoría del plazo y declara que hubo mora desde el 23 de mayo siguiente, impartiendo condenación desde esta última fecha. En otras palabras: que el término de 90 días hábiles tantas veces mencionado quedó reducido, por voluntad del trabajador, a un mes y veintiún días solares. Definitivamente, yo no entiendo cómo puede constituir todo lo anterior una interpretación correcta de la ley. Como tampoco puedo entender que se califique de modo tan ligero la mala fe patronal —sobre la cual, en últimas, tuvieron que volver mis colegas de Sala, en virtud de las razones que no permitían desechar este factor de la creación jurisprudencial— rechazando, como inválida, la razón de los turnos (f. 12 de la sentencia de casación), única en que repararon sin atender a que el fenómeno de la demora en el pago también estuvo determinado por la del reclamo del trabajador.

Las razones anteriores explican mi respetuoso disentimiento.

Bogotá, diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

Juan Benavides Patrón—Vicente Mejía Osorio,

Secretario.

LA REFORMATIO IN PEJUS SE PRESENTA CUANDO EL JUZGADOR DE SEGUNDA INSTANCIA AGRAVA LA SITUACION DEL UNICO APELANTE Y LA EXTRA Y ULTRA PETICION CUANDO EL DE PRIMERA INSTANCIA CONDENA A MAS POR FUERA DE LO PEDIDO POR EL TRABAJADOR

La "reformatio in pejus" sólo se presenta cuando el superior enmienda el fallo, objeto del recurso, en el sentido de agravar la situación adquirida por el único apelante. Persiguiendo el artículo 50 del C. P. L., en su parte final, que se pueda condenar a cantidades mayores a las impetradas, en la medida que la ley las consagra y cuando no hayan sido cubiertas, el objetivo de tal norma se dirige a mejorar, cuando hay base legal para ello, la situación que en el libelo plantee el trabajador. Y si tal facultad hubiese sido dada también a los jueces de segundo grado, al ejercitarla el Tribunal en el caso de autos, en que el trabajador es el único apelante, no incurriría en la prohibición que consagra la "reformatio in pejus". De modo que la verdadera razón para haber mantenido el ad-quem la condena del inferior es únicamente la aplicación u observancia de la tan mentada norma del artículo 50.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dieciocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

César Salamanca Bedoya demandó por medio de apoderado ante el Juez Seccional del Trabajo de Ibagué a Pedro Moreno Aldana, para que por los trámites del juicio ordinario de trabajo se le condenara a pagarle la suma de $ 35.050.59 por los siguientes conceptos: $ 27.215.10 por el tiempo de 33 meses que faltaban para cumplirse el plazo pactado en el contrato de trabajo celebrado entre las partes al tenor de lo estipulado en la escritura pública número 772 de fecha 3 de septiembre de 1951; $ 3.230.07 por concepto de 47 meses de cesantía comprendidos entre el 27 de marzo de 1950 y el 25 de febrero de 1954, con un sueldo promedio de $ 824.70 en el último año de servicios; $ 1.237.05 correspondientes a 18 meses de cesantía con el mismo sueldo promedio y durante el período comprendido entre el 25 de febrero de 1954 y el 3 de septiembre de 1956; $ 412.35 por vacaciones correspondientes al período que va del 27 de marzo de 1954 al 27 de marzo de 1956, y $ 2.130.32 por prima de servicios de 30 meses.

Como hechos de la demanda expresó los siguientes: que por escritura pública número 1.104 de 27 de noviembre de 1950 de la Notaría del Circuito del Líbano, Salvador Castellanos en su calidad de socio administrador de la firma "Casmoreno & Piñeros Ltda." confirió poder general a César Salamanca Bedoya para representar y efectuar negocios, inclusive nombrar apoderados y los demás propios de la firma; que en tal contrato se estipuló como término el de 5 años contados a partir de la fecha del instrumento, plazo que se hizo rescindible a voluntad de las partes, pero no unilateralmente; que se convino como participación para Salamanca Bedoya sobre las utilidades un 10% deducido tal porcentaje de las utilidades líquidas que arrojara el balance general de los negocios de la firma en Ibagué y un sueldo mensual de $ 600.00.

Posteriormente, y por escritura pública número 772 de 3 de septiembre de 1951 y de la misma Notaría, se modificó la anterior fijando nuevamente un plazo de 5 años para la prestación de los servicios, que se contaría a partir de la fecha del nuevo instrumento y fijando como contraprestación una participación del 15% sobre las utilidades líquidas en Ibagué y $ 500.00 mensuales. Se pactó también esta vez, que el contrato no sería rescindible sino a voluntad de las partes y que en caso de liquidación por caso fortuito debidamente comprobado o pérdidas del 50%, se consideraría rescindido el contrato, previo el arreglo del caso. En tal virtud entró Salamanca Bedoya a prestar sus servicios en las oficinas de Ibagué el 27 de marzo de 1950 y en esas condiciones continuó hasta el 25 de febrero de 1954, fecha en que fue suspendido por Pedro Moreno Aldana, quien asumió la responsabilidad del pago de las prestaciones y sueldos de los empleados de

la firma y se negó a reconocer al demandante la participación del 15% de utilidades ya pactada.

Vino luego la liquidación de la sociedad, por escritura pública número 107 de 13 de febrero de 1954. A Pedro Moreno Aldana le correspondieron en la liquidación los siguientes bienes: la hacienda "Perales" y enseres y mercancías del almacén de ferretería situado en la carrera 2ª número 15-76 en Ibagué. Salamanca Bedoya trabajó entonces en la ferretería y en la hacienda citadas como administrador. En el documento de liquidación de la sociedad se estipuló que Pedro Moreno Aldana se haría cargo del pago de las prestaciones debidas a los empleados. No se liquidó el contrato pendiente con Salamanca Bedoya. Hasta el momento no se han pagado las prestaciones sociales, no se ha cumplido con los términos del contrato y sí se prescindió de los servicios del actor; que Pedro Moreno Aldana está obligado a cumplir las cláusulas del contrato de trabajo escrito y al pago de las prestaciones que le corresponden al demandante.

Fundamentó la demanda en las siguientes disposiciones: artículo 2º del Decreto Legislativo número 617 de 1954, artículos 22, 23, 37, 39, 51, 55 a 60, 61 a 66, 67 a 70, 64 ordinal 2º, 186 a 192, 249 a 258 y 306 a 308 del C. S. del T. y concordantes del C. P. del T.

La parte demandada al contestar manifestó que no eran ciertos casi todos los hechos afirmados por el actor "sino únicamente en cuanto al otorgamiento de los instrumentos públicos que en ellos se mencionan"; negó especialmente el hecho en que se afirma que el actor fue suspendido por el demandado y sustituído por él en los negocios de la firma, pues sostiene que "siempre ha tenido esa dirección, en su carácter de socio y Gerente"; insiste en que la relación de las partes estuvo regida por un mandato y no por contrato laboral, y que dicho vínculo "fue roto por el demandante quien abandonó sus funciones...".

Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de personería de la parte demandada.

Tramitada convenientemente la litis, el Juez del Trabajo de Ibagué la desató por medio de sentencia de fecha 29 de octubre de 1955, así:

"1º—CONDENASE a **Pedro Moreno Aldana**, de las condiciones civiles conocidas y debidamente apoderado a pagar a favor de **César Salamanca Bedoya**, también de condiciones civiles conocidas y debidamente apoderado, las siguientes cantidades de dinero, así: a) La suma de **cuatro mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con noventa y cinco centavos** ($ 4.466.95) moneda corriente, por concepto de CESANTIA;

b) La suma de **mil doscientos ochenta y seis pesos con cincuenta y cuatro centavos** ($ 1.286.54) moneda corriente, por concepto de VACACIONES;

2º—ABSUELVESE a **Pedro Moreno Aldana**, de las demás peticiones de la demanda instaurada por César Salamanca Bedoya por prestaciones sociales en general, por medio de apoderado.

"3º—Sin COSTAS".

De esta decisión apeló el apoderado del actor y el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en providencia de diez y nueve de enero de 1956, aunque por razones diferentes, confirmó el fallo del a-quo.

Contra esta providencia ha recurrido en casación el apoderado del actor, y habiéndose admitido y tramitado legalmente el recurso, pasa a decidirse mediante el examen de la demanda, constante de tres cargos, y del escrito de oposición.

Invoca el recurrente la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

Alcance de la impugnación

Aspira a la invalidación total del fallo recurrido y a que, en consecuencia, la Corte, en función de instancia, "haga las condenas relacionadas con la cesantía y las vacaciones causadas por mi poderdante, en forma que ellas sean liquidadas con el promedio real de la remuneración que recibió el mismo, según lo deducido en el juicio, sin perjuicio de que se ordene la deducción de la suma que en autos aparece le fue pagada —anticipadamente— como auxilio de cesantía y también por vacaciones".

Primer cargo

Acusa la sentencia por violación directa debido a no aplicación de los artículos 253 y 189 —inciso 2º— del C. S. del T., en relación con los artículos 249, 186, 192, 13, 14 y 127 del mismo Código; y también con los artículos 16 del C. C., 50 del C. de P. L. y 494 del C. J.

Parà demostrar el cargo afirma que el sueldo total con que debían liquidarse cesantías y vacaciones era el de $ 2.565.87, pero que "se abstuvo de proceder en consonancia con su propio planteamiento" y no condenó con base en ese salario, dejando de aplicar las dos primeras normas enunciadas en el cargo. Transcribe algunos párrafos de la sentencia impugnada, en los cuales el ad-quem expresa las razones que lo llevaron a confirmar

el fallo del juez del conocimiento y manifiesta que tal es el motivo por el cual acusa el proveído de aquél, como violatorio de los artículos 253 y 189 —inciso 2º— del C. S. del T. Afirma que las disposiciones invocadas guardan estrecha relación con el artículo 249 ibidem, que establece el derecho de la cesantía a razón de un mes de salario por año de servicio, y con el artículo 127, que define los elementos integrantes de la remuneración. Alude también a los artículos 13 y 14 del C. S. del T. Refiérese asimismo a la relación que guardan las normas acusadas con los artículos 50 del C. de P. L. y 494 del C. J., las cuales acusa en el segundo cargo.

Se considera:

Evidentemente el Tribunal estableció de autos que el sueldo promedio mensual fijo del actor era de $ 659.44 y que el promedio mensual que le correspondía por ganancias líquidas era de $ 1.906.43, lo que daría un sueldo total para las liquidaciones de $ 2.565.87. De ahí que concluya: "Como trabajó tres años once meses con el sueldo anteriormente fijado el total de la cesantía arroja la suma de $ 10.049.63. De esta suma se deduce la cantidad de $ 1.305.87, que según la inspección ocular que practicó el Juzgado de la instancia en los libros de contabilidad del demandado que le fue señalada, lo que da un total definitivo por concepto de cesantía de $ 8.743.76 m. cte. que no sería la suma que fijó el Juzgado en la providencia recurrida sin base. sin análisis y sin explicación de ninguna naturaleza" (fl. 52). Y al folio siguiente se expresa así el ad-quem: "Por concepto de vacaciones y con el sueldo de $ 2.565.87 mensual de que ya se habló, le correspondería al demandante la cantidad de $ 3.848.79. Pero como en la inspección ocular que practicó el Juez se anotó que había recibido $ 412.15, restando esta cantidad de la anterior daría un total definitivo por concepto de vacaciones de $ 3.436.34".

Continúa el sentenciador así:

"Pero aquí debe tenerse en cuenta una cosa importantísima y es que en cuanto a la cesantía por el tiempo fijado en la demanda en lo que pudiéramos llamar primer período y en el tiempo que consideró el Juzgado, da una suma menor a la establecida en la liquidación que ha hecho la Sala. La demanda en la petición 2ª fija la cantidad de $ 3.23.07 (sic) y el Juzgado condenó a $ 4.466.95. No podría el Tribunal fallar ultra petita, pues las condenaciones sobre extra y ultra petita, como lo ha dicho el Tribunal Supremo del Trabajo, pertenecen al Juez de primera instancia, y carecen de ella los Tribunales de segundo grado, en virtud de la conservación que se ha hecho de la figura procesal conocida con el nombre de 'reformatio in pejus'".

"Además, la Sala tendrá que atenerse al fallo condenatorio en cuanto favorece al demandante pues él fue el apelante y entre la jerarquía jurisdiccional, el superior que conoce de un negocio por efecto de un recurso legal no puede enmendar la providencia recurrida en sentido que desmejore la situación procesal adquirida por el recurrente. Cuando un recurrente —ha dicho la Corte— no ataca sino lo desfavorable que contra él contiene una providencia judicial no recurrida por su contraparte, en lo que le favorezcan es inmodificable".

Para el opositor el cargo está mal formulado, pues advierte que en el caso sub-lite "el monto del salario no solamente fue discutido sino que en el expediente no se encuentra comprobado legalmente", por lo cual mal puede acusarse por infracción directa de la ley. Mas con examen de los apartes del fallo, que se han transcrito, puede observarse que en el caso en estudio no hubo falta de aplicación de las normas acusadas, por rebeldía o ignorancia del sentenciador, puesto que su decisión se basa simplemente en haber considerado que el artículo 50 del C. P. L. no lo autorizaba, como es lo cierto, para impartir la condena, no obstante haber reconocido la comprobación de un salario mayor. De manera que el soporte de la sentencia no es otro que la interpretación que el ad-quem dio al precitado artículo 50. En estas condiciones ha debido acusarse por interpretación errónea de esta norma, como lo intenta el impugnador en el segundo cargo, que pasa a estudiarse.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo formula así:

"La sentencia impugnada viola, por interpretación errónea, el artículo 50 del C. Procesal del Trabajo, que es de naturaleza sustantiva por tratarse de una disposición sobre competencia. El artículo violado tiene mucha relación con el artículo 494 del C. J., 16 del C. C. y con los artículos 253, 189 —inciso 2º—, 249, 186, 192, 13, 14 y 127 del C. S. T.".

Afirma el recurrente: "Interpretando erróneamente el referido artículo 50, el **ad-quem** se abstuvo de reformar el fallo apelado, en el sentido

de ordenar el pago de la cesantía y de las vacaciones con el sueldo total de $ 2.565.87, en la creencia equivocada de que ello equivalía a hacer uso de la facultad de sentenciar ultra petita, o sea, más allá de lo pedido, sólo otorgada al Juez de primera instancia, y en guarda de la 'reformatio in pejus'.

"Olvidó el Tribunal que la 'reformatio in pejus' no se infringe cuando el mismo actor es el apelante' Este tiene derecho, mediante el recurso de apelación, a aspirar a una situación más benéfica. Distinto es el caso cuando el demandado es el recurrente en apelación, en que el superior puede enmendar desfavorablemente la situación del actor, sin tampoco hacer más onerosa la del demandado-apelante.

"En el caso de autos, en que sólo el actor interpuso el recurso de apelación, no existe causa que justifique la circunstancia de que no se le haya beneficiado más con el recurso. Ni isquiera, repito, el hecho de haber logrado en la primera instancia una sentencia ultra petita, toda vez que con la reforma favorable, únicamente se habría propiciado la debida aplicación de los artículos 253 y 189 —inciso 2— del C. S. T., sobre los salarios con los cuales se liquidan la cesantía y las vacaciones, respectivamente".

Para el opositor el ad-quem entendió correctamente la norma acusada, ya que con su proceder no hizo sino atenerse a doctrinas ya sentadas por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

Se considera:

Conforme a las transcripciones del fallo del ad-quem, hechas en el cargo anterior, es lo cierto que el Tribunal encontró probado un sueldo total de $ 2.565.87, para efectuar la liquidación de prestaciones a favor del actor. Con esta base fijó el total del auxilio de cesantía en $ 10.049.63; dedujo $ 1.305.87, como anticipo recibido y consideró que por este concepto le correspondía al trabajador la suma de $ 8.743.76, criticando la cantidad fijada por el juez de instancia como obtenida "sin base, sin análisis y sin explicación de ninguna naturaleza". En el mismo sentido se pronunció respecto de la condena por vacaciones. No obstante, contra su propio planteamiento, mantuvo las decisiones del a-quo porque estimó que no podía fallar "ultra petita", ya que tal facultad está reservada únicamente a los jueces de primer grado, considerando además que los de segundo carecen de ella en virtud de la "reformatio in pejus".

No se requiere esfuerzo mental alguno para comprender el entendimiento que dio el sentenciador al artículo 50 impugnado, al abstenerse de producir condenas mayores a las del Juez del conocimiento, puesto que al darle la interpretación literal no hizo sino traducir lo que el claro texto de la norma consagra. Por tanto la decisión tomada por este aspecto resulta acertada y, como constituye el soporte fundamental del fallo, éste debe sostenerse.

Mas como el Tribunal estima que la carencia de la capacidad para fallar ultra petita obedece al respeto de la "reformatio in pejus", conviene advertir que nada tiene qué ver, en el caso sub-lite, esta figura procesal con la ausencia de tal ejercicio. La "reformatio in pejus" sólo se presenta cuando el superior enmienda el fallo, objeto del recurso, en el sentido de agravar la situación adquirida por el único apelante. Persiguiendo el artículo 50 del C. P. L., en su parte final, que se pueda condenar a cantidades mayores a las impetradas, en la medida que la Ley las consagra y cuando no hayan sido cubiertas, el objetivo de tal norma se dirige a mejorar, cuando hay base legal para ello, la situación que en el libelo plantee el trabajador. Y si tal facultad hubiese sido dada también a los jueces de segundo grado, al ejercitarla el Tribunal en el caso de autos, en que el trabajador es el único apelante, no incurriría en la prohibición que consagra la "reformatio in pejus". De modo que la verdadera razón para haber mantenido el ad-quem la condena del inferior es únicamente la aplicación u observancia de la tan mentada norma del artículo 50, y no las demás consideraciones que equivocadamente planteó.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Tercer cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 50 del C. de P. L. y agrega: "La violación del artículo 50 citado es **indirecta** por haber incurrido en ella el Tribunal a través de un error de hecho, consistente en no haber apreciado el punto m) de la relación de hechos de la demanda". Dice que el artículo violado guarda relación con los artículos 13, 14, 19, 127, 192, 189 —inciso 2º—, 186, 249 y 253 del C. S. T., 16 del C. C., 25 y 145 del C. de P. L., 472 y 494 del C. J.

Refiriéndose al punto m) ya citado del libelo, manifiesta el recurrente que cuando el actor afirma "que el demandado está obligado a pagarle las prestaciones sociales que le corresponden, implícitamente dio a entender que ellas debían li-

quidársele en legal forma, es decir, con el salario que realmente él había percibido"; expresa que "la interpretación de la demanda guarda relación con el artículo 472 del C. J., aplicable al caso..."; arguye que es deber del juzgador "analizar coordinadamente los hechos, para darle plena efectividad a los derechos"; por último, transcribe apartes doctrinarios de la Corte en relación con la manera como debe interpretarse la demanda, para insistir en la tesis de que el actor solicitó el pago de todas las prestaciones en la cantidad legalmente debida.

El opositor manifiesta no entender el contenido del cargo y sostiene que el ordinal m) que transcribe, el cual acusa el recurrente como no apreciado por el fallador, "no es un hecho, auncuando esté involucrado dentro de los "hechos de la demanda", sino "una simple opinión o concepto del apoderado del actor".

Se considera:

En la petición segunda del libelo el actor solicitó condena por "la suma de **tres mil doscientos treinta pesos con siete centavos** ($ 3.230.07), por concepto de cuarenta y siete meses de cesantía comprendidos entre el 27 de marzo de 1950 al 25 de febrero de 1954, con un sueldo promedio de $ 824.70, en el último año de servicios". Y en la petición cuarta pide "la suma de **cuatrocientos doce pesos con treinta y cinco centavos** ($ 412.35), por concepto de vacaciones correspondientes al período comprendido entre el 27 de marzo de 1953 al mismo día de 1954"..

El hecho m) de la demanda dice: "El señor Moreno Aldana, demandado, está obligado a cumplir todas las cláusulas del contrato de trabajo escrito y a pagarle las prestaciones sociales que le corresponden".

Pretende el impugnador que la manifestación formulada en el punto m) transcrito debe relacionarse con los puntos 2º y 4º del petitum para hacer de esta manera una interpretación de conjunto que revele la verdadera intención del actor. Mas ensayando tal esfuerzo interpretativo ciertamente no podría entenderse que lo que aspira el demandante es a que se condene a suma mayor a las cantidades precisas y determinadas por él mismo al impetrar sus reclamos. En tales condiciones no podía pretenderse que el Tribunal diera un mayor alcance a las peticiones que el que la parte actora les dio. Un esfuerzo de esa naturaleza, además de ser superior a la comprensión probatoria de autos, no determina el carácter ostensible que debe revestir el error de hecho, para que pueda configurarse la infracción indirecta de la norma.

En consecuencia el cargo no prospera.

En mérito de lo que antecede, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constain — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUBORDINACION. — COMO DEBEN EXAMINARSE LAS PROBANZAS RELATIVAS A LA EXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL, POR VIRTUD DE LA PRESUNCION DEL ARTICULO 24 DEL C. S. T.

Para su calificación de fondo, sobre inexistencia de un contrato laboral entre los litigantes, el Tribunal se empeñó en descubrir, a través de las probanzas, el elemento subordinación. En principio, esto no es injurídico, ya que dicho elemento tiene carácter esencial en las relaciones de aquella naturaleza; mas la manera como adelantó tal investigación, reclamando directamente de la actividad probatoria del trabajador la demostración de su continuada dependencia, olvida los preceptos legales invocados por el recurrente sobre el medio probatorio denominado presunción, y la presencia de ésta en toda relación de trabajo, conforme al artículo 24 del CST, por el sólo hecho de la prestación personal de servicios para otra persona. Desde este punto de vista es ostensible que erró el sentenciador al adelantar el examen probatorio en la forma indicada, como puede leerse a los folios 333, 334, 338 y 341 del cuaderno principal, cuando las probanzas del juicio enumeradas por el recurrente en el grupo que dedica a las no apreciadas, demuestran inequívocamente que Cañas Rivas prestó servicios personales para la sociedad demandada, hecho éste que, por lo demás, ni siquiera niega "Platerías", y que bastaba, en virtud de la presunción de que debió hacerse mérito, para establecer, mientras no se demostrase lo contrario, la existencia del vínculo laboral afirmado por el demandante. Debe, por ello, la Corte conceder razón al recurrente en su crítica acerca del método empleado por el Tribunal para la formación de su juicio, y declarar, asimismo, que el AD-QUEM dejó de apreciar la presunción legal invocada, incurriendo en el error que presenta la acusación bajo el número tercero.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E. dieciocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón)

Identificándose con la cédula de ciudadanía No 3229 de esta ciudad, Alberto Cañas Rivas demandó, por medio de apoderado, a la empresa denominada Platerías Colombianas de E. Gutiérrez Vega S. A. para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle los valores que le adeuda por los conceptos de cesantía, primas de servicio, compensación de vacaciones, lucro cesante, indemnización por enfermedad profesional y las costas del proceso. Solicitó, además, los salarios de mora desde la fecha del despido hasta cuando le sean cancelados los derechos que reclama.

Refiere el libelo que Cañas ingresó a trabajar de manera exclusiva, personal, directa, subordinada, continua, permanente y con sujeción a horario, a la empresa demandada, el 1º de octubre de 1950, dedicándose a ejecutar grabados de toda clase, en artículos metálicos, en el almacén de "platerías" situado en la Avenida Jiménez de esta ciudad; que desde la fecha del ingreso prestó sus servicios en la forma antedicha, cumpliendo su labor con toda honradez, cuidado y atención, y sin que diera motivo de queja por su conducta ni personalmente ni en lo que se refiere a su trabajo; que con la misma corrección había servido anteriormente para la sociedad demandada; que el salario le era pagado de acuerdo con la labor desarrollada, en períodos indistintos, ya en dinero efectivo ora con cheques, y conforme a tarifa previamente convenida con el ex-gerente de la empresa, señor Eduardo Gutiérrez Vega; que nunca recibió pago o retribución ninguna de los clientes de la misma, sino directamente de la empresa, por unidad de obra; que de esta suerte devengaba, en promedio, un salario mensual de $ 1.000; que en el año inmediatamente anterior al en que fue despedido, Cañas se vio sistemáticamente obstaculizado por el nuevo Gerente, señor Eduardo Gutiérrez Gómez, quien de manera arbitraria pretendió rebajar la tarifa de los precios por unidad anteriormente convenida, pretensión que en ningún momento fue aceptada por el

demandante, ni siquiera el última día que sirvió a la empresa y que lo fue el 18 de marzo de 1954; que la situación anterior dio motivo para que Cañas se quejase ante el antiguo Gerente, con quien había estipulado las mencionadas tarifas de pago por unidad de obra, y para que le dirigiese una carta en ese sentido, con fecha 15 de abril de 1953; que Gutiérrez Vega ordenó se siguiesen haciendo los pagos al trabajador de acuerdo con la tarifa convenida entre ellos, y así se siguió efectuando, aunque en lucha diaria con el nuevo gerente; que la empresa dio por terminado el contrato de manera intempestiva y sin comunicar el motivo de la terminación, el 18 de marzo de 1954; que hasta el momento de instaurarse la demanda no le han pagado a Cañas Rivas ninguna clase de prestaciones e indemnizaciones, y que debido al trabajo de grabador que desarrollaba, al servicio exclusivo de "Platerías", adquirió una enfermedad profesional en la vista, con disminución notabe de la misma, sin que la empresa le hubiese reconocido ni menos pagado la correspondiente prestación social.

En derecho se invocaron los artículos 22, 24, 25, 26, 27, 28, 37, 42, 43, 47, 49, 65, 66, 127, 132, 142, 200, 204, 211, 217, 249 y siguientes, 253, 306 del CST. y los demás pertinentes.

La demandada, también por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones anteriores sosteniendo en lo fundamental que, con anterioridad al 1º de octubre de 1950, Cañas fue empleado suyo hasta cuando se retiró voluntariamente de su servicio, el 28 de julio del mismo año, habiéndole sido liquidados y cubiertos sus salarios y prestaciones; que más tarde, a partir del dicho 1º de octubre, cuando ya Cañas se había establecido en forma independiente, realizó en diversas ocasiones trabajos para la empresa demandada, lo mismo que para otras personas, sin que nunca se pretendiera vinculado por una relación laboral, ni hiciera reclamación alguna en tal sentido, convencido como estaba de que ya no era, como sí lo había sido antes, empleado de "Platerías". Los hechos fueron negados con las aclaraciones concordantes con esa tesis central de la inexistencia de un contrato de trabajo.

Tramitada la litis, el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, acogió la tesis de la parte demandada y produjo fallo absolutorio, por todos los extremos suplicados, con imposición de costas para el demandante.

Apelada esta providencia por el apoderado de Cañas Rivas, el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá la confirmó en todas sus partes, en la suya de 28 de octubre de 1955. También condenó en costas al demandante.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el representante judicial de Cañas, y habiéndoselo concedido el Seccional y admitido el Tribunal Supremo del Trabajo, cuyas funciones desempeña hoy esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, se va a resolver, agotados como están los trámites de rigor, mediante el estudio de la demanda respectiva y del escrito del opositor.

El Recurso

Persigue el quebrantamiento total del fallo mencionado para que, en su lugar y convertida la Corte en tribunal de instancia, revoque la sentencia del **a-quo** y despache favorablemente las súplicas del libelo corregido con que se inició el juicio. A este efecto, en un solo cargo, formulado dentro de la causal primera de la casación laboral, acusa aplicación indebida de los arts. 1973, 1982 y 1998 del CC. y 22, 23, 25, 37, 54, 127 y 132 del CST. y consecuencial falta de aplicación de los arts. 66 del C. C., 661 del C. J. y 24, 47, 49, 64, 65, 66, 186, 189, 195, 249 y 306 del CST. por haber incurrido el **ad-quem** en evidentes errores de hecho al dejar de apreciar unas pruebas y apreciar mal otras que el cargo singulariza. Tales probanzas, con presentación sintética de los argumentos del impugnador, son las siguientes:

I) **Pruebas mal apreciadas.**

Primer grupo: A) el documento de folio 21 del cuaderno principal, que no autoriza un contrato de arrendamiento de un local para el desempeño de las labores de Cañas Rivas, como lo apreció el fallador, sin reparar en que Eduardo Gutiérrez Vega a folio 77 dijo que el demandante no tenía llaves del citado local y sólo podía hacer uso de él durante las horas en que el almacén de "Platerías" (dentro del cual se encontraba el "mezzanine" en referencia) permaneciera abierto; en que Octavio Cuervo declaró en el mismo sentido a folio 80, y en que Celestino Moreno (f. 110) dijo ser él quien manejaba las llaves del almacén y que Cañas nunca usó de las mismas. De las pruebas anteriores resulta que el demandante no podía hacer uso del local a su gusto; no podía gozar de la cosa que se dice arrendada sino con permiso del que se dice arrendador; no podía entrar al local que se dice arrendado sino cuando el último abriera su propio almacén, y todas estas son circunstancias que desnaturalizan el contrato de arriendo. B) la declaración del mismo Gutiérrez Vega en el aparte en que afirma no recordar la

fecha exacta en que Cañas hizo un reclamo acerca de la luz deficiente del "mezzanine", habiendo sido atendido en seguida, mediante la instalación de una lámpara que él pedía para facilidad de su trabajo, lo cual no tendría explicación si se tratara de un verdadero arrendamiento pues en esta clase de contratos corren por cuenta del arrendatario las reparaciones locativas y con mayor razón las mejoras que sólo buscan su comodidad. Y C) las mismas pruebas anteriores en cuanto demuestran que los trabajos hechos por Cañas Rivas eran pagados por la demandada, y este hecho no tendría explicación por el sólo pretendido contrato de arrendamiento. De este primer grupo de pruebas mal apreciadas se deduce el primer error del Tribunal, el cual consistió en que dio por demostrado un contrato de arrendamiento cuando tal hecho no ha sucedido o, por lo menos, no aparece de los autos.

Segundo grupo: A) el documento de folio 21, cuya lectura revela que se pactó por un año; que el término empezó a correr el 1º de octubre de 1950; que finalizó por voluntad de las partes el 8 de marzo de 1954, y que se firmó el 3 de octubre de 1950. B) la demanda y su respuesta (fs. 2 y ss. y 27 y ss. respectivamente) en cuanto aquella afirmó en su hecho 1º que Cañas empezó a trabajar para la empresa el 1º de octubre de 1950, y la segunda admite tal fecha de iniciación aunque niega la naturaleza jurídica de las relaciones discutidas. Y como el documento de folio 21 se firmó el 3 de los mismos mes y año, cuando se celebró el presunto contrato de arrendamiento ya hacía tres días que se había perfeccionado el contrato de trabajo. C) el pliego de posiciones elaborado por la empresa cuyas preguntas 7ª, 8ª, y 11ª confiesan que las relaciones entre los litigantes, aunque calificadas en forma distinta de como las afirma Cañas Rivas, duraron del 1º de octubre de 1950 al 18 de marzo de 1954. De estas probanzas deduce el recurrente que mientras el pretendido contrato de arrendamiento terminó el 8 de marzo de 1954, las relaciones de trabajo entre Cañas y las "Platerías" sólo terminaron el 18 del mismo mes. D) la declaración de Eduardo Gutiérrez Vega (f. 79) en el aparte en que manifiesta que antes de instalarle a Cañas la lámpara que solicitó, trabajaba en el sótano del almacén, lo que demuestra que si todas las relaciones entre las partes hubieran estado regidas por el presunto arrendamiento, no se explicaría el trabajo del demandante en lugar distinto del arrendado. E) el documento de folio 21, que da cuenta de que el convenio sobre que versa terminó, por voluntad de las partes; mientras que la confesión extrajudicial del Gerente, a folio 87, revela que el motivo para haber prescindido de los servicios de Cañas fue el hecho de que la Compañía no podía cumplir sus obligaciones con la clientela porque aquel dejaba de asistir e interrumpía o demoraba la ejecución de los trabajos. F) la declaración de Celestino Moreno (f. 111) cuando dice que algunas veces Cañas, cuando había mucho trabajo y no alcanzaba a hacerlo en el almacén, exigía se lo llevaran a su apartamento, lo que indica que todas las relaciones de los litigantes no estaban regidas por el documento de folio 21, pues no se explicaría que la empresa mandara trabajos al apartamento del trabajador si la cosa arrendada era simplemente el "mezzanine" y si el arrendador no se convierte en mandadero del arrendatario, y G) las declaraciones de Gutiérrez Vega (f. 77), Octavio Cuervo Fonseca (f. 80), el Gerente de la empresa (f. 89), Celestino Moreno (folio 110) y Nohema de Pinedo (f. 112), quienes afirman que Cañas Rivas no trabajaba grabados sino para la demandada, que ésta se entendía con los clientes y que la misma empresa pagaba al demandante. Estos hechos no se explicarían si todas las relaciones jurídicas entre las partes hubieran estado regidas por el documento de folio 21 del cuaderno principal. Por la equivocada apreciación de las probanzas de este grupo, el Tribunal incurrió en un segundo error de hecho, manifiesto en los autos, por cuanto lo que aparece de ellas es que fueron dos las relaciones jurídicas entre Cañas y "Platerías", inclusive de distinta duración.

III Pruebas no apreciadas.

El recurrente señala la presunción del contrato de trabajo. Respecto de este punto recuerda el acusador que conforme al artículo 66 del CC. se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, y que si éstos se hallan determinados por la ley, la presunción se llama legal; que de conformidad con el art. 661 del C. J. las presunciones legales son medios probatorios, con el efecto de probar en favor del que la tiene, a menos que la otra parte demuestre lo contrario; y que según el artículo 24 del CST se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, alegando de todo ello que resulta indubitable que el hecho antecedente o indicador es el del trabajo personal al servicio de otro, probado el cual se presume el contrato, invirtiéndose, por lo tanto, la carga de la prueba que corresponde entonces al demandado para destruir la presunción. El trabajo personal de Cañas Rivas aparece demostrado hasta la saciedad con las

siguientes pruebas: El pliego de peticiones elaborado por la empresa (fl. 60) en sus preguntas 7ª y 8ª; las declaraciones de Eduardo Gutiérrez Vega (f. 78) y Octavio Cuervo Fonseca (f. 80); las posiciones extra-juicio absueltas por el gerente de la demandada (fl. 89); la constancia del Juzgado de folio 93 y las declaraciones de Celestino Moreno (fl. 110) y Nohema de Pinedo (fl. 112). Este grupo de pruebas, que el Tribunal sólo apreció en forma aislada, sin estimar la presunción que constituían, produjo el error de hecho, —que denomina tercero— manifiesto en los autos y consistente en no haber dado por demostrada la existencia de un contrato de trabajo en virtud de la dicha presunción.

En seguida alega el recurrente: "Si el H. Tribunal Seccional no hubiere incurrido en el error de hecho consistente en no haber dado por demostrada la presunción del contrato de trabajo, no habría analizado el resto de las pruebas para ver si ellas demostraban el convenio, sino que, con base en tal presunción se habría dedicado a examinar las demás probanzas para determinar si ellas tenían la eficacia jurídica suficiente para destruír tal presunción. Por este camino y apreciando correctamente las siguientes probanzas, que fueron mal apreciadas, habría llegado a la conclusión de que ellas no destruyen tal presunción sino que, por el contrario la complementan y le dan solidez"; 1) el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre existencia y representación de la empresa demandada, que nada dice, como es lógico, sobre las relaciones entre los litigantes; 2) el documento de folio 31, que habla de un permiso que se concedió a Cañas para trabajar en el "mezzanine" del almacén de Platerías y que duró del 3 de octubre de 1950 al 8 de marzo de 1954; 3) la demanda inicial y su corrección; 4) las respuestas a los anteriores libelos; 5) el certificado de folio 49; 6) las cartas de folios 50 y 52; 7) el concepto del Departamento Nacional del Trabajo de folio 53; 8) los oficios de folios 56 68 69 70 71 72 95 96 y 98; 9) los documentos de folios 99 y 100; 10) el oficio de folio 103; 11) la diligencia de inspección ocular de folio 124; 12) el dictamen pericial de folio 128; 13) los oficios de folios 137 y 146; 14) la ampliación del dictamen pericial de folio 147; 15) el oficio de folio 151; 16) la nota del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de folio 152; 17) el oficio de folio 159; 18) la ampliación del dictamen pericial de folio 220; 19) el recibo de folio 22; 20) el oficio de folio 225; 21) el recibo de folio 226; 22) los documentos de folios 22, 23, 24 y 25, y 23) las declaraciones de Eduardo Gutiérrez Vega, Octavio Cuervo Fonseca, Celestino Moreno y Nohema de Pinedo, que el recurrente analiza en forma extensa para concluír que todas dichas prubas lejos de destruír la presunción de que ha hecho mérito la completan y refuerzan.

La acusación remata refiriéndose a los extremos que debieron ser despachados favorablemente al actor, con explicación de la incidencia de la violación de las normas legales en la parte resolutiva de la sentencia.

A su turno, el opositor se refiere a las probanzas destacadas por el recurrente, comentándolas tanto en la modalidad de mala apreciación como en la de falta de la misma, para concluír que todas respaldan la conclusión del **ad-quem** acerca de la inexistencia del contrato de trabajo. Invoca, además, numerosas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en torno al carácter ostensible que debe revestir el error de hecho para su prosperidad, y a las facultades de valoración de la prueba por los juzgadores de instancia, particularmente en lo que se relaciona con los indicios.

Se considera.

Para su calificación de fondo, sobre inexistencia de un contrato laboral entre los litigantes, el Tribunal se empeñó en descubrir, a través de las probanzas, el elemento subordinación. En principio, esto no es injurídico, ya que dicho elemento tiene carácter esencial en las relaciones de aquella naturaleza; mas la manera cómo adelantó tal investigación, reclamando directamente de la actividad probatoria del trabajador la demostración de su continuada dependencia, olvida los preceptos legales invocados por el recurrente sobre el medio probatorio denominado presunción, y la presencia de ésta en toda relación de trabajo, conforme al artículo 24 del CST, por el sólo hecho de la prestación personal de servicios para otra persona. Desde este punto de vista es ostensible que erró el sentenciador al adelantar el examen probatorio en la forma indicada, como puede leerse a los folios 333, 334 338 y 341 del cuaderno principal, cuando las probanzas del juicio enumeradas por el recurrente en el grupo que dedica a las no apreciadas, demuestran inequívocamente que Cañas Rivas prestó servicios personales para la sociedad demandada, hecho éste que, por lo demás, ni siquiera niega "Platerías" y que bastaba, en virtud de la presunción de que debió hacerse mérito, para establecer, mientras no se demostrase lo contrario, la existencia del vínculo laboral afirmado por el demandante. Debe por ello, la Corte conceder razón al re-

currente en su crítica acerca del método empleado por el Tribunal para la formación de su juicio, y declarar, asimismo, que el ad-quem dejó de apreciar la presunción legal invocada, incurriendo en el error que presenta la acusación bajo el número tercero.

Sin embargo, el fallo no podrá casarse. Porque al valorar la Sala las mismas pruebas que informaron la decisión del ad-quem resulta que ellas desvirtúan la presunción inicialmente favorable para el trabajador, demostrando que la vinculación de autos no tuvo carácter subordinado. En otras palabras, que invertido el proceso de examen, la conclusión es la misma. Solo que, para el Tribunal, las pruebas no demuestran la subordinación; mientras que para la Corte ellas infirman la presunción antedicha estableciendo que el servicio prestado por el demandante se ejecutaba sin dependencia jurídico-laboral.

En efecto, y observando el mismo orden del recurrente al acusar como mal apreciadas las pruebas que convencen a esta Corporación de que los trabajos de Cañas no tenían carácter subordinado, aparece que el demandante, en local por cuyo disfrute pagaba todos los meses un precio, con herramientas suyas y según su criterio y dirección artísticos, grababa para la demandada, sin sujetarse a horarios y conforme a una tarifa previamente convenida, artículos metálicos que llevaban a "Platerías", para aquel objeto, clientes de la misma. Estos solos hechos indican ya una condición independiente en el desempeño de Cañas, puesto que su labor la ejecutaba por sus propios medios —medios de instrumentos y de pago del local de trabajo— con libertad en el tiempo, con autonomía técnica y por precios predeterminados. Mas si a esto se agrega que Cañas fué empleado de la misma empresa, con anterioridad a las fechas que delimitan la actual vinculación discutida, y que en ese entonces jamás existió controversia sobre su condición dependiente, y que para la nueva se fijaron otras pautas de conducta, con entendimiento que no autorizó a Cañas para reclamar, en varios años de ejercicio, derechos semejantes a los que comportaba el tratamiento anterior, se robustece la convicción de que el último vínculo fue pactado con sentido igualmente distinto, esto es, para un trabajo independiente, según voluntad clara al concebirlo y al desarrollarlo. Por esto resulta elemental, en probanzas constitutivas de otros indicios, que Cañas no figurase en los registros del Instituto Colombiano de Seguros, ni en las planillas de empleados, en el lapso de la relación en examen, circunstancias ésas que no podían serle desconocidas ni en los hechos ni en las situaciones de derecho configurantes, y que también implicaban un régimen laboral distinto del anterior, que le era igualmente conocido.

Todos los hechos anteriores se hallan establecidos por: a) el documento de folio 21 del cuaderno principal (alquiler de un entresuelo en el almacén de "Platerías", a razón de $ 150.00 mensuales); b) las declaraciones de Moreno y Nohema de Pinedo, a folios 110 y 113, sobre el trabajo de Cañas con sus propias herramientas; c) los testimonios anteriores y el de Cuervo Fonseca, las posiciones y aun las afirmaciones del libelo que revelan que Cañas ejecutaba sus funciones de grabador conforme a su dirección artística; ch) todos los testimonios, en lo referente a la falta de sujeción a horario; d) los mismos y las declaraciones de partes en cuanto a la tarifa previamente convenida; e) las posiciones absueltas por Cañas, acerca de su vinculación anterior como empleado de "Platerías"; f) los comprobantes de la cancelación de las prestaciones de Cañas por los servicios prestados en esa vinculación anterior a la de autos, que duró del 1º de mayo de 1947 al 28 de julio de 1950; g) las mismas posiciones de Cañas y el oficio del Instituto Colombiano de Seguros Sociales acerca de la afiliación durante la primera vinculación y falta de la misma durante la segunda; h) las dichas posiciones, sobre la ausencia de reclamos sociales en la última; i) todas ellas y las demás probanzas, al relacionárselas.

Para la Corte cada una de las pruebas anteriores establece indubitablemente la existencia de hechos plurales, precisos, conexos entre sí, que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, que Cañas durante la vinculación examinada trabajó con carácter independiente para las "Platerías Colombianas de E. Gutiérrez Vega". Ni se diga que aquellos hechos no pueden producir la convicción expresada porque las pruebas que los establecen admiten, en los apartes comentados por el recurrente varias de las circunstancias con que aspira a desvirtuarlas. En rigor, muchos de los comentarios aludidos sólo obedecen al planteamiento distinto que ha merecido el examen de la cuestión probatoria; mas analizados desde la posición debida, los unos se refieren a piezas que no inciden en la calificación de los hechos principales y los otros no alcanzan a desviar el criterio de la verdadera interpretación que corresponde a los principios sobre crítica de la prueba y a las circunstancias relevantes del pleito.

Por las consideraciones expuestas —aunque distintas de las del fallo recurrido— se mantiene la

decisión de fondo del ad-quem acerca de la inexistencia de contrato laboral entre los litigantes, y no procede el estudio de los capítulos finales de la acusación dedicados a demostrar la incidencia de los errores sobre las condenas que debían impartirse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio Secretario.



LA CONDENA POR SALARIOS CAIDOS. — REINTEGRO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO UNILATERALMENTE

Para la procedencia de la condena por "salarios caídos" que persigue el recurrente, era indispensable la formulación del cargo en el cual solicitara la revocatoria de la absolución correspondiente a cesantía, con indicación de las normas que se acusaran como infringidas, para que producida la condena por este extremo, buscar como consecuencia, el aspecto de la condena por "salarios caídos", entendido que esta indemnización procede cuando hay mora en el pago de las prestaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Manuel Rogerio Hinestroza demandó, ante el Juez del Trabajo de Quibdó, por medio de apoderado, al Municipio del mismo nombre, representado por su Personero, para que previos los trámites de un juncio ordinario del trabajo y en sentencia definitiva, fuese condenado, a la reanudación del contrato de trabajo, que tenía celebrado el actor con dicho Municipio, desde el 11 de agosto de 1951; como consecuencia de la reanudación, al reintegro en su antiguo puesto de ayudante de albañilería en las Obras Públicas; a "salarios caídos", contados desde la fecha del despido que fue el 14 de diciembre de 1951, hasta cuando se verifique el reintegro; y, a pagar el valor del preaviso.

Señala como hechos, que trabajó al servicio del Municipio de Quibdó del 11 de agosto de 1951 al 14 de diciembre del mismo año, como ayudante de albañilería con un jornal de $ 3.25 diarios; que fue despedido en forma intempestiva, sin preaviso y sin habérsele cubierto no solo las prestaciones debidas, sino parte de los salarios devengados.

El Procurador del Municipio se opuso a la reanudación del contrato por haberse terminado legalmente de manera unilateral, de conformidad con la cláusula sexta en él determinada; que habiéndose notificado legalmente el despido, no hay fundamento para el pago de salarios caídos.

Acepta la deuda por cesantía debida al estado de penuria fiscal del Municipio, razón que, además obligó a terminar diversos contratos con otros obreros.

El Juez del conocimiento absolvió al Municipio demandado de todas y cada una de las solicitudes de condena, con fundamento en que, oportunamente le fue dado al trabajador el preaviso pactado, con prioridad de 8 días, que le quita piso a todos los pedimentos.

Siendo el fallo totalmente adverso al trabajador fue consultado, y el Tribunal Seccional de Quibdó, en sentencia de 16 de diciembre de 1955 lo confirmó en todas sus partes.

El trabajador recurrió en casación, recurso que al ser concedido y aceptado ha sufrido la respectiva tramitación.

El recurrente formuló su demanda y el señor Procurador delegado en lo Civil, al ser notificado, solicitó no sea casada la sentencia.

Demanda de casación

Pretende la infirmación del fallo recurrido, para que en su lugar la Sala dicte el que acoja en su integridad las declaraciones solicitadas en la demanda inicial.

Presenta tres cargos, así:

Primer cargo. — Persigue con la acusación, el reintegro del trabajador y la reanudación del contrato que ha motivado el proceso. Como la sentencia no condenó, ni a la reanudación del contrato de trabajo, ni al reintegro del trabajador, sostiene la violación del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, por vía directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea.

La primera forma de violación, porque reconociendo como reconoce la misma sentencia recurrida, que el Municipio de Quibdó está en mora de pagar a Manuel Rogerio Hinestroza su auxilio de retiro, no hay lógica alguna para que el Tribunal se negara a condenar si las disposiciones son cla-

ras y terminantes en el sentido de sancionar la mora patronal y para entenderlas no simplemente como una sanción pecuniaria

Hubo aplicación indebida de las disposiciones comentadas dice, cuando el Tribunal no condenó al Municipio al reintegro y a la reanudación del contrato.

La interpretación errónea la sustenta con los mismos argumentos, ya que las disposiciones aludidas sancionan a los patronos que despiden a sus operarios sin ponerse a paz y salvo con éstos en punto a salarios, prestaciones e indemnizaciones que les adeudan.

Todo lo anterior por haber incurrido en error de hecho al no haber apreciado los documentos de folios 21, 24, 32, 37, 38 y 40, que indican que Hinestroza fue despedido y el Municipio no le ha pagado la indemnización por cesantía, y que los jornales que le adeudaba en el momento del despido los pagó con retraso y no le ha cancelado los jornales del preaviso.

El Procurador Delegado en lo Civil al contestar el traslado de la demanda se opone a que sea casada la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó, porque en su concepto "en virtud del nuevo Decreto número 797 de 1949, las entidades públicas y las institucionales de Previsión Social quedaron excluídas del pago de los llamados 'salarios caídos', sanción que se conservó únicamente para los patronos particulares".

"De otra parte, continúa, conviene añadir que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo tiene decidido que en la legislación colombiana la acción de reintegro sólo existe para los trabajadores que disfruten de fuero sindical, como acertadamente lo anota el Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó, en la sentencia recurrida".

Se considera:

Para declarar infundado el cargo basta observar que ninguno de los preceptos que se pretenden violados consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido.

"En la legislación colombiana tal derecho ha dicho la Corte en reciente sentencia, sólo existe para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, conforme a reglamentación extraña al juicio ordinario de trabajo; y también en los casos de maternidad que preveen los artículos 12 del Decreto 1632 de 1938 y 241 del C. S. del T., y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numeral 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 y 51 del C. S. del T.), o por paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del C. S. del T., en armonía con los artículos 45 del citado Decreto 2127 y 52 del Código".

"Tanto los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 9º del Decreto 2541 del mismo año, como el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 hablan de una subsistencia del contrato de trabajo para el caso de que no se paguen al trabajador las deudas laborales dentro del modo y tiempo que dichas disposiciones establecen. Pero ya lo había definido el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y lo ratifica ahora esta Sala Laboral de la Corte, por las razones que se expondrán al estudiar el cargo segundo, que dichos preceptos no contemplan la subsistencia real de vínculo como efecto punitivo de la mora, porque tal entendimiento enfrentaría los textos reglamentarios a la ley reglamentada, ya que ante el principio general de la cláusula resolutoria que para todos los contratos de trabajo establece el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 para sancionar el incumplimiento de lo pactado, no puede entenderse que los Decretos reglamentarios citados establezcan precisamente el principio opuesto de convertir ese incumplimiento, en su última etapa del proceso de sanción, en fuente reanudativa del contrato laboral. Además de que semejante interpretación quebrantaría también los efectos jurídicos extintivos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a las diversas causales de terminación del contrato de trabajo (legislación anterior al Código), como son: el cumplimiento del contrato (numeral a, b y c del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945); el mutuo consentimiento de las partes (numeral d, ibidem); la muerte del asalariado, por tratarse de un contrato **intuitu personae** (numeral e, ibidem); la imposibilidad de ejecución (numeral f, ibidem); la decisión unilateral en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50 del mismo Decreto 2127, que se fundan, los tres primeros, en el incumplimiento de las obligaciones convencionales o legales y el último, en el ejercicio de la cláusula de reserva (numeral g, ibidem); y la cosa juzgada cuando el contrato termina por sentencia de autoridad competente (numeral h, ibidem).

(Sentencia de casación en el negocio de Abraham Muñoz Parra contra el Municipio de Bogotá).

Tercer cargo. — Por orden lógico, se estudiará este cargo antes que el segundo.

Acusa violación del artículo 50 del Decreto 2127 de 1945, por vía directa e interpretación errónea al no pagar el preaviso, probado como está que el trabajador fue despedido, sin desahucio.

Hay violación por infracción directa, porque el patrono no tiene facultad de despedir sin desahucio, si no consta por escrito. En el caso de autos no consta, luego la violación se produjo. Existe errónea interpretación del artículo mencionado, porque el despido está acreditado suficientemente en los autos (fl. 21 del expediente).

El error de hecho que indujera a la anterior violación lo hace consistir en apreciar mal los documentos de los folios 21, 24, 32, 38, 37 y 40, sobre suspensión, jornal devengado, períodos de pago etc.

Acoge en apoyo de su tesis las disposiciones sobre interpretación de la ley, que trae el C. Civil, en el Título preliminar, de las cuales transcribe los artículos 25 y 26, para decir que ellas fijan el alcance de las interpretaciones de la ley, con anterioridad y por vía de doctrina.

El Procurador Delegado en lo Civil, en cuanto a esta petición se acoge a lo expuesto por el Tribunal fallador que ciñéndose a la realidad procesal y a las disposiciones legales pertinentes, afirma que el preaviso escrito le fue dado a Hinestroza y le fue notificado personalmente según constancia que aparece al folio 22 del expediente.

Se considera:

Sobre este extremo de la litis dijo el Seccional (fl. 59 del expediente) en el fallo recurrido:

"Entrando ahora sí en el estudio del punto relacionado con el pago del preaviso, estimado por el actor en la cantidad de veintiseis pesos ($.26-), se tiene que dicha prestación fue cobrada antes de iniciarse este juicio por parte del actor por la vía ejecutiva, afirmación ésta que se comprueba con los siguientes documentos: a folios 22 vto. de este expediente aparece una copia del escrito de preaviso dado a Hinestroza y la constancia de que éste le fue notificado personalmente con fecha 6 de diciembre del año de 1951. Por medio de él se le hace saber al demandante que el municipio da por terminado el contrato en referencia a partir del día 14 de los mismos mes y año; esto quiere decir que la entidad demandada cumplía así el requisito de notificarle a su trabajador con ocho días de anticipación su voluntad de terminar unilateralmente el contrato. Ahora bien: como el municipio no le pagó en dinero efectivo al obrero el tiempo del preaviso, éste laboró esos ocho días y como tampoco se le cubriera inmediatamente su valor, pues el municipio, según afirma el personero, no tenía fondos para hacerlo, entonces Hinestroza optó por demandarlo por la vía ejecutiva presentando como título del recaudo el acta de una acción exhibitoria, con la cual se le libró mandamiento de pago a su favor por el tiempo del preaviso y por el valor de unos jornales que también le adeudaba el municipio cuando se le despidió. Estos hechos encuentran su demostración con el certificado expedido por el señor secretario del juzgado del trabajo de esta ciudad el que obra en el proceso a folios 38. Consta allí que Manuel Rogerio Hinestroza cobró de esta manera todos los jornales que se le debían hasta el día 14 de diciembre de 1951, lo que indica muy claramente que en tal cobro estaba incluído el preaviso, ya que como antes se dijo, el distrito dio por terminado el contrato a partir precisamente de este día".

El sentenciador acepta en el razonamiento transcrito, que con los documentos pertinentes el Municipio cumplió con el pago del preaviso y que le notificó en 6 de diciembre de 1951, al trabajador la terminación del contrato a partir del día 14 del mismo mes y año.

No puede estudiarse la acusación por error de hecho, que también presenta el recurrente, porque en la demostración se limita a enumerar unas pruebas que no fueron las que sirvieron al Tribunal Seccional para tomar su decisión, ya que ésta se basó exclusivamente en el documento del folio 22 vuelto, que es una copia del escrito de preaviso dado a Hinestroza y la constancia de que éste le fue notificado personalmente, probanza cuya apreciación no impugna el cargo. Por tanto es ineficaz y no prospera.

Segundo cargo. — Acusa violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de las normas que sirvieron para sustentar el primer cargo, al no condenar al pago de los salarios que Hinestroza ha dejado de devengar, desde la fecha de su despido hasta la del reintegro.

El error de hecho para tales violaciones consistió en no liquidar los "salarios caídos", al no aceptar que tales salarios son prestación; porque prestación social no es únicamente la cesantía sino cualquiera otra obligación pendiente entre el Municipio y el trabajador despedido. Porque el Decreto 797 de 1949, da nacimiento de nuevo al contrato de trabajo si al vencimiento de los noventa (90) días subsiguientes al despido, no se le han cubierto al trabajador los salarios que se le adeu-

den. Y es lo cierto que el Municipio reconoce deber los salarios de preaviso y de cesantía, que mientras no acredite haberlos pagado, pregonan la mora.

Se considera:

La Sala observa, que en el ordinal segundo de la sentencia del a-quo, se absuelve al Municipio de Quibdó de la obligación de pagar el auxilio de cesantía debido a Manuel Rogerio Hinestroza, con la consideración de que esta prestación corresponde pagarla a la Caja de Previsión Social del Municipio, creada con tal fin.

El ad-quem en el fallo recurrido confirmó esta decisión, aceptando las razones del juez del conocimiento.

Dicho lo anterior, y para procedencia de la condena por "salarios caídos" que persigue el recurrente, era indispensable la formulación del cargo en el cual solicitara la revocatoria de la absolución correspondiente a cesantía, con indicación de las normas que se acusaran como infringidas, para que producida la condena por este extremo, buscar como consecuencia, el aspecto de la condena por "salarios caídos", entendido que esta indemnización procede cuando hay mora en el pago de las prestaciones.

Lo mismo cabría decir en cuanto al no pago del preaviso, otra de las prestaciones cuyo reconocimiento y pago se persigue en este recurso y cuya mora sería indispensable comprobar para efectos de producir, si fuera el caso, condena por 'salarios caídos". Mas ya se decidió al resolver el tercer cargo, que no procede esta solicitud, demostrado como está en el expediente (fl. 22 vuelto), que la notificación del despido se produjo con la antelación convenida en el contrato de trabajo. Como en la presentación del cargo no se procedió de la maneera como se acaba de exponer, el cargo es deficiente y su estudio resulta ineficaz.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó, en el juicio ordinario laboral propuesto por Manuel Rogerio Hinestroza contra el Municipio de Quibdó.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CUANDO EL CONTRATO DE TRABAJO SE HA PROLONGADO POR MAS DE 20 AÑOS, EL ULTIMO AÑO, PARA EFECTOS DE JUBILACION, ES EL VIGESIMO DE SERVICIOS. — EFECTO RETROACTIVO Y RETROSPECTIVO DE LAS LEYES LABORALES. —APLICACION DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO CUANDO LA VEINTENA DE SERVICIOS ES ANTERIOR A SU VIGENCIA.—EL REINTEGRO DE LO RECIBIDO POR CESANTIA PUEDE HACERSE DESCONTANDO UNA CUOTA O PORCENTAJE DE LAS MESADAS DE JUBILACION. — EN ESTE CASO, EL TRABAJADOR NO GOZA SIMULTANEAMENTE DE LAS DOS PRESTACIONES.— EL TRABAJADOR QUE NO HA LLENADO LOS REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION, PUEDE SOLICITARLA PARA QUE SE LE PAGUE DESDE QUE LOS HAYA COMPLETADO. — LA NOTIFICACION DE ESTA SOLICITUD PUEDE HACERSE EN FORMA PRIVADA

1.—Que el solicitante a la pensión se adelante a fijar el día en que habrá de nacer con todos los requisitos su derecho, para que desde esa fecha le sea reconocido por quien está obligado a concederlo, en nada contraría el espíritu del artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo. Es muy distinto el caso, en que sin señalar la fecha cuando las exigencias legales se hayan de cumplir, se presente la petición en busca de que la pensión sea concedida de inmediato. Lo que no está bien, es aceptar como punto de partida, la notificación por medio de autoridad, si ésta no es exigencia establecida en el artículo 262 acogido.

El precepto dice que "la pensión de jubilación se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260", es decir que si pide que desde esa misma fecha se le pague faltándole uno de los requisitos, la petición es improcedente; mas si la solicitud o petición privada, se notifica en cualquiera forma que pueda establecerse, para ser tenida en cuenta en el momento en que los requisitos se cumplan, no ve la Corte cómo tal petición pueda ser desestimada si ella busca un acondicionamiento estricto con las normas legales cuando éstas entren a operar de plano.

Son, pues, situaciones distintas, la de quien pide para que su solicitud produzca efectos inmediatos sin estar la obligación en calidad de exigible por falta de algún requisito, y la de quien hace saber con su petición privada que a partir de determinada fecha, deberá cumplirse la obligación, para notificar de que entonces estará en condiciones de exigirla.

La Sala, sin embargo, deja aclarado, que no debe confundirse la situación de autos en que se trata simplemente de la petición de la trabajadora a la Empresa, con la petición judicial para que se declare una obligación de futuro en la pensión ordinaria, la cual de conformidad con la jurisprudencia laboral, no es procedente.

2.—Si con anterioridad al 1º de enero de 1951, fecha en que entró en vigencia el Código, la situación jurídica de la trabajadora con veinte años de servicio, era de simple expectativa de un derecho, no hay duda que con el cumplimiento de la edad y de acuerdo con la nueva modalidad, al consolidarse su derecho, tenía que regirse por la norma vigente sin que pueda hablarse en este caso de aplicación retrospectiva. Es lo cierto, que al entrar en vigencia el Código, no existía en concreto un derecho para la trabajadora, que pudiera indicar que a pesar de ello la norma "extienda su fuerza sobre una situación consolidada en el pasado", pues, apenas "se refiere a situaciones que vienen del pasado", o mejor, se trata de hechos anteriores con consecuencias en la nueva vigencia.

3.—"...el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el principio de la retrospectividad de las normas laborales, al disponer que producen efecto general inmediato y que se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que aquéllas empiecen a

regir, pero sin que tengan efecto retroactivo, es decir, que no afectan a situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. De manera que la ley nueva, en virtud del principio de la irretroactividad no se aplica a situaciones DEFINIDAS o CONSUMADAS en vigencia de la ley anterior, pero en cambio sí regula de manera inmediata las situaciones que indicadas en la ley anterior, no alcanzaron a perfeccionarse o concretarse durante su vigencia. Al explicar cómo deben armonizarse los principios aparentemente opuestos de la "IRRETROACTIVIDAD" y de "LA APLICACION INMEDIATA" de las leyes laborales, Durand anota que entre los campos de dominio propio de la ley nueva está el relativo a la DETERMINACION DE LAS CONDICIONES, para que un hecho, sobrevenido después de su vigencia, produzca efectos jurídicos y el de la DETERMINACION DE LAS CONSECUENCIAS que emanan de esos hechos jurídicos. Como la pensión de jubilación eventual ordinaria no es una situación jurídica definida o consumada, sino un derecho en expectativa, cuyo perfeccionamiento depende del cumplimiento en el futuro de determinados hechos-condiciones, es incuestionable que su regulación jurídica queda incluída dentro del ámbito que el Código Sustantivo del Trabajo señala a la ley nueva". (Sentencia de 8 de marzo de 1955, proferida en el juicio de ERNESTO VELEZ LONDOÑO contra CONSORCIO DE CERVECERIAS BAVARIA, S. A.").

4. — Se expresa en el salvamento de voto del doctor González Charry a la sentencia dictada en el juicio de Carlos Cuervo Olaya contra Cervecerías Bavaria, S. A., que, "no hay duda que cuando se trata de trabajadores que, en las condiciones establecidas por el artículo 260 cumplieron los veinte (20) años de trabajo con anterioridad al 1º de enero de 1951, y sin embargo su contrato se prolongó por más tiempo, el "último año de servicios" de que habla la norma, no puede ser sino el que resulte contado o computado hacia atrás a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, fundado en primer término en que "cuando la ley habla del 'último año de servicios', se está refiriendo al término de la relación contractual".

Mas este razonamiento sobre la interpretación del artículo 260 no resulta cierto, si se observa que éste que es el primer precepto en el desarrollo de los varios sobre pensión de jubilación, no contempla situaciones de trabajadores con un lapso mayor de veinte años, como se desprende de su completo contenido; y así, cuando el artículo trata del "último año de servicios", se está refiriendo a una relación contractual de duración de veinte años continuos o discontinuos, y no puede entenderse ese "último año", con relación a un contrato de mayor duración que el precepto no contempla.

Los redactores del Código, y bien claro se ve ese pensamiento en el artículo 261 siguiente, tuvieron en cuenta las situaciones de un tiempo de servicios mayor de veinte años, y esa la razón para que en esta norma posterior en el orden establecido, contemplara la solución.

La Sala acepta que el sistema de la congelación del salario de los veinte (20) años de servicios para la liquidación de la pensión de jubilación, tuvo entre otros fines permitir la posibilidad de aumentos periódicos en los salarios de los trabajadores sin que ellos gravaran fuertemente a las empresas en relación con dicha pensión, como lo sostiene el salvamento de voto de la referencia, pero no es menos cierto contra la afirmación de este mismo documento, que esa interpretación en nada afecta y ha de extenderse a contratos que en su duración pasaron el límite del 1º de enero de 1951, aunque su veintena de servicios se cumpliera varios años antes de la vigencia del Código; y no puede ser otra la interpretación, si como se dejó expresado (supra), no se trata de una aplicación retroactiva de la norma, sino de simple referencia a tiempo pasado o de aplicación retrospectiva.

5.—Sobre la base de que la jubilación excluye el auxilio de cesantía, que es lo preceptuado en el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, y de que no existe inconveniente de equidad o que contraríe la justicia para que el patrono recabe el valor pagado por cesantía definitiva, es elemental permitirle al trabajador compensar las mesadas de jubilación con lo debido como reintegro por concepto de auxilio de cesantía, entre otras consideraciones porque la ley no puede presumir que el trabajador posea otros bienes que lo que pudiera recibir por concepto de las mesadas de la jubilación y porque en caso de insolvencia del mismo tra-

bajador, también resulta equitativo que se permita al patrono la forma de evitar que se le grave con dos prestaciones.

Esta Sala no encuentra inconveniente alguno en aceptar la anterior interpretación jurisprudencial, si ella resulta más acomodada a la equidad que debe imperar en las decisiones, que la otra solución que tuvo trayectoria y que consistía en sostener que la reintegración de lo percibido por auxilio de cesantía definitiva, debía hacerse en su totalidad de una vez y no por cuotas o porcentajes mensuales, para que el trabajador tuviera derecho a disfrutar de la pensión jubilatoria solamente desde el momento en que hiciera el reintegro.

Porque con esta última solución se busca el cumplimiento del artículo 266 del Código, mas se pierde de vista que se infringe el 262 de la misma obra, que señala un punto de partida para que la pensión vitalicia de jubilación "se deba"; se persigue que no haya simultaneidad en las dos prestaciones, pero con mengua del derecho a la pensión para el trabajador, desde el momento en que la ley lo concede.

Consiste el argumento central del recurso en sostener, que la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo, en franca contradicción con el principio excluyente de las dos prestaciones, consagra el contrario al permitir que durante un determinado lapso el trabajador goce a la vez de las dos prestaciones, porque éste conserva en su poder la cesantía o al menos parte a medida que se vaya disminuyendo, pero conservando la simultaneidad de las dos prestaciones, hasta tanto la compensación no se haya terminado.

Mas la Sala observa que la simultaneidad del goce de que se habla en el recurso es sólo aparente si se estima que el "goce" consiste en "la acción y efecto de disfrutar de una cosa", y "disfrutar" es "percibir los productos y utilidades de una cosa" o "disponer de algo", lo cual transplantado al motivo de discusión deja en claro que, mientras el trabajador no disponga de sus mesadas no tiene disfrute de ellas y así aunque figuren como debidas a él quien disfruta de su valor, o mejor dicho, a quien le produce intereses es al patrono, que puede disponer del numerario. Y así, sólo en el momento en que se le descuenta una mesada que va a amortizar parte de la cuantía percibida por concepto de cesantía definitiva, recibe el trabajador el beneficio de ella y es a la vez cuando se descarga por tal descuento, de una suma igual debida.

Lo anterior estaría acorde con lo preceptuado por el artículo 1715 del C. Civil, que establece que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley hasta la concurrencia de sus valores, si son de género igual, si son líquidas y si son actualmente exigibles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruanc)

Blanca Bernal Castro, demandó por medio de apoderado a la empresa J. V. Mogollón y Cía. de Bogotá, Ltda., para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo y en sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones y pronunciamientos:

Que la Empresa demandada está obligada al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia a favor de la demandante, a partir de la fecha en que se haya puesto a disposición de la Compañía demandada la suma de $ 8.528.56 correspondiente al reintegro de lo recibido como cesantía definitiva, pensión cuya cuantía mensual será la equivalente a las dos terceras partes del promedio de lo devengado en el último año de servicios o en el año comprendido entre el 1º de enero de 1950 y el 31 de diciembre del mismo año, sin exceder en ningún caso del límite de $ 600.00 mensuales;

Que la suma de $ 1.000.00, que la Empresa entregó a título de anticipo a la demandante, sólo puede serle descontada por la Empresa en contados equivalentes al 20% mensual del valor de la pensión jubilatoria.

En subsidio de lo anterior, que se declare en la sentencia que la Empresa está obligada al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación en la suma que resulte ajustada a las cifras pertinentes a partir de la fecha, en que se haya puesto a disposición de J. V. Mogollón y Cía. de Bogotá Ltda., la suma de $ 5.528.56, correspondiente al reembolso de lo recibido como cesantía definitiva por la demandante, haciéndose las deducciones del 20% en las mensualidades hasta completar la suma de $ 1.000.00, que le fue entregada a la empleada a título de anticipo.

Que en caso de oposición sea condenada la Empresa a las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Blanca Bernal

Castro entró a prestar sus servicios en la Compañía mencionada, el día 1º de febrero de 1925, permaneciendo en desempeño de sus funciones hasta el día 28 de octubre de 1930, fecha en la que se retiró, para ingresar posteriormente el día 1º de junio de 1931 hasta el 10 de noviembre de 1952, en que cesó en el desempeño de sus labores al ser retirada del servicio por voluntad de la empresa a la vez que le pagó un auxilio de cesantía por un valor total de $ 8.528.56 pesos.

Considera el apoderado de la Bernal Castro, que teniendo su mandante la edad indispensable y habiendo trabajado al servicio de "J. V. Mogollón y Cía. de Bogotá, Ltda.", un tiempo superior al exigido por las disposiciones laborales pertinentes y siendo, además, la empresa demandada poseedora de un capital superior a los $ 800.000.00 pesos, se hace acreedora al pago de una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes de su último sueldo mensual que fue de $ 933.43 sin exceder del límite que para estos casos fija la ley.

La Compañía demandada, por medio de apoderado, contestó el libelo, afirmando que la sociedad no niega y por el contrario acepta las peticiones de la actora, a excepción de fijarle el monto de la pensión de jubilación en una suma computada sobre su último sueldo mensual; porque no ha habido oposición por parte de J. V. Mogollón y Cía. de Bogotá Ltda. al reconocimiento de los derechos de la actora, en cuanto se refiere a la pensión y tiempo de servicios, mas no en cuanto a la fijación del monto de ella, que ha de tasarse sobre el sueldo devengado durante el vigésimo año de servicios.

El juzgado del conocimiento desató el negocio pronunciando el siguiente fallo:

"**Primero.**—Declárase que la empresa denomina 'J. V. Mogollón y Cía. de Bogotá Limitada', representada por su gerente, está obligada a reconocer y pagar a la señorita **Blanca Bernal Castro,** mayor de edad y vecina de Bogotá, una pensión mensual vitalicia de jubilación de DOSCIENTOS VEINTIDOS PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS ($ 222.57) MONEDA CORRIENTE, desde el día trece de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

"**Segundo.**—Autorízase a la sociedad demandada para descontar en un ciento por ciento (100%) las mesadas que se hayan causado y se causen en el futuro hasta completar la suma de ocho mil quinientos veintiocho pesos con cincuenta y seis centavos ($ 8.528.56), que la demandante recibió por concepto de cesantía definitiva y que debe devolver a la demandada.

"**Tercero.**—Autorízase a la sociedad demandada para descontar en cuotas de un veinte por ciento sobre la pensión de jubilación de la demandante, la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) que ésta recibió a título de cesantía parcial y una vez que la demandante haya reintegrado a la demandada la cantidad de ocho mil quinientos veintiocho pesos con cincuenta y seis centavos ($ 8.528.56) moneda corriente, en la forma establecida en el numeral anterior.

"**Cuarto.**—Queda a salvo el derecho de la demandante de entrar a disfrutar inmediatamente de la pensión de jubilación, si devuelve de un solo contado la suma que recibió por concepto de cesantía definitiva, descontando de ella el valor de las mesadas que se hayan causado desde el trece (13) de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) hasta el día del reintegro.

"**Quinto.**—Decláranse no probadas las excepciones perentorias innominadas propuestas por el señor apoderado de la entidad demandada en la contestación de la demanda.

"**Sexto.**—Condénase en costas a la parte demandada".

Contra el fallo anterior, interpusieron recurso de apelación los apoderados de las partes; el de la demandada se determinó contra la totalidad del proveído, y el de la demandante sólo en lo desfavorable.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en su decisión modificó el numeral primero del fallo apelado en el sentido de condenar a la empresa a pagar a la demandante, la pensión mensual fijada en dicho fallo, pero a partir del veintiseis de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954); confirmó los numerales 2º, 3º, 4º y 5º; revocó el 6º, para absolver a la demandada de las costas a que se contrae dicho numeral. No condenó en costas en la instancia.

Ambas partes interpusieron recurso de casación, y concedido por el Seccional y sufrida la tramitación de rigor, se van a decidir, previo estudio de las demandas y los correspondientes escritos de oposición.

Recurso de la demandante

Persigue con la impugnación, que la sentencia

sea casada parcialmente y se modifique en el sentido de aumentar la cuantía de la pensión jubilatoria y señalar el 13 de febrero de 1954, como fecha inicial para el pago de la misma.

Puntualiza la acusación en cuatro cargos, dos de ellos, el segundo y cuarto con el carácter de subsidiarios, como se verá.

Primer cargo.—Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., acusa violación directa del artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el inciso 2º del artículo 260 del mismo Código.

Para sustentarlo dice que, según el primero de los artículos indicados, la pensión vitalicia de jubilación se debe desde la fecha en que el trabajador la solicita, siempre que en dicha fecha se reúnan los requisitos del artículo 260. Además el inciso 2º de este último artículo, establece que si el retiro se produce sin haber cumplido la edad requerida, tiene derecho el trabajador a que se cause la pensión al llegar a dicha edad.

En el caso de autos, no hay duda de que quedaron debidamente probados, los siguientes hechos:

a) Al ser retirada la demandante, tenía más de veinte años de servicios donde J. V. Mogollón y Cía., mas no tenía la edad reglamentaria;

b) La Bernal Castro cumplió los 50 años de edad el 13 de febrero de 1954;

c) Desde antes de cumplir la edad requerida, solicitó la actora que se le reconociera el hecho de la jubilación a partir del 13 de febrero del año dicho.

Tanto en la primera como en la segunda instancia se ha aceptado que no era necesario que la actora devolviera físicamente la cantidad recibida últimamente para que la pensión comenzara a causarse.

Y concluye: Si, pues, los hechos que dejó enumerados, que son básicos de este litigio, han sido aceptados por las partes y tenidos como demostrados por el ad-quem, la conclusión tenía que ser la de aplicar el artículo 262 del C. S. del T., en relación con el inciso 2º del artículo 260 de la misma obra. No lo hizo así el sentenciador de la segunda instancia, luego con su conducta incurrió en la infracción directa de los preceptos dichos. Pide en consecuencia la confirmación del fallo del a-quo en cuanto señaló el 13 de febrero de 1954 como fecha inicial para el cómputo de la pensión jubilatoria.

En seguida presenta el Segundo Cargo, con carácter de subsidiario, que para mejor comprensión de la determinación que tomará la Sala sobre los dos aspectos que contienen ambos, resumidamente lo expone:

Segundo cargo.—Violación del artículo 262 del C. S. del T., y del inciso 2º del artículo 260 del mismo Código, a causa de errónea interpretación.

Lo sustenta, así: "El recto entendimiento de las normas contenidas en el artículo 260, inciso 2º y 262 del C. S. del T., es el de que si una trabajadora, despedida después de veinte años de servicio y sin cumplir los cincuenta años de edad, se anticipa a reclamar a su patrono el reconocimiento de la pensión jubilatoria, para que tenga efecto una vez consolidado dicho derecho, el patrono queda obligado al reconocimiento a partir de la fecha en que la ex-empleada complete los cincuenta años de edad".

Porque el hecho de anticiparse el trabajador a formular la reclamación estando ya fuera del servicio no hace negatorio ese reclamo y mucho menos si se advierte que es para que produzca sus efectos desde determinado día. Querrá decir que, llegado el día, esa manifestación de voluntad conocida anticipadamente por el patrono obligará a éste a proceder de conformidad, sin necesidad de ulterior reclamación o requerimiento. Esta interpretación, para el recurrente, armoniza con el inciso 2º del artículo 267, que al consagrar la pensión especial de jubilación, dispone para la efectividad del derecho, que la reclamación se haga dentro del término del año siguiente, contado a partir del despido, interpretación que, por lo demás se acompasa con reglas de hermenéutica tradicionales en nuestro país (artículo 8, ley 153/87), lo mismo que con las específicas pautas que para la materia señalan los artículos 18 y 19 del C. S. del T.

Que refuerza lo anterior, lo preceptuado en el artículo 266 del C. S. del T., según el cual, la amortización de la suma recibida por concepto de cesantía una vez terminada la relación laboral, comienza a operarse desde la consolidación del derecho a la jubilación, si el trabajador está ya fuera del servicio, no pudiendo percibirse las mesadas de la pensión, sino después de que con ellas quede totalmente amortizada la cantidad recibida.

El opositor a su vez, pide no se acceda a lo solicitado en los dos cargos, pues, estima que, persiguiendo ambos la misma finalidad, aunque señalen diferentes conceptos de violación, deben ser resueltos negativamente.

Agrega que la interpretación del recurrente es acomodaticia, y parece no darle ninguna importancia a los términos mismos en que están con-

cebidos los artículos acusados, clave única para interpretarlos en su sentido obvio y natural. El recurrente confunde lamentablemente la consagración del derecho, con la exigibilidad del mismo. Porque cuando el artículo 260 en cita, dice "tiene derecho", a la pensión al completar determinados requisitos, consagra un derecho en sí, mas sin establecer a partir de qué fecha pueda ser exigible tal derecho, porque la fecha de la exigibilidad del mismo sólo viene a consagrarla o a establecerla el artículo 262 de la misma obra, al estatuir desde qué fecha el patrono "debe" la pensión de jubilación o sea, a partir de qué fecha "debe" hacerse el pago de ella, lo que es fundamentalmente distinto.

Y concluye: "Aceptar la peregrina tesis del recurrente, sería desconocer en forma absoluta lo estatuído por el artículo 262 del Código, y equivaldría ello a sentar la tesis absurda de que las peticiones extemporáneas o formuladas antes de tiempo tienen plena validez jurídica. Si ello fuera así, la ley no hubiera establecido como excepción la petición antes de tiempo".

Se considera:

En ambos cargos se hace un planteamiento exclusivamente jurídico, pues, los hechos han sido aceptados por las partes. Procede, sin embargo, adelantar el estudio por interpretación errónea de las normas, fijación que se ha hecho en el segundo cargo, porque se acomoda más al pensamiento que traduce el recurrente de sostener que la sentencia no consulta el verdadero entendimiento de los preceptos en cita.

La cuestión interpretativa a resolver está en saber, para el caso concreto, si habiendo sido retirada la trabajadora en el año de 1952, luego de más de 27 años de servicios, sin cumplir los 50 años de edad, podía solicitar el otorgamiento de su pensión antes de cumplir en 13 de febrero de 1954, la edad requerida, pero para que a partir de esa fecha en que se cumplieran los requisitos legales exigidos por el artículo 260 del C. S. del T., le fuera concedida, o si como lo definió el ad-quem en el fallo acusado, debe decretarse a partir del 26 de agosto de 1954, fecha en que fue notificada la Empresa de la aceptación que se había hecho por el Juzgado de la demanda instaurada por la trabajadora.

El ad-quem apoyó su decisión en el hecho de que sólo cuando se inició la demanda y se notificó a la entidad patronal, la ex-trabajadora reunía todos los requisitos de que trata el artículo 260 del Código, y entonces sólo a partir de esa fecha su solicitud podía ser procedente.

No comparte esta Sala la decisión acusada, por cuanto, que el solicitante a la pensión se adelante a fijar el día en que habrá de nacer con todos los requisitos su derecho, para que desde esa fecha le sea reconocido por quien está obligado a concederlo, en nada contraría el espíritu de la citada norma. Es muy distinto el caso, en que sin señalar la fecha cuándo las exigencias legales se hayan de cumplir, se presente la petición en busca de que la pensión sea concedida de inmediato. Lo que no está bien en el fallo recurrido, es aceptar como punto de partida, la notificación por medio de autoridad, si ésta no es exigencia establecida en el artículo 262 acogido.

El precepto dice que "la pensión de jubilación se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260", es decir que si pide que desde esa misma fecha se le pague faltándole uno de los requisitos, la petición es improcedente; mas si la solicitud o petición privada, se notifica en cualquiera forma que pueda establecerse, para ser tenida en cuenta en el momento en que los requisitos se cumplan, no ve la Corte cómo tal petición pueda ser desestimada si ella busca un acondicionamiento estricto con las normas legales cuando éstas entren a operar de pleno.

Observa además la Sala, que hay inconsecuencia en la apreciación del ad-quem, si como se desprende del informativo, aunque la solicitud fue hecha antes de llegar la trabajadora a los cincuenta (50) años de edad, mas condicionada al cumplimiento de ese requisito, se continuaron conversaciones entre las partes pasada la fecha en que cumplió la edad, sobre los términos y cuantía en que la pensión debía ser concedida. Así, en el expediente constan dos comunicaciones de la Empresa de 10 y 29 de mayo de 1954, es decir, inmediatamente después del 13 de febrero, pudiera decirse, fecha que bien merece mejor aceptación que la del 26 de agosto de 1954, tomada por el ad-quem en el fallo recurrido.

No puede hablarse en el caso sub-lite, de petición extemporánea como lo hace el opositor, porque como ha quedado establecido, son situaciones distintas, la de quien pide para que su solicitud produzca efectos inmediatos sin estar la obligación en calidad de exigible por falta de algún requisito, y la de quien hace saber con su petición privada que a partir de determinada fecha, deberá cumplirse la obligación, para notificar de que entonces estará en condiciones de exigirla.

La Sala, sin embargo, deja aclarado, que no debe confundirse la situación de autos en que se trata simplemente de la petición de la trabajadora a la Empresa, con la petición judicial para que se declare una obligación de futuro en la pensión ordinaria, la cual de conformidad con la jurisprudencia laboral, no es procedente.

Los dos cargos, entendido que persiguen la misma finalidad, prosperan, y la sentencia habrá de rectificarse para tomar como fecha inicial de la pensión, la aceptada por el a-quo.

Tercer cargo.—Acusa violación de los artículos 261 y 490 del C. S. del T., el primero por interpretación errónea y el segundo por infracción directa.

En relación con la interpretación del primero de los artículos invocados, porque sobre congelación del salario la sentencia se inspiró en la tesis que sostuvo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual, hay que entender la norma como aplicable aún a situaciones anteriores a la expedición del mencionado Código, y cabe recordar que el artículo 490 ibidem dispuso que ese Código comenzaría a regir el 1º de enero de 1951.

Para el recurrente, "la congelación del salario base para fines de la jubilación, después de los veinte años de servicios en los términos del artículo 261 del C. S. del T., es norma cuya vigencia se inició el 1º de enero de 1951, según el último de los artículos en cita, pero como según el artículo 16 del mismo estatuto sus normas, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo que deben aplicarse a los contratos vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, siempre que con ello no se afecten situaciones definidas o consumadas anteriormente, tenemos que analizar la cuestión no sólo a la luz de las disposiciones en cita, sino también al amparo de la doctrina imperante en materia laboral".

Porque una conjugación de los preceptos indicados no puede jurídicamente dar resultado distinto al de considerar que esa congelación sólo estaba llamada a surtir efectos, a partir del 1º de enero de 1951, fecha inicial de la vigencia del Código, en otras palabras, que el fenómeno de la congelación principiaba a operarse desde el primer minuto del día 1º de enero de 1951. Por consiguiente, si el trabajador venía con un sueldo de $ 600.00 en el año de 1950 (desde el 1º de enero hasta el 31 de diciembre), y ya había cumplido veinte o más años de servicios, entonces las variaciones que tuviera el sueldo desde el día 1º de enero de 1951 en adelante no podría tenerse en cuenta para los fines de la liquidación de la pensión jubilatoria.

Con transcripción de conceptos del tratadista Mario de la Cueva, al analizar la doctrina francesa, en relación con la aplicación de las leyes laborales en el tiempo, se concreta al caso de autos para sostener que, el derecho a la jubilación de la Bernal Castro no era más que una expectativa el día 1º de enero de 1951, porque aunque a esa fecha tenía ya cumplidos veinte años de servicios, aún no había llegado a los cincuenta años de edad, y esa expectativa, en consecuencia, tenía que regirse por la ley que estuviera vigente cuando el derecho se consolidara, es decir subsumida por el nuevo estatuto. Pero ese nuevo estatuto, como es obvio, al disponer lo relativo a la congelación del salario base para los fines del cómputo de la jubilación no podía establecer una regulación sobre el pasado, sino sobre el futuro. Ya que de otro modo se establecerían aberrantes situaciones como las que, por vía de ejemplos, presenta a continuación en su escrito.

Los ejemplos se contraen a indicar situaciones que pudieran ocurrir, en que distintos trabajadores que al iniciarse la vigencia del Código, disfrutaran una remuneración igual de $ 600.00, sin embargo, quedarían con pensiones también diversas en la cuantía al congelarse el salario básico a los veinte años de servicio, dándose la aberrante solución de que el que más está en el servicio, o más trabaja, recibe menos beneficio de las leyes sociales, porque se toma más atrás el sueldo congelado, es decir, cuando seguramente estuvo ganando menos.

Concluye con la transcripción del salvamento de voto del doctor Guillermo González Charry, a la sentencia del extinguido Tribunal Supremo, en el juicio de Carlos Cuervo Olaya contra el Consorcio de Cervecerías Bavaria, para solicitar en últimas, que "sea casada la sentencia de segundo grado, y en su lugar, se modifique el fallo de primera instancia en el sentido de señalar la cuantía de la pensión jubilatoria de la demandante sobre la base del promedio del salario devengado en el año de 1950, que fue en promedio de $ 578.58 mensuales, o sea, que debe fijarse en la suma de $ 433.93, que es el equivalente al 75 % o lo que arroje el cómputo que a base de estos mismos factores haga el Tribunal Supremo".

El opositor al expresar que no se acceda a lo solicitado por el recurrente en los cargos tercero y cuarto, se extraña de la petición que aquél hace, por cuanto lo pretendido no se compagina con la

tesis que el mismo recurrente sustenta en su demanda, ni con ninguna de las tesis que la justicia laboral ha venido discutiendo en relación con este aspecto del litigio.

Porque la tesis de la jurisprudencia laboral, acogida por la mayoría del extinguido Tribunal Supremo, consagra que para la liquidación de la pensión jubilatoria debe tomarse como base el promedio devengado por el trabajador durante el **vigésimo año de sus servicios, según la interpretación dada al artículo 261 del C. S. del T.**; y la tesis del salvamento de voto del doctor González Charry, propugnada por el recurrente, pretende establecer que esta prestación debe liquidarse con base en el promedio de los salarios devengados por el trabajador en el último año de sus servicios, o sea en el año anterior a la fecha de la terminación del contrato, "pero, en forma por demás extraña y apartándose de lo sostenido por él en el curso de la demanda (el recurrente), al fundamentar los cargos tercero y cuarto, solicita que la pensión de jubilación correspondiente a la señora Bernal Castro sea liquidada con base en el promedio de los salarios devengados por su poderdante durante el curso del año de 1950", tesis que viene a implicar una nueva posición.

Para concluir dice, que el recurrente no presenta un solo argumento para demostrar o convencer por qué debe efectuarse la liquidación de la pensión de jubilación con base en el promedio de los salarios devengados en el año de 1950, pues, todas sus argumentaciones van enderezadas a demostrar que la liquidación de dicha prestación debe efectuarse con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, lo cual es flagrante contradicción entre lo pedido y lo expuesto en la fundamentación de los cargos y este solo aspecto bastaría para que la corporación se abstuviera de acceder a la petición".

Se considera:

Tanto el Tribunal como el a-quo, cuyo fallo en este aspecto fue acogido por el primero en la providencia recurrida, acordes con la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo, reiterada aunque por mayoría en varias sentencias, decidieron que "por haberse consolidado plenamente el derecho sobre la pensión de jubilación de la señorita Blanca Bernal Castro el día trece (13) de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), vale decir, durante la vigencia del artículo 261 del C. Sustantivo del Trabajo, el monto de ella es el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario devengado en el vigésimo año de servicios".

Esta Sala estima, que las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Título IX del Código Sustantivo, han de tomarse como un todo coordinado, porque en otra forma no se consultaría el verdadero pensamiento de los redactores de la obra.

En el caso sub-lite, Blanca Bernal Castro, trabajó 27 años, 2 meses, 8 días; cumplió 20 años de servicios el 1º de septiembre de 1945; fue despedida del trabajo y surtió sus efectos el despido, desde el 11 de noviembre de 1952; y cumplió los cincuenta (50) años de edad, el 13 de febrero de 1954.

No hay duda que, como lo aceptaron las partes y lo decidieron los falladores de instancia, el caso encuadra dentro de la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, circunstancia que les llevara a éstos, a aplicar para la fijación de la cuantía de la pensión, el artículo 261 de este Código.

Porque si con anterioridad al 1º de enero de 1951, fecha en que entró en vigencia el Código, la situación jurídica de la trabajadora con veinte años de servicio, era la de simple expectativa de un derecho, no hay duda que con el cumplimiento de la edad y de acuerdo con la nueva modalidad, al consolidarse su derecho, tenía que regirse por la norma vigente sin que pueda hablarse en este caso de aplicación retroactiva. Es lo cierto, que al entrar en vigencia el Código, no existía en concreto un derecho para la Bernal Castro, que pudiera indicar que a pesar de ello la norma "extienda su fuerza sobre una situación consolidada en el pasado", pues, apenas "se refiere a situaciones que vienen del pasado", o mejor, se trata de hechos anteriores con consecuencias en la nueva vigencia.

Lo que no puede aceptarse con el recurrente es, que se invoque la aplicación de la norma por tratarse de un caso cuyo derecho se consolidó con su vigencia, pero se la desarticula en el sentido de no aceptar que en lo relativo a la congelación del salario carece de extensión para abarcar en su reglamentación un tiempo pasado.

Siguiendo a de la Cueva, citado por el recurrente, "solamente puede hablarse de efecto retroactivo cuando la ley nueva pretendiera ir sobre el pasado para suprimir los efectos ya realizados de una situación jurídica". Esta es la doctrina que recoge precisamente el artículo 16 del C. S. del T., que ha de entenderse armónica en su reglamentación con el artículo 261, en cita.

Este pensamiento es el mismo que encarna la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo,

que el recurrente llevó en su ayuda en la primera instancia de este proceso, jurisprudencia que se transcribe para que se vea cómo ella define la situación, no en el sentido que presenta la demanda, sino con la interpretación que se viene desarrollando al resolver este recurso.

"...el artículo 16 del C. S. del T. consagra el principio de la retrospectividad de las normas laborales, al disponer que producen efecto general inmediato y que se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que aquéllas empiecen a regir, pero sin que tengan efecto retroactivo, es decir, que no afectan a situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. De manera que la ley nueva, en virtud del principio de la irretroactividad no se aplica a situaciones definidas o consumadas en vigencia de la ley anterior, pero en cambio sí regula de manera inmediata las situaciones que indicadas en la Ley anterior, no alcanzaron a perfeccionarse o concretarse durante su vigencia. Al explicar cómo deben armonizarse los principios aparentemente opuestos de la "irretroactividad" y de "la aplicación inmediata" de las leyes laborales, Durand anota que entre los campos de dominio propio de la ley nueva está el relativo a la determinación de las condiciones, para que un hecho, sobrevenido después de su vigencia, produzca efectos jurídicos y el de la determinación de las consecuencias que emanen de esos hechos jurídicos. Como la pensión de jubilación eventual ordinaria no es una situación jurídica definida o consumada, sino un derecho en expectativa, cuyo perfeccionamiento depende del cumplimiento en el futuro de determinados hechos-condiciones, es incuestionable que su regulación jurídica queda incluída dentro del ámbito que el Código Sustantivo del Trabajo señala a la Ley nueva". (Sentencia de 8 de marzo de 1955, proferida en el juicio de Ernesto Vélez Londoño contra Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A.)".

Para reforzar sus argumentos el recurrente acude a una serie de ejemplos y hace la invocación del salvamento de voto del ex-Magistrado doctor González Charry, en la decisión del recurso de casación en el negocio de Carlos Cuervo Olaya contra el Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., para concluir, que según la jurisprudencia aplicada en varios fallos por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, se llega a la aberrante solución de que quien más trabaja recibe menos beneficios de las leyes sociales.

Semejante conclusión que es falsa en su misma generalización, peca por equivocada en el planteamiento del recurrente y del salvamento de voto citado, como se va a exponer.

Se dice por ellos, que la solución consuma una injusticia, más protuberante a medida que el vigésimo año de servicios se alejara del 1º de enero de 1951. Pero ya se ha expresado, y así lo sostiene el mismo recurrente, que debe estarse en la interpretación, a la armónica conjugación de los preceptos para que jurídicamente no puedan dar resultados distintos.

Si el Código contiene un precepto como el artículo 261 comentado, que dice que "si después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, se mantiene, prorroga; o renueva el respectivo contrato de trabajo, las modificaciones que tenga el salario durante el período posterior no se toman en cuenta para el cómputo de la pensión de jubilación, **sino solamente para efectos de la liquidación de la cesantía correspondiente**" (se subraya) bien se entiende que en presencia de las dos prestaciones que se excluyen, la aparente injusticia de que trata la argumentación en cuanto a la jubilación, está reparada con el reconocimiento de la cesantía por todo el tiempo excedente y de acuerdo con el sueldo del último salario; y así, a diferencia de la jubilación, quien sirve más tiempo y trabaja más, recibe mayor protección con el auxilio. Se establece un verdadero equilibrio con la aplicación del precepto, que soluciona el aparente desmejoramiento que se critica en la reglamentación de la pensión jubilatoria.

Se expresa en el salvamento de voto que, "no hay duda que cuando se trata de trabajadores que, en las condiciones establecidas por el artículo 260 cumplieron los veinte (20) años de trabajo con anterioridad al 1º de enero de 1951, y sin embargo su contrato se prolongó por más tiempo, el "último año de servicios" de que habla la norma, no puede ser sino el que resulte contado o computado hacia atrás a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, fundado en primer término en que "cuando la ley habla del "último año de servicios", se está refiriendo al término de la relación contractual".

Mas este razonamiento sobre la interpretación del artículo 260 no resulta cierto, si se observa que éste que es el primer precepto en el desarrollo de los varios sobre pensión de jubilación, no contempla situaciones de trabajadores con un lapso mayor de veinte años, como se desprende de su completo contenido; y así, cuando el artículo trata del "último año de servicios", se está refiriendo a una relación contractual de duración de veinte años continuos o discontinuos, y no puede enten-

derse ese "último año", con relación a un contrato de mayor duración que el precepto no contempla.

Los redactores del Código, y bien claro se ve ese pensamiento en el artículo 261 siguiente, tuvieron en cuenta las situaciones de un tiempo de servicios mayor de veinte años, y esa la razón para que en esta norma posterior en el orden establecido, contemplara la solución.

La Sala acepta que el sistema de la congelación del salario de los veinte (20) años de servicios para la liquidación de la pensión de jubilación, tuvo entre otros fines permitir la posibilidad de aumentos periódicos en los salarios de los trabajadores sin que ellos gravaran fuertemente a las empresas en relación con dicha pensión, como lo sostiene el salvamento de voto de la referencia, pero no es menos cierto contra la afirmación de este mismo documento, que esa interpretación en nada afecta y ha de extenderse a contratos que en su duración pasaron el límite del 1º de enero de 1951, aunque su veintena de servicios se cumpliera varios años antes de la vigencia del Código; y no puede ser otra la interpretación, si como se dejó expresado (supra), no se trata de una aplicación retroactiva de la norma, sino de simple referencia a tiempo pasado o de aplicación retrospectiva.

Por último, no encuentra la Sala fundamento alguno como lo pide el recurrente, para una liquidación de la pensión a base de sueldos devengados en el año de 1950, que precedió a la vigencia del Código. Esta tesis, como lo ha dicho el opositor en el recurso, se aparta de la jurisprudencia y del mismo salvamento de voto invocado y carece de base en toda norma legal vigente. El cargo no prospera y la liquidación de la pensión sobre el vigésimo año de servicios habrá de mantenerse.

Cuarto cargo.—Este cargo como subsidiario del anterior, sostiene que los artículos 261 y 490 del Código Sustantivo del Trabajo fueron infringidos por la sentencia acusada al hacérseles operar o producir efectos con anterioridad al término señalado por las mismas normas. El cargo se propone por violación directa al darles indebida aplicación.

En efecto, agrega el recurrente, no obstante disponer el artículo 490 que el Código comenzaría a regir el 1º de enero de 1951, en el fallo del adquem se le dio una inadmisible orientación hacia el pasado. Lo propio ocurrió, dentro de este entendimiento, con el artículo 261, pues la congelación del salario que dicha disposición consagra sólo era aplicable para el futuro. Como consecuencia, la sentencia debe casarse parcialmente y, en su lugar, modificar el fallo de primer grado en el sentido de fijar la cuantía de la pensión jubilatoria de la demandante, sobre la base del promedio del sueldo devengado por ella en el año de 1950.

Se considera:

La Sala estima, que con las razones aportadas para decidir desfavorablemente el planteamiento del cargo tercero, se contestan los argumentos de este cuarto cargo, y ha quedado en claro que la aplicación que hicieron los falladores de instancia de los artículos 261 y 490 del Código, es correcta.

Porque se dejó establecido, como hecho cierto, que al entrar en vigencia el Código, no existía para la trabajadora un derecho adquirido o una "situación jurídica concreta", por no estar cumplido el requisito de los cincuenta años de edad. Por el contrario, este hecho hizo que el derecho se consolidara apenas, dentro de las nuevas circunstancias legales implantadas por el Código. Por esto no existe en la aplicación de los preceptos, la "inadmisible orientación hacia el pasado", de que habla el recurrente, porque si su prolongación existe en este sentido, no puede tomarse en función retroactiva de la norma. "Toda ley es de efecto inmediato y rige todas las relaciones jurídicas nuevas y los **efectos aún no realizados, de las situaciones jurídicas viejas**" (se subraya), según el tratadista de la Cueva (pág. 409, Tomo I, cuarta edición), citado por el recurrente, que es el caso concreto sub-lite. El cargo no prospera.

Recurso de la Sociedad

Impugna la sentencia, a efecto de que por la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, se infirme el fallo en cuanto en él, se señaló como fecha inicial para el disfrute de la pensión de jubilación correspondiente a la trabajadora, el día 26 de agosto de 1954, fecha en la cual le fue notificada a la Sociedad demandada el libelo inicial, cuando el Tribunal de segunda instancia debió señalar como fecha inicial para el disfrute de tal pensión el día en que la demandante efectivamente hubiera devuelto o reintegrado en un solo contado a la sociedad demandada la suma que de ella había recibido a título de cesantía definitiva por el tiempo de trabajo no excedente de los primeros veinte años de servicio, o sea concretamente la suma de $ 8.528.56, y en cuanto en dicho fallo el

Seccional ordenó que la devolución de la referida suma por parte de la demandante y a favor de la demandada se efectuara mediante la compensación, 100% de cada mesada, o sea mediante los descuentos autorizados en el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, plenamente confirmado por el Tribunal de segunda instancia, cuando éste, debió haber ordenado que tal devolución o reintegro se efectuara por la demandante en un solo contado. En consecuencia, solicita la casación parcial del fallo, y se modifique en el sentido de ordenar que la demandada sólo está obligada a efectuar el pago de la pensión de jubilación, a la demandante, a partir del día en que ésta le devuelva o reintegre en forma efectiva, en un solo contado y no por cuotas o mediante compensaciones o descuentos de cada mesada, la suma de $ 8.528.56, recibida por la demandante de la demandada, a título de cesantía definitiva.

Con fundamento en la 1ª causal del artículo 87 del C. de P. del T., formula cuatro cargos, los tres primeros acusan la misma violación de los artículos 266 y 262, en armonía con el 260 del C. S. del T., aunque por distintos conceptos como se verá, y el cuarto cargo, que incluye además la violación directa del artículo 1715 del C. C. relacionándolo con el artículo 266, y con el 262 por aplicación indebida, en armonía con el 260 que son las dos disposiciones que incluyen los tres primeros cargos, aunque como agrega el mismo recurrente lo mueven los mismos propósitos y persigue las mismas finalidades, con la formulación de todos los cargos.

Primer cargo.—Acusa la violación como se dijo, por infracción directa el artículo 266 del C. S. del T., y el artículo 262, en armonía con el 260 de la misma obra.

Para sustentar el primer cargo dice, que de conformidad con lo expresado en el artículo 266, la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía o sea que simultáneamente no puede el trabajador gozar de las dos prestaciones, mas la nueva jurisprudencia, en franca contradicción con este principio viene a consagrar el contrario, el permitir que durante un determinado lapso el trabajador goce a la vez de las dos prestaciones, o sea exactamente durante el lapso en que ha de efectuarse la compensación entre la suma recibida por el trabajador a título de cesantía definitiva y que debe devolver y las sumas que la empresa debe pagar mes por mes al trabajador, por concepto de pensión de jubilación. Durante el tiempo de la compensación el trabajador conserva en su poder la cesantía, o al menos parte de ésta, y así irá disminuyendo pero conservando la simultaneidad de las dos prestaciones, hasta tanto la compensación no se haya llevado a término totalmente.

Dice que, las anteriores argumentaciones bastarían pero que hay aún más.

Frente al principio de exclusión de las dos prestaciones, el artículo 266, consagra una sola excepción, "en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20 % de cada mensualidad"; excepción que impide, que de la pensión de jubilación se hagan descuentos por conceptos distintos de los indicados en la norma, y que aunque la jurisprudencia sentada expresa que no hay ningún impedimento legal para que se efectúe la compensación entre la cesantía definitiva y la jubilación mediante los descuentos ciento por ciento, de cada mesada hasta la completa cancelación de la deuda contraída, si hay en concepto del recurrente impedimento legal para ello, como es el hecho innegable de la sola excepción del artículo.

Segundo cargo—Plantea la acusación por aplicación indebida de los artículos 266 y 262 en armonía con el 260, estos últimos como lógica consecuencia de la violación del primero, con las mismas argumentaciones y observaciones expuestas en la demostración del primero.

Tercer cargo.—Partiendo de los distintos sentidos en que ha sido aplicado el artículo 266, que implicaría que existe variada interpretación acerca del artículo, según el recurrente, presenta la acusación por interpretación errónea de este precepto y por aplicación indebida el artículo 262, en armonía con el 260 del mismo C. S. del T.

Con base en las argumentaciones en que se apoya el primer cargo, agrega, que no está de acuerdo con la última jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, por estimarla errónea, ya que lleva el disfrute simultáneo de las dos prestaciones con el descuento paulatino que ordena, y desconoce también, el principio consagrado en la misma norma, de que los únicos descuentos permitidos en cada mensualidad de la pensión de jubilación son los relacionados con anticipos de cesantía, liquidaciones parciales de la misma, o préstamos hechos lícitamente al trabajador.

Porque, si se acepta a través de la nueva interpretación del artículo 266 como válida y permisible la compensación paulatina entre la cesantía y

la jubilación, se acepta igualmente que la pensión de jubilación debe ser pagada al trabajador desde la fecha en que éste la reclama, siempre que en tal fecha reúna los requisitos señalados por el artículo 260, sin necesidad para ello de que previamente reintegre a la Empresa, en un solo contado, la suma recibida a título de cesantía definitiva, como lo exigía la anterior interpretación del artículo 266, a través de la antigua jurisprudencia.

Pero en tales circunstancias, continúa el recurrente, se le está dando una aplicación indebida al artículo 262, en armonía con el 260, ambos del C. S. del T., ya que la correcta aplicación de estos dos preceptos implica necesariamente el respeto o la sujeción de los principios consagrados en el 266 de la misma obra.

El opositor hace a su vez un análisis compuesto de los tres cargos, porque considera se trate de la misma acusación planteada a base de tres hipótesis distintas y en torno a las mismas disposiciones del C. Sustantivo del Trabajo. Las tres acusaciones aspiran, dice, a que la Corte siente la tesis de que cuando el trabajador reciba cesantía definitiva tiene que devolver íntegramente la cantidad percibida para poder entrar a disfrutar de la pensión y, en consecuencia, abandone la trascendental doctrina en que se inspiraron los fallos de instancia. Transcribe apartes de dos sentencias del extinguido Tribunal Supremo en que se sostiene que no contraría la justicia y la equidad, el permitir al patrono compensar las mesadas de jubilación debidas al trabajador con lo que éste ha recibido por cesantía definitiva, entre otras razones porque la ley no puede presumir que el trabajador posea otros bienes que su jubilación y porque en caso de insolvencia del trabajador, también resulta equitativo que se permita al patrono la forma de evitar que se lo grave con dos prestaciones.

Se considera:

La Sala adelantará el estudio por el aspecto de la aplicación indebida por interpretación errónea del artículo 266 del C. S. del T., ya que no aparece la infracción directa, por cuanto se observa que en el fallo recurrido se tomó la decisión sin que pueda descubrirse desconocimiento o rebeldía contra la citada norma.

Según puede advertirse de las mismas transcripciones de los apartes de sentencias que hace el opositor en este recurso, la última jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, resuelve por vía de interpretación el problema relativo a la manera como debe operarse la devolución de la cesantía definitiva, cuando el trabajador la hubiese recibido con antelación a la época en que reuniera la totalidad de los requisitos legales para demandar la pensión de jubilación que luego le es concedida.

Sobre la base de que la jubilación excluye el auxilio de cesantía, que es lo preceptuado en el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, y de que no existe inconveniente de equidad o que contraríe la justicia para que el patrono recabe el valor pagado por cesantía definitiva, es elemental permitirle al trabajador compensar las mesadas de la jubilación con lo debido como reintegro por concepto de auxilio de cesantía, entre otras consideraciones porque la ley no puede presumir que el trabajador posea otros bienes que lo que pudiera recibir por concepto de las mesadas de la jubilación y porque en caso de insolvencia del mismo trabajador, también resulta equitativo que se permita al patrono la forma de evitar que se le grave con dos prestariones.

Esta Sala no encuentra inconveniente alguno en aceptar la anterior interpretación jurisprudencial, si ella resulta más acomodada a la equidad que debe imperar en las decisiones, que la otra solución que tuvo trayectoria y que consistía en sostener que la reintegración de lo percibido por auxilio de cesantía definitiva, debía hacerse en su totalidad de una vez y no por cuotas o porcentajes mensuales, para que el trabajador tuviera derecho a disfrutar de la pensión jubilatoria solamente desde el momento en que hiciera el reintegro.

Porque con esta última solución se busca el cumplimiento del artículo 266 del Código, mas se pierde de vista que se infringe el 262 de la misma obra, que señala un punto de partida para que la pensión vitalicia de jubilación "se deba"; se persigue que no haya simultaneidad en las dos prestaciones, pero con mengua del derecho a la pensión para el trabajador, desde el momento en que la ley lo concede.

Consiste el argumento central del recurso en sostener, que la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo, en franca contradicción con el principio excluyente de las dos prestaciones, consagra el contrario al permitir que durante un determinado lapso el trabajador goce a la vez de las dos prestaciones, porque éste conserva en su poder la cesantía o al menos parte a medida que se vaya disminuyendo, pero conservando la simultaneidad de las dos prestaciones, hasta tanto la compensación no se haya terminado.

Mas la Sala observa que la simultaneidad del goce de que se habla en el recurso es sólo aparente si se estima que el "goce" consiste en "la acción y efecto de disfrutar de una cosa", y "disfrutar" es "percibir los productos y utilidades de una cosa" o "disponer de algo", lo cual transplantado al motivo de discusión deja en claro que, mientras el trabajador no disponga de sus mesadas no tiene disfrute de ellas y así aunque figuren como debidas a él quien disfruta de su valor, o mejor dicho, a quien le produce intereses es al patrono, que puede disponer del numerario. Y así, sólo en el momento en que se le descuenta una mesada que va a amortizar parte de la cuantía percibida por concepto de cesantía definitiva, recibe el trabajador el beneficio de ella y es a la vez cuando se descarga por tal descuento, de una suma igual debida.

Lo anterior estaría acorde con lo preceptuado por el artículo 1715 del C. Civil, que establece que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley hasta la concurrencia de sus valores, si son de género igual, si son líquidas y si son actualmente exigibles.

No aceptando los argumentos aducidos para variar la jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo, los cargos no prosperan y habrá de sostenerse la confirmación de los numerales 2º y 4º de la sentencia del a-quo cuya revocatoria se persigue.

Cuarto cargo.—"Violó el Tribunal, por infracción directa, el artículo 1715 del C. C., en concordancia o relación con el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por aplicación indebida, el artículo 262, en armonía con el 260 de esta misma obra".

Para demostrarlo, dice que de conformidad con el precepto del C. C., citado, para que la compensación se opere es indispensable que ambas deudas sean actualmente exigibles, y al ordenar el ad-quem en la forma señalada en el ordinal 2º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia la compensación, desconoció lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 1715 del C. C., porque una de las dos deudas, la de la Empresa para con la actora, no tenía la calidad de ser actualmente exigible.

Para el opositor, la demostración del recurrente se combate por sí misma con sus argumentaciones, porque no se ve de dónde puede provenir la afirmación de que el fallo acusado haya ordenado la compensación de una obligación exigible con otra que no lo es. Claramente se desprende de lo fallado, en consonancia con la recta interpretación de los artículos sustentativos de la sentencia, que no se ha dispuesto que las pensiones futuras produzcan la reducción o disminución de lo percibido, a título de cesantía definitiva, por la demandante, sino que ese fenómeno sólo se debe cumplir en relación con cada mensualidad causada de la pensión jubilatoria.

Después de lo expresado al resolver los tres primeros cargos, bien se observa que el estudio del cuarto cargo, propuesto como subsidiario, no procede.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido en cuanto modificó el del a-quo en el sentido de condenar a la empresa a pagar a la demandante la pensión mensual fijada en este último fallo a partir del veintiseis de agosto de 1954, y en su lugar y procediendo como Tribunal de instancia, confirmar en todas sus partes el expresado numeral. NO LO CASA en lo demás.

Costas a cargo de la demandada recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — **Enrique Arámbula Durán**—Con salvamento de voto, **Juan Benavides Patrón**—**Sergio Antonio Ruano** — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JUAN BENAVIDES PATRON

Cuando el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo —modificando su jurisprudencia anterior acerca de la manera como debe devolverse la cesantía definitiva para que el trabajador pueda disfrutar de la pensión de jubilación que posteriormente reclama—, produjo la interpretación que hoy acoge la mayoría de la Sala de Casación Laboral de la Corte, al decidir los tres primeros cargos del recurso de la sociedad demandada en el juicio, me separé de aquella opinión mayoritaria por considerar que cualquier sistema de devolución que tolere la coexistencia, total o parcial de esas prestaciones, que la ley estima incompatibles, quebranta el principio de la exclusión y conduce a la concurrencia prohibida. Como las razones del presente fallo, en el punto indicado, son las mismas que expuso en aquella oportunidad el Tribunal Supremo, reproduzco mi salvamento de votó de entonces, pues mi criterio sobre el tema no ha sufrido modificación:

"Dos son los argumentos centrales en que reposa la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, adoptada por la mayoría: el artículo 262 del C. S. que establece que la pensión se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite, siempre que en ella reúna los requisitos del texto 260 de la misma obra, y la equidad y el espíritu de las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Las demás consideraciones del fallo de que disiento aparecen presentadas como razones complementarias o de desarrollo, en forma por demás ligera a pesar del insospechable alcance que puede derivarse y necesariamente se derivará de cada una de ellas. Y todas se refieren al tema de la cesantía recibida por el trabajador que posteriormente solicita su pensión de jubilación, asunto acerca del cual la sentencia conviene en que debe devolverse, como estaba resuelto ya por todos los intérpretes, mas disponiéndose ahora que tal devolución se efectúe en forma gradualmente acumulativa de las pensiones mensuales que considera debidas por el patrono, en su totalidad o 100% que luego se torna, en el caso de autos, en el 80%, hasta completar aquel valor recibido, extinguiéndolo por compensación; a diferencia de la solución anterior que exigía su pago total para que empezase a deberse la jubilación, como fenómeno jurídico necesario para remover el hecho impediente establecido por la legislación nacional.

"En lo que se relaciona con el primero, basado como he dicho en el señalamiento legal acerca de la fecha desde la cual se debe la jubilación, los colegas de la mayoría afirman que la jurisprudencia anterior echaba en olvido el mandato del artículo 262 del C. S. del T. Tal afirmación es completamente infundada y aun en su sentido figurado contraría la verdad sobre el proceso de formación de la tesis modificada. En efecto, desde el momento mismo en que el Tribunal Supremo expuso su doctrina original, la exégesis opuesta arguyó que aquélla modificaba la norma en cuestión, o mejor su antecedente legislativo, creando una condición para el pago de la jubilación o señalando una fecha o momento para su goce (el de la devolución integral de la cesantía) que la ley no había establecido. En decisiones posteriores esta Corporación —integrada entonces por magistrados distintos a los de hoy—, ya que la dicha jurisprudencia proviene de sus primeros integrantes, refutaron ampliamente tal reparo, como puede leerse en numerosas providencias de aquella época. Y hace poco, en sentencia de 15 de diciembre de 1953, en la que se estudió nuevamente el asunto, fue reiterado el criterio de que el disfrute de la pensión sólo podía iniciarse cuando se efectuase la devolución total de la cesantía, en virtud de que ello es consecuencia obligada del principio de la exclusión, que no permite —salvo en las excepciones legales— la concurrencia de las dos prestaciones. Mal puede sostenerse entonces que la interpretación jurídica anterior echaba en olvido el aspecto examinado. Para mejor demostración de mi rechazo a este pasaje de la sentencia transcribe el siguiente aparte de aquella última decisión:

" 'Las razones principales de la interpretación jurisprudencial predominante consisten, pues, en que el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación son incompatibles entre sí, o se excluyen según establecen el código sustantivo del trabajo y la legislación anterior; y en virtud de tal exclusión, el trabajador no puede retener suma alguna recibida por cesantía definitiva si pretende disfrutar de su derecho a jubilación, pues mientras tal

ocurra existe el hecho excluyente. Y cualquier método de devolución que tolere la coexistencia, total o parcial de las dos prestaciones incompatibles quebranta el principio legal de la exclusión y permite la concurrencia prohibida. Constituyen excepciones a esta tesis, por disposición expresa de la ley, las relativas a la cesantía adicional por tiempo de servicio superior a los veinte años que generan la jubilación, y a la materia de anticipos, liquidaciones parciales y préstamos lícitos, que como tales son de aplicación restrictiva y no pueden ampliarse por analogía. De la liquidación de cesantía definitiva ha afirmado uniformemente esta Superioridad que no puede calificársela de anticipo, ni de préstamo, ni de liquidación parcial y tal afirmación es sin duda incontrovertible. Su devolución integral, en consecuencia, obedece al principio explicado de incompatibilidad y no destruye las reglas generales sobre nacimiento del derecho a la pensión y época desde la cual ella es debida, por cuanto éstas regulan las situaciones simples o comunes y no las complejas que resultan de su armonización con el precepto de la exclusión'.

"Sostiene la mayoría del Tribunal que la nueva solución se inspira en principios de equidad. Esta tesis responde a la consideración, enunciada en forma incompleta, de que la jurisprudencia anterior imponía la condición de devolver integralmente la suma recibida por cesantía, para que el trabajador pudiese gozar de la pensión de jubilación, condición que se estima de difícil cumplimiento, en la generalidad de los casos. De donde se concluye que el reconocimiento de la última prestación resulta inoperante en ellos, por lo cual se la califica, además, de injusta y contraria a la finalidad de la Ley. Para mí tengo que esta preocupación es la determinante del nuevo criterio, y que a solucionarla se han encaminado todos los empeños del razonamiento. Pero el problema no puede resolverse tan fácilmente, con sólo hablar de equidad. Porque ésta no consiste en disponer favorablemente para una de las partes desatendiendo el derecho de la otra, ni contrariando el ordenamiento legal positivo, que muy claramente limita los casos de concurrencia de las dos prestaciones o supuestos distintos del contemplado. Yo creo, desde luego, que la opinión mayoritaria es más favorable para el trabajador que ha recibido cesantía, puesto que le permite devolver su valor gradualmente y sin desembolso; pero esto es cosa muy diferente a que tal interpretación sea más equitativa según los términos de la legislación en vigor, que no pueden contrariarse, ni siquiera en virtud de aquella consideración. Sobre el particular, mi opinión es la de que si, consultadas las conveniencias económicas y sociales, se califica como injusta la reglamentación en vigor, debe modificársela en la forma que proceda; mas no es lícito al intérprete variar el ordenamiento establecido so pretexto de que la nueva exégesis resulta más favorable a los intereses del trabajador. Porque esta no es la misión de la jurisprudencia, ni el criterio de la mayor favorabilidad en cuestiones laborales puede aplicarse en forma que conduzca a soluciones contrarias a las consagradas por la ley.

"De la misma manera, considero erróneo el argumento relativo al espíritu de la legislación. Contra la opinión de mis distinguidos colegas, el sistema colombiano siempre ha sido el de la no concurrencia de las dos prestaciones. Y aún frente a una interpretación diferente del Consejo de Estado, en materia similar, del año de 1948, el Tribunal Supremo mantuvo su tesis de la devolución integral; y al expedirse el Código Sustantivo del Trabajo sus redactores, que no sólo las conocían ambas sino que hasta uno de ellos, el doctor Cástor Jaramillo Arrubla, la había sostenido como Magistrado de esta Corporación, reiteraron el criterio de la exclusión. Muy claramente puede observarse, pues, que el espíritu de la ley es ostensiblemente opuesto a la concurrencia que ahora se autoriza.

"Todo lo anterior y mucho más que todavía puede argumentarse en torno de las consideraciones complementarias del fallo, me obligan a disentir del criterio de la mayoría del Tribunal, expuesto en la sentencia anterior, que insisto en creer contrario a la legislación vigente, en punto a la cuestión fundamental de la forma cómo debe devolverse la cesantía recibida. Porque, a mi juicio, autoriza una concurrencia que la ley no permite y, en últimas, convierte en anticipo de varias mesadas de la pensión, sin que se haya generado el derecho a ella, lo que lícitamente se había pagado por cesantía.

"En los términos expuestos sintetizo las razones de mi disentimiento".

Bogotá, veintiuno de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

Juan Benavides Patrón — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SEGURO DE VIDA: CUANDO CESA LA OBLIGACION DE PAGARLO. — PRUEBA DE LA RELACION ENTRE LA ENFERMEDAD Y LA MUERTE DEL TRABAJADOR

1 — Según el artículo 298 del Código Sustantivo del Trabajo, la obligación del seguro cesa a la terminación del contrato de trabajo, salvo que éste termine por despido injusto o estando el trabajador afectado por enfermedad profesional o no profesional o por accidente de trabajo, casos en los cuales la protección del seguro se extiende por algún tiempo más allá de la terminación del vínculo.

2.—Debe establecerse la relación de causa a efecto entre la enfermedad que aquejaba al trabajador al tiempo de la terminación del contrato y la muerte ocurrida dentro de término previsto por la ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de CANDELARIA VILORIA contra la sentencia de 8 de marzo de 1956, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, en el juicio adelantado por la recurrente contra RAFAEL LEON LABARCES.

Antecedentes

Por medio de apoderado, Candelaria Viloria, en su carácter de heredera y beneficiaria forzosa de Rafael Viloria Escobar, demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Ciénaga, a Rafael León Labarcés, para que se condenara a éste a pagarle las cantidades de dinero que resultaran demostradas en el juicio, por los siguientes conceptos:

"a) Reajuste del auxilio de cesantía correspondiente al señor Rafael Viloria Escobar;

"b) Reajuste de las vacaciones, compensadas en dinero, correspondientes al mismo señor;

"c) Reajuste de primas semestrales y bonificaciones correspondientes al citado Rafael Viloria;

"d) Seguro de Vida correspondiente al finado Rafael Viloria Escobar;

"e) Indemnización por mora injustificada en el pago de dichas prestaciones, o sean, salarios caídos;

"f) Los intereses legales y las costas de este juicio".

Son hechos del libelo:

"1º Rafael León Labarcés es el propietario de una finca agrícola, denominada "El Trabajo", ubicada en el Municipio de Ciénaga, Corregimiento de Ríofrío, comarca denominada Pantoja; igualmente dicho señor es el propietario de otra finca denominada "El Carmen", también agrícola; dichas fincas, explotadas por su dueño, constituyen una empresa de carácter permanente.

"2º: El demandado en dichas fincas paga y ha venido pagando desde hace más de tres años, una nómina de salario o planilla superior de mil pesos ($ 1.000,00 ml.) por mes.

"3º: Mi poderdante la Sra. Candelaria Viloria Valera es la única hija natural reconocida que tuvo el señor Rafael Viloria Escobar; mi poderdante es mayor de edad, pues nació el día 2 de diciembre de 1918.

"4º: En efecto, mi poderdante, por medio de sentencia ejecutoriada, dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga; de fecha 19 de junio de 1953, fué declarada judicialmente como hija natural reconocida de Rafael Viloria Escobar.

"5º: Por tanto mi poderdante es la única heredera y beneficiaria forzosa de la cesantía, prestaciones y seguro de vida del señor Rafael Viloria Escobar, ya fallecido.

"6º: El señor Rafael Viloria Escobar trabajó al servicio del demandado, vinculado bajo contrato presuntivo de trabajo, un tiempo continuo de 18 años; últimamente desempeñaba el cargo de Capataz y devengó un último sueldo de $ 300,00 mensuales.

"7º: Rafael Viloria Escobar trabajó en las fincas citadas en el ordinal 1º de esta demanda hasta el día 11 de marzo de 1952, fecha en que se tuvo que retirar del trabajo por causa de enferme-

dad nó profesional; el día 15 de abril de 1952 le fueron canceladas por conducto de la Inspección del Trabajo de Ciénaga algunas prestaciones sociales, cancelación que le hizo el señor Labarcés en la suma de $ 650.00 ml. por el tiempo comprendido entre el año de 1946 hasta abril de 1952 únicamente.

"8º: Rafael Viloria salió enfermo del trabajo en la fecha citada, y por causa de dicha enfermedad, el día 12 de marzo de 1952 fué hospitalizado, en cuyo hospital permaneció algún tiempo.

"9º: Por causa de dicha enfermedad, el señor Rafael Viloria murió en Ciénaga, Corregimiento de Ríofrío, el día 27 de mayo de 1952, ó sea antes de los tres meses siguientes a la fecha de su retiro del trabajo.

"10º: Por lo anterior, los beneficiarios de Viloria tienen derecho a reclamar el seguro de vida de dicho señor, reclamo que hizo mi poderdante ante la Inspección del Trabajo de Ciénaga, a lo cual no accedió el demandado, por lo que se ha tenido necesidad de llegar hasta la acción jurisdiccional".

El apoderado del demandado se opuso a la acción alegando que Viloria fué trabajador de Labarcés en distintos períodos, pero no en forma continua, ni mucho menos durante 18 años; que en el último período, Viloria solamente laboró hasta el 15 de diciembre de 1951 y que en esa quincena solo alcanzó a devengar la suma de $ 9.80 en trabajo a destajo; que Labarcés liquidó al actor sus prestaciones legales de acuerdo con el salario devengado y el tiempo servido; y que Labarcés se negó a pagar el seguro reclamado porque no se causó derecho a esa prestación.

El Juez de primera instancia, en fallo de 14 de octubre de 1955, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda y condenó en costas al actor. Y el Tribunal de Santa Marta, al conocer en grado de consulta, confirmó la decisión del **a-quo**.

La casación

Propone un solo cargo y dice el impugnador que el recurso tiene por objeto que la Corte "case la sentencia acusada, procediendo luego a reformarla en el sentido de que sí existe obligación por parte del señor Rafael León Labarcés de pagar a la señora Candelaria Viloria Valera el seguro de vida que le corresponde por motivo de haber ocurrido la muerte de su padre, Rafael Viloria Escobar, antes de cumplirse los tres meses de retirado del servicio del señor Labarcés, pues aquél trabajó durante los primeros cuatro meses del año de 1952 a favor de las instalaciones agrícolas que éste posee. Y su muerte se produjo el 27 de mayo de 1952, es decir antes de que hubieran transcurrido los tres meses de la separación de su trabajo".

Cargo único

Acusa violación indirecta de los artículos 22, 23 47 49 54 61 127 193 194 289 292 293 294 298 del CS. del T.; 20 y 78 del C. de P del T; y 632 del CJ, a través de error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado mal unas pruebas y haber dejado de apreciar otras, que singulariza, error que lo llevó a admitir, contra la evidencia procesal, que el actor no estuvo trabajando al servicio de Labarcés hasta abril de 1952, para relacionar este hecho con su muerte ocurrida el 27 de mayo del mismo año.

Como pruebas mal apreciadas indica el acta de conciliación de folios 2 y la diligencia de inspección ocular (folios 49, 50 vto. y 51). Y como pruebas dejadas de apreciar señala: El recibo de folios 24; las declaraciones de Joaquín Tapias Ortega, Alejandro Mancilla Peña y Amadeo Mazzilli Ribón (folios 7, 8, 40 y 41); y el certificado del Síndico del Hospital de Ciénaga (fls. 11).

Afirma el recurrente que el acta de conciliacion celebrada ante el Inspector del Trabajo de Ciénaga el 15 de abril de 1952, fue mal apreciada por el Tribunal al aceptar solamente en parte los hechos que ella registra, porque la utilizó correctamente para declarar cosa juzgada lo relativo a las prestaciones que fueron materia de la conciliación, pero no tuvo en cuenta que dicha acta constituye también plena prueba de que Rafael Viloria estuvo al servicio de Labarcés hasta el mes de abril de 1952, porque allí habla e trabajador claramente de ese mes y año sin que aparezca que Labarcés hiciera objeción alguna al respecto, ni que se opusiera a las pretensiones de Viloria, sino que al contrario asintió a ellas y pidió se hiciese la correspondiente liquidación; que además en dicha acta consta que en abril de 1952 todavía estaba viviendo la familia de Viloria en la hacienda de Labarcés, hecho que no se explica sino sobre el entendimiento de que Viloria trabajó para aquél hasta ese mes de abril, porque no es posible dentro del sistema de organización que tienen los propietarios colombianos pensar que su magnanimidad vaya hasta tolerar que permanezca en su propiedad la familia de un trabajador que hace varios meses no le trabaja.

Que en el certificado expedido por el Síndico

del Hospital de "San Cristóbal" de Ciénaga se lee que Viloria entró a hospitalizarse el día 12 de marzo y salió por muerte el día 27 del mismo mes del año de 1952, pero que debió existir un error al expedirse dicha certificación, pues está acreditado con diferentes pruebas que la muerte no fué en marzo sino el 27 de mayo, y que lo que debió ocurrir fué que Viloria entró al Hospital el 12 de mayo y no el 12 de marzo como se ha venido afirmando, ya que hay otro hecho claro en los autos y es el de que Viloria estuvo el 15 de abril de 1952 arreglando sus prestaciones con Labarcés ante el Inspector del Trabajo de Ciénaga como consta en el Acta de conciliación a que ya se ha hecho referencia; que en cuanto a la fecha de la muerte de Viloria está suficientemente probado que ella ocurrió el 27 de mayo de 1952 con el certificado del Inspector de Policía de Ríofrío y con las declaraciones de Amadeo Mazzili y Alejandro Mancilla, lo que lleva a concluir que Viloria entró al Hospital y salió por muerte en el mismo mes de mayo de 1952, es decir que entró al Hospital a los 27 días de haberle sido canceladas algunas prestaciones por el patrono Labarcés.

Que la anotación que se hizo en el acta de inspección ocular sobre los servicios de Viloria como "ayudante", es lógico que se refiere al año de 1952, pero que los peritos no dejaron constancia de cuántas veces aparece Viloria como "extra" o "ayudante" en dichos meses, y el Tribunal menospreció este hecho al estudiar el negocio. Y que el testigo Tapias Ortega dice constarle que Viloria "estuvo trabajando con el señor Labarcés hasta el mes de marzo de 1952, en que dejó de trabajar por enfermedad".

Termina el recurrente afirmando que al relacionar debidamente las anteriores probanzas se evidencia que el contrato de trabajo entre Labarcés y Rafael Viloria se mantuvo hasta abril de 1952 y que Viloria murió el 27 de mayo del mismo año, por lo cual es incuestionable que el **ad-quem** incurrió en el error de hecho acusado, que lo llevó a absolver a Labarcés del pago del seguro demandado, violando así las normas que indica al enunciar el cargo.

El opositor pide que se mantenga la sentencia acusada; observa que el enfoque del recurso está equivocado porque la impugnación sólo busca demostrar que el trabajador Viloria falleció dentro de los tres meses siguientes a su retiro del servicio en las fincas del demandado, pero que ello, auncuando apareciera probado en los autos, no sería suficiente para que se causara el seguro a favor de la demandante, ya que la regla general es de que cesa la obligación del seguro al terminarse el contrato de trabajo, con las únicas excepciones que trae el artículo 298 del C. S. del T, ninguna de las cuales aparece alegada ni mucho menos probada por el acusador en su demanda ante la Corte; que respecto a la enfermedad que se afirma en el libelo inicial, no existe prueba alguna en el expediente que permita concluír que al terminarse el contrato de trabajo Viloria estuviera enfermo, por lo cual el patrono no puede ser obligado a pagar el seguro siendo que la muerte de Viloria ocurrió varias semanas después de la terminación del contrato de trabajo. Analiza las pruebas cuya mala apreciación se acusa y concluye que el sentenciador, al dar por demostrado que el contrato de trabajo con Viloria terminó en el mes de diciembre de 1951, no incurrió en ningún error de hecho, pues valoró acertadamente las probanzas.

Se considera:

Sobre este extremo de la litis, dijo el Tribunal:

"SEGURO DE VIDA. Fueron traídas al debate declaraciones de testigos para comprobar la existencia de un vínculo contractual de trabajo existente entre el señor Rafael Vioria, padre natural de la demandante, y el demandado, en el cual apoyó el actor las pretensiones de su derecho. Estos testigos lo fueron los señores Joaquín Tapias Ortega (folio 40), quien al prepuntarle por el tiempo dentro del cual prestó sus servicios el trabajador, dijo: "sé que estuvo trabajando con el señor Labarcés hasta el mes de marzo de 1952, en que dejó de trabajar por enfermedad" y más adelante agrega que la hospitalización del enfermo ocurrió en la fecha ya indicada y la muerte en mayo de 1952. Se da la razón de por qué sabe cuando murió el trabajador, pero no se hace lo mismo para justificar el conocimiento que tenga de cuándo comenzó y cuándo terminó el trabajo del empleado muerto.

"El otro testigo, o sea Alejandro Mancilla Peña y otros se limitan a ratificar la declaración que en forma extrajuicio habían rendido ante un Juzgado Municipal de Ciénaga, pero referente únicamente al parentezco habido entre el trabajador muerto y la reclamante Viloria. La prueba testimonial para la existencia del contrato de trabajo es incompleta por existir únicamente un solo testigo que lo afirma categóricamente, pero que no da la razón de su dicho.

"Cosa distinta ocurre con otra prueba producida, consistente en inspecciones oculares practica-

das por el funcionario del conocimiento a las planillas del demandado, de donde sí se deduce la existencia de ese contrato de trabajo, como puede leerse a los folios 49 y 51, que sí tienen las características de plena prueba.

"Pero si bien se ha demostrado la existencia del contrato de trabajo por medio de las inspecciones oculares dichas, es de notarse que, a partir del mes de enero de 1952, ya no figura en las planillas el señor Rafael Viloria como trabajador del demandado. Si se tiene en cuenta que el padre de la reclamante murió el 27 de mayo de 1952, como bien aparece demostrado por la certificación visible al folio 11 y por otras constancias que aparecen en el expediente, todo lo cual está reafirmado por la misma demandante. Habiendo ocurrido pues, la muerte del padre de la reclamante, cinco meses después de haber dejado de trabajar con el demandado, es bien claro que el derecho al seguro, no cobija a la reclamante".

Todo el esfuerzo impugnativo del recurrente se orienta a demostrar que el contrato de trabajo entre el actor y el demandado no terminó en diciembre de 1951, como lo declaró el Tribunal, sino en el mes de abril de 1952. Pero en verdad no hay objeto de entrar en el análisis del haz probatorio para saber si el Tribunal se equivocó o nó a este respecto, porque aún cuando se le diera la razón al acusador y se llegara a la conclusión que este quiere de que el vínculo laboral duró hasta el mes de abril de 1952, este hecho, por sí solo, como con acierto lo advierte el opositor, no sería suficiente para quebrantar el fallo recurrido y producir la condena impetrada, mientras no se demostrara a la vez que Viloria estuvo en alguno de los casos de excepción previstos en el artículo 298 del C. S. del T. aspecto éste último que descuida el recurso y que tampoco aparece evidenciado de autos.

Según el artículo 298 citado, la obligación del seguro cesa a la terminación del contrato de trabajo, salvo que éste termine por despido injusto o estando el trabajador afectado por enfermedad profesional o no profesional o por accidente de trabajo, casos en los cuales la protección del seguro se extiende por algún tiempo más allá de la terminación del vínculo.

La causa petendi de esta acción judicial radica en que el trabajador Viloria "se tuvo que retirar del trabajo por causa de enfermedad no profesional" el 11 de marzo de 1952 (hecho 7º de la demanda) y en que a causa de dicha enfermedad Viloria murió en Ríofrío el 27 de mayo del mismo año (hecho 8º de la demanda). Tales circunstancias era necesario establecerlas en el juicio para que procediera la condena que se impetra. Para comprobar el estado de enfermo en que estuviera Viloria al momento de terminarse el contrato y su relación de causa a efecto con la muerte del ex-trabajador, no se trajo a los autos ninguna prueba idónea, como hubiera sido un examen o certificado médico o pericial que dijera con autoridad sobre la presencia de la enfermedad de Viloria y sobre la causa de su defunción. El testimonio de Joaquín Tapias Ortega, la certificación del Síndico del Hospital "San Cristóbal" y la constancia del Inspector de Policía de Ríofrío, que son las únicas probanzas que al respecto pudiera invocar la parte demandante, no alcanzan a lograr ese objetivo de evidencia por la absoluta vaguedad y confusión como presentan algunos de los hechos centrales, por el total silencio que guardan respecto al origen de la muerte del causante y porque ostentan entre sí contradicciones que impiden utilizar tales elementos de prueba ni siquiera como indicios con fuerza suficiente para construír sobre ellos una conclusión favorable a la tesis de la demanda.

En efecto, Joaquín Tapias Ortega a quien le consta que Viloria fue trabajador de Labarcés durante varios años, por razones de vecindad y de negocios, ya que el testigo vivía en Ríofrío donde tenía una tienda, y pasaba con frecuencia por las haciendas donde laboraba Viloria y las visitaba en los días de pagos para cobrar los vales a los trabajadores, declara sobre el particular (fs. 40 vto): "Se que (Viloria) estuvo trabajando con el señor Labarcés hasta el mes de marzo de 1952, en que dejó de trabajar por enfermedad"... "Sí señor él (Viloria) estaba enfermo y salió del trabajo para el hospital de esta ciudad, y eso ocurrió en marzo o abril de 1952, porque él murió en el mes de mayo, a fines, del mismo año, y esto lo sé porque el 27 de mayo de ese año yo fuí con Ramón Silvera a sacar la boleta de defunción".... "El señor Viloria murió en Ríofrío, pero no sé la causa de su muerte".

El documento de fls. 11 suscrito por el Síndico del Hospital de Ciénaga y que lleva fecha 10 de julio de 1953, dice: "El suscrito Síndico del Hospital "San Cristóbal" a petición verbal de parte interesada CERTIFICA: que el señor Rafael Viloria entró a hospitalizarse el día 12 de marzo y salió por muerte el día 27 del mismo mes del año de 1952".

Y en la constancia expedida por el Inspector de Policía de Ríofrío el 30 de octubre de 1952, que se copia conservando la misma ortografía que trae el original (fls. 4-, se expresa: "El suscrito Inspector de Policía Hace Constar Que vista la

lisencia de inumasión Nº 193 que a la letra dise. En el Correjimiento de Ríofrío Munisipio de Ciénaga — A los 27 días del mes de mayo de mil novesientos cincuenta y dos Se presentó el Sr. Ramon Silbera y manifestó que a las 4 de la tarde Del día 27 de mayo murió el Sr. Rafael Viloria — De sexo masculino a la edad de 70 años, natural de Ciénaga República de Colombia, de estado civil soltero, que su última ocupasión fue la de obrero y que la muerte fue en el monte Correjimiento de Ríofrío — Que es hijo natural de Rafael Viloria y Manuela Escorsia — Causa principal de la muerte fue, encontrado muerto que la sertificó el doctor, no tubo. En constancia se firma ante testigos".

Tapias Ortega se limita simplemente a hacer una afirmación sobre la mala salud de Viloria al tiempo de la terminación del contrato, pero no da la razón de su dicho ni explica por qué le consta ese hecho, por lo cual su testimonio no aparece responsivo en este punto y no ayuda a demostrar que en verdad Viloria hubiese estado enfermo cuando salió de servir a Labarcés. Pudiera pensarse que dicha declaración sirve como indicio ya que coincide con el ertificado del Síndico del Hospital y con la afirmación que se hace en la demanda, en señalar la inmediata hospitalización de Viloria al día siguiente de su desvinculación contractual, pero ello no es posible dentro de una estricta técnica probatoria, porque tal testimonio aparece en otros aspectos en fundamental contradicción con lo que dice el Síndico sobre el lugar y la fecha de la defunción de Viloria cuando certifica que éste "salió por muerte" el 27 de marzo, es decir, que murió en el Hospital en esa fecha (como se encarga de ratificarlo la misma parte demandante al formularle al demandado la pregunta 6ª del pliego de posiciones, fs. 39), mientras que para el testigo Tapias la muerte se produjo en el sitio de Ríofrío el 27 de mayo de 1952. El certificado del Síndico, además de ser un documento excesivamente lacónico, que no da idea de cual fuera la causa de la muerte de Viloria, es una probanza que tampoco coincide con lo que se afirma en los hechos 8º y 9º del libelo que refieren que Viloria se hospitalizó el 12 de marzo de 1952 y solo permaneció en el hospital "algún tiempo", para morir más tarde en Ríofrío el 27 de mayo de ese año a causa de la enfermedad que lo aquejaba; en estas condiciones, como es obvio, la certificación del Síndico no puede valorarse en provecho de los fines que persigue la demanda, porque resultaría evidenciando unos hechos que no son, ni coinciden con los que se plantean en la litis. El recurrente propone una interpretación sobre dicho Certificado que, además de estar en desarmonía con lo sostenido en las instancias de que Viloria ingresó al hospital al día siguiente de terminarse su contrato, antes que favorecer su causa la haría aún más imposible, porque aceptando, como el acusador lo quiere, que hubo error al expedir dicho documento y que lo que debió ocurrir fué que Viloria entró al Hospital el 12 de mayo, o sea 27 días después de que se liquidaron sus prestaciones, se presentaría una solución de continuidad de muchos días entre la fecha de la terminación del contrato y el ingreso de Viloria al hospital, sin que los autos demostraran que durante ese lapso el trabajador hubiera estado enfermo, lo cual evidenciaría mucho más objetivamente la falta de derecho de la demandante para reclamar el seguro. Por último la constancia del Inspector de Ríofrío solo da razón de que en ese lugar falleció Rafael Viloria el 27 de mayo de 1952, pero sin que diga nada respecto a la causa de la muerte pues advierte que no hubo médico que la certificara y solo anota que Viloria "fue encontrado muerto".

Con un material probatorio como el analizado, que resulta confuso, incompleto, contradictorio e ineficaz para establecer las circunstancias condicionantes del derecho al seguro de vida demandado (enfermedad no profesional de Viloria al tiempo de la terminación del contrato y relación de causa a efecto entre tal enfermdad y la muerte del trabajador), no era posible obtener una condena por dicho concepto y, en consecuencia, el Seccional al absolver a Labarcés por tal extremo, aun cuando sobre un planteamiento diferente al de la Sala, no infringió el artículo 298 del C. S. del T. que es la norma que consagra aquel derecho, a cuyo reconocimiento aspiraba como único objetivo la presente impugnación.

No prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS. — COMPROBADO PLENAMENTE QUE EL LUCRO CESANTE SE PRODUJO, Y CARECIENDOSE DE BASE PARA DETERMINAR SU CUANTIA, SE CONSIDERA QUE AQUEL PERJUICIO ESTA REPRESENTADO POR LOS INTERESES LEGALES DE LA CANTIDAD QUE SE FIJE COMO MONTO DEL DAÑO EMERGENTE

En sentencia de fecha 1º de diciembre del año pasado dijo esta Sala: "...La indemnización de perjuicios, a tenor de lo dispuesto en el art. 1613 del CC. se conforma con los dos factores conocidos de daño emergente y lucro cesante". Y agregó más adelante que en toda indemnización por perjuicios constituye requisito sine qua non que quien la demanda principiará por probar la existencia de esos perjuicios y el hecho de haberlos sufrido, es decir, que se ha dejado de derivar alguna ganancia o provecho a consecuencia del daño cuya reparación se pide.

Y como en dicho caso tal prueba no se produjo, se negó la condenación por concepto de lucro cesante.

Mas como allí mismo se explicó, la afirmación de dicho principio no entraña contradicción con la otra doctrina de la Corte conforme a la cual "ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente"; y no la contradice porque tal jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar su existencia, y porque en el presente caso no se trata de una cantidad líquida de dinero, sino de la liquidación, en este mismo fallo, de un daño emergente cuya cuantía era antes desconocida.

Sentado lo anterior, y de conformidad con lo que acaba de decirse, deberá reconocerse al actor en el presente incidente como lucro cesante, el interés legal de la suma que se deduzca como monto del daño emergente ya que, como atrás se dijo, la existencia de este daño fue acreditada de manera plena durante la oportunidad que estas diligencias brindaron al actor.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, primero de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara

Del auto proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta el 16 de noviembre de 1956 apeló la parte actora y como el recurso le fué concedido se remitió el negocio a esta Sala de la Corte. Surtidos aquí los trámites legales se procede a resolver.

Antecedentes

El señor apoderado de la sociedad "Transportes Marbella Ltda" demandó a la Nación, ante el citado Tribunal, a fin de que fuera condenada a indemnizar a la demandante los perjuicios que por culpa se le causaron al chocar un vehículo automotor del Gobierno Nacional con un camión de la mencionada Sociedad.

El juicio fué fallado en primera instancia el 2 de febrero de 1953 declarando la responsabilidad civil de la Nación y condenándola, por tanto, a pagar a la Empresa de Transportes Marbella Limitada "el daño emergente y el lucro cesante ocasionados al camión Nº 245 matrícula de Santa Marta, de propiedad de dicha sociedad comercial, teniendo como referencias para establecer el estado anterior al accidente del vehículo, los daños y perjuicios, las declaraciones rendidas por los señores Rafael A. Cortés, Nelson Cabas y Pedro Palermo N. como asimismo los testimonios de los señores Pedro Núñez, René Birlick y Orlando Zúñiga para los efectos del artículo 480 del C. J." También se dispuso descontar "del avalúo o cantidad líquida que se establezca", la suma de $ 2,000.00 que la Empresa recibió de la Nación en pago de los daños causados y que en el caso de estimarse el daño emergente en menos de dicha suma, se compute el excedente de ella a la parte correspondiente al lucro cesante.

Al revisar esta Sala, por apelación, el fallo del Tribunal, resolvió:

"1º Declarar que la Nación es responsable civilmente del accidente ocasionado el 13 de agosto de 1948 en el puente de Toribio, sobre la carretera de Ciénaga a Santa Marta, y en el cual el camión de placa Nº 245, matrícula de Santa Marta, sufrió los daños que se relacionan en la Resolución Nº 64 del Inspector de Policía y Tránsito de Ciénaga, fechada el 18 de agosto de 1948, por haber sido atropellado por la volqueta Nº 279 de placa de Ciénaga de propiedad de la Nación, manejada por el chofer José Manuel Rivas.

"2º Condenar a la Nación a pagar a la Sociedad denominada Transportes Marbella Limitada domiciliada en Santa Marta, el valor de los perjuicios a que se refiere el punto anterior. Para fijar la cuantía de éstos se procederá como lo ordena el artículo 553 del Código Judicial, atendiendo a la parte motiva de este fallo.

"Queda en estos términos reformada la sentencia apelada".

La parte motiva concreta lo referente a la estimación de perjuicios, en estos términos:

"La sentencia apelada debe reformarse en el sentido de que para estimar el perjuicio, es decir su cuantía, debe la parte demandante, al tramitar el incidente de que trata el artículo 553 del C. J. estimar y probar la cuantía de los perjuicios, descontando del monto total, la cantidad de dos mil pesos que el mismo demandante confiesa haber recibido. No puede aceptar la Sala que al hacer la estimación de los perjuicios se tengan en cuenta las declaraciones recibidas en la primera instancia, porque esos testimonios no tienen ningún valor probatorio".

En ejecución de este fallo, el demandante propuso el incidente de regulación de perjuicios y al efecto presentó esta liquidación:

"Daños sufridos por el camión de placa Nº 245 matrícula de Santa Marta, y que se relacionan en la Resolución Nº 64 del Inspector de Policía y Tránsito de Ciénaga, fechada el 18 de agosto de 1948 ... ... $ 3.000,00

"Depreciación sufrida por el vehículo como consecuencia de los daños $ 4.000,00

"Lucro cesante o daño emergente ocasionados al camión Nº 245 matrícula de Santa Marta, estimado en $ 70,00 diarios lo dejado de producir por el camión desde el día 13 de agosto de 1948, fecha del accidente hasta el 16 de diciembre de 1949, fecha en que comenzó a prestar nuevamente servicios, es decir durante 490 días ... ... $ 34.300,00

Valor total de los perjuicios ... ... $ 41.300,00

Dentro de la tramitación de este incidente surgieron otros como el relativo a la tacha de uno de los peritos, que fue desestimada por el Tribunal (cuaderno Nº 6); y el de objeción al dictamen pericial, formulada por el Sr. Fiscal, la cual fué fallada en dos instancias, desestimándola en la primera (cuaderno Nº 8) y reconociéndola en la segunda pues la Corte, por auto de 25 de julio de 1955, encontró demostrado el error grave del dictamen y en consecuencia revocó el auto de primer grado y dispuso que se procediera de conformidad con el inciso último del art. 720 del C. Judicial. (Cuaderno Nº 10)

Finalmente el Tribunal falló el incidente principal, o sea el de regulación de perjuicios, mediante el auto que ahora revisa la Sala en virtud de apelación, como queda dicho en la parte inicial de la presente providencia.

Las pruebas

Por haber prosperado la objeción por error grave hecha al primer dictamen pericial, se repitió, con intervención de nuevos peritos, tal diligencia, así como la de inspección ocular, pedidas por el actor para determinar el quantum de los perjuicios.

La nueva inspección se llevó a cabo el 8 de noviembre de 1955, (fl. 17, C. Nº 7). En ella se dice que el representante de la "Asociación de Transportes Marbella Limitada" manifestó que el camión se encontraba en los patios de la Empresa completamente inutilizado, "y en efecto —dice la diligencia— la comisión pudo constatar que había un aparato marca Chevrolet, color amarillo, sin llantas ni guardafangos, ni piezas servibles, completamente abandonado. En tal virtud, los señores peritos manifestaron que entonces rendirían su informe pericial con fundamento en los datos que encuentren en el proceso y para tal efecto solicitaron al señor Magistrado un término de diez días que fué otorgado..."

Al rendir su dictamen los peritos manifestaron que por haber conocido el vehículo antes del accidente, en perfectas condiciones, aunque no nuevo, su valor entonces no era inferior a $ 8.000,00 y por ello la depreciación del mismo, con motivo del accidente, era de $ 3.000,00 dados los daños que había sufrido, según el informativo, y por cuanto que las reparaciones no podían dejarlo en el mismo estado anterior. Con respecto

a los daños, y teniendo en cuenta los que relaciona la inspección ocular que practicó a raíz del suceso la Inspección de Policía y Tránsito de Ciénaga, y con base en los precios que tenían las Agencias de ventas de automotores y repuestos, los peritos determinaron el valor de cada pieza dañada, todo lo cual ascendió a $ 1.328,00.

Por último, en lo referente al lucro cesante se expresaron así los peritos:

"Aparece comprobado en el expediente que el carro Nº 245 de propiedad de la Empresa de Transportes "Marbella Ltda." atropellado por un camión o volquete de propiedad de la Nación, estuvo sin trabajar, completamente dañado, por la causa del atropello, cuatrocientos noventa (490) días (desde el 13 de agosto de 1948 hasta el 16 de diciembre de 1949).

"Sobre este particular hemos llegado a la conclusión de que hallándose como se hallaba el día del accidente el carro de la Marbella Ltda. en perfectas condiciones de servicio, ese carro podía producir en promedio sesenta pesos ($ 60.00) moneda corriente diariamente en producción bruta que, deduciéndole los gastos de sostenimiento, tales como lubricantes y combustibles, reserva para gastos de reparaciones y compra de repuestos, llantas, etc. y el pago de los honorarios a la tripulación (generalmente un conductor y 2 ayudantes) quedaría un saldo líquido a favor de su propietario de veintinueve pesos ($ 29.00) diariamente, correspondiendo los treinta y un pesos restantes a los gastos de sostenimiento antes especificados.

"En tales condiciones y siendo que el vehículo de propiedad de la Empresa de Transportes "Marbella Ltda" quedó inactivo, sin trabajar, durante cuatrocientos noventa (490) días, los daños o perjuicios sufridos por esta Empresa y por este concepto ascienden a la suma de catorce mil doscientos diez pesos ($ 14.210.00) moneda corriente".

Sobre este último punto se pidió a los peritos que ampliaran su dictamen para que dijeran qué fuentes de información o fundamentos habían tenido para determinar en 490 días el tiempo correspondiente al lucro cesante o sea el lapso en que el vehículo, según ellos, estuvo en inactividad o sin prestar servicio, y los expertos expusieron que la información la obtuvieron de lo dicho por el demandante y de lo expuesto por los señores Honorio de la Hoz y Pedro Núñez. (Folios 2 vto. a 3 del C. Nº 7) Y agregaron: "En cuanto al tiempo que demoró dañado el camión de la Empresa Transportes Marbella Ltda, o sea algo más de cuatrocientos días, nos permitimos conceptuar que no obstante la escasez habitual de repuestos en esta ciudad, la sujeción a turnos en los talleres y la posibilidad de tener que pedir repuestos al exterior, el tiempo, repetimos, es excesivo para lo que es la reparación en sí. Podrían, sí, mediar otras consideraciones para una demora tan larga, tal como que el perjudicado considerara que sólo después de avaluados los daños debía proceder a efectuar tales reparaciones, pero en ningún caso, repetimos, los trabajos de mecánica propiamente dichos necesitarían tanto tiempo para dejar el vehículo en buenas condiciones de servicio". (Subraya la Sala)

Nuevamente se pidió a los expertos ampliación de su dictamen a fin de que determinaran el tiempo que indispensablemente hubieran requerido las reparaciones del vehículo, pero los peritos se limitaron a sostener el de 490 días antes fijado, sin exponer para ello razones distintas a las que ya habían planteado; y como el Tribunal insistió en la exigencia, los peritos se concretaron, finalmente, a manifestar que ratificaban sus anteriores ampliaciones. Es decir que no determinaron el tiempo que estrictamente hubiera sido indispensable para reparar debidamente los daños causados al carro de la Empresa demandante.

Las declaraciones de los señores Núñez y de la Hoz a que aluden los expertos sólo dicen que el camión permaneció sin prestar servicio desde la fecha del accidente hasta el mes de diciembre de 1949 en que fué reparado.

El auto recurrido

El Tribunal acoge el dictamen en cuanto a la depreciación del vehículo y los gastos de reparación del mismo, pues sobre estos puntos lo encuentra explicado y fundamentado; pero lo desestima en lo relativo al lucro cesante, porque observa que los mismos peritos reconocen que fué excesiva la duración de la inactividad del carro toda vez que habría podido repararse en menos tiempo y ese lapso estrictamente necesario para la reparación es el que han debido determinar los expertos, dice el Tribunal, y no atenerse al largo período en que por culpa o negligencia del demandante pudo haber permanecido sin servicio el vehículo tantas veces citado. Por todo lo cual el Tribunal, en vista de tan grave deficiencia probatoria que impide fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, considera que está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, y como éste lo reconoce el a-quo

en $ 4.328.00 o sea la depreciación del carro ($ 3.000.00) y el valor de las reparaciones ($ 1.328-00) y como de otra parte el demandante confiesa en la demanda que la Nación le dio $ 2.000.00, el Tribunal regula los daños y perjuicios así:

"1º Daño emergente: cuatro mil trescientos veinte y ocho (sic) pesos ($ 4.328.00) moneda legal.

"2º Lucro cesante, sobre cuatro mil trescientos veinte y ocho pesos ($ 4.328.00), desde la fecha del accidente hasta la fecha de la demanda, donde se confiesa haber recibido $ 2.000.00, la suma de ciento setenta y tres pesos con doce centavos ($ 173,12); y

"3º Lucro cesante o sea el 6% anual a partir del mes de mayo de 1949 hasta el día en que se verifique el pago, sobre la suma de $ 2.328,00 ya descontada la cantidad de $ 2.000.00, que confiesa la demandante haber recibido".

El alegato del Procurador

El señor Procurador Delegado manifiesta su conformidad con la regulación del daño emergente, pues estima que la fijación de ese daño hecha por los peritos se acomoda a las exigencias legales; pero glosa el dictamen sobre el lucro cesante porque los peritos no lo fundamentan ni explican debidamente. Por esto la Procuraduría considera que el auto recurrido es jurídico en todas sus partes y en consecuencia pide su confirmación.

El apoderado de la parte actora no hizo uso del derecho de alegar en esta instancia.

Consideraciones de la Sala

De conformidad con el art. 553 del C. J la parte favorecida con el fallo en que se condene a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra cosa semejante, debe hacer, al pedir el cumplimiento de dicho fallo, "una liquidación motivada y especificada, de la cual se da traslado a la contraparte por el término de cinco días. Si la liquidación no es objetada, el Juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, se abre el incidente a prueba por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado".

En aplicación de este precepto se ha tramitado el presente incidente, por haberlo dispuesto así el fallo de segundo grado que puso fin al juicio. De manera que como fué impugnada la liquidación y por eso se concedió término probatorio, la fijación del quantum de los perjuicios debe hacerse "en vista de lo alegado y probado".

Ha sostenido el actor que la depreciación de su vehículo con motivo del choque con la volqueta perteneciente a la Nación, fue de $ 4.000.00 y que los daños causados al mismo carro tuvieron un valor total de $ 3.000,00. En cuanto a lo primero dice el testigo Pedro Núñez que cuando ocurrió el accidente el camión era "un vehículo nuevo que acababa de ser comprado por su propietario y se encontraba en perfecto buen estado..." e igual afirmación hace el deponente Honorio de la Hoz (folios 2 vuelto a 3 vuelto del cuaderno Nº 7), y uno y otro dan la razón de su dicho, pues Núñez frecuentaba como cobrador la Empresa Marbella y a de la Hoz le correspondió el empadronamiento de los vehículos de esta Empresa en el año de 1948. De otra parte los peritos, teniendo en cuenta el estado en que quedó el carro según las comprobaciones de autos, conceptúan que sufrió considerable depreciación no obstante la reparación de sus daños, porque no podía quedar en las mismas condiciones de funcionamiento que anteriormente tenía. "Como nosotros, —dicen—, conocimos el vehículo de que se trata, por vivir en esta ciudad y verlo diariamente por las calles, sabemos que en la época en que ocurrió el accidente, ese vehículo se encontraba en perfectas condiciones de servicio y si bien no era entonces completamente nuevo, no dejaba de ser un carro nuevo, perfectamente bien conservado cuyo valor no era entonces inferior de $ 8.000.00, según los precios que rigen en esta plaza de Santa Marta para los tales vehículos. Fijamos por tanto en la suma de TRES MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 3,000.00) el valor de la depreciación o desvalorización sufrida por el carro o camión a que antes nos hemos referido". (Fl. 18 vto, cuaderno Nº 7). En cuanto a lo segundo, o sea el valor de los daños, los peritos justiprecian los que quedaron establecidos en la diligencia de inspección ocular que, a raiz del accidente, practicó el Inspector de Policía y Tránsito de Ciénaga, y su avalúo lo fundamentan en el conocimiento que tienen sobre la materia, —por ser uno de ellos mecánico de profesión, y haber tenido el otro un negocio de transportes— y en informaciones de agencias de venta de automotores y repuestos y de talleres de reparación acerca del valor de cada una de las piezas o partes del vehículo que fueron dañadas. Por tanto el dictamen sobre estas dos cuestiones está debidamente explicado y fundamentado, desde luego que los expertos dicen por qué se desvalorizó el camión, exponen las razones por las cuales esa desvalorización subsistió después de reparados los daños, expresan igualmente que el avalúo de éstos se concreta a las piezas del ca-

rro cuyos desperfectos fueron anotados por el Inspector de Ciénaga inmediatamente después del choque y puntualizan los hechos en que se apoyan para determinar la cuantía de la depreciación y de los daños. De manera pues que al hacer el Tribunal la fijación del quantum acogiendo a este respecto el dictamen de los peritos, resolvió en vista de lo alegado y probado, y de ahí que sobre estos puntos ningún reparo merece el auto recurrido.

La otra cuestión esencial debatida en este incidente, —la relativa al lucro cesante— merece especial consideración por los complejos factores que la constituyen.

Se ha visto ya, que la parte motiva del fallo de segundo grado que puso fin al juicio, al fijar las bases para la regulación en estudio expresó terminantemente que no han de tenerse en cuenta las declaraciones rcibidas en la primera instancia, "porque esos testimonios no tienen ningún valor probatorio". Mas como en el presente incidente se produjeron, como nuevas pruebas, las declaraciones de los señores Núñez y de la Hoz antes citadas, y el dictamen pericial de que también se habló, a estos elementos de juicio se concretará necesariamente el análisis para resolver sobre la estimación del lucro cesante.

El critrio de los peritos en relación con este aspecto del negocio será examinado a continuación conforme a las reglas de la sana crítica, "la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen", las razones en que se apoyan etc. de acuerdo con la facultad que da al fallador el art. 723 del CJ.

Los peritos fijan en $ 14.210.00 mc. la cuantía del lucro en referencia, para lo cual toman dos factores: el de 490 días, o sea el tiempo de inactividad del camión, y el de $ 29.00 como utilidad líquida que diariamente obtenía la Empresa con el servicio de dicho camión.

Respecto al lapso en mención, el dictamen es infundado y contradictorio. Se afirma, en efecto, que "aparece comprobado en el expediente que el carro Nº 245 de propiedad de la Empresa de Transportes "Marbella Ltda." atropellado por un camión o volquete de propiedad de la Nación, estuvo sin trabajar, completamente dañado, por la causa del atropello, cuatrocientos noventa (490) días (desde el 13 de agosto de 1948 hasta el 16 de diciembre de 1949)", afirmación que los peritos hacen atendiendo especialmente a las exposiciones de Núñez y de la Hoz quienes, en realidad, declaran por propio y personal conocimiento que ese fué el tiempo en que el vehículo permaneció inservible. Se puede, pues, considerar establecido legalmente este hecho; pero ocurre que dicho período no puede aceptarse como factor preciso para deducir inequívocamente la cuantía del lucro cesante, porque para considerarlo así es indispensable comprobar, a la vez, que ese receso en el servicio comercial del camión fué el estrictamente necesario para llevar a cabo las reparaciones del mismo carro, es decir, que no se originó en otros motivos como, por ejemplo, la negligencia o desidia del interesado en hacerlo reparar. Y esto no aparece demostrado. Muy al contrario los peritos, como atrás queda expuesto, dicen en la ampliación de su dictamen que a pesar de la escasez de repuestos, la sujeción a turnos en los talleres etc. el tiempo de inactividad del camión "es excesivo para lo que es la reparación en sí"; y agregan que podrían mediar otras causas para una demora tan prolongada, como sería que el perjudicado hubiese creído que solo después de avaluados los daños podía proceder a efectuar las reparaciones. Como se ve, los propios peritos, al plantear esta hipótesis, menoscaban el fundamento de su concepto y al mismo tiempo lo contradicen, pues tanto afirman que el susodicho lapso fué de 490 días, como sostienen que ese término "es excesivo para lo que es la reparación en sí". Por lo demás, tampoco fundamentan el dictamen sobre el saldo líquido que como utilidad diaria le daba a la Empresa el servicio del camión, pues no dicen por qué el carro podía producir en promedio $ 60.00 al día, ni por qué los gastos de sostenimiento corresponden a $ 31.00 diarios.

Todo esto pone de manifiesto que el dictamen, en cuanto a la cuantía del lucro cesante se refiere, no está debidamente explicado y fundamentado, y por lo tanto no puede aceptarse. En consecuencia se carece de base para determinar el monto de dicho lucro. En estas condiciones, y dado que en el presente incidente se ha comprobado plenamente con los testimonios de Pedro Núñez y Honorio de la Hoz (fls. 2 vto. a 3 vto, cuaderno Nº 7) que el lucro cesante se produjo realmente, se considera:

En sentencia de fecha 1º de diciembre del año pasada dijo esta Sala: "...La indemnización de perjuicios, al tenor de lo dispuesto en el art. 1613 del CC. se conforma con los dos factores conocidos de daño emergente y lucro cesante". Y agregó más adelante que en toda indemnización por perjuicios constituye requisito sine qua non que quien la demanda principiará por probar la existencia de esos perjuicios y el hecho de haberlos sufrido, es decir, que se ha dejado de derivar al-

guna ganancia o provecho a consecuencia del daño cuya reparación se pide.

Y como en dicho caso tal prueba no se produjo, se negó la condenación por concepto del lucro cesante.

Mas como allí mismo se explicó, la afirmación de dicho principio no entraña contradicción con la otra doctrina de la Corte conforme a la cual "ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente"; y no la contradice porque tal jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar su existencia, y porque en el presente caso no se trata de una cantidad líquida de dinero, sino de la liquidación, en este mismo fallo, de un daño emergente cuya cuantía era antes desconocida.

Sentado lo anterior, y de conformidad con lo que acaba de decirse, deberá reconocerse al actor en el presente incidente, como lucro cesante, el interés legal de la suma que se deduzca como monto del daño emergente ya que, como atrás se dijo, la existencia de este daño fué acreditada de manera plena durante la oportunidad que estas diligencias brindaron al actor.

Ahora bien: la cuantía de la desvalorización del carro, ($ 3.000,00) y de las reparaciones del mismo ($ 1.328,00) constituyen el monto del daño emergente; pero de este monto deben deducirse los $ 2.000,00 que el demandante recibió de la Nación, pues así se dispuso en la sentencia de cuya ejecución se trata.

No hay en autos comprobante alguno acerca de la fecha en que el demandante recibió los $ 2.000,00. Sobre éstos sólo existe la Resolución Nº 2112 de 29 de diciembre de 1948, del Ministerio de Obras Públicas, por la cual se reconoció tal cantidad, por concepto de los daños causados al camión. Sinembargo como el actor, en su libelo de demanda, confiesa haber recibido ese dinero, no queda otra alternativa que la de fijar, como fecha del recibo, la misma en que se formuló la demanda, esto es el 26 de abril de 1949.

En vista de esto, el interés legal correspondiente al lucro cesante debe liquidarse sobre el monto total del daño emergente, ($ 4.328,00) desde el mes de agosto de 1948, fecha del accidente, hasta el mes de abril de 1949, fecha de la demanda; y desde mayo del mismo año 1949, sobre 2.328,00 (deducidos los $ 2.000,00 en mención) hasta el día en que la entidad demandada haga el pago de ese saldo de $ 2.328,00.

Como de esta manera hizo el Tribunal, en el auto recurrido la regulación del lucro cesante, es indudable que por este otro aspecto también es jurídica dicha providencia.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CONFIRMA el fallo proferido en este incidente por el Tribunal Superior de Santa Marta el 16 de noviembre de 1956.

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

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara (Con salvedad) — Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CAMILO RINCON LARA

Al discutirse la ponencia del fallo que precede, consideró conveniente la mayoría de la Sala exponer las razones por las cuales, según ella, es procedente, en el presente juicio, la condenación al pago del lucro cesante. Y como yo he venido sosteniendo que no sólo en casos como el de autos, sino también en otros en que la Corte ha considerado que ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante éste corresponde al 6% sobre la suma reconocida como monto del daño emergente, debe hacerse dicha condena, me ha parecido indispensable consignar de nuevo mis puntos de vista a este respecto, pues éstos explican suficientemente mi posición jurídica frente a dicha cuestión. Con tal fin reproduzco las partes esenciales de mi salvamento al fallo fechado el 27 de mayo último, proferido en el juicio de Inversiones Ferias Limitada contra el Municipio de Bogotá. Dicen así:

"En fallo de casación de 19 de julio de 1943 (G. J número 1998-1999, páginas 593 a 598), dijo la Corte que ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro se determine por el procedimiento que señala el art. 553 del C. J "ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente".

"La Corte, al sentar esta doctrina, lo hizo con criterio muy distinto al que tienen hoy, sobre la misma cuestión, mis honorables colegas de Sala, pues en tanto que éstos estiman indispensable la comprobación del lucro cesante, en aquélla se consideró, no obstante la desestimación de la cuantía asignada a dicho lucro por los peritos, que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, y en tal forma se hizo la condena, para lo cual se tuvo en cuenta que el dueño de una cosa dañada u ocupada deja de reportar utilidades o ganancias desde el día del daño o de la ocupación...

"De otra parte no podría sostenerse que los interess legales sólo serían causables desde la ejecutoria del fallo que decreta la indemnización del daño emergente, porque la obligación de la entidad demandada surgió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad; y porque ha de tenerse en cuenta el principio que informa algunas reglas relativas a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, como las del art. 964 del CC. puesto que el poseedor vencido es obligado a restituír los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes o después de las demanda, según sea poseedor de mala o buena fe.

"Fuera de esto, se incurriría en ostensible contrasentido si al acudir a la fijación del tipo de interés legal por imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, se exigiera a su vez la comprobación de aquellas bases. La suma en que se estima el inmueble ocupado es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario sobre la cual, como es obvio, debe aquel intereses legales hasta la fecha de su cancelación. Ese tipo de interés se ha fijado para aplicarlo cuando no existe convención o estipulación al respecto (Art. 1617 del CC.) y por lo mismo no constituye un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que lo origina.

"La doctrina de la Corte, atrás citada, de fecha 19 de julio de 1943, fué aplicada por esta Sala en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá, (G. J Nº 2171-72-73, página 649); en el de Mauricio Alvarez Correa contra la Nación, (G. J. Nº 2157-58, página 332) y en el de Silena Sardi de Tenorio contra la Nación (G. J. Nº 2170, página 361)"

Camilo Rincón Lara

Fecha up supra.

EN JUICIO DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR TRABAJOS PUBLICOS, EL ACTOR DEBE DEMOSTRAR LOS ELEMENTOS AXIOLOGICOS DE LA ACCION. — EL LUCRO CESANTE EN ESTA CLASE DE ACCIONES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

- I -

El señor Fortunato Garcés Valencia, por medio de apoderado y apoyándose, entre otras disposiciones, en la del artículo 30 de la Constitución y las del Capítulo XXII del Título XLIV del C. C. A., demandó a la Nación en libelo presentado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado el 19 de noviembre de 1954, a fin de que por sentencia definitiva se declare:

Que la entidad demandada es civil o administrivamente responsable de todos los daños y perjuicios materiales causados al actor al ocupar, con la carretera directa Cali-Palmira, una zona de terreno de propiedad de éste, "situada en jurisdicción del Municipio de Cali (Valle) sobre la prolongación de la Avenida Primera entre las futuras calles 72 a 76 de Cali, entre kilómetros 6 a 8 de la citada carretera, yendo de Cali hacia Palmira y singularizado tal inmueble con una cabida de 12.140 metros cuadrados...", y al extraer materiales de construcción para el relleno de la vía, dejando abiertas profundas excavaciones que encauzan las aguas lluvias y las de los ríos Cauca y Cali, aguas que van, en las crecientes de dichos ríos, a anegar la parte no ocupada de la propiedad del demandante.

Que, en consecuencia, se condene a la Nación a pagar al señor Fortunato Garcés Valencia, o a quien sus derechos represente, dentro del plazo fijado por las leyes, a título de indemnización, las siguientes cantidades de dinero:

a) La de treinta mil trescientos cincuenta pesos m./c. ($ 30.350.00), "o la que resulte de justa tasación por peritos designados legalmente, como precio de aquellos 12.140 metros cuadrados ocupados por la Nación, y valor que representa el daño emergente sufrido por el demandante".

b) Los intereses legales (lucro cesante), de la cantidad a que ascienda la condena precedente desde el 21 de noviembre de 1952 hasta el día en que se verifique el pago.

c) El precio de los materiales de construcción extraídos del predio o lote C-2, "cuya cuantía sobrepasa de $ 15.000.00 en moneda legal colombiana, pero cuyo monto será el que resulte de justa tasación de peritos designados en legal forma".

d) El monto total de la desvalorización o de los perjuicios sufridos por el actor en el resto del predio y que consisten en el menor valor en que el señor Garcés Valencia tuvo que vender aquella parte de su propiedad al señor Cajigas, "cuya cuantía estimo —dice el demandante— en más de $ 50.000.00, pero cuyo monto será el que resulte de justa tasación hecha por peritos designados en legal forma".

Se pide también en la demanda que en el caso de reconocerse la valorización del excedente del lote con motivo de la construcción de la carretera, se tenga en cuenta la exención de esa valorización, concedida por la Nación a los propietarios de la hacienda de San Luis, según escritura pública número 3.259 (sic) de 1949 (octubre 26).

Como hechos fundamentales de esta acción expuso el demandante los que a continuación se resumen:

En el juicio de sucesión de la señora Mercedes Valencia de Garcés, protocolizado por escritura pública número 2.350 de 29 de agosto de 1949, le fueron adjudicados a los herederos sus derechos en la hacienda denominada San Luis, en jurisdicción del Municipio de Cali. Posteriormente los mismos herederos cedieron a la Nación una zona de aquella propiedad, a cambio de otra, según escritura pública 3.249 de 26 de octubre de 1949. Más tarde, los copartícipes efectuaron amigablemente la partición, que legalizaron por escritura número 1.064 de 5 de septiembre de 1951, excluyendo la zona permutada, y le correspondió al señor Fortunato Garcés Valencia el lote C-2 cuyos linderos se determinaron así: "Por el Norte, en una longitud de poco más o menos 390 metros, con zona que la familia Garcés Valencia cedió voluntariamente a la Nación según escritura 3.259 (sic) de 1949 de

la Notaría Primera de Cali (octubre 26), para la misma carretera; por el Sur, en una longitud de 211 metros con lote (I-2) adjudicado en la referida adjudicación a Carlos Garcés Valencia, y hoy de propiedad de Alfonso Garcés Valencia; por el Oriente, en 818 metros con lote (D-2) adjudicado a Paulina Garcés Valencia de Vernaza, y actualmente de propiedad de Alfonso Garcés Valencia; y por el Occidente, en 921 metros, con lote (B-2) adjudicado a las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro".

Por Decreto Legislativo número 0116 de 1951 fue fijado el Plan Vial de carreteras nacionales y se ordenó la construcción de la carretera directa Cali-Palmira para lo cual, y también por disposición del Ejecutivo Nacional, fueron declaradas de utilidad pública las zonas necesarias, las que debían ser adquiridas por el Ministerio de Obras Públicas o expropiadas legalmente. No obstante esto, el Ministerio ordenó a la Raymond Concrete Pile Co. of South America, y a "Contratistas & Constructores Ltda." la iniciación de los trabajos en aquella carretera y con tal motivo, en los días comprendidos entre el 21 de noviembre y el 2 de diciembre de 1952, se llevó a cabo la ocupación, entre otras, de una faja de terreno de 12.140 metros correspondiente al lote C-2 del señor Fortunato Garcés Valencia, faja que se distingue por los siguientes linderos especiales: "Por el Norte, en una longitud aproximada de 390 metros, con zona cedida voluntariamente a la Nación para la Recta Cali-Palmira y actualmente con la prolongación de la Avenida Primera de Cali; por el Sur, en una longitud aproximada de unos 400 metros, con predio que fue propiedad del demandante, y actualmente de Angel María Cajigas: por el Oriente, en una longitud aproximada de 30 metros con predios que son de propiedad de Alfonso Garcés Valencia, y actualmente ocupada tal zona con la misma carretera; y por el Occidente, con predio que es de las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, y actualmente ocupada con la misma carretera, en una longitud de 40 metros poco más o menos".

La ocupación de la mencionada zona no sólo afectó económicamente al señor Garcés Valencia por haberla segregado de su lote C-2, sino porque dañó la parte restante de éste, pues al extraer de la faja ocupada grandes cantidades de tierra para darle con ellas mayor altura a la vía, se abrió una zanja o chamba que se prolongó hasta el río Cauca y por la cual van las aguas de este río, en sus crecientes, aumentadas con las lluvias en los inviernos, a inundar aquella zona restante, circunstancias éstas que obligaron al señor Garcés a vender el resto de su citado lote al señor Angel María Cajigas por un precio inferior al que hubiera podido venderlo si las obras en referencia no se hubieran llevado a cabo. En virtud de esta transferencia del dominio del excedente del lote C-2, el actor no estaría obligado a pagar la valorización que con motivo de la carretera hubiera adquirido esa parte del predio, menos aún si se tiene en cuenta que la Nación, en la escritura de permuta de que antes se ha hablado, eximió a todos los condueños de la hacienda San Luis del pago de esa valorización; pero la susodicha venta no menoscaba las acciones personales del señor Garcés Valencia para reclamar al Estado los perjuicios en mención, puesto que tales acciones no quedaron comprendidas en la negociación.

- II -

Admitida la demanda, el H. Consejo de Estado adelantó el negocio hasta su etapa probatoria, y luego avocó su conocimiento esta Sala de Negocios Generales, en virtud de las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley número 0293 de 1956. Finalizada la tramitación se pasa ahora a proferir la decisión correspondiente.

Se trata, como claramente se comprende, de una acción indemnizatoria con motivo de trabajos públicos nacionales. Dicha acción está consagrada en los artículos 261 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y sus requisitos esenciales son:

1º—El dominio o propiedad de la parte demandante sobre el bien inmueble dañado u ocupado a causa de un trabajo público;

2º—La intervención de una persona de derecho público en los trabajos y la consiguiente ocupación del predio, realizados para un servicio público; y

3º — La demostración de los perjuicios ocasionados.

Para mejor estudio del caso sub-judice se analizarán las pruebas aportadas al debate por la parte actora —pues la Nación no adujo ninguna—, en el mismo orden en que la ley, según se ha visto, determina los elementos axiológicos.

- III -

El dominio o propiedad del demandante

Obran en autos las escrituras públicas de que

atrás se ha hablado, a saber: la de protocolización del juicio de sucesión de la señora Mercedes Valencia v. de Garcés según la cual, en la hijuela formada al señor Fortunato Garcés Valencia, se le adjudicaron varias acciones de valor de $ 1.00 de las 500.000 en que fue avaluada la hacienda denominada San Luis; la número 1.064 de 5 de septiembre de 1951, mediante la cual los copartícipes de la citada hacienda la dividieron amigablemente correspondiéndole al señor Fortunato Garcés Valencia el lote C-2 con un área de 243.700 metros cuadrados; la que contiene la venta hecha por el citado señor Garcés Valencia al señor Angel María Cajigas, el 8 de abril de 1953, de un globo de terreno distinguido con la letra y el número C-2, que hacía parte de la hacienda San Luis, con una cabida superficiaria de 36 plazas más o menos; y el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Cali, expedido el primero de abril de 1955, que contiene la tradición legal del inmueble en referencia, en un lapso de más de treinta años.

Como adelante se verá, el mencionado lote C-2 es el mismo del cual se segregó una zona para la construcción de la Recta Cali-Palmira y cuyo excedente fue vendido por Garcés Valencia a Cajigas con posterioridad a la construcción de dicha vía. Y aparece demostrado que ese lote es distinto al que la familia Garcés Valencia dio en permuta a la Nación, puesto que la escritura de permuta es anterior a la división material de la hacienda San Luis, y el dicho lote C-2, según la partición, tiene un área de 243.700 metros cuadrados, y el área permutada fue de 25.200 metros cuadrados. Además, en el plano que obra en autos puede verse claramente la delimitación de la zona permutada y la del lote C-2, y el señor Ministro de Obras Públicas, en certificación vista al folio 43 del cuaderno número 4, aclara expresamente que la zona ocupada al señor Fortunato Garcés Valencia tiene una extensión superficiaria de 12.140 m2. y "no forma parte de la zona de 25.200 metros cuadrados que los propietarios indivisos de la hacienda 'San Luis' cedieron a la Nación, a título de permuta...".

Queda, pues, suficientemente demostrada la propiedad del demandante señor Garcés Valencia sobre la zona ocupada con la Recta Cali-Palmira, así como el derecho del mismo actor a demandar indemnización de perjuicios por los daños que según él fueron causados al resto del lote C-2, toda vez que la venta del excedente de ese lote fue posterior a los trabajos de la obra pública tantas veces nombrada, y en dicha venta no se incluyeron las acciones personales del vendedor para reclamar del Estado los perjuicios en referencia.

Los trabajos públicos y la ocupación

En la diligencia de inspección ocular (folios 6 vto. a 10 del cuaderno número 2), se identificó plenamente la parte del lote C-2, segregada y ocupada con la carretera, y el resto del mismo lote, vendido al señor Cajigas; se comprobó la existencia de chambas o zanjas laterales a la vía, formadas al extraer materiales para rellenar la banca central de la carretera, y se estableció que la zanja sobre la zona ocupada del lote C-2 fue prolongada hasta el río Cauca de manera que las aguas de éste se desvían por dicha zanja e inundan la parte del predio comprada por Cajigas.

Los testigos Florentino Oviedo Pinchao, Jorge E. Falla Trujillo y Alipio Gómez declaran acerca de los trabajos públicos realizados entre el 21 de noviembre de 1952 y el 2 de diciembre del mismo año en la parte del lote C-2 que quedó definitivamente ocupada de ese modo; dan cuenta de las excavaciones laterales a la vía y de las inundaciones que con tal motivo se producen en aquel sector, y refieren la venta de una parte del inmueble hecha por el señor Garcés Valencia a Angel María Cajigas.

El certificado del señor Ministro de Obras Públicas, ya citado, acredita la ocupación, con la carretera prenombrada, de una zona de 12.140 m2. correspondiente al lote C-2.

De todo lo cual se concluye que este otro elemento de la acción, es decir la intervención de una persona de derecho público en los trabajos y la consiguiente ocupación, está plenamente demostrado en el juicio.

Los perjuicios

En el dictamen rendido conjuntamente el 13 de junio de 1955 (folios 24 a 29 vto. del cuaderno número 2), dicen los peritos:

a) Que por lo observado directamente por ellos sobre el terreno; confrontada la alinderación de la faja ocupada; estudiados el plano de demarcación de dicha faja elaborado por la "Raymond Concrete Pile of South America", el "Cuadro de Areas" de zonas ocupadas por la recta Cali-Palmira y el plano de la partición amigable de la hacienda San Luis, conceptúan que "la zona ocupada por la Nación en la construcción de la carretera directa Cali-Palmira, dentro del predio de Fortunato Garcés Valencia es de 12.140 mts. cdos."; y que, visto el título respectivo, la venta hecha por Garcés Valencia a Angel María Cajigas

"no incluyó la zona avaluada y objeto de la ocupación, puesto que lo vendido quedó bien delimitado por sus linderos y además por su cabida".

b) Que el valor comercial de la zona ocupada, en el mes de noviembre de 1952, fecha de la ocupación, era de $ 1.50 el metro cuadrado, o sea un total de $ 18.210.00 m./c.; y en la fecha del dictamen (13 de junio de 1955), era de $ 1.00 m2, esto es $ 12.140.00 en total.

Los peritos tienen en cuenta, para hacer estas apreciaciones, la venta hecha el 13 de diciembre de 1952 por la sociedad "Inmobiliaria San Luis Limitada" y otros a la "Compañía Colombiana de Tabaco S. A." de un globo de terreno que hizo parte de la hacienda San Luis, a $ 2.74, en promedio, el metro cuadrado; el precio, según informaciones de propietarios y vecinos de San Luis, de $ 1.00 y $ 2.00 m2. en los sectores aledaños a la zona ocupada, en la fecha de la ocupación; la extensión de la misma zona ocupada y su ubicación con respecto al futuro plano urbanístico de la ciudad de Cali. Además, estiman que la faja de terreno materia de la ocupación se desvalorizó en $ 0.50 el metro cuadrado debido a las inundaciones provocadas por los canales o chambas.

c) Que con respecto a los materiales para rellenar la banca central de la carretera, efectivamente ellos fueron extraídos de las zanjas laterales. Que la zanja sobre la zona ocupada del lote C-2, tiene 350 metros de longitud, 15 metros de anchura y dos y medio metros de profundidad, pero que se abstienen de avaluar esos materiales ya que la extracción se hizo precisamente de la zona ocupada por la Nación y al pagar la totalidad de ésta se paga igualmente la tierra que de allí mismo se extrajo.

d) Que el monto de los intereses legales sobre el valor de la zona ocupada, en la fecha de la ocupación, esto es, sobre $ 18.210.00 desde el 21 de noviembre de 1952 hasta la fecha del dictamen, asciende a $ 2.731.50.

Los ordinales e) a j) del dictamen se refieren a la desvalorización de la zona restante del lote C-2, es decir la que después de construída la carretera fue vendida por el señor Fortunato Garcés Valencia al señor Angel María Cajigas.

Los señores peritos sostienen que el referido lote ocupa un sitio muy cercano al centro de la ciudad de Cali, pues su ubicación exacta corresponderá a las calles 71 a 76, y según el Plano Regulador aquellos sectores forman la zona industrial. Teniendo en cuenta estas circunstancias, así como las relativas a la apertura de las zanjas, inundaciones, etc., consideran los expertos que el resto de aquel lote, o sean 231.640 metros cuadrados, valía comercialmente, por la época en que se construyó la carretera, a $ 1.50 m2, o sea la suma de $ 347.460.00; que a la fecha del dictamen, y conforme a la desvalorización de $ 0.50 m2, el precio de aquel resto del predio era de $ 115.820.00 que entre el valor comercial primeramente enunciado y el de la venta hecha a Cajigas ($ 72.000-) la diferencia es de $ 275.460.00 suma esta que, por tanto, perdió el vendedor a causa de la desvalorización de la propiedad por los motivos ya expuestos.

Por auto de 12 de febrero último se dispuso la ampliación del dictamen sobre algunos puntos, y en consecuencia exigió a los peritos que expusieran con más precisión si existe o no solución de continuidad en la zanja lateral que se dice desemboca en el río Cauca; si única y exclusivamente por esa zanja se encauzan las aguas de dicho río; si ello ocurre durante todo el año o sólo en las crecientes del mismo río; si las aguas así encauzadas permanecen estancadas frente al lote que hoy pertenece a Cajigas, o se desbordan sobre éste y por qué causas; si al ocurrir ese desbordamiento inundan total y permanentemente, o de manera parcial y transitoria, aquella propiedad de Cajigas, y si tal propiedad, por sus condiciones topográficas, puede inundarse por causas distintas. Y los peritos expusieron:

"a) La zanja o chamba lateral a la vía sobre la zona ocupada del lote (C-2), se prolonga sin solución de continuidad hasta el boquete abierto en la orilla del río Cauca;

"b) Unicamente por esta causa las aguas de dicho río toman ese cauce, y esto ocurre durante la época de lluvias solamente;

"c) Las aguas encauzadas por aquella chamba, en su mayor parte se desbordan entre otros sobre el lote (C-2) de la hacienda de San Luis, y en épocas de verano se estancan cuando baja el nivel del agua. Esto ocurre no sólo en el mismo lote, sino que también el estancamiento de las aguas se verifica en la chamba que queda enfrente del lote (C-2). Este fenómeno se debe a que no tiene por dónde desecarse el referido lote y porque es bastante la afluencia de aguas que se desbordan sobre dicho lote (C-2);

"d) Al ocurrir el desbordamiento las aguas inundan casi totalmente el lote (C-2) de la mencionada hacienda, quedando de trecho en trecho pequeñas porciones inapreciables sin inundarse. Esto ocurre en forma casi permanente.

"e) Como al inundarse el lote (C-2) en la forma ya explicada, aunque baje el nivel de las aguas en

el cauce de que se ha hablado, no se produce la desecación del mismo lote (C-2) de la hacienda de San Luis sino en forma muy lenta, puede decirse que permanece dicho lote inundado durante todo el año, ya que no acaba de secarse la inundación cuando sobreviene la siguiente inundación y así sucesivamente; y

"f) Como todo lo anterior apenas aclara nuestro dictamen anterior porque concreta más las distintas circunstancias o fenómenos que se operan con motivo de las aguas que inundan el predio (C-2) de la hacienda de San Luis, creemos que los precios asignados por nosotros a la zona ocupada con la referida carretera directa Cali-Palmira en el predio de don Fortunato Garcés Valencia deben mantenerse sin ninguna alteración, y especialmente nos ratificamos en los valores fijados en nuestro anterior peritazgo para la época inmediatamente anterior a la construcción de aquella obra pública, como para la época inmediatamente posterior a la misma obra.

"En todo lo demás ratificamos nuestro anterior dictamen y como se dejó dicho lo complementamos en la forma antes expuesta".

- IV -

En sus alegatos analiza el apoderado del actor todos los aspectos del juicio frente a los elementos axiológicos, para sostener que estos se hallan plenamente demostrados y demandar, en consecuencia, una decisión favorable a sus pretensiones. Al efecto se refiere de manera especial al dictamen de los peritos, que encuentra debidamente fundamentado y explicado; hace ver que la zona cedida a la Nación por la familia Garcés Valencia es distinta de la que es objeto del presente juicio, y de otra parte puntualiza los hechos que diferencian la zona ocupada por el Estado, de la que el actor vendió al señor Angel María Cajigas.

El señor Procurador solicita la denegación de las peticiones formuladas en la demanda y la consiguiente absolución de la entidad demandada para lo cual, entre otras cuestiones, argumenta que la Nación, cuando inició la construcción de la carretera en noviembre de 1952, no realizó ningún acto de ocupación de la propiedad privada, sino que llevó a cabo simplemente la ejecución de una obra pública en una zona de terreno que legalmente le pertenecía toda vez que los herederos de la señora Mercedes Valencia v. de Garcés se la habían cedido. Es decir, que para el representante legal de la parte demandada, la zona permutada y la que se ocupó al abrir la mencionada vía, son una misma.

- V -

Para resolver se considera:

Del análisis de las pruebas se ha visto que está plenamente demostrada la propiedad del actor sobre la zona litigiosa, así como la construcción, por el Estado, de la obra pública o Recta Cali-Palmira, y la consiguiente ocupación. Falta, pues, ahondar el estudio de las otras cuestiones, especialmente las que se relacionan con los daños y perjuicios demandados con motivo de la inundación del resto del lote C-2.

El dictamen pericial, cuyo traslado a las partes se surtió sin objeción alguna, está explicado y debidamente fundamentado en lo que concierne a la determinación del predio, a las extensiones superficiarias de la zona ocupada y de la excedente, y al precio que aquélla, es decir los 12.140 metros cuadrados, tenía en la época de la ocupación. Por tanto hace plena prueba acerca de estos hechos, de conformidad con el artículo 721 del C. J. También es inobjetable el concepto de los expertos en lo relativo a los materiales empleados para levantar el nivel de la carretera, pues habiendo sido extraídos de la zona ocupada, es obvio que al condenarse a la Nación al pago de esa zona no se puede, a la vez, condenársele a pagar dichos materiales porque ello implicaría doble condena por una misma causa. De manera que la acción habrá de prosperar concretamente en cuanto al reconocimiento, a favor del actor, del valor de la faja de terreno que de su predio se segregó para ocuparla con la vía.

No ocurre lo mismo con la indemnización que se reclama por los daños causados al resto del lote C-2, pues el dictamen pericial no es lo suficientemente claro y fundamentado en lo referente a tales daños.

En efecto: según las respuestas dadas por los peritos a las cuestiones sometidas a su juicio para la ampliación del dictamen, durante la época de lluvias toman las aguas del río Cauca los cauces o zanjas laterales a la carretera y se desbordan sobre el predio del demandante; mas no se sabe, porque los expertos nada dicen al respecto, cuál es la época de lluvias en aquella región, ni el tiempo que ellas duran, ni si el encauzamiento de las aguas se produce en todos los inviernos, cualquiera que sea su intensidad. Cierto es que tratan de explicar la permanencia de la inundación di

ciendo que por carecer el lote de medios de desecación ésta se opera en forma muy lenta y que por tanto no se ha desecado el terreno cuando sobreviene el nuevo desbordamiento de las aguas originado por el invierno, por lo cual "puede decirse que permanece dicho lote inundado durante todo el año". Sin embargo, no fundamentan ni explican las circunstancias por las cuales carece el terreno de medios de desecación, de tal suerte que no se sabe si es por las naturales condiciones topográficas del predio o por causas de otra naturaleza. De otra parte, la explicación que así tratan de dar no desvanece la contradicción de su concepto al expresar que el lote permanece inundado durante todo el año, y decir al propio tiempo: "Al ocurrir el desbordamiento de las aguas inundan **casi totalmente** el lote (C-2) de la mencionada hacienda, quedando de trecho en trecho pequeñas porciones inapreciables sin inundarse. Esto ocurre en forma **casi permanente**". (Subraya la Sala).

Fácilmente se comprende que dos cuestiones de tanta importancia para determinar y calificar el daño que se viene analizando, como son el lapso de la inundación y la superficie inundada, no están clara y plenamente establecidas; y sin ellas no es posible hacer una condena en concreto, porque se carece de los factores indispensables para regular numéricamente la cuantía de la desvalorización del excedente del inmueble, alegada por el demandante. Fuera de esto, el peritazgo adolece de inconsistencia en otros aspectos de este mismo punto. Así, por ejemplo, los peritos estiman que por la fecha en que se dio principio a la carretera, el metro cuadrado en el resto del predio del demandante valía comercialmente $ 1.50 y que en la fecha del dictamen, se había desvalorizado en $ 0.50 por metro, o sea que el valor del metro era de $ 1.00. Esto no obstante, al fijar el valor de aquella zona excedente (231.640 m2), descontada dicha desvalorización, lo hacen determinándolo en $ 115.820 que es la cantidad correspondiente a la desvalorización misma, o sea el resultado de multiplicar los 231.640 m2. por $ 0.50. Además, dan a entender que la diferencia entre el valor comercial que en la época de la ocupación tenía el resto del lote ($ 347.460.00) y el de la venta de tal zona hecha a Cajigas ($ 72.000.00) constituye la pérdida que con motivo de la desvalorización sufrió el demandante. Esta deducción es, al menos, dudosa, porque si se tiene en cuenta la desvalorización de $ 0.50 por metro cuadrado, el total de ella no correspondería exactamente a la diferencia entre el valor comercial del predio y la venta del mismo, hecha a Cajigas.

Un caso semejante a éste fue considerado por la Corte en el juicio de Silena Sardi de Tenorio contra la Nación (fallo, julio 16 de 1956, G. J. número 2170, páginas 361 a 380 vto.); mas allí el dictamen contenía datos menos imprecisos que sirvieron para darle adecuada solución a la controversia, pues los peritos fijaron concretamente el tiempo que en cada año, según su concepto, no podía ser utilizado el lote debido a las inundaciones, y determinaron la superficie afectada por éstas con mayor rigor. Todo lo cual, aunque no fue aceptado totalmente por la Sala, sirvió para llegar a deducciones claras y precisas acerca del período de la inundación, el área inundada y la depreciación de la misma. En cambio, en el presente negocio el dictamen no da margen para sentar equivalencias, o dicho en otros términos, para inferir con fundamento la porción del resto del lote C-2 que anegan las aguas desbordadas de las zanjas, ni el tiempo que dura la inundación. En estas condiciones el dictamen, en esta parte, debe rechazarse y se rechaza. Mas como es indudable que se han causado al inmueble, con motivo de la construcción de la carretera, daños de más o menos consideración, debe condenarse en abstracto al pago de ellos, a fin de que por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J. se fije la cuantía correspondiente para que las partes tengan una nueva oportunidad de apersonarse a la defensa de sus derechos. La determinación de la cuantía en este incidente se hará teniendo en cuenta en forma terminante las siguientes bases: 1ª Determinación de las condiciones topográficas del predio, para saber si las inundaciones alegadas se extienden a todo o parte del terreno, y en caso afirmativo, el área de la zona inundada. — 2ª Si la inundación se produjo o se produce con motivo de las crecientes del río Cauca, o por aguas lluvias, o por desbordes de otros ríos o en general por cualquiera causa distinta a las obras de la carretera. — 3ª Los meses del año durante los cuales permanezca el terreno inundado. — 4ª La desvalorización de la zona inundada, con la expresión precisa de las causas que la motivan y las razones que fundamentan su cuantía. — 5ª El avalúo catastral de los terrenos inundables, para la época en que se ejecutaron los trabajos de la carretera. 6ª Los peritos deberán tener en cuenta al estimar la desvalorización, que la inundación de las zonas aledañas a la carretera que también fueron objeto de ocupación y a cuyo pago se condena al Estado en este fallo en forma concreta, no podrá in-

fluir en el justiprecio que se haga de dicha desvalorización.

Finalmente considera la Sala que no es del caso dar cumplimiento al artículo 268 del C. C. A., en virtud de la cláusula novena de la escritura pública número 3.249 por la cual se legalizó la permuta de dos lotes entre la familia Garcés Valencia y el representante de la Nación, y en razón de lo expuesto por los peritos sobre este particular. La cláusula dice textualmente:

"Noveno. Que las dos partes contratantes, la Nación, por una parte y los señores Garcés Valencia, por otra, en relación con esta operación o permuta, además, han convenido en lo siguiente: a) La Nación se obliga a no cobrar a los propietarios del predio de San Luis, ni a sus sucesores, a título universal o singular, impuesto alguno de valorización, es decir, que quedan definitivamente relevados o eximidos del pago de dicho impuesto en el caso de que llegare a establecerse, por la construcción de la Avenida...". (Folio 45 vuelto, cuaderno número 1º).

Y los peritos exponen:

"A nuestro juicio el señor Fortunato Garcés Valencia no debe valorización de ninguna clase porque en primer lugar el resto de su predio ya vendido al señor Cajigas, en vez de valorizarse, se desvalorizó como quedó analizado, y en segundo lugar, el actor ya no es dueño del resto del lote (C-2) y no tiene propiedad inmueble adyacente a dicha recta, en el sector de la ocupación citada, sobre la cual pueda recaer la mencionada valorización". (Folio 29, cuaderno número 2).

En cuanto al lucro cesante solicitado por el demandante, se considera:

En sentencia de fecha 1º de diciembre del año pasado dijo esta Sala: "...La indemnización de perjuicios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1613 del C. C., se conforma con los dos factores conocidos de daño emergente y lucro cesante". Y agregó más adelante que en toda indemnización por perjuicios constituye requisito sine qua non que quien la demanda principiará por probar la existencia de esos perjuicios y el hecho de haberlos sufrido, es decir, que se ha dejado de derivar alguna ganancia o provecho a consecuencia del daño cuya reparación se pide.

Y como en dicho caso tal prueba no se produjo, se negó la condenación por concepto de lucro cesante.

Mas como allí mismo se explicó, la afirmación de dicho principio no entraña contradicción con la otra doctrina de la Corte conforme a la cual "ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente"; y no la contradice porque tal jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio general de quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar su existencia, y porque en el presente caso no se trata de una cantidad líquida de dinero, sino de la liquidación, en este mismo fallo, de un daño emergente cuya cuantía era antes desconocida.

Sentado lo anterior, no habiéndose acreditado la existencia del lucro cesante y como no se trata tampoco de una cantidad líquida de dinero sino de la deducción en este fallo de un daño emergente cuya cuantía era antes desconocida, debe concluírse que no podrá reconocerse la partida solicitada por el demandante en relación con este punto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—Declarar que con motivo de la construcción de la carretera denominada Recta Cali-Palmira, ocupó la Nación, definitivamente, una zona de doce mil ciento cuarenta metros cuadrados (12.140) correspondiente al lote C-2 de propiedad del señor Fortunato Garcés Valencia ubicado en jurisdicción del municipio de Cali, zona singularizada por los linderos que se determinan en el dictamen pericial.

2º — Declarar igualmente que con la construcción de la vía a que se refiere el precedente numeral, la Nación causó daños al resto del citado lote C-2.

3º—Condenar a la Nación a pagar al señor Fortunato Garcés Valencia las siguientes cantidades de dinero:

a) La suma de dieciocho mil doscientos diez pesos moneda corriente ($ 18.210.00), valor comercial que la zona a que se refiere el numeral primero de este fallo tenía en la época de su ocupación, y que corresponde al daño emergente sufrido por el actor con motivo de dicha ocupación.

b) La suma que a título de indemnización por los daños de que trata el numeral 2º de este fallo, se fije de conformidad con el artículo 553 del C. J. y con arreglo a las bases que se han dejado expuestas en la parte motiva de esta misma providencia.

La Nación hará el pago de la suma a que se refiere el ordinal a), dentro del término de quince (15) días a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia, y el pago correspondiente a los daños de que trata el ordinal b), dentro del mismo término de quince (15) días contados desde el día hábil siguiente a la ejecutoria del fallo que finalice el incidente mencionado.

Simultáneamente al pago de la zona ocupada, el señor Fortunato Garcés Valencia transferirá a la Nación, por escritura pública, su derecho de dominio en dicha zona.

4º—Se absuelve a la entidad demandada de los otros cargos formulados en la demanda.

Copia de este fallo será remitida al señor Ministro de Obras Públicas, para los efectos legales.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara (con salvedad).—**Jorge García Merlano**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR CAMILO RINCON LARA

En la presente sentencia la mayoría de la Sala, aplicando la tesis sostenida por ella en varios fallos, ha considerado que no es el caso de hacer condenación alguna por concepto de lucro cesante, por estimar que no habiendo prueba en los autos no puede la Sala hacer tal condenación. Ahora bien: respetando, como respeto, dicha tesis, he disentido de ella y he expuesto en muchos negocios las razones jurídicas de mi desacuerdo, las que por ser procedentes en este asunto reproduzco a continuación, tomándolas de mi salvamento de voto a la sentencia dictada el 1º de diciembre de 1956 en el juicio de María Stella Calderón de Quintero contra la Nación.

"En efecto: se reconoce por la Sala que la entidad demandada ocupó de manera permanente la propiedad inmueble de la demandante, y por eso se le condena a pagar el daño emergente. Siendo esto así, no encuentra el suscrito aceptable la denegación que motiva este salvamento, porque desde el momento mismo en que la Nación consumó, de facto, la ocupación, quedó obligada a pagar la indemnización correspondiente que, de conformidad con el artículo 1613 del C. C., comprende el daño emergente y el lucro cesante...

"Trataré, en la forma más breve que me sea posible, de fundamentar y explicar mis puntos de vista sobre este particular, a cuyo fin principiaré por reproducir los párrafos pertinentes del fallo de casación de 19 de julio de 1943 (G. J. número 1998-1999, pág. 593 a 598). Dicen así:

" 'El recurrente tiene, pues, razón en el cargo que se estudia, lo cual no quiere decir que deba aceptarse el avalúo pericial que fijó el lucro cesante, porque ya se vio que ese dictamen está basado sobre hipótesis, y que es al Juez a quien toca pesar los fundamentos de un experticio, para dar a éste el valor legal del caso.

"Pero el no darle valor a ese dictamen, por las razones ya expresadas, no quiere decir ni significa que pueda prescindirse del lucro cesante, porque indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo.

"En casos similares, y ante la imposibilidad de fijar las bases, como sucede en este caso, para que el monto de ese lucro se determine mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del Código Judicial, la Corte ha decidido que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente.

"No puede fijarse el interés comercial porque ya se vio que éste no procede sino de actos contractuales de comercio y aquí no se trata de eso. El artículo 219 del Código de Comercio no es extensivo a la culpa extracontractual. El tiene su aplicación y su operancia en tratándose de actos de comercio y de prestaciones y situaciones jurídicas derivadas de esos actos". (G. J. Tomo LV, pág. 593).

"En el fallo que se transcribe tratábase de un juicio de responsabilidad civil por perjuicios con motivo de haber destruído una locomotora de propiedad de la Sociedad demandada, el camión de carga perteneciente al demandante. El fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal condenó a pagar determinada suma por daño emergente, más los intereses comerciales de dicha suma, desde la fecha en que ocurrió la destrucción del vehículo hasta el día en que se hiciera el pago. La Corte encontró jurídica la desestimación del dictamen pericial en lo referente al lucro cesante, pero halló injurídica la aplicación que se hizo del artículo 723 del C. J. para fijar, con fundamento en esa norma, el monto de la indemnización. Por eso estimó fundado el cargo hecho sobre ese punto al fallo de segundo grado y casó parcialmente la sentencia recurrida para modificar el pago de los intereses comerciales por los intereses legales.

"Refiriéndose a esa sentencia dice la mayoría de la Sala en la providencia a la cual corresponde este salvamento, que aquella jurisprudencia 'no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar la existencia de éstos'. Es decir que para declarar que el lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma en que se aprecia el daño emergente, es indispensable también aportar elementos de juicio que fundamenten esa decisión.

"No fue ese, desde luego, el criterio de la Corte al sentar la doctrina en el fallo atrás mencionado.

En aquel negocio no había prueba alguna de la entidad lucro cesante, ya que el dictamen pericial, único elemento de juicio al respecto, fue desestimado tanto por el Tribunal como por la Corte; no obstante lo cual se condenó a pagar el tipo de interés legal sobre la suma en que fue avaluado el daño emergente, desde la fecha de la destrucción del vehículo (19 de marzo de 1937), y tal decisión, en mi concepto, no quebrantó ningún ordenamiento legal sino que, por el contrario, se ajustó a principios de orden jurídico teniendo en cuenta, como lo dice el propio fallo, que "indudablemente el dueño del camión dejó de obtener una ganancia desde el día de la destrucción de su vehículo". Y la razón es clara, puesto que habiéndose privado al demandante del uso de su vehículo, con la destrucción del mismo, desde el momento de la destrucción, consecuencialmente se le privó de la ganancia o provecho que derivaba del mismo vehículo. Ahora bien: en el presente negocio la situación procesal es idéntica. No hay en autos ninguna prueba que sirva para establecer de manera real u objetiva el lucro, porque el dictamen de los expertos que es la única diligencia que toca esa cuestión no tiene valor legal alguno; mas, sin embargo, la condena al pago del lucro cesante es, en mi concepto, ineludible por las mismas razones, esto es, porque desde la ocupación del inmueble por parte de la Nación se privó a la demandante del goce de su propiedad y entonces, lógicamente, se le privó también del aprovechamiento o utilidad que derivaba o estaba en condiciones de derivar de aquella propiedad. Tan cierto es esto, que si la expropiación se hubiera hecho legalmente, la entidad demandada habría tenido que pagar previamente la plena indemnización, y entonces la demandante hubiera podido reportar alguna ganancia de la suma recibida por valor de la propiedad. De manera que siendo esto así y ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J., es aplicable la doctrina en mención declarando que ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la suma de $ 38.125.97 valor del daño emergente según el fallo, y condenando al pago de esos intereses desde la fecha de la ocupación hasta el día en que éste se verifique.

"No sería, de otra parte, incontrastable la objeción que se hiciera a la fecha determinada como inicial para el cobro de los intereses diciendo, por ejemplo, que éstos sólo pueden exigirse desde la ejecutoria del fallo, pues nada impide que al hacerse el reconocimiento del derecho a percibirlos se fije también como fecha de la exigibilidad de ese derecho una anterior al proveído que lo declara ya que, como atrás lo dejo expuesto, la obligación de la entidad demandada surgió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad y se privó de su aprovechamiento al demandante. Además, contribuye a reforzar este razonamiento el principio que informa algunas reglas referentes a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, tales como las del artículo 964 del C. C., pues de conformidad con este precepto el poseedor vencido es obligado a restituir los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes o después de la demanda, según sea poseedor de mala o buena fe; lo que induce a considerar que en casos como el que vengo analizando la entidad demandada debe pagar al demandante, desde la fecha de la ocupación del inmueble, la ganancia o provecho que aquél dejó de derivar de su propiedad con motivo de esa ocupación.

Otras razones respaldan, a mi juicio, la doctrina en mención, tal como se ha venido aplicando:

"Si se acude a la fijación del tipo de interés legal ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, es obvio que no puede ser juridicamente exigible la comprobación de aquellas bases, porque de ser así se incurriría en ostensible contrasentido y carecería de objetivo práctico la equivalencia buscada con la fijación de ese tipo de interés. De otra parte, el porcentaje opera sobre la suma en que se ha apreciado el inmueble, tanto por los motivos de orden jurídico que se dejan expuestos como porque esa suma es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario, sobre la cual debe aquél cubrir intereses legales hasta la fecha de su cancelación. De manera que por esto pugnaría a la índole misma de ese tipo de interés la exigencia de demostrar que la suma principal puede producirlo, desde luego que esa rata se ha fijado como legal para aplicarla especialmente cuando no existe convención o estipulación sobre intereses, de conformidad con el artículo 1617 del C. C. según el cual el deudor debe, desde la mora, los intereses legales, en defecto de los convencionales y salvo aquellos casos en que especialmente establezca la ley los intereses corrientes. Luego los intereses legales no constituyen un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que los origina; ellos están instituídos en el citado artículo 1617 del C. C. y en otros concordantes en calidad de perjuicios, razón más para considerar que también tienen aplicación en eventos como el

de autos, puesto que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. Finalmente, es incuestionable que todo capital en dinero gana intereses y que el solo hecho de no recibir el acreedor, oportunamente, ese capital (que para el caso es el valor del inmueble ocupado), lo priva, consecuencialmente, de inversiones lucrativas".

La doctrina de la Corte, atrás citada, de fecha 19 de julio de 1943, fue aplicada por esta Sala en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá (G. J. número 2171-72-73, página 649); en el de Mauricio Alvarez Correa contra la Nación (G. J. número 2157-58, pág. 332); y en el de Silena Sardi de Tenorio contra la Nación (G. J. 2170, pág. 361).

Por todas estas razones considero que en el presente negocio ha debido condenarse al pago del lucro cesante, representado por los intereses legales del monto en que se estimó el inmueble ocupado.

Camilo Rincón Lara

Fecha ut supra.



ERROR GRAVE. — ALCANCE JURIDICO DE ESTA EXPRESION

Para fijar el alcance jurídico de la expresión "error grave" de que trata el artículo 720 del Código Judicial, se ha tenido en consideración que la norma equivalente del anterior estatuto procesal, traía la de "error esencial", y ese cambio refleja claramente el pensamiento del legislador. Lo ESENCIAL como noción filosófica aplicada al campo jurídico recae sobre la sustancia misma de la cosa, es decir, sobre los atributos que por ser inherentes al objeto lo hacen subsistir por sí mismo, dándole entidad propia y definida. De modo que el error esencial en un dictamen de peritos se refería limitativamente al error sobre las cualidades ontológicas de la cosa en lo tocante a su sustancia misma. Al adoptarse la nueva categoría del error en el dictamen o sea la de "grave", se buscó un radio de acción más extenso al concepto, no limitándolo exclusivamente a la sustancia misma de la cosa, sino ampliándolo a otras calidades que, concebidas en forma distinta o contraria a la realidad, produzcan una variación de tal magnitud e influencia que cambien o desfiguren la verdadera entidad del objeto o cosa examinada.

Lo que caracteriza pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que puedan presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven. De esto se deduce que las objeciones por error grave de que trata el artículo 720 del Código Judicial, no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisible para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio trece de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor José Jaramillo Giraldo).

Ha subido en apelación a esta Sala de la Corte el presente negocio, para conocer del auto de fecha 5 de noviembre de 1956 proferido por el Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual se declara infundada la objeción por error grave formulada al dictamen pericial producido dentro del término de prueba de la primera instancia por uno de los peritos principales y por el perito tercero el 11 de junio del año en curso.

Tramitado legalmente el recurso es procedente resolverlo, anotando que los alegatos escritos de las partes fueron presentados fuera de término y por tanto no es dado tenerlos en cuenta.

Para la mejor comprensión del problema agitado en el incidente, conviene hacer un breve recuento de los antecedentes del mismo. De conformidad con los hechos de la demanda, la hacienda denominada "La Floresta", de propiedad de las señoritas Tulia y Sofía Uribe Muñoz, está atravesada de norte a sur por la línea del Ferrocarril de Antioquia, en su segunda división, kilómetro 65 el cual tiene la propiedad de una faja de terreno cuya cabida es de cuatro cuadras y cuatro décimas de cuadra. Atraviesa la misma hacienda, de oriente a occidente, la quebrada "La Muñeca", la cual cruza la línea férrea y lleva sus aguas a los edificios de laboreo de la finca, situados en la parte inferior.

"Desde que se construyó el Ferrocarril al Cauca —dicen los hechos de la demanda—, hace ya

un lapso mayor de treinta años, se ejecutaron las obras necesarias para encauzar las aguas de esa corriente en el cruce citado y fueron ejecutadas en forma tan eficiente y técnica, que pese a las inclemencias del tiempo en tantos años, nunca hubo de verificar reparación alguna ni lamentar hecho alguno desgraciado producido a consecuencia de ellas. Sin embargo los ingenieros a cuyo cuidado estuvo el mantenimiento del buen estado de la línea en los últimos meses del año de mil novecientos cincuenta y tres, estimaron necesarias nuevas obras en aquel lugar. Y al efecto iniciaron los trabajos del caso, los cuales se prolongaron hasta el año próximo pasado, valiéndose de potentes máquinas que profundizaron el cauce de dicha corriente "La Muñeca" en extensión considerable, lo mismo en la parte superior de la línea que en la inferior. A juzgar por las consecuencias que luego se presentaron, es de suponer que los directores de las obras no hicieron un estudio concienzudo y técnico de la topografía de los terrenos aledaños, especialmente de los de la parte superior de la línea por donde descienden aguas de la montaña; y mucho menos verificaron los estudios geológicos necesarios para conocer la clase de materiales que formaban la montaña, razón por la cual no tuvieron en cuenta que se trataba de arenas movedizas, de fácil desprendimiento. Lo cierto del caso es que la profundidad alcanzada por el cauce en un trayecto de consideración, provocó una gran cuelga de la corriente expresada, la cual "haló" de los materiales que formaban la parte superior de la montaña, los cuales fueron arrancados y transportados luego por las aguas hasta las nuevas obras, donde encontraron obstáculo y se fueron depositando hasta cubrir la línea férrea impidiendo el paso de los trenes. Como era natural la Empresa del Ferrocarril ordenó inmediatamente los trabajos de despeje y limpieza de la vía, empleando para ello una pala de gran potencia que extraía el material estancado por toneladas y lo arrojaba con fuerza sobre la misma corriente, en la parte inferior de la carrilera, formándose "tupias" que la potencia de la corriente rompía luego en forma de bombazos, arrollando todo cuanto encontraba a su paso y descargándose como una tromba sobre los cultivos y obras de la hacienda "La Floresta". Consecuencia de los bombazos fueron los daños que se describen en la demanda, y cuya indemnización se pide.

Al contestar la demanda, el demandado negó en general los hechos productores del daño de que allí se trata", "porque ellos no se sucedieron como se describen, ni tienen causa en hecho u obras de la Empresa". Para el demandado, según diversos escritos del expediente, la causa de los perjuicios recibidos por el Ferrocarril y la hacienda "La Floresta" fue el derrumbe producido en las cabeceras de la quebrada "La Floresta" en septiembre de 1954, el cual fue arrastrado por el lecho de la quebrada, que tiene una pendiente mínima del 20% entre el volcán o derrumbe y la carrilera, por acción de las fuertes lluvias y torrenciales aguaceros, produciendo la acumulación de grandes cantidades de material —dolo, tierra, arena y cascajo— sobre el alcantarillado y terraplén de la línea férrea, lo que obligó a la Empresa a abrir una brecha por debajo de la carrilera para aliviar las tupias formadas allí, pero la montaña de material acumulado, de muchas toneladas, siempre tuvo que descender en la misma forma por la brecha abierta, produciendo daños en la parte inferior de la carrilera, en los sembrados, alcantarilla y carretera de la hacienda de las demandantes, perjuicios que se hubieran producido aunque el Ferrocarril no hubiera construído la brecha nueva de desahogo.

Planteado así el debate, uno de los medios probatorios tendientes a acreditar las causas de los daños, fue el de la inspección ocular con intervención de peritos, que se llevó acabo el 23 de febrero de 1956 (Cuad. Nº 3, folios 27 y 28). Los peritos principales doctores Luis A. Correa y Germán Orozco rindieron sus dictámenes por separado y con conclusiones diversas (Cuaderno Nº 3, folios 29 a 31 y 34 a 38), por lo cual hubo de nombrarse un perito tercero que lo fue el doctor Carlos Gartner de la Cuesta, cuyo trabajo corre a folios 40 a 43 del mismo cuaderno número 3, y que coincide en sus conclusiones con el del perito principal doctor Germán Orozco.

El representante de la parte demandada, señor Gobernador del Departamento de Antioquia, objetó oportunamente el dictamen de los peritos Orozco y Gatner, por error grave. Los fundamentos de su objeción fueron:

"La acción de las fuerzas naturales en la causación de los perjuicios de la Hacienda "La Floresta" no fue estudiada por los expertos **con el cuidado y debida diligencia,** aparte de que, se apartaron en la consideración de elementos imprescindibles en un estudio tan complejo y delicado como es el de la determinación de las causas de los perjuicios.

"En la parte superior de la montaña existe un derrumbe de grandes proporciones, cuya incidencia en los perjuicios de la Hacienda es indis-

cutible. El tonelaje de material arrastrado por el caudal de la corriente en las épocas de invierno, precisamente cuando sobre la región caían fuertes lluvias y torrenciales aguaceros, vino a incidir directamente en todos los perjuicios de la hacienda. Este derrumbe no iba a ser un simple motivo para el depósito de gran cantidad de material sobre la carrilera del ferrocarril, como es el concepto del perito Dr. Orozco, sino una de las tantas causas de los perjuicios ocurridos en la Hacienda. Negar la incidencia de este factor natural es contradecir la naturaleza misma de las cosas, y por esto mismo, los expertos han incurrido en un error grave al desestimar este factor como causa de todos los perjuicios. Error grave del perito Dr. Orozco, porque lo excluye como factor o causa de los perjuicios ocurridos, al señalar su influencia nó en los perjuicios mismos, sino en un simple motivo para el derrumbe que se depositó en la zona del Ferrocarril; error grave del perito Dr. Gatner, porque lo desestima al determinar las causas de los perjuicios en la zona inferior". (Los subrayados son de la Sala)

Al rededor de este mismo punto del factor natural como causa de los daños, dice el objetante que los mencionados peritos no verificaron la pendiente del lecho de la quebrada, ni el derrumbe en formación existente entre la línea férrea y un poco más abajo de la carretera particular que conduce a la hacienda, que tiene una extensión aproximada de 3.000 metros cuadrados, pues el perito Dr. Orozco lo verificó "en forma tan imprecisa y genérica, que antes que referirse a su existencia misma, entró en los orígenes del mismo" y al atribuírlo a la acción del hombre y no a la naturaleza misma, incurrió en error grave; que "la constitución geológica de los terrenos aledaños al cauce (de la quebrada) no fue tomada en consideración por los expertos para el efecto de sus conclusiones". Y más adelante sintetiza sus objeciones así: "Los factores naturales que hasta aquí se han mencionado para el efecto de poner de relieve el error grave de los peritos, han sido excluídos por el perito tercero, al dictaminar que los perjuicios de la zona inferior son imputables exclusiva e íntegramente al Ferrocarril. El derrumbe de la parte superior de la montaña; los torrenciales aguaceros y fuertes lluvias que cayeron en la región; las pendientes diferenciales del lecho de la quebrada; el derrumbe en formación existente entre la línea férrea y la carretera particular que conduce a la Hacienda, y la constitución geológica de los terrenos por donde corre la quebrada, no merecieron ninguna atención por parte del experto. Y sí que menos fueron atendidos por el perito Dr. Orozco".

Antes de analizar los argumentos que fundamentan la tacha al dictamen, y de verificar si las aseveraciones del objetante tienen real expresión en el trabajo de los peritos, ha de hacerse una breve síntesis de lo que la jurisprudencia y la doctrina entienden por error grave en el dictamen.

Para fijar el alcance jurídico de la expresión "error grave" de que trata el artículo 720 del Código Judicial, se ha tenido en consideración que la norma equivalente del anterior estatuto procesal, traía la de "error esencial", y ese cambio refleja claramente el pensamiento del legisador. Lo esencial como noción filosófica aplicada al campo jurídico recae sobre la sustancia misma de la cosa, es decir, sobre los atributos que por ser inherentes al objeto lo hacen subsistir por sí mismo, dándole entidad propia y definida. De modo que el error esencial en un dictamen de peritos se refería limitativamente al error sobre las cualidades ontológicas de la cosa en lo tocante a su sustancia misma. Al adoptarse la nueva categoría del error en el dictamen, o sea la de "grave", se buscó un radio de acción más extenso al concepto, no limitándolo exclusivamente a la sustancia misma de la cosa, sino ampliándolo a otras calidades que, concebidas en forma distinta o contraria a la realidad, produzcan una variación de tal magnitud e influencia que cambien o desfiguren la verdadera entidad del objeto o cosa examinada.

Lo que caracteriza pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que puedan presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven. De esto se deduce que las objeciones por error grave de que trata el artículo 720 del Código Judicial, no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal, y por lo mismo es inadmisible para el juzgador, que al considerar-

la, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva.

Ya se ha visto cómo el objetante inicia su exposición afirmando que "La acción de las fuerzas naturales en la causación de los perjuicios de la Hacienda "La Floresta" no fue estudiada por los expertos **con el cuidado y debida diligencia".** Supone tal afirmación que los peritos sí estudiaron la "acción de las fuerzas naturales", aunque sin el cuidado y debida diligencia, lo que significa, de acuerdo con la más amplia extensión que pueda darse al concepto de error grave, que no es ese el vicio que se pone de presente en el dictamen, sino el de una deficiencia en la fundamentación del mismo. Esos factores naturales que "no merecieron ninguna atención por parte de los expertos", según el memorial de objeciones, fueron: el derrumbe en la parte superior de la montaña; los aguaceros y lluvias que cayeron en la región; las pendientes diferenciales del lecho de la quebrada; el derrumbe en formación en la parte situada entre la vía férrea y la carretera particular de la hacienda, y la constitución geológica de los terrenos por donde corre la quebrada.

Al referirse el perito doctor Germán Orozco al derrumbe en la parte superior de la montaña, dice: "En las cabeceras de la quebrada La Muñeca no existe derrumbe de proporciones pero sí lo hay en un afluente de la margen derecha... y sobre ello conceptúo que él pudo haber sido, no el motivo principal para el total derrumbe que se precipitó sobre la carrilera del Ferrocarril tapando las obras allí existentes y llenando la cuenca de la parte superior del terraplén. El hecho me lo explico así: el derrumbe superior trajo hacia abajo una mínima carga, la que ayudó a presionar el carguero existente en la cuenca de la quebrada La Floresta la que no tenía gran cohesión;... por la falta de cohesión y por el derrumbe superior toda esa gran masa de material (fue la) causante de los daños en la hacienda La Floresta". Coincide la observación del perito con lo visto por el Magistrado que practicó la inspección ocular, cuando dice: "Remontando el curso de la quebrada La Floresta o La Muñeca se observa a lado y lado notables desmoronos por ser arenoso y muy deleznable el material existente (falto de cohesión, dice el perito). No observó el personal de la diligencia que existieran derrumbes o movimientos de tierra en los nacimientos de la quebrada La Muñeca, pero sí constató que en el nacimiento de uno de sus afluentes se han presentado deslizamientos de tierra". Tratando acerca del factor natural consistente en las lluvias y de la pendiente de la quebrada, dice el mismo perito: "Las fuertes lluvias y torrenciales aguaceros y la gran pendiente del lecho de la quebrada contribuyeron a aumentar el volumen del derrumbe que se depositó en la banca del Ferrocarril, derrumbe causado principalmente por la cuenca que se hizo, para abrir la excavación, por cierto muy profunda, para la captación de las aguas". "Que la quebrada La Floresta entre el volcán y la línea del Ferrocarril tiene una pendiente mínima del 20%. Dicha quebrada corre sobre un lecho de cascajo, arena y lodo provenientes de las vertientes". En relación con la constitución geologica de los terrenos por donde corre la quebrada, dice el perito: "La topografía de los terrenos es abrupta y de inclinación transversal bastante fuerte. Toda la hoya del arroyuelo La Muñeca corre sobre una capa de arena, cascajo y lodo, material proveniente de las partes altas de la montaña. La constitución geológica de los terrenos pertenece al cretáceo carbonífero".

Sin el orden en que están contemplados por el perito principal los factores naturales del daño, los tiene en cuenta también el perito tercero doctor Gatner, para sacar sus conclusiones. Para verificarlo, basta la transcripción de algunos apartes de su trabajo: "La mecánica de los suelos enseña, y ello es elemental y evidente, que los depósitos de materiales que los acarreos hidráulicos naturales forman, lenta o rápidamente, en las partes bajas de una región montañosa, presentan una infinita variedad de condiciones físicas en cuanto a composición, consistencia, cohesión etc. de lo que resulta su resistencia a la desintegración, más o menos grande, y su estabilidad más o menos precaria. La cohesión es casi nula en terrenos tan arenosos como son los de la región de la Floresta y es también evidente que la estabilidad disminuye grandemente en las fuertes pendientes. Los ingenieros del Ferrocarril establecieron, para botar una enorme cantidad de materiales acarreados por los aludes... el sistema de arrojarlos pura y simplemente al cauce del arroyo, sin prever que la acción continua y sistemática de los bombazos que indefectiblemente tenían que formarse con ese sistema, constituía un poderoso agente mecánico para arruinar la estabilidad de los depósitos de materiales que formaban el lecho del arroyo, no importa si eran de antigua o reciente formación.

Es una ley universal de la mecánica que una fuerza pequeña aplicada repetidamente muchas veces tiene un efecto muchísimo mayor que el de una fuerza muy grande aplicada una sola vez: así, la acción continua de muchísimos bombazos pequeños sobre el lecho del arroyo en la zona inferior tuvo el desastroso efecto que no tuvo en la zona superior la acción esporádica de los grandes aludes". Como se ve, el perito no sólo no desatendió los factores naturales para explicarse los hechos, sino que los destaca para sacar sus conclusiones. Allí verifica la existencia de los aludes que de la parte superior se precipitaron hasta la vía férrea; la composición geológica de la zona "cuya cohesión es casi nula", y los efectos que esos factores naturales produjeron.

Ahora bien: el resto del memorial de la tacha es una exposición del propio criterio de la parte sobre las causas generadoras del daño, y una refutación de los conceptos y conclusiones de los peritos, lo cual es impertinente aducir como fundamento del error grave, según los principios configuran ese vicio, ya expuestos anteriormente. Es doctrina de esta Sala que "Si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad y magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos. Ese es precisamente el sentido natural y obvio del artículo 720 del C J. Pero si las objeciones contra el peritazgo se encaminan a destruír todas las argumentaciones de los expertos, atacando a fondo las conclusiones a que han llegado mediante razonamientos más o menos ajustados a las leyes del razonamiento, entonces resulta ilegal justipreciar la obra de los peritos dentro de un simple incidente de objecions, ya que la cuestión planteada sólo compete al juzgador al tiempo de pronunciar la decisión de fondo". (20 sept, LII, 306). En el memorial que se comenta, fuera de la objeción ya estudiada respecto a que los peritos no tuvieron en cuenta los factores naturales, el objetante se concreta a consignar su propio criterio, con el propósito de refutar así el de los peritos, como se demuestra con la transcripción de los siguientes pasajes: Dice el objetante:

"La constitución geológica de los terrenos que forman el lecho de esta quebrada la componen dos formaciones completamente distintas: de la carrilera hacia arriba, rocas pertenecientes a la formación de esquistos de la región, en parte metamóficos por su contacto con una intrusión de granito que aflora en la parte alta de la cordillera, y de la carrilera hacia abajo, estratos de arcilla, arenisca y bancos de carbón pertenecientes a la formación carbonífera. Por el pie de la carrilera pasaba el sobrescurrimiento de Piedecuesta que sirve de contacto a las dos formaciones y el cual trastornó y volcó los estratos de la última formación. Esto explica la poca consistencia de estas rocas". "La división por zonas que hace el experto para determinar la causa de los perjuicios, es caprichosa y no tiene bases técnicas que la sustenten. (Este concepto está ratificado a su vez, por los peritos que estudiaron el dictamen objetado) Y continúa: "Esta es una manera fácil de averiguar el valor de los perjuicios, pero se reciente de falta de lógica para buscar la causa de los mismos. La pendiente del lecho de la quebrada —sigue conceptuando el objetante— y la composición geológica de los terrenos por donde corre, entre otros factores naturales, actuaron a manera de causas tanto en la zona superior como en la zona inferior". "El derrumbe de la cordillera fue de miles de metros cúbicos y la cuenca del terraplén y de la vía férrea solo tenía capacidad para retener una cantidad muy inferior. Vale decir, que la cuenca del terraplén y de la vía férrea no tenía capacidad para retener todo el volumen de material arrastrado por la quebrada". Y sigue conceptuando: "Los derrumbes arrastrados por las quebradas crecidas, durante las grandes lluvias y en cuencas inclinadas como la de la quebrada La Muñeca, tienen estas características: si el derrumbe se atranca en la mitad de la cañada por un obstáculo cualquiera, los sobrantes de las aguas que no alcanzan a filtrarse a través de éste, también se detienen y forman una represa de incalculable poderío, de tal manera que cuando éstas suben a determinada altura rompen con violencia el obstáculo y se precipitan con inusitada fuerza sobre la vertiente de la cañada en forma que comunmente se llama bombazo..."

Estos argumentos, contrapuestos a los de los peritos, son los que el juez que estudia la tacha no puede sopesar ni analizar en el incidente, porque se salen de la órbita del error grave para adentrarse en el estudio de la prueba misma, e inciden sobre la cuestión de fondo del litigio. Al hacerlo, forzosamente caería en un prejuzgamiento, pues estaría valorando anticipadamente el mérito probatorio del dictamen, y se apartaría del ordenamiento legal que le impone concretar su atención en el examen de si los peritos incurrieron en el error grave que se les atribuye, por haber sacado conclusiones influenciadas por una errada concepción objetiva, contraria a la reali-

dad, sobre las calidades ontológicas del objeto analizado, o sobre sus atributos permanentes o transitorios.

Examinadas, pues, con la atención que el caso requiere las objeciones formuladas por el Departamento de Antioquia al dictamen de los peritos, a la luz de los principios que gobiernan el "error grave" a que se refiere la norma del artículo 720 del CJ. y a través de los dictámenes objetados, se llega a la conclusión de que no es fundada la tacha opuesta al trabajo pericial mencionado.

En consecuencia, la Corte CONFIRMA en todas sus partes el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José Jaramillo Giraldo — Jorge García M. Secretario.

LA DETERMINACION DE LOS TERRENOS MATERIA DE LA DEMANDA SOBRE DOMINIO PETROLIFERO, ES REQUISITO FUNDAMENTAL PARA LA PROSPERIDAD DE LA MISMA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá catorce (14) de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Abelardo Gómez Naranjo)

Alberto Barrios Bosch, de nacionalidad venezolana, en nombre y representación de la comunidad de "Almeida o Almeidas" y de varios comuneros, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria contra la Nación colombiana ante esta Corte, para que en sentencia de única instancia se hagan las siguientes declaraciones, que se toman del libelo de corrección presentado el 2 de octubre de 1953:

"PRIMERA — Se declara que el fundo rural conocido desde época colonial con los nombres de "Alto del Salado", 'Quebrada Seca' y 'Tasajero', y los lotes anexos de que habla el título originario del Estado que adelante se cita, terrenos ubicados en el Municipio de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, comprendidos dentro de los linderos especiales que se expresan en el instrumento público original de este título y que luego se trasladan a este escrito, salieron del patrimonio de la Nación o Estado Colombiano con anterioridad al veintiocho (28) de octubre del año de mil ochocientos setenta y tres (1873), fecha de la reserva nacional del petróleo, en virtud del acto oficial del remate y adjudicación celebrado el diez y siete (17) de Noviembre de mil setecientos setenta y dos (1772) en la ciudad de Pamplona, ante la Junta Subalterna de Temporalidades, en que adquirió el dominio pleno y exclusivo de esos y otros terrenos, sobre el suelo y con respecto al subsuelo, el rematador señor don Juan Gregorio Almeida, por la suma de veintiocho mil pesos ($ 28.00000), de los cuales pagó dicho Almeida de contado ocho mil pesos ($ 8.000) y canceló totalmente el resto del precio del remate con sus respectivos intereses, en el mes de septiembre del año de mil setecientos noventa y seis (1796) en las oficinas de la Real Hacienda de la ciudad de Pamplona, remate seguido de la entrega de la posesión material que las competentes autoridades coloniales le hicieron con las formalidades de regla al mismo rematador, de esos terrenos, con fecha dos (2) de mayo de mil setecientos setenta y cuatro (1774); y, por último, en virtud del otorgamiento a favor del rematador Almeida de la correspondiente escritura de venta que le hizo con fecha quince (15) de septiembre de mil setecientos ochenta y siete (1787) el señor Fiscal de la precitada Junta a nombre del Rey de España, para el referido Almeida y sus herederos presentes y futuros, según expresiones del título mismo de venta, actos y documentos que constituyen justo título de dominio privado a favor de Juan Gregorio Almeida. Los linderos especiales de los terrenos sobre que recae esta declaración judicial son: "Del río de Pamplona, subiendo para el que va de El Salado a San José, por una Quebrada Seca, que junto a ella está la cerca de piedra de don Jacinto Bonilla, por el dicho camino por él adelante a topar unido con las tierras de don Salvador Colmenares y de allí sube arriba a un boquerón, que al pie de él había un corral de piedra, y por este boquerón iba el camino viejo de la ciudad de Salazar, y del Boquerón a coger la quebrada Seca; quebrada abajo hasta donde llaman las Albercas o Pozos donde cogen agua, y de allí coge el alto de los Patios a coger la Quebrada de Obal, quebrada abajo a toparse con la quebrada de la Floresta, y de dicha Floresta quebrada arriba por la falda de Tasajero a dar a la quebrada de Aguala a donde entra en el río de Pamplona, y río arriba hasta el primer lindero de la quebrada y cerca de Bonilla".

"SEGUNDA — Como consecuencia directa de la anterior, se declara que el subsuelo petrolífero del inmueble delimitado en la petición que antecede, es de propiedad exclusiva y privada de la "Comunidad de Almeida", dentro de la misma alindación.

"TERCERA — Igualmente y como consecuencia de la prosperidad de las dos peticiones que anteceden, se declara que el subsuelo petrolífero del

área correspondiente a los lotes de terreno denominados El Salado, Quebrada Seca, Tasajero y terrenos anexos de que trata la petición primera de esta demanda, que está comprendido en el contrato que la Nación celebró con la Compañía de Petróleos "La Patricia", el 10 de marzo de 1951, protocolizado por medio de la escritura pública número 4.456 del mismo año, de la Notaría Segunda de Bogotá, queda excluído del mismo contrato de exploración y explotación de petroleos que se reputan de propiedad nacional, y por tanto, la "Comunidad de Almeida" puede explotarlo como de su propiedad privada. Los linderos del área materia de ese contrato son los que se expresan en la cláusula primera del mismo y cuyo traslado o copia auténtica arroja el número 27.733 del Diario Oficial correspondiente al 20 de octubre de 1951. Y el área de los terrenos de El Salado, Quebrada Seca, Tasajero y anexos que se excluye de ese contrato, se determina de acuerdo con el resultado probatorio del juicio, así: (aquí los linderos de la porción o porciones que se excluyen).

"CUARTA — Se declara también que los terrenos situados hoy en el Municipio de Cúcuta, Departamento del Norte de Santander, a que se refiere el título originario del Estado consistente en la merced otorgada al señor José Gregorio Ferreira, en el sitio de La Floresta, por el Juez subdelegado de Tierras, el 24 de enero de 1766, confirmada el 19 de septiembre del mismo año por el Virrey Messía de la Zerda y por la Real Audiencia de Santa Fe el 6 de diciembre siguiente, salieron igualmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por los linderos que se expresan en dicho título emanado del Estado, desarrollados y fijados por la mensura y posesión que de los mismos terrenos hicieron y dieron las autoridades coloniales en el año de 1808.

"QUINTA — Se declara, como consecuencia, que el subsuelo petrolífero correspondiente al inmueble de que trata el título y posesión de José Gregorio Ferreira, es de propiedad privada de "La Comunidad de Almeida", y no de propiedad Nacional, dentro de los linderos del título original fijados por el acto de posesión de 1808 y por otros actos de las autoridades coloniales que determinaron su comprensión superficiaria.

SEXTA — Se declara en consecuencia, que el subsuelo petrolífero del área correspondiente a dichos terrenos que fueron de José Gregorio Ferreira y esté comprendido en el contrato que la Nación celebró con la compañía de Petróleos La Patricia, el 10 de marzo de 1951, queda excluído del mismo contrato, y por tanto, la "Comunidad de Almeida" puede explotarlo como de propiedad privada. Esta área que se excluye del contrato citado, se determina con base en los linderos del contrato y las pruebas del juicio..."

SEPTIMA — Se declara que los predios denominados Floresta o La Floresta, Oripaya, La Loma o Puerto de San José, Guayabal y Agua Sucia, situados en el Municipio de Cúcuta, Departamento del Norte de Santander, comprendidos dentro de los linderos que más adelante se señalan, salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud del título originario de aquél' así: a) Los que se refieren a las composiciones de tierras de que dan cuenta el certificado expedido al Presbítero doctor Juan Antonio Zumalave, Cura del pueblo de Capacho, el 9 de julio de 1768, por decreto de esa fecha dado por el Alçalde de Pamplona, don Agustín José de Cáceres, ante testigos por falta de escribano, según los títulos relacionados en las composiciones".

(En esta súplica se hace transcripción de la solicitud de expedición del certificado aludido, del decreto que ordenó expedir la copia certificada, y de la Partida de composición misma, que adelante se relacionarán).

"... . ...

"Los linderos generales que encierran las tierras a que se refieren los títulos que se acaban de relacionar, son los siguientes: "Por el lado del oriente el río nombrado Pamplona desde donde confinan las tierras que fueron de Antonio de la Parra a la parte del Sur; de aquí, río abajo a dar con un zanjón de agua nombrado Caño Negro que cae al mismo río por la parte del Norte; de la boca de este caño mirando derecho para el occidente a dar a una quebrada nombrada del pueblo de Limoncito y nombramos Moninillo; de éste, Floresta arriba, por el sur a dar con tierras de Almeida nombradas el Salado (a que se refiere la petición 1ª de esta demanda) que fueron de los expatriados Jesuítas y compró (Almeida a su Majestad; de este lindero derecho a dar con el primero a tierras de Antonio de la Parra", (que también compró Almeida).

"OCTAVA — En subsidio, los predios a que se refieren las declaraciones anteriores, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1373 en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"NOVENA — Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el subsuelo petrolífero de todos los terrenos a que ellas se refieren, es de propiedad privada de la Comunidad de Almeida y esta entidad tiene personería sustantiva para deducir la acción de que trata el presente libelo y capacidad procesal activa para ser representado por los Comuneros demandantes".

Los hechos en que el actor fundamenta las anteriores peticiones pueden resumirse así:

1º Los globos de terreno descritos en las peticiones primera y cuarta salieron legalmente del patrimonio nacional en virtud de las adjudicaciones hechas por la Corona Española a José Gregorio Ferreira (La Floresta) en el año de 1766, a Cristóbal Araque de León en 1618 (tierras llamadas de Los Parras), y por medio del remate a favor de José Gregorio Almeida en 1772 (Hato del Salado), "formaron desde la salida del patrimonio de la Corona Española a poder de particulares... un inmueble continuo, inicialmente de propiedad privada de los respectivos adjudicatarios que recibieron esos títulos del Estado Español, inmueble que a fines del siglo XVIII pasó íntegramente al dominio exclusivo de Juan Gregorio Almeida". En efecto, Almeida fue adquiriendo la totalidad del globo de "Comunidad del Almeida" así: El Pbro Félix de Zumalave vendió a Juan Gregorio Almeida por escritura de 30 de mayo de 1798, fechada en la Villa de San José del Cuasimal, "unas tierras mías propias que compré a don Luis Ferreira, don Pedro Aranda y don Juan Agustín Santander, con otras nombradas La Loma, que heredé de mis abuelos y la parte de otras que me tocó y también compré a mis primas doña Petronila y doña Francisca Tovar..." alindadas así: "Por el oriente, el río de Pamplona, por el Sur lindando con la hacienda de Cacaos que yo el otorgante tengo mías propias y con tierras del Salado, pertenecientes al citado comprador; por el Poniente, con tierras de Limoncito y resguardos de este pueblo; por el Norte, hasta donde alcanzan los linderos de las citadas tierras de La Loma inclusas en esta venta..."

Siguiendo hacia atrás en las transmisiones de los aludidos terrenos, se cita la escritura de 19 de julio de 1782, otorgada en San José, por la cual doña Petronila Tovar y su hermana doña Francisca Tovar, vendieron a su primo el Pbro. Félix Zumalave; doña Juana Gómez de Figueroa adquirió las tierras de La Floresta como heredera de Juan, Pedro y Salvador Figueroa, quien transfirió sus derechos hereditarios mencionados en dicho inmueble a favor de Félix Trujillo, según escritura que data del año de 1772.

En la súplica SEPTIMA, el demandante transcribe la siguiente Partida del Libro de Composiciones expedida por el Alcalde Ordinario de Pamplona el 9 de julio de 1768 a petición del doctor Juan Antonio de Zumalave:

"PARTIDAS del libro de composiciones. Item, el Padre Cristóbal Vanegas de Figueroa presentó en nombre de doña Brígida de Orozco, suma de los títulos siguientes: Una venta que el Capitán Juan Ramírez de Andrada hizo a doña Brígida de Orozco y a los hijos y herederos de Dionisio Velasco de una estancia de ganado en los Casaderos, pasando el río de Chopo hacia Zulia, que le fue proveída al dicho Juan Ramírez en ocho de agosto de mil y quinientos y ochenta y tres años, que es donde hoy tiene la dicha Brígida el corral de yeguas que llaman de los Casaderos como consta de la venta, su fecha en Pamplona a diez y siete de marzo de mil y quinientos y ochenta y siete años ante Bernardino Fernández, escribano. — Otro título y confirmación de él como aparece de Provisión Real su fecha de la dicha Real Provisión en Santa Fe a veinte y cinco de septiembre de mil y quinientos y ochenta y siete años, de una estancia de ganado que se le proveyó a Juan de Figueroa en los Casaderos por bajo de otra que es la de la venta de la dicha doña Brígida de Orozco, el río abajo de una banda y otra. Otro título que el Cabildo hizo merced a Juan de Figueroa en veinte y tres de enero de mil y quinientos y ochenta y nueve años, de una estancia de ganado mayor y otra de menor y otra de pan por bajo de los Casaderos, pasando el llano, y una lomita que está pasado el dicho llano, a la falda de un cerro grande, que el dicho cerro es montuoso y el alto de la sabana empezándose a medir desde el valle que hace el dicho cerro y al pie de él una quebradita que por medio del valle va que es puesto que hoy llaman La Floresta. — Otro título en la misma Real Provisión contenido al dicho Juan de Figueroa de una estancia de ganado mayor, otra de ganado menor, otra de pan en el valle de Cúcuta, empezándose a medir desde el Camino Real que va del Hato-Viejo de Dionisio Velasco al Hato del Casadero, linde del cerro que va a dar de la población vieja que llaman de Luisico hasta las juntas del río de Cúcuta y Chopo; de las dichas juntas para abajo, que todas las dichas estancias que presenta la dicha doña Brígida y títulos son los referidos, y se tazan diez estancias de ganado mayor y menor y pan, unas con otras debajo de los linderos referidos, a cien pesos".

El demandante observa que los títulos de adjudicación citados en la Partida de Composición transcrita, proceden de los años 1583. 1587 y 1589.

En el hecho 6º se expresa que don Juan Gregorio Almeida, no obstante haber adquirido las tierras de La Floresta, Oripaya y Guayabal, etc. en la forma que ha quedado relacionada, solicitó posteriormente ante las autoridades coloniales se le adjudicasen seis (6) estancias de tierra en jurisdicción de San José de Cúcuta "lindantes por el oriente con el río Pamplona, por el sur, con tierras de don Félix Zumalave y las que llaman del Salado propias del mismo Almeida; por el poniente con tierras denominadas El Limoncito y Resguardo de un pueblo hasta un sitio llamado Moninillo, hasta donde alcanzan dichas seis estancias de pan y ganado mayor".

Por aquella misma época solicitó el Cabildo de Cúcuta la adjudicación de 25 estancias, habiendo quedado aclarado que esta petición no se superponía sobre las tierras solicitadas por Almeida.

Se practicaron las diligencias de deslinde por orden del Virrey Amar y Borbón en el mes de diciembre de 1808, señalándose como tierras pedidas por Almeida las alindadas así:

"El paso de la Quebrada Floresta, camino de los padres Capuchinos, que va del pueblo de la Arenosa al pueblo de Limoncito, de allí por el lado del Occidente, lindando con resguardo del citado Limoncito, quebrada abajo hasta llegar a un sitio nombrado Moninillo. Del citado Moninillo lindando por el lado del norte con tierras del dicho Almeida, mirando línea recta por el lado de abajo de una ciénaga al Oriente a dar al río nombrado Pamplona, alias Chopo, Táchira y San Faustino a la boca de un zanjón de aguas nombrado Caño Negro que dentra al dicho río frente al ortigal del citado caño, por el lado del Oriente río arriba hasta llegar frente al pie de la loma lindando por el lado del sur con tierras de don Félix Zumalave heredó de sus abuelos, que son las que le vendió a Almeida, hasta llegar al primer lindero".

Al estudiar el Fiscal de lo Civil en el año de 1809 las diligencias de adjudicación en referencia conceptuó que no había lugar a la petición que hacía Almeida, pues las tierras solicitadas "se declaran propias de él", "por ser asunto ejecutoriado", quedando así confirmada o ratificada la propiedad del señor Almeida sobre las expresadas seis estancias de tierra.

Para mayor precisión en el planteamiento que hace el demandante de los presupuestos de la acción incoada, conviene hacer transcripción de los hechos siguientes, tal como se hallan formulados en la demanda. Dicen así:

"7º — El primitivo adjudicatario de las tierras de El Salado y demás a que se refiere el título de 17 de noviembre de 1772, el comprador de las tierras de los Parras a las que se hizo alusión atrás, el comprador de las tierras de La Floresta, Guayabal, Oripaya y demás de que habla el título de Ferreira de 1766, y el comprador de las tierras de Zumalave según la escritura de 1798, señor don Juan Gregorio Almeida, falleció a principios del siglo XIX. Había contraído matrimonio por el rito católico con doña Rosalía Zumalave, según lo declara ésta en su testamento protocolizado en el año de 1831-32, por medio de la escritura pública de 16 de agosto de 1832 de la Notaría 1ª de Cúcuta. Dejó al morir los referidos terrenos que pasaron a su viuda doña Rosalía Zumalave quien en el referido testamento dijo: 'Declaro por bienes míos — Las tierras y casas nombradas El Salado, y agregadas a ellas las tierras de Tasajero, Oripaya, que constan de escritura y otras estancias más compradas al Rey como realegas que eran'. También declaró la testadora que por muerte de su marido ha sido albacea testamentario y tutora y curadora de sus hijos. En corroboración de estos asertos se han encontrado en el archivo Histórico Nacional los siguientes instrumentos: el de fecha 19 de junio de 1826 en que Ambrosio Almeida, su hijo, se refiere ya a la causa mortuoria de su padre Juan Gregorio Almeida que se tramitaba entonces en el Juzgado Municipal de esta ciudad, lo cual indica que dicho Juan Gregorio falleció antes que su esposa Rosalía Sumalave; el de fecha 13 de marzo de 1823 otorgado ante el Escribano de esta ciudad Manuel Mendoza, contentivo de la renuncia total que hizo María Gabriela de la Concepción Almeida de todos sus bienes paternos y maternos, a favor de su madre Rosalía Zumalave v. de Almeida, por motivo de su profesión religiosa; el de fecha 22 de junio de 1826, otorgado ante el mismo Escribano público y contentivo del testamento otorgado por José Manuel Almeida Zumalave, hijo legítimo del matrimonio de Juan Gregorio Almeida ya difunto, y de doña Rosalía Zumalave de Almeida, sobreviviente a la sazón, y en favor de la cual dispuso su herencia como única heredera universal, fuera del quinto correspondiente a su esposa, por no haber tenido descendencia; y el de fecha 15 de enero de 1827, otorgado también ante el mismo escribano Mendoza, que contiene el testamento de Ambrosio, hijo legítimo del matrimonio Almeida-Zumalave, y en el cual

nombra como albacea testamentario a su madre Rosalía.

"8º Según los actos judiciales de inventarios, partición y adjudicación verificados en el juicio de sucesión testada de doña Rosalía Zumalave v. de Almeida, se constituyó sobre los expresados terrenos una COMUNIDAD a título singular, conforme a la proporción y demás circunstancias que se expresan en las hijuelas formadas ad-valorem a cada uno de los hijos legítimos sobrevivientes del matrimonio Almeida Zumalave que en ellas se inician, en número de 6, así: POLICARPA, VICENTE, TRINA O TRINIDAD, FRANCISCA, TERESA y RAFAELA ALMEIDA ZUMALAVE.

"9º En el aparte cuarto (4º) del capítulo de los hechos de la demanda inicial del presente juicio, que se corrige por medio de la presente, se transcriben las respectivas adjudicaciones de Policarpa Almeida, Rafaela Almeida, Teresa Almeida, Trinidad Almeida y Francisca Almeida, cuyas respectivas hijuelas se presentaron con esa demanda. Aquí se dan por reproducidas tales copias... (Art 208 del CJ.)

"10º Como se expresó en el punto séptimo de los hechos de la demanda que se corrige y aclara por medio de la presente, todos mis poderdantes son dueños y poseen derechos en común y proindiviso, como descendientes directos o como cesionarios de los seis comuneros iniciales. En demostración de este aserto se dan por reproducidas aquí las afirmaciones expresadas ya en los ordinales primero (1º) segundo (2º) tercero (3º) octavo (8º) noveno (9º) décimo (10º) undécimo (11º) y décimo tercero (13º) que respaldan en los instrumentos públicos adjuntos a la primera demanda, pues tampoco se ve la necesidad legal ni siquiera la conveniencia procesal de reproducir aquellas extensas narraciones de transferencias de derechos desde los adjudicatarios iniciales hasta los actuales demandantes, máxime cuando el señor Procurador contestó ya a esos mismos hechos diciendo que se atiene a 'la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas al libelo, como de las que la parte actora administre oportunamente al juicio'. Se dan, pues, por reproducidos esos hechos de la demanda que se enmienda.

"11º En general, se afirma que los derechos de Luis Barrios Bosch y Carmen Barrios Bosch v. de Valbuena y Rafaela Almeida, están vinculados a las adjudicaciones de Policarpa Almeida, Teresa Almeida y Rafaela Almeida; que los derechos de los hermanos Velascos están vinculados a la adjudicación de Vicente Almeida; que los derechos de Alberto Barrios Bosch y de Leoncio Chacón R. se vinculan a las cartillas de Vicente y Trinidad Almeida; que los derechos de Librada Guarín de Ruiz se vinculan a las cartillas de Policarpa, Teresa y Rafaela Almeida; que los derechos de los demandantes Febres Cordero están vinculados a las cartillas de Policarpa, Vicente, Teresa y Rafaela Almeida, etc. etc.

"12 La Comunidad de Almeida 'como entidad dueña del subsuelo petrolífero de los terrenos sobre que versan las peticiones de esta demanda, se halla en estado de indivisión, pero su existencia jurídica es ostensible y se cita en mapas oficiales y en la mayor parte de los instrumentos públicos que se vienen otorgando desde mediados del siglo XIX relacionados con las tierras a que se refiere esta demanda".

Los fundamentos de derecho alegados en el libelo que se ha transcrito, son: El Decreto Ley 1056 de 1953, especialmente su artículo 5º las demás leyes relacionadas con hidrocarburos y los Decretos reglamentarios, las reales cédulas de la Corona Española sobre tierras, la ley de 11 de octubre de 1821, la de 30 de marzo de 1843, la 70 de 1886 el Código Fiscal de 1873, los Artículos 669 y 673 del Código Civil y 28 de la Ley 153 de 1887.

Además de varios títulos, que adelante se habrá de relacionar, presentados con su primera demanda, el actor trajo con el escrito de corrección una copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, del Tomo 29 del Fondo, titulado "Tierras de Santander", y un plano de los terrenos a que se refiere la demanda.

Demanda formulada por Carlos Ramírez Yáñez

En virtud de lo dispuesto en auto de fecha 29 de abril de 1954, (Folio 9 del Cuaderno Nº 4), a la demanda formulada por el señor Alberto Barrios Bosch de que se ha hecho relación anteriormente, fue acumulada la presentada por el señor Carlos J. Ramírez Yáñez, por medio de apoderado, con fecha 2 de diciembre de 1952, en la cual se pide que, previos los trámites del juicio ordinario de única instancia y con citación y audiencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, se pronuncien por la Corte, contra la Nación las declaraciones siguientes:

"PRIMERA — Que se declare que el globo de terreno denominado "Alto del Salado", ubicado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Departamento de Santander del Norte, que se halla en común y proindiviso con otros comuneros de la llamada Comunidad Almeida o Almeidas, cuyos linderos especiales son: 'De una parte el río

Pamplona subiendo para el camino que va del Salado para San José, por una quebrada Seca, junto a la cual está la cerca de piedra que pertenece a Jacinto Bonilla, hasta dicho camino siguiendo por él adelante a dar con tierras de don Salvador Colmenares, y de allí para arriba a un boquerón, a cuyo pie había un corral de piedra, y por este boquerón iba el camino viejo de la ciudad de Salazar, y del boquerón a coger la quebrada Seca, quebrada abajo hasta donde llaman las albercas o pozos donde cogen agua, y de allí coge al "Alto de los Patios", a coger la quebrada del Obal quebrada abajo a toparse con la quebrada de la Floresta, y de dicha Floresta, quebrada arriba por la falda de Tasajero, a dar a la quebrada del 'Jagual' a donde entra el río de Pamplona, y río arriba hasta el primer lindero de quebrada y cerca de Bonilla', fue adquirido por el señor Juan Gregorio Almeida, mediante remate ordenado y autorizado por el Rey de España, cuya escritura de venta fue celebrada el día quince (15) de septiembre de mil setecientos ochenta y siete (1787), salió del Estado con anterioridad al día veintiocho (28) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873).

"SEGUNDA — Que como consecuencia de la anterior petición, se declare que el mencionado inmueble 'Alto del Salado', en la Comunidad de Almeida o Almeidas, es de propiedad particular el suelo y subsuelo y en especial el petróleo y demás hidrocarburos que en él se encuentren, en donde tiene derechos la sucesión del señor Julio Ramírez Barbosa, representada hoy por sus herederos, según títulos traslaticios de dominio, equivalentes a la mitad de la sexta parte de un derecho principal, y que por consiguiente pueden vender y contratar libremente.

"TERCERA — Que se declare también, que el terreno llamado 'La Floresta', y mayor extensión de tierras, conocido hoy con los nombres de 'Guayabal', 'El Tambor', 'El Salado', 'Oripaya' 'Tasajero,' 'Floresta', 'La Loma' y 'Quebrada Seca', ubicados en jurisdicción del Municipio de San José de Cúcuta, Departamento de Santander del Norte, en la Comunidad de Almeida o Almeidas, en común y proindiviso con otros comuneros, cuyos linderos especiales son: "Por el lado del Oriente, el río nombrado Pamplona, desde donde confinan las tierras que fueron de Antonio de la Parra, a la parte Sur; de aquí, río abajo a dar con un zanjón de agua nombrado Caño Negro que cae al mismo río por la parte Norte; de la boca de este Caño mirando derecho para el Occidente, a dar a una quebrada nombrada Floresta; de esta quebrada, mirando al mismo Occidente en el último mojón del pueblo del Limoncito y nombrado Moninillo; de éste, Floresta arriba para el Sur a dar con tierras de Almeidas nombradas El Salado, que fueron de los expatriados Jesuítas y compró a su Majestad; de este lindero, derecho a dar con el primero a tierras de Antonio de la Parra'; es de propiedad particular, por haber adquirido el señor José Gregorio Ferreira, por merced del Rey de España, según consta de la venta que le hiciera el señor Juez Sub-Delegado de Tierras el veinticuatro (24) de enero de mil setecientos sesenta y seis (1766), confirmada después el diez y nueve (19) de septiembre de ese mismo año por el Virrey Messía de la Zerda, y por la Real Audiencia en seis (6) de septiembre siguiente, con lo cual queda plenamente establecido que el mencionado inmueble salió del poder del Estado con anterioridad al veintiocho (28) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873).

"CUARTA — Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el mencionado inmueble llamado "La Floresta" o 'Guayabal', 'El Tambor', 'El Salado', 'Oripaya', 'Tasajero', 'Floresta' La Loma' y 'Quebrada Seca', y que hacen parte de la gran Comunidad Almeida o Almeidas, es de propiedad particular el suelo y sub-suelo, en especial el petróleo y demás hidrocarburos que en él se encuentren, en donde también tiene derechos la sucesión del señor Julio Ramírez Barbosa, representada hoy por sus herederos, según títulos translaticios de dominio, equivalentes a la mitad de la sexta parte de un derecho principal, y que por consiguiente los herederos pueden negociar y vender libremente.

"QUINTA — Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare excluído del contrato que la Nación celebró con la Compañía de Petróleos La Patricia, sociedad domiciliada en Bogotá, y constituída por escritura pública Nº dos mil (2000) de treinta (30) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, de la Notaría Quinta (5ª) de la misma ciudad, para exploración y explotación de petróleos en un lote de terreno de veinticuatro mil doscientas sesenta y ocho hectáreas (24.268 hts) y cinco mil doscientos diez y siete metros cuadrados, noventa y ocho centímetros de metro cuadrado (5.217,98 m2.) de extensión, situado en la región de Tasajero, en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander, cuyos linderos

son los siguientes: "Se toma como punto de partida el estable e inequívoco formado por la desembocadura de la quebrada Seca en el río Zulia, cuyas coordenadas astronómicas son las siguientes: latitud Norte, siete grados cincuenta y seis minutos, cuatro segundos y ochenta y un centésimo de segundo (7º, 56' 04" 81 N) y longitud, un grado treinta minutos, dos segundos y ochenta y tres centésimos de segundo al Oriente (1º 30' 02" 83 E), del meridiano de Bogotá. De este punto marcado en el plano con la letra A, que es el de origen para la demarcación del polígono, se sigue en línea recta de tres mil diez metros (3.010 mts.) de longitud con rumbo de diez y siete grados, cuarenta y cinco minutos Nordeste (N. 17º 45' E), y se llega al punto B; de aquí se siguen en línea recta de cuatro mil quinientos cuarenta y nueve metros con siete centímetros (4.549,07 mts.) de longitud con rumbo de veintinueve grados, cuarenta minutos Nordeste (N. 29º 40' E) y se llega al punto C; de aquí se sigue en línea recta de cuatro mil trescientos cuarenta y seis metros con sesenta y tres centímetros (4.346,63 mts) con rumbo de tres grados, veinticinco minutos Noroeste (N 3º 25' W) y se llega al punto D; de aquí se sigue en línea recta de tres mil ochocientos noventa y ocho metros (3.898 mts) de longitud con rumbo diez y nueve grados, treinta minutos Nordeste (N 19º 30' E), y se llega al punto E situado en la margen izquierda de la quebrada Motilona; de aquí se continúa por la quebrada Motilona, aguas arriba, hasta el punto F situado en la orilla izquierda de dicha quebrada; la línea recta que une el punto E con el punto F tiene una longitud de ochocientos diez metros (810 m.) y rumbo setenta y dos grados con treinta y un minutos Nordeste (N. 72º 31' E); de aquí se sigue por el filo del Salado y cerca de alambre hasta el mojón Nº 5224 que es el punto C de la alinderación; la línea recta que une el punto F con el punto G tiene una distancia de seis mil doscientos quince metros (6.215 mts) con rumbo treinta y dos grados con cuatro minutos Nordeste (E 32º 04' E); de aquí se continúa por la cerca de alambre hasta el mojón 218 que corresponde al punto H; la línea recta que une el punto G con el punto H tiene una longitud de mil doscientos ochenta y nueve metros con setenta y seis centímetros (1.289,76 mts.) con rumbo de cincuenta y ocho grados con treinta y seis minutos Nordeste (N 58º 36' E); de aquí se sigue por la cerca de alambre hasta el mojón 211; la línea recta que une el punto H con el punto E, tiene una longitud de mil trescientos treinta y nueve metros con treinta y dos centímetros (1.339,32 mts.) y con rumbo setenta y ocho grados treinta y tres minutos Nordeste (N 78º 33' E); de aquí se sigue una línea recta de novecientos cincuenta y siete metros con cuarenta y seis centímetros (957,46 mts.) con rumbo de ochenta y tres grados con cincuenta y cuatro minutos Nordeste (N 83º 54' E), y se llega al punto J, situado cerca de la línea del Ferrocarril de Cúcuta; de aquí se sigue en línea recta de mil ochocientos treinta y nueve metros con treinta y seis centímetros (1.839,36 mts.) de longitud, con rumbo de sesenta y nueve grados diez y seis minutos Sureste (S 69º 16' E) hasta llegar al punto K, de aquí se sigue en línea recta de cinco mil novecientos metros (5.900 mts.) de longitud, con rumbo de cincuenta grados, cincuenta y cinco minutos Suroeste (S 50º 55' E) hasta llegar al punto L, situado en la margen izquierda del río Táchira; de aquí se sigue el lindero de la propuesta por todo el curso del río mencionado, aguas arriba, y se llega al punto M situado en una de las curvas del cauce. La recta que une el punto L con el punto M tiene una longitud de ocho mil trescientos cinco metros con veintidós centímetros (8.305,22 mts.) y rumbo de cero grados veinticinco minutos Sureste (S 0º 25' E); del punto M marcado en el plano continúa el lindero de la propuesta, por el curso del río Táchira, aguas arriba, hasta llegar al punto N que queda cerca de la carretera que lleva a Cúcuta. La recta que une el punto M con el punto N tiene siete mil ciento ochenta metros (7.180 mts.) y rumbo de cuarenta y ocho grados, cinco minutos Suroeste (S 48º 05' W); del punto N se sigue en línea recta de mil novecientos treinta metros (1930 mts.) con rumbo de sesenta y nueve grados treinta minutos Suroeste (S 69º 30' W) hasta dar al punto O; de aquí se sigue en línea recta de tres mil setecientos diez y siete metros con cuarenta y seis centímetros (3.717,46 mts.) con rumbo de ochenta y ocho grados, treinta y cinco minutos Noroeste (N. 88º 35' W) atravesando de nuevo la línea del Ferrocarril de Cúcuta, y se llega al punto P; de aquí se sigue en línea recta de tres mil ochocientos metros (3.800 mts.) con rumbo de cuarenta y dos grados, diez minutos Suroeste (S 42º 10' W) hasta llegar al punto Q de donde se sigue, tomando el curso de la quebrada Seca hasta llegar al punto de partida; la recta que une el punto Q con el punto A tiene cuatro mil seiscientos veinte metros (4.620 mts.) de longitud y rumbo de ochenta y tres grados cuarenta minutos Suroeste (S 83º 40' W)".

Hechos de la demanda

Textualmente copiados, son estos los hechos en que el actor apoya las anteriores peticiones:

"1º El globo de terreno denominado 'El Salado' o 'Alto del Salado' y 'Quebrada Seca' y demás anexos, que fueron de los Regulares Expatriados de Jesús, ubicados en el Valle de Cúcuta de esa jurisdicción, fue adquirido en remate concedido por el Rey de España, según consta, por escritura de venta de fecha quince (15) de septiembre de mil setecientos ochenta y siete (1787) por el señor Juan Gregorio Almeida. Este documento fue protocolizado en la Notaría Segunda (2ª) de Cúcuta, bajo el número trescientos ocho (308) de seis de julio de mil ochocientos noventa y cuatro (1894).

"2º El señor José Gregorio Ferreira, obtuvo en remate el terreno denominado 'La Floresta' y mayor extensión de tierras, conocidas hoy con los nombres de 'Guayabal', 'El Tambor', 'El Salado', 'Oripaya', 'Tasajero', 'Floresta', 'La Loma' y 'Quebrada Seca', y que fueron adjudicados por el Juez Subdelegado de Tierras el veinticuatro (24) de enero de mil setecientos sesenta y seis (1766), confirmada más luego el diez y nueve (19) de septiembre de ese mismo año por el Virrey Messía de la Zerda, y por la Real Audiencia el seis (6) de diciembre siguiente.

"3º El señor José Gregorio Ferreira, a su vez vendió a Félix Zumalave, y éste, posteriormente a Juan Gregorio Almeida el terreno denominado 'La Floresta' conocido también con los nombres de 'Guayabal', 'El Tambor', 'El Salado', 'Oripaya', 'Tasajero', 'Floresta', 'La Loma' y 'Quebrada Seca', que con el predio denominado 'El Salado' también de Juan Gregorio Almeida vienen a formar un solo globo que corresponde a la gran Comunidad de Almeida o Almeidas.

"4º Al firmarse la escritura de venta del terreno del Salado, Trapiche, Quebrada Seca y anexos, el señor Juan Gregorio Almeida quedó debiendo parte del valor del remate, suma que canceló en el mes de septiembre de mil setecientos noventa y seis (1796) según finiquito que reposa en el archivo Histórico Nacional, quedando en consecuencia a paz y salvo con el Estado.

"5º La señora Rosalía Zumalave, esposa de Juan Gregorio Almeida, otorgó testamento en la ciudad de Cúcuta y protocolizado en la Notaría primera (1ª) de allí, en el año de 1832 (16 de agosto), reconociendo como hijos legítimos a Francisca Almeida y otros, así como declarando de su propiedad los terrenos El Salado, Oripaya, Tasajero y otras estancias más compradas al Rey como realengas que eran".

Los hechos siguientes, del 6º al 15º, tratan de cada una de las transmisiones de la propiedad de derechos vinculados en los terrenos de la Comunidad de Almeida, desde la cartilla formada a Francisca Almeida en los bienes sucesorales de Rosalía Zumalave de Almeida, hasta llegar (1911) a Julio Ramírez Barbosa, causahabiente del demandante Carlos J. Ramírez Yáñez.

Los fundamentos de derecho de esta demanda son los mismos citados en la presentada por el señor Barrios Bosch.

Con el libelo se presentaron varias escrituras públicas y otros documentos de que adelante se tomará nota.

En providencias de 16 de julio y 26 de agosto de 1953, esta Sala resolvió el incidente de excepciones dilatorias propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil con relación a la demanda que se acaba de transcribir. La última de ellas dispone lo siguiente:

"TERCERO: De esta suerte, como esta Sala no es competente para conocer en única instancia sobre la propiedad del **subsuelo** en general, sino concretamente acerca de la propiedad del petróleo y demás hidrocarburos, es procedente la excepción dilatoria propuesta en cuanto a la propiedad del mencionado subsuelo; tanto más cuanto que el propio demandante, en su memorial de 21 de julio último, reconoce expresamente que la Corte no conoce en una sola instancia de los "yacimientos minerales distintos del petróleo".

"Por todo lo cual, SE RESUELVE:

"Declárase probada la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en el sentido de que la Corte es incompetente para conocer de las súplicas de la demanda relacionadas con la propiedad del subsuelo de los terrenos a que ella se refiere. En consecuencia, la demanda de que se trata seguirá su curso sólo en lo relacionado con las demás peticiones de la misma.

"En los términos anteriores queda modificada la providencia suplicada de fecha diez y seis de julio del corriente año".

El representante de la Nación, en los respectivos escritos de traslado de las demandas de los señores Barrios Bosch y de Carlos J. Ramírez Yáñez, se opuso a las declaraciones impetradas, y en cuanto a los hechos, manifestó que se atiene a la eficacia y conducencia de las pruebas aducidas y que se adujesen en el curso del juicio.

El procedimiento, una vez decretada la acumu-

lación de los juicios, siguió por sus cauces legales.

Dentro del término probatorio las partes solicitaron la práctica de numerosas pruebas, ya para allegar diferentes documentos relacionados con la primitiva adjudicación del globo de terreno de la Comunidad de Almeida y con la propiedad actual de los actores, ya también para cumplir con el requisito legal de establecer la determinación de los predios en litigio, y de su situación con respecto a los linderos de la Propuesta Nº 324 de la Compañía De Petróleos La Patricia, mediante la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos ingenieros.

Excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de los actores

Hallándose este proceso en estado de dictar sentencia, a ello se procede, principiando por estudiar lo atinente a la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes, propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión, en los términos siguientes:

"La primera de las demandas que nos ocupa fue promovida directamente a nombre de la llamada "Comunidad de Almeida o Almeidas". La de Ramírez Yáñez como heredero de Julio Ramírez Barbosa antiguo comunero. En ambas se impetra la declaración de propiedad privada del subsuelo petrolífero a favor de la comunidad que se originó a la muerte de Juan Gregorio Almeida por suponerse que ella es actualmente dueña del inmenso latifundio que a principios del siglo pasado pertenecía a don Juan Gregorio.

"En este orden de cosas, era de esperarse que la comunidad demandante se presentara en este juicio como sucesora de Juan Gregorio Almeida, pero si repasamos la demanda podremos comprobar que no ha sido así y que se ha constituído sobre una masa sucesoral distinta o sea sobre los bienes que la señora Rosalía Zumalave, viuda de Almeida, declaró poseer en su testamento.

"En efecto, en el hecho 8º de la demanda se afirma que: "Según los actos judiciales de inventarios, partición y adjudicación verificados en el juicio de sucesión testada de doña Rosalía Zumalave v. de Juan Gregorio Almeida, se constituyó sobre los expresados terrenos una Comunidad a título singular, conforme a la proporción y demás circunstancias que se expresan en las hijuelas formadas ad valorem a cada uno de los hijos legítimos sobrevivientes del matrimonio Almeida Zumalave..."

"Por qué esa trasposición? Por qué no se constituyó la Comunidad demandante sobre los bienes de Juan Gregorio Almeida?

"A los autos se ha traído el testamento de la señora Zumalave y la cartilla de adjudicaciones de su sucesorio, pero se olvidó o se prescindió de traer el de Almeida o las diligencias de su sucesión intestada, si era el caso. Cuál es la causa de esta omisión? Tanto más significativa si se tiene en cuenta que los actores han sido prolijos en el suministro de toda suerte de documentos, muchos por partida doble y aún por triple, pertenecientes a Almeida o relacionados con sus bienes.

"En estas circunstancias, no habiéndose formado la comunidad demandante sobre la sucesión de Juan Gregorio Almeida, lo cual admite expresamente la parte actora en los hechos 8º de la primera demanda y 5º y 6º de la demanda de Ramírez Yáñez, sino sobre una sucesión distinta, es claro que carece de personería sustantiva para actuar en este juicio que versa sobre bienes que fueron de Juan Gregorio Almeida.

"Se dirá, sin embargo, que la señora Zumalave como mujer legítima de Almeida era su heredera forzosa y por consiguiente, al morir éste, los bienes que tuviera en ese momento pasaban a poder de la viuda, lo que debió suceder probablemente con los terrenos en cuestión puesto que ella en su testamento los declara como bienes propios.

"Sin restarle respetabilidad a esa declaración testamentaria, debe observarse que aunque Almeida no hubiera dispuesto en vida de esos bienes, hecho que se ignora, pero que no era imposible, su viuda no era la única heredera, pues al momento de su muerte existían diez hijos legítimos, de los doce que tuvo, sin contar los legados que pudo dejar para menesteres piadosos como era de usanza en la época.

"En qué forma se distribuyeron en la mortuoria los bienes de Almeida entre los once herederos que hasta ahora conocemos? Le correspondería a su viuda Rosalía Zumalave la totalidad de 'las tierras y casas nombradas El Salado, y agregadas a ellas las tierras de Tasajero, Oripaya y otras estancias más compradas al Rey como realengas que eran?' Lo dudo. Porque si así hubiera sido carecería de sentido la renuncia que sobre esos bienes hizo en 1823 María Gabriela Almeida al tiempo de profesar como religiosa en el Monasterio del Carmen de Bogotá. Tampoco se explicaría el testamento que en 1828 hizo José Manuel Almeida instituyendo a su madre Rosalía Zumalave como su única y universal heredera, 'a excepción del quinto que deberá heredar mi esposa, pues ella lo merece por ser una señora que me llenó de favores y nunca me dio el

más leve sentimiento". Ni el testamento de Ambrosio Almeida, quien era casado con la señora Josefa Díaz. Actos todos estos posteriores a la muerte de don Juan Gregorio.

"Por otra parte, la declaración testamentaria que se invoca como título fundamental del cual arranca la formación de la llamada Comunidad Almeida es un acto que, como es obvio, no constituye por sí solo título alguno de dominio para el otorgante y que los bienes que no estaban realmente dentro de su patrimonio no iban a ingresar a él por su sola voluntad, así fuera expresada en el más solemne de los testamentos.

"Careciendo, por consiguiente, la parte actora de personería sustantiva, de legitimación en causa, para usar la terminología de moda, considero que existe una excepción perentoria que la H. Corte debe declarar sin entrar al fondo mismo de la cuestión debatida".

Se considera:

Desde luego, los anteriores razonamientos de la Procuraduría Delegada són de vital importancia para la solución que haya de darse a la presente controversia, como quiera que atacan de modo directo uno de los fundamentos esenciales de la acción intentada, cual es el de la legitimación en la causa de los demandantes.

Sinembargo se observa que para dilucidar tan trascendental aspecto del juicio, sería indispensable entrar en el estudio de los títulos en que la demanda se fundamenta, con lo cual se invertiría el orden de las materias que han de analizarse en esta clase de fallos sobre dominio petrolífero, según el cual, lo primero que ha de examinarse es si el inmueble o inmuebles a que se refieren las súplicas de la demanda se hallen clara y precisamente determinados, de acuerdo con las pruebas que sobre el particular ha debido aducir el actor.

Por tanto, siguiendo las normas jurisprudenciales reiteradamente sostenidas por la Corte sobre el particular, se impone el estudio de la prueba de identificación de los terrenos materia de este juicio, y dejar para posterior exposición cuanto concierne a lo que al señor Procurador Delegado llama "excepción perentoria" de ilegitimidad sustantiva de la parte demandante.

Determinación de los terrenos

Ya se conocen, por las transcripciones hechas anteriormente de las demandas acumuladas de los señores Barrios Bosch y Julio Ramírez Yájez las alindaciones de los predios de "Alto del Salado", 'Quebrada Seca', y 'Tasajero' y 'La Floresta', Oripaya y La Loma que en la demanda se señalan como lotes integrantes del globo de la Comunidad de Almeida, que los demandantes afirman haber sido materia de adjudicaciones hechas por la Corona Española, a Juan Gregorio Almeida, a José Gregorio Ferreira y a Cristóbal de Araque León.

Los demandantes, conjuntamente, solicitaron dentro del término probatorio del juicio, se practicara una inspección ocular con peritos ingenieros sobre los expresados terrenos, para que se determinara:

"A) Identificación de los terrenos conforme a los respectivos títulos originarios anteriores al año de 1873 y a las respectivas diligencias de posesión y entrega a sus titulares del dominio privado;

"b) Si todas o parte de las tierras de El Salado, Tasajero y anexas de que trata la petición primera de la demanda corregida están comprendidas dentro de la zona a que se refiere el contrato celebrado entre la Nación y la Compañía Petróleos "La Patricia" con fecha diez (10) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), protocolizado por medio de la escritura pública número 4456 de 12 de julio de 1951, Notaría Segunda de Bogotá, publicado en el Diario Oficial número 27.733, edición correspondiente al día 20 de octubre de 1951.

"c) Si, en concepto de los peritos, todos o alguno o algunos de los terrenos de que tratan las peticiones cuarta y séptima están situados dentro del área que generalmente se conoce en la región como de propiedad de la Comunidad de Almeida, ubicada entre el río Pamplona y la Quebrada Floresta, bajando por la margen izquierda de ese río hasta el punto denominado "Caño Negro", conforme a la determinación que de ese globo de terreno aparece en el croquis o mapa elaborado por el doctor Pergrino Ossa que se acompañó a la demanda corregida y que coincide más o menos con estos linderos de los títulos originales: "Por el lado del oriente el río nombrado Pamplona desde donde confinan las tierras que fueron de Antonio de La Parra a la parte del sur; de aquí río abajo a dar con un zanjón de agua nombrado Caño Negro que cae al mismo río por la parte del Norte; de la boca de este caño mirando derecho para el occidente a dar a una quebrada nombrada del pueblo de Limoncito y nombramos Moninillo; de éste, Floresta arriba, por el sur, a dar con tierras de Almeida nombradas El Salado que fueron de los

expatriados Jesuítas y compró a su Majestad; de este lindero derecho a dar con el primero a tierras de Antonio de la Parra".

"d) Si los predios de El Salado y Tasajero a que se refiere la petición primera y los predios de la Floresta y demás sobre que versan las peticiones cuarta y séptima son contiguos o colindantes entre sí".

Para llevar a efecto la diligencia de que se trata, la Sala comisionó al Juez 2º Civil del Circuito de Cúcuta, quien le dio principio el día 12 de julio de 1954, según se expresa en las actas correspondientes, visibles a los folios 141, 142 y 143 del cuaderno Nº 12 del expediente.

Allí se expresa lo siguiente:

"**Acta primera.** El personal inspector integrado por el Juez comisionado, su Secretario, los peritos doctores Lucio García y Cornelio Flórez, el Fiscal del Tribunal Superior de Pamplona, como delegado del Procurador de la Nación —Delegado en lo Civil, y los apoderados de los demandantes, "hizo el recorrido de las quebradas La Yaguala y quebrada Seca para su identificación". Allí se interrogaron varios testigos moradores de la región, quienes bajo la gravedad del juramento declararon haber conocido esas quebradas desde su infancia con los nombres expresados de Viaguala o Aguala y Quebrada Seca. "Seguidamente se procedió a la identificación de la cerca de don Jacinto Bonilla que cita el título del remate del Salado, y que queda al pie del antiguo camino que del Salado conduce a Cúcuta, cerca ésta que aún existe, aunque deteriorada". Los mismos testigos que habían declarado sobre la identidad de las quebradas Seca y Aguala, afirmaron haber conocido los cerramientos o corrales de don Jacinto Bonilla desde su infancia, y que esos corrales servían para encerrar ganados vacuno y caballar, y que dichos cerramientos estaban destruídos porque por allí se había construído una carretera. "A continuación —prosigue el acta primera— el personal de la diligencia se trasladó por el camino que del Salado conduce a Cúcuta, hasta encontrar la quebrada la Calzonera, que cita el título del remate del Salado". Allí se interrogó a los mismos testigos, quienes afirmaron que dicha quebrada de Calzonera la conocían igualmente desde su tierna infancia, quebrada que nace en el cerro del Boquerón y va a desembocar al río Pamplonita. "De este lugar —reza más adelante la comentada acta— se trasladó el personal de la diligencia al punto de El Boquerón, que cita el mismo título y que queda al pie del antiguo camino de Salazar, camino que también fue identificado y en donde se encuentran los corrales de piedra citados en el título, y de aquí se siguió a buscar el nacimiento de la quebrada la Calzonera, punto que también se identificó. Identificado este último punto, tanto por el Juzgado como por los peritos y testigos, se siguió por el antiguo camino de Salazar a buscar el pozo de las Albercas, punto éste que fue reconocido, tanto por el Juzgado como por los peritos y testigos, sobre la quebrada Seca que va a morir al río Zulia".

En el **acta segunda** se expresa que el personal inspector, el día 13 de julio citado, se situó en el punto de El Salado, y "se trasladó a un sitio desde el cual se divisó el cerro denominado Alto de los Patios el cual fue identificado tanto por el Juzgado como por los peritos y testigos. De aquí se continuó la diligencia hacia el norte hasta encontrar el punto llamado Santa Elena, lugar donde se encuentra un taladro de la Compañía La Patricia Petroleum Company, subsidiaria de la Texas, de este punto se comprobó la existencia del Alto del Salado y se observaron además los cursos de las quebradas Bejuca, Motilona y Guaduas. A continuación el personal de la diligencia se dirigió al cerro de Tatajero, hasta donde la Compañía La Patricia hizo el primer taladro, el cual se encuentra abandonado. De este punto los Sres. Ingenieros Peritos constataron el nacimiento de la quebrada La Carbonera, antigua Floresta, y que baja hacia el Occidente a caer a la línea del Ferrocarril y que sigue su cauce hasta Puerto Villamizar. Se identificó el nacimiento de la quebrada la Ovala en las cercanías del sitio donde se encuentra la antigua casa denominada Los Patios, se identificó también el curso de la quebrada mencionada hasta la confluencia con la quebrada Floresta o Carbonera".

La tercera etapa de la diligencia se cumplió el día 15 de julio citado. En esta oportunidad el personal inspector se trasladó al Aeropuerto de Cúcuta, y allí abordó una avioneta suministrada por la parte interesada en la diligencia. El recorrido aéreo se inició —según reza el acta tercera "identificando nuevamente el cerro Alto de los Patios, el sitio de las Albercas en la quebrada Seca; el nacimiento y curso de la quebrada Ovala, el curso de la quebrada La Carbonera o antigua Floresta, desde su nacimiento hasta la confluencia con la Ovala. Se identificó la desembocadura del Caño Negro en el río Pamplonita, sitio en el cual se había colocado previamente una bandera con colores blanco y rojo; se siguió de este punto en dirección Este-Oeste, como lo dicen los títulos, hasta encontrar el cauce o curso de la quebrada Floresta, curso que también se

recorrió hasta la confluencia con la quebrada Ovala, antes mencionada. También se recorrió todo el lindero Oriental de los predios denominados Floresta, Oripaya, La Loma o Puerto de San José, Guayabal y Agua Sucia, o sea el río Pamplonita desde la desembocadura del caño Negro antes citado hasta la quebrada Viaguela o Aguala. Se identificaron nuevamente los demás puntos arcifinios mencionados en las diligencias efectuadas durante los días doce y trece de julio. En la forma descrita anteriormente se identificaron y recorrieron todos los linderos a que se refieren las peticiones primera y cuarta y séptima del despacho Nº 1028 que contiene el memorial del Dr. Luis Carlos Vásquez y las peticiones 1ª y 3ª del despacho Nº 1027 que contiene el memorial del Dr. Luis Vanegas R."

Como puede observarse de lo que se acaba de transcribir, gran parte de los terrenos que eran materia de la inspección ocular decretada, se recorrieron a bordo de una avioneta, en la cual viajaron el Juez comisionado, los peritos y los representantes de las partes litigantes, según expresión del acta tercera.

Por medio de este recorrido aéreo, se estableció, según se expresa en el acta últimamente transcrita, dos puntos extremos de la alindación de las tierras de la Comunidad de Almeida, es a saber, la boca del Caño Negro en el río Pamplona, punto que viene a ser el vértice Noroeste de las expresadas tierras, y un punto llamado Moninillo, sobre la quebrada La Floresta, donde viene a terminar la línea recta trazada en el plano, que parte en dirección Oriente occidente desde la boca del Caño Negro; igualmente se declararon identificados de esa manera los cursos de la quebrada de La Floresta, aguas arriba, desde el punto en que toca dicha quebrada la línea recta trazada hasta el occidente desde la boca del Caño Negro, hasta la desembocadura de la quebrada La Carbonera o antigua Floresta; el curso del río Pamplona desde la boca del Caño Negro hasta la confluencia de la quebrada Viaguala o Aguala en el mismo río; y finalmente, el curso del Caño Negro y su desembocadura ya mencionada. Conviene también anotar el hecho de que, de acuerdo con el acta de inspección ocular y con el plano acompañado al dictamen pericial donde se describe el recorrido aéreo y terrestre de los terrenos inspeccionados, los sitios de: Alto de los Patios, nacimiento de la quebrada de Oval y curso de ésta hasta su confluencia con la Carbonera o Antigua Floresta, y curso de ésta misma desde dicha confluencia hasta su nacimiento en el filo de Tasajero, fueron reconocidos a distancia considerable de su ubicación, pues estos puntos se examinaron dentro del recorrido terrestre que se inició desde un punto cercano al Aeropurto y tomó hacia el Norte siguiendo el curso superior de la quebrada de las Múcuras hasta el punto de Alto del Salado, próximo al globo que se demarca en el plano con el nombre de Limoncito. Los puntos anteriormente relacionados, fueron también recorridos desde la avioneta abordada por el personal inspector.

Hecha esta breve observación, pasa la Sala a estudiar el dictamen pericial, visible a folios 230 a 254 del cuaderno Nº 12.

Los expertos, hacen primero una breve reseña de la inspección ocular, y en seguida entran en materia comenzando por el análisis de los linderos de el Hato del Salado, o sea del terreno que fue materia del remate hecho por la Junta Provincial de Temporalidades de Pamplona en el año de 1772, haciendo transcripción de los linderos del respectivo título, que dice así: "del río de Pamplona, subiendo para el que va del Salado a San José, por una quebrada Seca, que junto a ella está la cerca de piedra de don Jacinto Bonilla por el dicho camino, por él adelante a topar unido con las tierras de don Salvador Colmenares, y de allí sube arriba a un boquerón, que al pie de él había un corral de piedra, y por este boquerón iba el camino viejo de la ciudad de Salazar, y del Boquerón a coger la quebrada Seca; quebrada abajo hasta donde llaman las Albercas o Pozos donde cogen agua, y de allí coge el Alto de los Patios a coger la quebrada de Obal, quebrada abajo a toparse con la quebrada La Floresta, y de dicha Floresta quebrada arriba por la falda de Tasajero, a dar a la quebrada de Aguala a donde entra en el río Pamplona, y río arriba hasta el primer lindero de la Quebrada, y Cerca de Bonilla".

La Quebrada Seca, dicen los peritos, es la misma que hoy se llama Saladera, y sirve de lindero sur de las tierras del Salado, "desde su desembocadura, hasta el vértico NW de los corrales de don Jacinto Bonilla, por cuyo borde Occidental iba el antiguo camino del Salado a San José". El "camino del Salado", es otro lindero que en su sentir quedó identificado, auncuando en la actualidad ha sido destruído por la construcción de una carretera que siguió la ruta de ese camino. "Según esto, añaden, **puede considerarse** (subraya la Sala) que el tramo de carretera comprendido entre el caserío del Salado y la Quebrada La Calzonera, situada entre la Estación del Ferrocarril de Cúcuta y el parque del barrio de Sevilla viene a constituír parte del lindero Occidental

de las tierras de El Salado y por lo tanto, en cuanto concierne al camino que va de El Salado a San José desde el vértice NW de los corrales de Bonilla hasta la quebrada mencionada, el lindero relacionado en el título original queda claramente identificado".

Prosiguen los expertos analizando la alindación del remate de 1772 hacia el Sur, por el costado oriental, entrando a considerar la referencia que allí se hace a las "tierras de don Salvador Colmenares", y al respecto dicen:

"De acuerdo con lo aseverado por los testigos que desde hace muchos años conocen esta región, la quebrada que reconocieron llamarse la Calzonera, en su intersección con la ruta de El Salado, venía a constituír el vértice sudeste de las tierras del Hato de este nombre, pero no pudieron atestiguar con certeza la tradición de pertenencia de los terrenos que se hallan situados al sur de dicho punto, es decir, si los predios colindantes en la dirección mencionada constituyeron la posesión de don Salvador Colmenares de que habla el título original..."

No obstante, y tomando en cuenta los expertos el contexto de la alindación del remate de 1772, los señores peritos 'coligen" que la alindación está definida en esta parte exclusivamente por sus puntos extremos y que por tanto la constituye una línea recta trazada entre el boquerón, cuya identificación como veremos, no da margen a duda alguna, y el punto en el cual el camino de el Salado encontraba las posesiones de Colmenares. Esta reflexión explica el hecho en principio extraño, de que la quebrada antes nombrada no sea mencionada como referencia del lindero, pues su curso en efecto se aparta de dicha línea. Esta aparente omisión también se justifica por razón de la poca entidad de tal quebrada de suyo más bien asimilable a una simple acequia".

Dada la extensión del trabajo pericial, la Sala estima conveniente sentar sus puntos de vista sobre el mérito probatorio del experticio en estudio, a medida que lo considere conveniente, para formular, una vez agotadas las materias en él tratadas, las conclusiones sobre su conjunto.

En orden, pues a examinar los conceptos del peritazgo anteriormente vistos, lo primero que resalta es la imprecisión de que adolece el dictamen, especialmente en lo que concierne a esta primera parte de la determinación del lindero oriental del predio de Hato del Salado, a partir de los corrales de "don Jacinto Bonilla", hasta llegar al sitio de El Boquerón.

Efectivamente, como en el sector en referencia la alindación del título se refiere a la colindancia con la propiedad de Salvador Colmenares, acerca de la cual no fue posible establecer ningún dato concreto, los peritos acuden a fijar como lindero de las dos antiguas propiedades, la quebrada de Calzonera, de la cual no existe ningún dato en los diferentes planos que acompañan al dictamen en estudio, trazando imaginariamente una línea recta que termina frente al Boquerón, un poco al oriente de este punto, formando allí el vértice Sureste del polígono. Y es bueno anotar aquí que en la inspección ocular se dijo que la quebrada de Calzonera constituye un punto de la alindación del título presentado por el actor, lo cual no es exacto, pues como ya se vio de la transcripción de los linderos del remate de 1772, dicha quebrada no se cita allí y así lo reconocen los expertos, explicando tal omisión por la circunstancia de la poca importancia que tiene en la topografía del terreno dicha quebrada "más bien asimilable a una simple acequia".

Esta línea, corrales de Jacinto Bonilla hasta el cruce de la quebrada Calzonera con el antiguo camino del Salado, y el sector de la línea sur que parte de dicho cruce hasta el boquerón (vértice Sureste), en sentir de la Sala no descansan en fundamento sólido alguno, sino, como se ha visto, en simples inferencias.

Los peritos tratan de ampliar sus puntos de vista sobre el trazado de estos dos sectores de los lados oriental y sur de El Hato del Salado, haciendo alusión a un estudio realizado en 1928 por un concejal de Cúcuta sobre los Ejidos del mismo Municipio, en el cual se expresa que "el lugar en que la quebrada Calzonera atraviesa el camino carretero" constituye el origen de "la línea que termina en el boquerón". Y que a esa conclusión también se llegó en un litigio planteado por la Comunidad de El Salado en el año de 1949.

Sobre este particular cabe observar que el estudio del Concejal de Cúcuta no es prueba atendible en estos casos por razones obvias, y en segundo lugar, que el establecimiento de un lindero en época tan reciente, como se hace en ese estudio, el cual constituye un mero concepto, no puede tenerse en cuenta para determinar predios cuya adjudicación data de la época Colonial.

Continúa el dictamen pericial ocupándose de los puntos de "Boquerón", de donde se traza una línea recta a dar a la quebrada Seca que va a desembocar en el río Zulia, quebrada ésta que se toma en su curso, aguas abajo, hasta el punto de las Albercas, que en sentir de los peritos es el mismo que relaciona la alindación del remate de 1772 como "Albercas o Pozos donde cogen

agua". Acerca de este sector de la alindación (lado sur de El Salado), nada cabe objetar por la Sala, pues los puntos referenciales citados fueron reconocidos en la inspección ocular de manera directa y sin dificultad alguna.

Antes de continuar el estudio del peritazgo en la forma como se está haciendo, cabe recordar que los puntos referenciales que forman el lado occidental del Hato del Salado: Alto de los Patios, Quebrada de Ovala, confluencia de ésta con la Carbonera o antigua quebrada La Floresta, no fueron objeto de reconocimiento directo sobre el terreno, sino que fueron examinados desde lejos.

En cuanto a la línea Las Albercas Alto de los Patios, la Sala acoge los conceptos de los peritos sobre el particular, aunque según reza la diligencia de inspección ocular este último punto fue reconocido desde lejos así: "El personal inspector se trasladó a un sitio desde el cual se divisó el cerro denominado "Alto de los Patios".

El sector siguiente de la alindación del remate de 1772 lo constituye, según el dictamen, una línea recta que parte del Alto de los Patios, a dar al nacimiento de la quebrada de El Obal y Obala. Esa alindación dice en lo pertinente: "y de allí coge el Alto de los Patios a coger la quebrada del Oval..."

"Puesto que la redacción del título —conceptúan los peritos— expresa simplemente: "coge el Alto de los Patios a coger la quebrada del Oval", sin precisar el punto en el cual coge dicha Quebrada, consideramos como el término del lindero fijado por esta línea, el punto en el cual ya se encuentran reunidas las vertientes que nacen en el borde oriental de la meseta de Los Patios, al Norte del Alto de la Pintusa, con las que vienen del Alto del Drago ya que el nacimiento de esta quebrada no puede situarse exclusivamente en ninguna de las dos fuentes nombradas, pues ambas contribuyen a su formación..."

La explicación anterior adolece de imprecisión y es apenas una interpretación aproximada de los términos de la alindación del remate de 1772.

Las líneas restantes que forman el polígono por el Occidente y por el norte, o sean las formadas por el curso de la quebrada del Oval aguas abajo hasta donde se junta con la quebrada Carbonera o antigua Floresta, y de esta confluencia, por la quebrada de la Carbonera o Floresta aguas arriba hasta la falda de Tasajero, frente al nacimiento de la quebrada Viaguala o Aguala, y por esta quebrada aguas abajo hasta su desembocadura en el río Pamplona o Táchira, están estudiadas en el dictamen, con base en el reconocimiento directo del terreno.

El último lindero que cita la alindación del título del referido remate lo constituye el curso del río Pamplona o Táchira, desde la boca de la quebrada Viaguala o Aguala, hasta la boca de la quebrada Seca, que hoy se nombra de Saladera. Esta parte del lindero oriental quedó reconocida en la inspección ocular. Pero la mayor parte de este lindero no fue determinada en forma clara y precisa, como quiera que, según lo anteriormente observado, partiendo desde la quebrada Seca, hasta el Boquerón, en dirección sur, el lindero aparece determinado en el peritazgo a base de inferencias.

De todo lo que ha quedado expuesto se concluye que la prueba de determinación del globo de Hato del Salado, materia del remate de la Junta de Temporalidades, en 1772, no satisface las exigencias de la ley de hidrocarburos, por cuanto con el trabajo de determinación de dicho predio no se puede cerrar completamente el polígono que se atribuye a las tierras del referido Hato, como quiera que no se logró establecer en forma suficiente y satisfactoria todo el lindero oriental de dicho terreno, y los linderos restantes adolecen de imprecisión y falta de claridad.

La segunda parte del experticio se ocupa de la identificación de las tierras de "La Floresta", "Oripaya", "Guayabal", La Loma, Agua Sucia y tierras de la adjudicación a José Gregorio Ferreira en 1766.

Para mayor claridad de la exposición, conviene ir reproduciendo las alindaciones de los predios en referencia, y que se dicen fueron objeto de las adjudicaciones coloniales respectivas.

El globo de terreno de La Floresta, Oripaya, Guayabal, La Loma y Agua Sucia lo consideran identificado los señores peritos, por los siguientes linderos: El río Pamplonita, que hace de lindero oriental desde la quebrada denominada Periquera, cuya localización se hizo, según el contexto de la tercera acta de inspección ocular, a borde de la avioneta en que voló el personal inspector al tercer día de la diligencia, hasta la desembocadora del Caño Negro en el mismo río, esto es, tomando el curso de éste aguas abajo.

El lindero Norte, está, según los expertos, formado por una línea recta que parte de la boca del caño Negro en el río Pamplona, a dar a la quebrada La Floresta, en un punto llamado Moninillo. La longitud de esta línea, conceptúan los peritos, es de 7.500 metros aproximadamente. Tanto la boca del Caño Negro en el río Pamplona como al llamado Moninillo, sobre la quebrada

La Floresta, fueron examinados a bordo de la avioneta de que se sirvió el personal inspector para recorrer aquellos terrenos.

El lindero Occidental, según el mismo concepto pericial, está formado por el cauce de la quebrada La Floresta, tomando ésta desde el sitio de Moninillo, aguas arriba, hasta el punto de confluencia de la quebrada Obal u Obala. También estos inderos fueron objeto del reconocimiento aéreo.

El lindero Sur, es en parte, el mismo que se estableció como lindero norte del globo del Hato del Salado, o sea el curso de la quebrada Carbonera o antigua Floresta desde la confluencia de la Ovala, hasta el nacimiento de aquella en la falda o filo de Tasajero. Finalmente se toma como parte del lindero oriental de las mismas tierras el filo de Tasajero, desde el nacimiento de la quebrada Carbonera, siguiendo la dirección de sur a norte, hasta encontrar la quebrada Periquera, lindando por esta parte con el terreno llamado de los Parras. El lindero continúa por el curso de la quebrada Periquera hasta la desembocadura de ésta en el río Pamplona.

Tanto el accidente geográfico llamado filo de Tasajero como la quebrada Periquera, fueron examinados desde el aire, según los términos de la tercera acta de inspección ocular.

Para la Sala resulta inaceptable la identificación desde el aire de aquellos linderos que no habían sido objeto de recorrido directo sobre el terreno, como son la boca del Caño Negro, el curso de este Caño, la Quebrada Periquera, el sitio de Moninillo, o sea el punto en que termina —según los peritos— la línea imaginaria trazada de oriente a occidente, desde la boca o desembocadura del Caño Negro y que forma el lado norte del polígono de los terrenos de la Comunidad de Almeida. Para que este reconocimiento fuera aceptado, era indispensable que se hubiera oído el testimonio de personas de edad y de buen crédito, conocedoras de la región, sobre la identidad de tales puntos, lo cual no lo permitió el sistema de reconocimiento aéreo adoptado por el personal inspector.

La Sala halla inoficioso el análisis de las conclusiones del dictamen sobre la localización de los linderos anteriormente expresados, porque, además de que muchas de esas conclusiones se fundan en meras hipótesis, ya se vio que la identificación de la mayor parte de tales linderos se hizo desde el aire, sin comprobación alguna de orden testimonial acerca de la denominación de los puntos que sirven para cerrar ese polígono, a excepción, claro está, de la línea sur en el sector comprendido por el curso de la quebrada La Carbonera o antigua Floresta, que sí fue reconocido mediante recorrido directo del terreno.

Las tierras de los Parras, según expresan los demandantes, proceden de la adjudicación que la Corona Española hizo a favor de Cristóbal de Araque y León en el año de 1618, sin especificar los linderos del terreno mercedado. Allí únicamente se señala la región en que tales terrenos estaban situados, hecho que es reconocido por los peritos.

Para hallar la determinación de este predio, los señores peritos acuden, como fuente más próxima a la adjudicación colonial, a la escritura de venta hecha por Ignacio de Figueroa a favor de Juan Alonso Manjarrés, en el año de 1724, "de donde se deducen claramente —dicen los expertos— los linderos occidental y oriental constituído el 1º por el viso de la cordillera de Tasajeros, (antigua Floresta), y el 2º por el río Pamplonita, de acuerdo con lo que transcribe la vista de la Audiencia sobre esta causa" (litigio entre Ferreira y los Parras).

Y añaden: "De acuerdo con el mismo documento anterior, se constata que el Juez Subdelegado de tierras expresó reconocer que las estancias de los Parras 'tienen por lindero la parte de las Sabanas de Vivas'. A su vez, la escritura de venta de Figueroa a Manjarrés dice: 'y por el otro el río de Pamplona abajo y por el frente las Sabanas de Vivas'. Redacción que no permite asegurar que las dichas sabanas quedaran incluídas dentro de estas tierras que son los términos que confirma el auto de 27 de junio de 1769".

Estos datos, como se observa, son tomados de la copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional del litigio surgido entre Juan M. Romay y Juan Gregorio Almeida, fallado definitivamente en el auto de la Real Audiencia citado por los peritos, documento visible a folios 49 v. y siguiente del cuaderno Nº 12 en cita. Y a ellos acuden los peritos, porque en el título de adjudicación al señor de Araque y León no se dá alindación alguna.

Entran, pues los expertos a analizar el contenido de tal documento, diciendo:

"Para aclarar este punto es necesario recurrir al acta del reconocimiento llevado a cabo por el subdelegado de tierras, J. Camacho, el 22 de julio de 1808, en cumplimiento de providencias concernientes al litigio adelantado entre Almeida y Juan M. Romay, acta en la cual se fijan los linderos de la posesión que perteneció a los Parras (folio 109 y 110 del cuaderno Nº 7 (?) y se levantó el plano cuya copia se acompaña, el cual

si bien no pasa de ser un croquis rudimentario, no obstante da idea general de la situación relativa de las fundaciones, y de los accidentes geográficos que las circunscriben. En efecto, según este croquis, las "Sabanas de Vivas" venían a estar comprendidas entre las explotaciones de Romay, y la casa de los Parras, en cuya vecindad se iniciaban, según testimonio del Juez Camacho lo cual, dada la situación indicada para la dicha casa, traduce que la denominación de "Sabanas de Vivas" se aplica a la planicie que se desarrolla entre la cordillera de Tasajeros (Antigua loma de la Floresta), y el río Pamplonita, al Norte de la desembocadura de la quebrada San Faustino, que desemboca en su margen derecha. Esta planicie, tanto por su extensión como por su fertilidad, constituye una de las vegas más importantes de este estrecho valle y por lo tanto es natural, que se la individualizara desde aquella época, si bien la tradición de este nombre se conserva en la región. Como por otra parte el realengo pedido por Romay se extendía a partir de la Quebrada San Faustino y a su vez, según lo observado por el Juez Camacho, comprendía parte de las tierras de los Parras, se deduce que forzosamente las Sabanas de Vivas se encontraban dentro de este predio y por lo tanto "la frente" de dichas sabanas viene a significar el límite septentrional de las mismas, el cual, de acuerdo con la inspección que practicamos desde el aire, puede situarse en la "Quebrada Periquera".

"Juzgamos —prosiguen los peritos— que estas consideraciones aclaran en forma definitiva el sentido de la alindación expresada por Camacho, quien al respecto reconoció "forman un cuadro... y por la de abajo siguiendo el curso del río hasta las Sabanas de Vivas", o sea que hay lugar a entender que el término "hasta", las incluye".

Respecto a lo transcrito cabe observar que el croquis elaborado por el Juez subdelegado no trae la denominación de las quebradas que en él fueron dibujadas, y por tanto, es difícil establecer con base en él la ubicación de las tierras de los Parras por linderos precisos.

Pero es aún más importante considerar que la formación topográfica de las llamadas Sabanas de Vivas no fue materia de reconocimiento sobre el terreno, para saber a ciencia cierta dónde comienzan, y dónde van a terminar. En el croquis de que se trata, estas sabanas aparecen situadas frente a la desembocadura de la quebrada San Faustino. Pero la situación de esta quebrada no fue establecida en la inspección ocular en forma aceptable, así que sobre el particular sólo aparece en los autos lo que se expresa en los diferentes planos que ilustran el dictamen.

Según el documento que obra a folios 49 vuelto a 95 del cuaderno Nº 12, el cual contiene varias piezas del litigio surgido entre Juan Gregorio Almeida y Juan Antonio Romay sobre las tierras de La Floresta, adquiridas entonces por Almeida de los sucesores del primer adjudicatario José Gregorio Ferreira, en extensión de seis o siete estancias en el mes de diciembre de 1666, se dio posesión al último de los nombrados de las tierras mencionadas bajo de estos linderos: "...se entienden por el río de Pamplona abajo hasta lo alto, siendo su primer lindero desde donde remataron las dos estancias de los Parras y hasta donde alcanzaren y a sus espaldas todo lo que corresponde a las sabanas hasta donde lindaren con las tierras que al lado del Zulia poseen los padres de la compañía de Jesús...." (folio 89) En la diligencia de medidas practicada en el litigio en referencia (folio 92) se expresa: "Por lo que en vista de uno y otros documentos se vino en verdadero conocimiento que la tierra pedida y denunciada por don Juan Antonio Romay resulta ser de la pertenencia, sin la menor duda, de don Juan Gregorio Almeida... comprendida en el globo de las seis o siete estancias que compuso don José Gregorio Ferreira que relata el citado título, cuyos linderos del citado globo de tierra son los siguientes: Primer lindero. Frente de la sabana de Vivas por el lado del Oriente río de Pamplona abajo hasta donde alcanzan las seis o siete estancias de pan y ganado mayor contenidas en los títulos de composición y gracia hecha al citado don José Gregorio Ferreira, encontrando y lindando por la parte del Norte hasta llegar a la quebrada Floresta con tierras que fueron de doña Juana Gómez de Figueroa, que éstas las vendió a don Félix Trujillo como consta de la escritura otorgada en diez y nueve de enero del mil setecientos nueve años en la ciudad de Pamplona por ante el Alférez don Juan de Oreña Cabeza, alcalde ordinario más antiguo, y de allí quebrada arriba por el lado del poniente lindan con tierras que del lado del Zulia tenían los padres Jesuítas expatriados hasta topar con tierras del citado Almeida, con las que también lindan por el lado del Sur hasta llegar a la hacienda del difunto don Félix Zumalave nombrada el Maporal a encontrarse con frente la sabana de Vivas, primer lindero".

En el documento relativo a los autos que se siguieron en 1801 ante el Gobierno Superior de Santa Fé originados en la solicitud del Cabildo de

Cúcuta para que se declarasen realengos y se le adjudicasen 25 estancias de tierra "desde donde se terminan los resguardos del pueblo del Limoncito, por la parte de abajo" (folios 167 a 228 del cuaderno Nº 12), figuran piezas de la causa seguida entre Juan Gregorio Almeida y Antonio de la Parra sobre las tierras que en extensión de dos estancias poseía el último de los nombrados, particularmente sobre la colindancia de dichas tierras con las de La Floresta, de que era titular por entonces el señor Almeida. En la relación de autos de la vista del expediente, iniciado en 1768, que concluye con la confirmación del auto en que se decretaba amparo de posesión a favor de Antonio de la Parra sobre sus referidas tierras, se relata:

"...El principio u origen de este litigio fue el que habiéndose hecho por el Cabildo de la ciudad de Pamplona por el mes de enero del año de mil seiscientos y diez y ocho, merced de dos estancias, una de ganado mayor y otra de ganado menor a don Cristóbal de Araque Ponce de León en términos de dicha ciudad y enfrente de las sabanas llamadas de Vivas, y de la banda de el río que va de la misma ciudad en una loma que va a dar a La Floresta, las que vendió el maestro don Fernando Araque Ponce de León, como hijo y heredero de el don Cristóbal de Araque a don Nicolás de Figueroa, por escritura otorgada en veinte de diciembre de mil setecientos sesenta y siete por ante Alonso de la Peña, alcalde ordinario de dicha ciudad por no haber escribano con expresión de hallarse compuestas dichas tierras entre las demás que dicho don Cristóbal de Araque poseyó. De este don Nicolás de Figueroa pasaron dichas tierras a Juan Alonso Manjarrés, por escritura otorgada en dicha ciudad de Pamplona a veinte y seis de febrero de setecientos y veinte y cuatro ñor ante don Antonio de Olejus, alcalde ordinario en ella y testigos por no haber escribano, por Ignacio de Figueroa quien las hubo por herencia materna, cuyos linderos se expresan en la citada escritura ser por el un lado la loma de la Floresta abajo lindando con tierras del Salado; y por el otro el río de Pamplona abajo y por frente las sabanas de Vivas, por muerte del nominado Juan Alonso Manjarrés recayeron las mencionadas tierras en doña Gabriela Segura, la que casó en segundas nupcias con don Francisco de Molina, quien las vendió a José Antonio de la Parra y a Antonio de la Parra, padre e hijo, por escritura otorgada por ante don Juan José de Omaña Rivadeneira, alcalde de la parroquia de San Antonio... y juez ordinario en catorce de septiembre de mil setecientos sesenta y cinco... Hallándose dichos Parras en quieta y pacífica posesión de dichas tierras dieron permiso a don José Gregorio Ferreira para introducir en ellas algún ganado y habiendo conocido su fertilidad y que se hallaban inmediatas a ellas otras realengas, pidió ante el Juez subdelegado de tierras de la Villa de San Cristóbal se le hiciese merced de ellas sin perjuicio de las de los referidos Parras, procediendo su medida y avalúo que estaba pronto a satisfacer su importe... lo que se le concedió por el dicho Juez subdelegado con expresa excepción de las dos estancias de que tenían títulos los Parras... y habiendo nombrado sujetos para el reconocimiento y tanteo de las tierras realengas que se pedían, y omitiéndose las medidas así por lo fragoso de ellas como porque no se usaban, según lo expuso dicho Ferreira, expresaron los sujetos nombrados para estas diligencias podría haber seis o siete estancias... por cuyas diligencias ocurrió dicho Ferreira ante mi Virrey de dicho Nuevo Reino por quien se aprobó dicha merced y se confirmó por mi Real Audiencia de que se libraron los correspondientes títulos con los que fue requerido don Andrés González y Quiroz, alcalde provincial de la Santa Hermandad de Pamplona para que lo aposesionase en las siete estancias de la merced... y habiéndose dado posesión se omitieron las medidas por las dificultades del tiempo expresando al Juez que aunque las dos estancias tienen por lindero la frente de las sabanas de Vivas, no se había conformado Ferreira insistiendo en que se midiesen sin embargo de los títulos que manifestaron los Parras, y que en cuanto a las medidas podría usar de su derecho donde correspondía. Y como los referidos Parras hubiesen vendido al doctor don Juan Antonio Zumalave un pedazo de las tierras contenidas en sus títulos y linderos, y dicho doctor pidiese se le diese posesión de él, la contradijo Ferreira diciendo que interin no se verificaban las medidas de las tierras de los Parras no se podía saber si era él perjudicado con la merced que se le había hecho... En cuyo cumplimiento se presentaron por dichos Parras padre e hijo, los referidos títulos contradiciendo las medidas solicitadas por Ferreira, alegando para ello la merced hecha a éste no había sido en sobras de las dos estancias que ellos poseían sino en tierras realengas..."

Como está dicho, el litigio así promovido terminó con decreto de amparo a favor de los Parra, providencia que fue confirmada por la Real Audiencia de fecha 27 de junio de 1769.

Los señores peritos dictaminan sobre la deter-

minación de las tierras de los Parras, con base en las piezas transcritas, del siguiente modo:

"En cuanto al lindero sur, la única referencia disponible es la dicha alinderación del Juez Camacho cuyo texto reza "y por la parte de arriba hasta lindar con tierras de El Salado", lo cual significa que por esta parte vienen a quedar demarcadas estas tierras por la quebrada Aguala, que como ya vimos, constituye el límite norte del Hato del Salado, en la parte comprendida entre la cordillera de Tasajeros y el río Pamplonita. En cuanto al lindero oriental, claramente estipulado en todas las citaciones de linderos como el río Pamplonita, se desarrollla en dirección S N siguiendo el curso sinuoso de esta corriente que se proyecta sobre una longitud aproximada de 10 Kmts. en la línea recta desde la desembocadura de la quebrada Vusguala, punto inicial, hasta la quebrada Periquera punto terminal".

Leídos los documentos traídos a los autos sobre localización de las tierras de los Parras, resulta evidente que de ellas sólo existen una alindación próxima al título de merced a Cristóbal de Araque y Ponce de León en la escritura de venta hecha por Ignacio de Figueroa a Alonso Manjarrés, que, según lo extractado de dicho título por la Real Audiencia en el litigio entre Antonio de la Parra y José Gregorio Ferreira, es así: "por el un lado la loma de la Floresta abajo lindando con tierras del Salado; y por el otro el río de Pamplona abajo y por frente de las sabanas de Vivas..."

Según lo da a entender el dictamen, el lindero occidental de las tierras de los Parras, que según la alindación que se acaba de anotar es la Loma de la Floresta abajo, está constituído por lo que hoy se llama filo de Tasajero, hasta donde nace la quebrada Periquera, a partir por el sur, desde el nacimiento de la quebrada Viaguala.

La Sala estima que esta conclusión del dictamen carece de fundamento, en primer lugar, porque la localización y formación topográfica del filo de Tasajero no fueron debidamente establecidas por medio del recorrido directo del terreno, sino a bordo de la avioneta en que viajó el personal inspector según se expresa en el acta respectiva; y, en segundo lugar, porque la expresión del documento donde se cita tal lindero occidental, "loma de la Floresta abajo", no puede admitirse que sea el mismo del fijo de Tasajero, sin que tal mutación tenga en los autos una explicación satisfactoria.

Tampoco puede aceptarse como límite Norte de las tierras en referencia la quebrada Periquera, porque en el título próximo a la adjudicación Araque, no se habla de tal quebrada. Finalmente, esta quebrada no fue identificada satisfactoriamente, por las mismas razones apuntadas anteriormente.

Es claro que el lindero oriental, según el documento próximo a la adjudicación colonial, está constituído por el curso del río Pamplona, y aún puede aceptarse que ese lindero parte de la desembocadura de la quebrada de Aguala o Viaguala, lindero con las tierras de Hato del Salado. Pero se ignora en la titulación antigua hasta dónde va a terminar el lindero del río Pamplona, aguas abajo, porque, como está dicho, en los títulos antiguos no se hace referencia a la quebrada Periquera, tomada como punto referencial en el dictamen de los peritos, para dicho efecto.

Por tanto, hay que concluír que la prueba de determinación del globo de tierras de los Parras, señalado como integrante de la Comunidad de Almeida, no satisface en forma alguna.

Prosigue el dictamen con el estudio de la determinación del globo de la Floresta, que en extensión de seis o siete estancias fue mercedado a José Gregorio Ferreira en 1766.

Sobre el particular reza el dictamen:

"Respecto a las tierras abarcadas por esta merced, cabe por lo pronto fijar con carácter definitivo y como parte del lindero Sur, la quebrada Periquera , que hemos identificado como lindero Norte de las estancias de los Parras, entre la cordillera de Tasajeros y el río Pamplonita. Asimismo es obvio que por el oriente y a partir de la desembocadura de la dicha quebrada, el lindero lo constituye el río Pamplonita. Fijados por lo pronto estos lineamientos, procederemos a estudiar las alindaciones restantes según los diversos títulos.

"a) De acuerdo con la documentación concerniente a la adjudicación hecha a Ferreira, se sigue que según la solicitud elevada por éste en enero 21 de 1766, pedía se le amparara en los sobrantes de las posesiones de los Parras en el sitio de La Floresta, en frente de San Faustino. Salvo esta escueta referencia a la localización de los terrenos cuya merced pedía, no se encuentra ni en este documento y en las inmediatas actuaciones posteriores, datos que arrojen alguna luz sobre la alinderación de esta merced, salvo los que se citan a propósito de las tierras de los Parras, que antes hemos analizado..." "En efecto, según la transcripción de las páginas 465 y 469 de la Gaceta Judicial Nº 2.126, dicho auto deslindó (el de 11 de diciembre de 1766) las tierras materia de la adjudicación así: "se entienden por el río Pamplonita abajo, hasta lo alto, siendo su

primer lindero desde donde remataren las dos extensiones de los Parras y hasta donde alcanzaren y a sus espaldas todo lo que corresponde a las sabanas hasta donde lindaren con las tierras que al lado del Zulia poseen los padres de la Cía. de Jesús, pertenecientes al Colegio de Pamplona"; transcripción que, salvo la coma que figura a continuación de la palabra "abajo", es la misma que aparece en el folio 89 del cuaderno Nº 11 de la demanda del señor Barrios Bosch"... Por otra parte, la expresión 'y a sus espaldas todo lo que corresponde a las sabanas, hasta donde lindaren con las tierras que al lado del Zulia poseen los padres de la Compañía de Jesús...' sugiere la idea de que extendiéndose las tierras por la falda de Tasajeros, llegaran hasta la palnicie que se desarrolla entre los ríos Zulia y Pamplonita al norte de la Cordillera de Tasajeros y que por dicha planicie volvieran hacia el Occidente, siempre a través de las sabanas, hasta llegar a la Quebrada Guaduas que limita por el norte el "Hato de Limoncito". Ohora bien, estas tierras, al norte del Hato de Limoncito", de acuerdo con lo actuado en el pleito entre el Cabildo de Cúcuta y Almeida, fueron reconocidas como realengas, sin lugar a duda".

"... ... .

"A nuestro entender, para llegar a la interpretación más exacta de esta alinderación, se presupone el cambio de la coma a que hemos aludido antes, situándola a continuación de la palabra Pamplonita, y entonces la frase, "por el río Pamplonita abajo hasta lo alto" puede interpretarse como referente exclusivamente al curso del río, esto es, abarcándolo desde abajo hacia arriba, o sea en dirección N. S. y en contra de la corriente, ya que de otra manera las frases comentadas carecen de sentido lógico, porque no cabe llegar a lo alto del Río bajando por él mismo..."

Estas transcripciones son suficientes para dar idea de la dificultad que se observa para la recta interpretación de las muy vagas alindaciones que existen respecto de los terrenos que en extensión de seis o siete estancias fue objeto de la adjudicación de José Gregorio Ferreira.

Esta adjudicación, como se ha visto, se hizo al simple cálculo, sin alindación alguna, porque el comisionado para dar vista de ojos a las tierras solicitadas por Ferreira no pudo efectuar el recorrido de las mismas por la fragosidad del terreno y el peligro que ofrecían las frecuentes incersiones de los indios motilones.

En el fallo dictado por esta Sala el 2 de marzo de 1953 para decidir del juicio ordinario de única instancia promovido por Elena Canal Sorzano de Rodríguez contra la Nación, sobre propiedad particular del subsuelo petrolífero del predio "Capachito", respecto del cual se invoca la misma merced de tierras otorgada por el Juez Subdelegado de Tierras el 24 de enero de 1766, y se toma nota de la alindación estudiada aquí por los peritos que trae la diligencia de posesión dada el 11 de diciembre de 1766 a Ferreira, se dice: "por el río de Pamplona abajo, hasta lo alto, siendo su primer lindero desde donde remataren las dos estancias de los Parras y hasta donde alcanzaren, y a sus espaldas todo lo que corresponde a las sabanas, hasta donde lindaren con las tierras que al lado del Zulia poseen los padres de la Compañía de Jesús..." tierras éstas que, de acuerdo con el mismo dictamen, y con documentos allegados a la diligencia de inspección ocular, son las denominadas "Limoncito".

No fue posible establecer linderos fijos y determinables del lado oriental de la merced de Ferreira, porque, ante la insistente oposición de los Parra, quienes afirmaban con fundamento que la adjudicación de Ferreira no se había hecho en sobras de sus dos estancias, no fue posible realizar la medida solicitada por el nombrado Ferreira.

En el mismo fallo de 1953, se tomó nota de la diligencia de mensura realizada en 1808 por Benigno Amado, alcalde ordinario. Pero, en el dictamen de este juicio se desechan los datos de tal mensura, "por la parcialidad que las inspiró y por constituír desde el punto de vista del arte de la agrimensura un auténtico dislate..." según palabras de los peritos.

Los peritos aluden a continuación a "lo establecido en la diligencia de inspección y posesión de J. G. Almeida, en 15 de octubre de 1805, llevada a cabo por el alcalde Vergara, en la cual se consignan los linderos del globo correspondiente a las 6 o 7 estancias de Ferreira. (cuaderno Nº 11, folio 92) que cabe traducir como sigue: Norte, (desde el río Pamplonita hasta la quebrada Floresta) con tierras que fueron de Juana Gómez Figueroa y que ésta vendió a don Félix Trujillo. Occidente, quebrada Floresta, lindando con tierras que del lado del Zulia tenían los padres Jesuítas hasta topar con tierras de Almeida (se entiende que El Salado). Por el Sur con tierras de Almeida (Salado) hasta llegar a la hacienda Maporal, (que se encontraba inclusa en las estancias de los Parras) y de allí hasta el frente de las Sabanas de Vivas (lógicamente por el filo de Tasajeros, constituyendo este tramo parte del lindero oriental) Sur, nuevamente por

el frente de las Sabanas de Vivas, (hasta llegar al Pamplonita). Oriente, nuevamente por el río Pamplonita hasta el lindero Norte antes fijado. Es de advertir respecto a la situación de este último, que su única referencia la constituyen las citas que como propiedad de la señora J. Gómez de Figueroa se hacen del sitio de La Loma (C. Nº 11, folios 198 y siguientes) cuya ubicación se infiere del plano que figura en el folio 615, tomo XXIX de Tierras de Santander y que nos ha dado la base para trazar el lindero norte de la merced de Ferreira de acuerdo a nuestra interpretación en el croquis Nº 2B siguiendo el extremo meridional de la posesión de la Loma, de acuerdo con la ubicación que cabe suponerle".

El documento citado aquí por los peritos, o sean las medidas ejecutadas por el Alcalde Vergara (José Narciso) en 1805 (en el juicio de Juan Gregorio Almeida contra Juan A. Romay) transcritas al tratar sobre las tierras colindantes de los Parra, no contienen linderos precisos, y en lo general se remiten a los límites de las tierras colindantes, o sean, por el Norte las que fueron de doña Juana Gómez de Figueroa "por la parte Norte hasta llegar a la quebrada Floresta"; por el poniente "y de allí quebrada arriba (la Floresta) lindando con "tierras que del lado del Zulia tenían los padres Jesuítas... hasta topar con tierras del citado Almeida, con las que también lindan por el lado Sur hasta Maporal a encontrarse con frente la sabana de Vivas", sabanas citadas como primer lindero, o sea el oriental.

Los peritos consideran que esta alindación adolece del error de "incorporar al 'Hato del Limoncito' de los padres Jesuítas, las tierras situadas al oriente del mismo y que lindan con la quebrada Floresta, equívoco ya anotado y sobre el cual volveremos a tratar más adelante".

De todo lo que se ha anotado hasta aquí, se ve muy claro que son imprecisos los linderos de las tierras adjudicadas a Ferreira, sin que sea posible hallar en los títulos subsiguientes dato alguno que permita establecer los verdaderos contornos de ese globo de terreno. Efectivamente, como lo reconocen más adelante los peritos, ni de las escrituras de venta de Luis Ferreira, Agustín Santander y Pedro Andrada (no Almeida como lo dicen los peritos), sucesores inmediatos de José Gregorio Ferreira, a Félix Zumalave, se da alindación alguna del globo de terreno, apenas se dice que dicho globo se encuentra situado en el punto llamado La Floresta y Cerro de Tasajeros.

Por esta razón, los peritos plantean dos hipótesis sobre el polígono de las tierras de La Floresta. La primera, ciñéndose a lo dicho en la posesión dada a Ferreira pocos años después de la adjudicación, de que los terrenos lindaban con el hato de Limoncito de los Padres de la Compañía de Jesús, cuyos límites, según el dibujo hecho por los expertos en el mapa no plano Nº 4, no llegan hasta la quebrada La Floresta, y atribuye al predio de Ferreira terrenos situados más allá, hacia el occidente, de la quebrada mencionada. La segunda hipótesis, que es la más aceptable según los expertos, señala como lindero occidental de las 6 o 7 estancias de Ferreira, la quebrada La Floresta.

Finalmente, los peritos se refieren a otra de las piezas del litigio a que dio origen en 1806 la solicitud del Cabildo de Cúcuta para que se le adjudicasen 25 estancias de tierra, en el cual fue parte contraria el señor José Gregorio Almeida.

Dicen sobre el particular los peritos:

"Por razón de las diligencias llevadas a cabo en cumplimiento de autos emanados de la Audiencia de Santa Fé, en noviembre de 1806, tendientes a medir 25 estancias de tierra solicitadas por el Cabildo de Cúcuta y a dilucidar las posibles interferencias que pudieran ocurrir con las posesiones de Almeida, el Gobernador de San Faustino, doctor Vicente J. Asencio informó cómo en el proceso de sus averiguaciones resultaron quedar delimitadas las posesiones de Almida, de acuerdo con el texto original que sigue: (C. Nº 11 folio 173). "Por el lado del Oriente, el río nombrado Pamplona, desde donde confinan las tierras que fueron de Antonio de la Parra a la parte Sur; de aquí río abajo a dar con un zanjón de agua nombrado Caño Negro que cae al mismo río por la parte Norte; de la boca de este caño mirando derecho para el Occidente a dar a una quebrada nombrada Floresta; de esta quebrada mirando al mismo Occidente es el último mojón del pueblo de Limoncito y nombramos Moninillo; este Floresta arriba para el Sur a dar con tierras de Almeida nombradas El Salado, que fueron de los expatriados Jesuítas y compró a su Majestad, de este lindero derecho a dar con el primero a tierras de Antonio de la Parra". Como se infiere de esta demarcación, además de confirmarse todos los linderos que hemos establecido, se precisa que por el Norte el límite de las posesiones de Almeida queda constituído por la línea que en dirección al occidente y partiendo de la boca del Caño Negro, va a terminar sobre la quebrada Floresta. Por lo demás, de acuerdo con lo aseverado por Asencio, este lindero vendría a ser el correspondinte a las tie-

rras que pertenecieron a don Félix Trujillo y que Zumalave vendió a Almeida".

Lo transcrito del concepto del Alcalde Asencio sobre los linderos de las tierras pertenecientes en aquella época a Juan Gregorio Almeida se encuentra al folio 173 frente y vuelto del C. Nº 12, no 11 como lo dicen los peritos.

Es claro que esta alindación señala una determinación más precisa de las tierras de Almeida, adquiridas por éste en virtud de diferentes títulos, provenientes de las adjudicaciones de las tierras de Ferreira, llamadas La Floresta de que se viene tratando, de Cristóbal de Araque que después fueron de los Parra y las tierras de los Trujillo, situadas al norte de las de La Floresta.

Sin embargo, tal documento deja sin precisar el lindero Norte de las tierras de Ferreira. Este lindero aparece trazado en los planos acompañados por los peritos con su dictamen, como una línea recta que parte un poco más al norte de la quebrada Periquera, a tocar, siguiendo la dirección Oriente Occidente la quebrada La Floresta. Esta línea no tiene la menor referencia en los documentos relativos a la merced o adjudicación hecha a José Gregorio Ferreira, como se ha podido comprobar a lo largo de este estudio. Es, por tanto, una línea imaginaria.

De lo expuesto se deduce forzosamente que el concepto pericial en estudio es igualmente infundado respecto a la determinación del globo de tierras que en extensión de 6 o 7 estancias fue adjudicado en 1766 a José Gregorio Ferreira.

En cuanto al globo de las tierras de la Comunidad de Almeida, que comprende las tierras llamadas de Trujillo, ya está dicho cómo no es posible admitir como vértices Noreste y Noroeste, los determinados por los puntos de la boca del Caño Negro en el río Pamplona y Moninillo en la quebrada La Floresta, respectivamente, por cuanto estos puntos no fueron identificados sobre el terreno, mediante el testimonio de personas conocedoras de la región, sino desde el aire, por la comisión que practicó la diligencia de inspección ocular del presente juicio.

En conclusión, ninguno de los cuatro globos de terreno que vinieron a integrar, según se expresa en la demanda el territorio de la llamada Comunidad de Almeida, quedó satisfactoriamente determinado. Los esfuerzos hechos por los peritos se traducen tan solo en deducciones, hipótesis e interpretaciones de los títulos, más o menos vagas e inexactas.

Siendo, pues, deficiente la prueba de identificación de los terrenos que según la demanda forman la Comunidad de Almeida, se concluye necesariamente que las demandas acumuladas de que se trata, no pueden prosperar.

En efecto, de acuerdo con las jurisprudencias de la Corte que en seguida se insertan, la determinación de los terrenos materia de la demanda sobre dominio petrolífero es requisito fundamental para la prosperidad de la misma.

Así, en sentencia de fecha 12 de mayo de 1955, publicada en el Tomo LXXX página 564 de la Gaceta Judicial, dijo la Corte:

"Los presupuestos de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, son, en su orden:

"1º Propiedad actual de los actores en el período de la prescripción extraordinaria, referente a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata;

"2º Título proveniente del Estado que acredite que las tierras de que se trata salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"3º **Determinación precisa del terreno en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa;** (Subraya la Sala).

"4º **Determinación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado;** (de nuevo subraya ahora la Sala).

"5º Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se alega propiedad privada del petróleo.

"Por consiguiente, cuando no está legalmente demostrada en el juicio la propiedad actual del demandante sobre el inmueble en cuyo subsuelo se encuentra el petróleo objeto de la acción de dominio, no se requiere avanzar en el estudio de los otros presupuestos".

Y en fallo de 9 de marzo del mismo año de 1955, Tomo LXXIX, página 1039 de la Gaceta Judicial, se expresó también por esta Corte:

"Para los fines de un juicio sobre propiedad privada del petróleo y por lo que toca con la determinación del terreno, nada se consigue con saber que existen realmente las tierras a que se refieren los títulos actuales de los demandantes y que ellas hayan sido localizadas por medio de inspección ocular y dictamen pericial practicados, si no se puede relacionar esa propiedad particular con el origen que se le atribuye".

Finalmnte, en sentencia de 13 de abril de 1955, Tomo LXXX, página 172 de la Gaceta Judicial, se dijo sobre el particular:

"Es verdad que se practicó una inspección ocular en el juicio, durante la cual se reconocie-

ron varios sitios, pero el estudio de los peritos no se refirió en modo alguno a la ubicación de las tierras indicadas en las mercedes, como tampoco se les interrogó sobre aquello. Hállase por tanto desprovisto el juzgador de elementos de juicio que lo ilustren en el particular y que sirvieran para deducir dónde se localizan las adjudicaciones coloniales".

Por último sólo resta tomar en cuenta las apreciaciones hechas por la Procuraduría Delegada en relación con la prueba de determinación que se ha estudiado. Dice así en lo pertinente el alegato formulado por aquella dependencia:

"El dictamen pericial suscrito por los distinguidos ingenieros doctores Lucio García y Cornelio Flórez Mariño, es un meritorio esfuerzo, hay que reconocerlo, para identificar los linderos de las propiedades de Almeida. Comprendo que para sus mentes matemáticas era inaceptable la existencia de una figura geométrica que no cerrara por todos sus lados y naturalmente para salvar la dificultad debían recurrir al inagotable venero de las hipótesis y de las demarcaciones ideales trazadas con lápiz sobre un papel. Así se ha obtenido lo que sobre el terreno habría sido imposible o sea una determinación más o menos aproximada, de un globo de tierra que entre otras cosas, sólo en parte queda comprendido en la demanda.

"En corroboración de lo anterior, me permito llamar la atención de la H. Sala sobre los dos mapas de las tierras de Ferreira elaborados por los peritos y acompañados a su dictamen. En el mapa 2 A se presenta una descripción de esos terrenos situándolos de el río Pamplonita al Occidente, en dirección al río Zulia, hasta encontrar las tierras llamadas Limoncito. En el mapa 2 B se desecha esta interpretación y entonces las tierras ya no se extienden hacia el Occidente en dirección al Zulia y a "Limoncito", sino hacia el Sur, a buscar la quebrada Carbonera que los peritos suponen como la misma antigua quebrada Floresta.

"Ahora bien: cómo es posible que los mismos terrenos puedan presentarse ante el ojo avisado de dos expertos ingenieros formando figuras tan diferentes como las dibujadas en esos dos mapas? La respuesta es obvia. Se necesitaba interpretar unos linderos confusos, que por cierto, y dicho sea de paso, no aparecen en el título antiguo, agravada la tarea con la circunstancia de haber desaparecido los viejos nombres que en ellos se consignaban. El resultado de este esfuerzo ha sido el de que los terrenos de Ferreira que inicialmente se creyeron situados al Norte de la cordillera de Tasajero, ahora aparezcan al Occidente.

"En cuanto a los terrenos de El Salado cabe anotar, como primera dificultad, que ellos lindaban por uno de sus costados con las tierras de don Salvador Colmenares y que en la diligencia de inspección ocular las tierras de Colmenares no pudieron ser identificadas. Por otra parte, se aceptó como vértice del lindero sudeste la quebrada Calzonera que no figura en los linderos ni con éste ni con ningún otro nombre. También se identificó ingeniosamente, por primera vez, el cerro de los Patios que jamás se había podido saber dónde quedaba y que fue la principal dificultad que contempló la Compañía que contrató la explotación del petróleo que allí pudiera encontrarse al hacer los levantamientos topográficos de rigor".

No habiéndose establecido, pues, con la prueba adecuada de la inspección ocular, la clara y precisa correspondencia que debe existir entre el contenido teórico de los documentos que según los actores determinan los terrenos de la Comunidad de Almeida con relación a cada uno de los títulos emanados del Estado invocados en la demanda, y la realidad que presente la topografía de los terrenos de que tales títulos se ocupan, resulta innecesario entrar al estudio de los fundamentos de la excepción perentoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil de "falta de personería sustantiva de la parte demandante".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Primero Deniéganse las peticiones formuladas en las demandas acumuladas de los señores Alberto Barrios Bosch y otros y Julio Ramírez Yáñez de que se ha hecho mérito y, en consecuencia, ABSUELVESE a la Nación de todos los cargos formulados en dichas demandas.

Segundo No hay lugar a condenación al pago de costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Abelardo Gómez Naranjo — Camilo Rincón Lara — Conjuez, Víctor Julio Robayo — Conjuez, Ricardo Silva — Jorge García Merlano, Secretario.

REQUERIMIENTOS PREJUDICIALES AL GOBIERNO DE LA NACION

A tenor del artículo 325 del C. de Procedimiento Civil, el requerimiento equivale a una simple notificación a la persona designada, de la solicitud del que la formula, con la exhibición de los documentos que acompaña. Los efectos de esa notificación se valoran posteriormente, en el caso de que llegare a promoverse un juicio en que se haga mérito del requerimiento.

Bien claro se ve que la práctica de un requerimiento no constituye una controversia ni puede dar origen a ella.

De acuerdo con el artículo 40 del mismo Código, la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, está limitada a conocer de las CONTROVERSIAS, es decir, de los juicios suscitados por contratos celebrados por la Nación. Fuera de esta función exclusiva, no puede actuar.

Por otra parte, según los numerales 4º y 1º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil ya citado, el funcionario competente para conocer de asuntos como el que se estudia, es el Juez del domicilio del interesado.

La Sala Civil de Unica Instancia (hoy Sala de Negocios Generales), en providencia de 31 de mayo de 1940 (G. J. Tomo XLIX, pág. 772), resolvió en igual sentido una solicitud de requerimiento similar a la presente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

Con fecha 27 de mayo último, el General Jorge Martínez L., por medio de apoderado, presentó ante esta Sala un memorial en el cual solicita:

"Con fundamento en los hechos indicados anteriormente, con todo respeto solicito que se sirva requerir al Gobierno, compuesto actualmente por la Junta de Gobierno, de la cual es actualmente Presidente el señor Brigadier General Gabriel París y el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, para que dé cumplimiento a la cláusula cuarta del Contrato que me he permitido adjuntar y proceda a investir a mi poderdante, señor General Jorge Martínez Landínez, de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Estado, relacionados con los bienes ocultos que he relacionado.

".....

"Para efectos del requerimiento manifiesto a usted que el señor Ministro de Hacienda es el doctor Antonio Alvarez Restrepo".

La solicitud transcrita viene acompañada de varios documentos, entre ellos, un ejemplar del Diario Oficial en que aparece publicado el contrato sobre denuncia de bienes ocultos a que hace referencia el peticionario en el aparte anteriormente transcrito.

Se considera:

Al tenor del artículo 325 del Código de Procedimiento Civil, el requerimiento equivale a una simple notificación a la persona designada, de la solicitud del que lo formula, con la exhibición de los documentos que acompaña. Los efectos de esa notificación se valoran posteriormente, en el caso de que llegare a promoverse un juicio en que se haga mérito del requerimiento.

Bien claro se ve que la práctica de un requerimiento no constituye una controversia ni puede dar origen a ella.

De acuerdo con el artículo 40 del mismo Código, la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, está limitada a conocer de las CONTROVERSIAS, es decir, de los juicios suscitados por contratos celebrados por la Nación. Fuera de esta función exclusiva, no puede actuar.

Por otra parte, según los numerales 4º y 1º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil ya citado, el funcionario competente para conocer de asuntos como el que se estudia, es el Juez del domicilio del interesado.

En auto de fecha 31 de mayo de 1940, dictado por la Sala Civil de Unica Instancia (hoy Sala de Negocios Generales), en una solicitud similar a la presente, dirigida precisamente por el mismo peticionario Gral. Martínez L., se dijo lo siguiente:

"El hecho de que el requerimiento en cuestión se promueva como diligencia preparatoria de juicio de que sí deba conocer la Sala, tampoco le dá

competencia a ésta para efectuarlo. Los actos prejudiciales generalmente son de jurisdicción voluntaria. Los negocios que entrañan controversia, de jurisdicción contenciosa. Unos y otros siguen así distinta regla de competencia, conforme al artículo 152 del Código Judicial, lo que significa que la naturaleza de los actos prejudiciales, no los lleva de por sí a la competencia del Juez que habrá de conocer del pleito. En lo relativo al requerimiento obsérvese que este acto es a modo de una actuación notarial, en que el juez carece de facultad para investigar la causa que lo origina y su finalidad".

Lo expuesto es suficiente para concluir que esta Sala de la Corte carece de competencia para decretar y practicar el requerimiento solicitado.

Se advierte que este auto lo firma únicamente el Magistrado ponente, por aplicación del artículo 46 del C. de Procedimiento Civil.

En virtud de las anteriores consideraciones, no se accede a verificar el requerimiento solicitado en el anterior memorial por el apoderado del General Jorge Martínez L., doctor Carlos E. Rubio.

Cópiese y notifíquese.

Abelardo Gómez Naranjo—Jorge García Merlano,

Secretario.



EN LAS ACCIONES DE DOMINIO REFERENTES AL SUBSUELO PETROLIFERO Y CON PREFERENCIA A LOS OTROS HECHOS CUYA DEMOSTRACION ELLAS REQUIEREN, ES INDISPENSABLE DETERMINAR LA UBICACION Y LINDEROS DEL PREDIO PORQUE SIN ESA COMPROBACION NO ES POSIBLE SABER CON CERTEZA SI DICHO PREDIO SE HALLA COMPRENDIDO DENTRO DEL AREA SEÑALADA POR LOS TITULOS PRIMITIVOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

— I —

El apoderado de la Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A. y de Juan Uribe Holguín y otros, demandó a la Nación y a la Sociedad International Petroleum (Colombia) Ltda. ante esta Sala de Negocios Generales, el 18 de marzo de 1955, a fin de que previas las tramitaciones legales de un juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia de los representantes de las personas demandadas se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el petróleo y demás hidrocarburos que existan o puedan existir en el subsuelo del globo de terreno que más adelante se determina, no son de propiedad nacional, sino de propiedad de mis representados o de propiedad de la comunidad que ellos representan, en común y proindiviso, en las siguientes proporciones que son las que aparecen de los respectivos títulos.....

"Segunda (subsidiaria).—Para el caso improbable de que esa H. Corporación, no encontrare suficientes los títulos en que mis representados basan sus pretensiones, en subsidio, solicito se declare que el petróleo y demás hidrocarburos que existan o puedan existir en el subsuelo del globo de terreno antes determinado pertenecen a mis representados o a la comunidad que ellos a su vez representan, en común y proindiviso, en las proporciones antes indicadas, por haber adquirido el predio en mención sus antecesores en el dominio del mismo, por prescripción cumplida antes del veintiocho (28) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873).

"Tercera.—Que, en consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare que de la propuesta para explorar y explotar petróleos número seiscientos uno (601) presentada por la Compañía de Petróleos Vichada y traspasada luego a la Sociedad International Petroleum (Colombia) Ltda. y cuyo extracto está publicado en el Diario Oficial número veintiocho mil sesenta y dos (28.062) de veintiseis (26) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), debe excluírse el globo de terreno que es materia de la presente demanda".

El demandante, luego de relacionar las proporciones a que se refiere en su primera petición y de expresar los linderos del globo de terreno sobre el cual fija sus pretensiones, denominado Hacienda de Santa Ana de la Loma, ubicado "en el Corregimiento de San Bernardo, municipio de La Gloria y en Tamalameque, Departamento del Magdalena...", expone en veintiocho puntos los hechos fundamentales de la demanda, que pueden resumirse así:

Desde 1776 Miguel Jácome tenía a su cargo una Capellanía constituída a favor del curato de San Bernardo y garantizada con hipoteca del terreno y otros bienes allí vinculados. Como Jácome no cumplió estrictamente sus obligaciones, el beneficiario de la Capellanía apoyó a Vicente Pies Chacón para que se hiciera cargo de ella y fue así como al propio tiempo que el primero demandó ejecutivamente a la sucesión de don Miguel (muerto el 12 de febrero de 1792), el segundo, es decir Pies Chacón, pidió en merced los terrenos ocupados por Jácome. Esta solicitud dio origen a varias diligencias dispuestas por los funcionarios correspondientes, en las que intervinieron los albaceas de Miguel Jácome para oponerse, oposición que fue desistida mediante transacción celebrada con Pies Chacón, elevada a escritura pública, y en virtud de la cual las tierras de La Loma quedarían en comunidad entre éste y los herederos de Miguel Jácome. El expediente adelantado por las autoridades de la Corona llegó hasta el

auto de la Real Audiencia, de 9 de junio de 1795, por el cual se dispuso el emplazamiento de los causahabientes de don Miguel. Estos continuaron después de 1800 en posesión de las citadas tierras, las que fueron transferidas más tarde a Antero Lemus, quien a su vez las vendió a Justo Eustaquio Lemus. Posteriormente se sucedieron transferencias del dominio en las mismas tierras (transferencias que en la demanda se reseñan), hasta que los actores adquirieron la pertenencia del inmueble.

Se afirma en el libelo que los linderos de la propuesta antes mencionada incluyen íntegramente los terrenos de Santa Ana de La Loma a que se refiere la demanda. Con ésta se presentaron varios instrumentos públicos y documentos oficiales, así como los de antiguo origen en dos legajos distinguidos con los números 31 y 32. Y como fundamentos de derecho se citan el Código de Indias; las Cédulas Reales de San Lorenzo y San Ildefonso; la Ley de 11 de octubre de 1821; las disposiciones del Código Fiscal de 1873; las leyes de 1931, la 160 de 1936 y sus decretos reglamentarios, y las disposiciones pertinentes del Código Civil.

En la demanda, corregida el 5 de mayo de 1955, se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil y al representante de la International Petroleum (Colombia) Ltda. Aquél aceptó unos hechos, desconoció otros y, en general, manifestó que se atenía a la eficacia y conducencia de los documentos presentados por los actores, negaba el derecho invocado y se oponía a las peticiones formuladas. La International propuso las excepciones de inepta demanda y de declinatoria de jurisdicción, porque con respecto a ella la demanda se dirigía contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho demandado y porque la Corte carece de jurisdicción para conocer directamente del proceso en relación con la excepcionante. Mas como el demandante prescindió de dirigir la acción contra la citada Sociedad, no se dio curso a las excepciones. En consecuencia se surtieron los demás ordenamientos procerales abriendo el juicio a prueba, recibiendo los alegatos de conclusión y citando a las partes para sentencia. De tal manera el negocio se halla en estado de recibir el fallo correspondiente.

— II —

Dentro del término probatorio adujo la parte demandante otros documentos e instrumentos públicos, y por solicitud suya se practicó una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos. En tal diligencia se tuvieron en cuenta los linderos mencionados en la demanda, y los que determina la mensura del globo de La Loma practicada en los días 17 y 18 de diciembre de 1792, de la cual se tratará más adelante; se recibieron varios testimonios y mediante ellos y el recorrido del terreno se localizaron los puntos de que trata aquella mensura.

Los peritos rindieron de común acuerdo su dictamen y en él afirman que: de acuerdo con lo observado en la inspección ocular de los terrenos alinderados en 1792 son los mismos que actualmente tiene la hacienda de Sta. Ana de La Loma; y que de conformidad con los planos examinados, "la mayor parte" de los terrenos de dicha hacienda está incluída en la propuesta número 601 de la International Petroleum Company. De otra parte, infieren los expertos, por algunos datos, que desde tiempo inmemorial ha habido pastoreo de ganados en las sabanas de La Loma, y sostienen que los documentos antiguos que forman los legajos números 31 y 32 son de la época colonial y tienen toda la apariencia de ser auténticos.

El representante de la Nación sólo pidió, como elemento de juicio, la constancia suscrita por el Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos, según la cual no existe comprobación alguna sobre oposición de la Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A. a la propuesta para contratar exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada con el número 601.

— III —

En su alegato de conclusión analiza el apoderado de la parte actora las pruebas por él aportadas al proceso y sostiene, en primer lugar, que por título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873, las tierras de Santa Ana de La Loma salieron del patrimonio nacional y por eso, como por estar satisfechas las demás exigencias de la ley para la prosperidad de la acción de dominio del subsuelo petrolífero, "queda establecida la base firme para fallar en conformidad con la petición primera de la demanda". En segundo término, y en caso de que la Corte desestime los documentos que se aducen para demostrar la existencia del título antiguo, sostiene el demandante que las referidas tierras se hallaban antes de la citada fecha fuera del patrimonio nacional, por haberlas adquirido sus poseedores desde Miguel Jácome Morineli a título de justa prescripción, "por lo cual —dice el señor apoderado— el petróleo que se encuentre en tales terrenos es de propiedad de mis representados".

Por su parte la Procuraduría, refiriéndose a los documentos antiguos presentados con la demanda, hace las siguientes consideraciones:

"Este primer documento en que funda la petición que hace don Vicente Pies Chacón para recibir merced de los terrenos de 'Santa Ana de La Loma' en virtud de que tales terrenos han sido tenidos o reputados por realengos o a lo mejor sin dueño conocido o aparente, está indicando claramente que los tales terrenos no fueron dados a don Miguel Jácome por medio de la capellanía en favor del curato de San Bernardo en calidad de dueño, pues si nos remontamos a la legislación existente por esa época encontramos que una de las bases fundamentales para poder obtener una merced era la obligación de medir las tierras, requisito "sine qua non" los poseedores no podían obtener la propiedad de las tierras. Al efecto la Cédula de San Lorenzo que rigió desde el año de 1754 hasta el año de 1780 en su capítulo 6º prevee el caso de la confirmación a los poseedores de tierras previa la mensura de aquellas y dice así:

"VI. — Que fi por los Proceffos, que fe deben haver formado para las ventas y compoficiones, no confirmadas defte el año de mil y fetecientos, coftare no haverfe medido, ni aprefiado los tales Realengos, como fe tiene entendido ha fufedido en algunas Provincias fe fufpenda el defpachar fu confirmación, hafta tanto que efto fe execute; y sefun el mas valor que refultare por las medidas, y avaluos, deberá refularfe el fervicio pecuniario, que ha de proceder a la confirmación...".

"Sea esta la primera observación que hace esta Procuraduría en relación a la titulación anterior a 1873, porque como ya lo hemos visto el ordenamiento real no solamente implicaba el cultivo y laboreo de las tierras de que hablan otros capítulos de la misma cédula de San Lorenzo, sino también la medición de los terrenos para quienes estuviesen en posesión de ellos.

"Pero hay otro aspecto fundamental que requiere la atención detenida de la Corte al respecto, y cual es la del título que sobre esos terrenos se dice poseía don Miguel Jácome. Dicen los demandantes que don Miguel Jácome obtuvo los terrenos de 'Santa Ana de La Loma' en virtud de una capellanía que fue garantizada con hipoteca de sus propios bienes en favor del curato de San Bernardo, pero no dicen ni prueban los demandantes en virtud de qué acto o merced fue concedida la precitada capellanía con arreglo a las disposiciones que en ese entonces estaban vigentes sobre repartición de tierras, a folio 126 y siguientes del expediente antiguo encontramos algunas declaraciones que fueron solicitadas por don Vicente Pies Chacón cuando solicitó que los realengos le fueran adjudicados. Al efecto, el alcalde ordinario recibe declaración al Sr. Jacinto Roque López, quien manifiesta que en concepto de todo el vecindario los terrenos de 'Santa Ana de La Loma' son realengos a pesar de que en otros años don Miguel Jácome decía ser suya la finca. En igual sentido declara el testigo Antonio Figueroa pero agrega que don Miguel Jácome decía ser suya la finca por lo que oyó decir a sus antepasados y porque poco antes de morir así se lo manifestó verbalmente. En igual sentido se pronuncia el testigo Jorge Alcoser pero agrega aún más que don Miguel manifestaba la propiedad de la finca pero no mostraba título alguno de tal propiedad.

"La declaración de estos testigos por una parte y la no presentación a los autos del título por medio del cual los terrenos de 'Santa Ana de La Loma' dejaron de ser propiedad de la Corona Española en ese entonces y hoy en día Estado viene a confirmar aún más la afirmación hecha por la Procuraduría en su primera observación".

Más adelante dice el señor Procurador:

"Hecho el análisis de la falta de titulación por la parte demandante es conveniente hablar ahora del laboreo de las tierras, otra condición indispensable para hacerse al dominio de ellas con la venia del Rey.

"Si observamos el expediente antiguo (folio 118 y siguientes del cuaderno principal) observamos que la solicitud hecha por el apoderado de Pies Chacón sobre adjudicación de los terrenos de 'Santa Ana de La Loma' se dice allí que el globo de tierra 'conocido por el nombre de Sabana de La Loma y Rinconadas, la Baptista, Coftillas, tenidas y reputadas por realengas o a lo mejor sin dueño conocido que se hallan casi desiertas' está indicando que si en un entonces fueron cultivadas y labradas por el precitado don Miguel Jácome, con motivo de su viaje a Ocaña en donde murió al parecer en el año de 1792, las tierras quedaron completamente desiertas y sin cultivos de ninguna clase, apesar de la afirmación hecha por los demandantes de que el precitado Jácome había dejado en ellas al irse a Ocaña la mayor parte de sus esclavos. De otro lado la mora en el pago de los réditos en favor de la Capellanía del curato de San Bernardo se hicieron nugatorios por parte de Jácome y este hecho lo admiten los demandantes al decir que en vista de la mora en el pago el cura de San Bernardo inició juicio ante el alcalde ordinario a fin de que las tierras fuesen tras-

pasadas a otras personas con el fin de continuar la capellanía en su favor.

"Los hechos posteriores entre don Vicente Pies Chacón y los albaceas de don Miguel Jácome no pueden acreditar en manera alguna la separación del patrimonio nacional de la finca materia del presente juicio porque en ningún momento dichos albaceas presentaron el título originario en favor de don Miguel Jácome y de otro lado tampoco se probó el laboreo de las tierras por parte de los herederos del citado Jácome; porque aun cuando los demandantes afirman que tanto los herederos de Jácome como el señor Antero Lemus, persona a quienes aquéllos vendieron los terrenos de 'Santa Ana de La Loma' dicen que continuó poseyéndolos y explotándolos hasta después de 1873, ello no pasa de ser una afirmación que no tiene respaldo de ninguna clase. En este aspecto la demanda se apoya en la venta de los terrenos hecha por los herederos de Simón Jácome al señor Antero Lemus y más tarde la venta que hizo éste a su hermano Justo Eustaquio Lemus, como demostración de que los terrenos habían salido del patrimonio del Estado.

"Tampoco está de acuerdo la Procuraduría con la aseveración hecha por los demandantes si se tiene en cuenta que la Corte en sentencia de 26 de agosto de 1921 analiza el aspecto de la cesión hecha por los Estados Soberanos a particulares por simples títulos traslaticios de dominio. Afirma la Corte al respecto: "Se dice también que bajo el régimen federal la Nación no podía legislar libremente sobre las minas que estuvieran en los terrenos baldíos de su propiedad. Aún en este supuesto, el estudio del artículo 1126 del Código Fiscal en relación con las leyes locales de los Estados, demuestra que no existe conflicto en lo que atañe a las minas distintas de las de piedras preciosas y las de metales, ya que aquellos reconocieron al dueño del suelo la propiedad de esas minas, y dueña del suelo era la Nación con respecto a los baldíos no cedidos a particulares por adjudicaciones o por leyes especiales.

"Además, acorde con la anterior interpretación y con la que prevaleció en las encuestas y debates que precedieron a la ley del petróleo —la de 1931— hoy ese punto está definido claramente por el artículo 10 de la Ley 160 de 1936 que dice: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos 1º y 2º del artículo 6º de la presente Ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

"La anterior doctrina de la Corte está enunciando con exactitud que es absolutamente indispensable que el subsuelo de las tierras cuyo dominio pretenda un particular frente al Estado, hayan salido del patrimonio de éste y en virtud de ley especial y no simplemente por títulos traslaticios de dominio entre particulares.

"Existe una gran diferencia entre la merced de adjudicación que otorgaba la Corona Española a aquellos súbditos que ya sea por uno u otro motivo hubiesen prestado servicios invaluables, a los simples títulos traslaticios de dominio derivados como dice la cédula de San Lorenzo 'Instrusos Poseedores' cuya propiedad derivaba de adjudicaciones hechas por funcionarios que no tenían suficiente autoridad para hacerlas y que debido a ese estado de cosas fue expedida la precitada Cédula de San Lorenzo del Real.

"De aquí resulta por qué esta Procuraduría no acepta la titulación presentada con anterioridad a 1873, habida consideración de los razonamientos que se han dejado expuestos con base en la legislación existente por esa época".

Glosa después la Procuraduría los testimonios recibidos en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo dentro del término probatorio del presente juicio; observa, además, que no ha sido demostrada la autenticidad de los documentos antiguos, y concluye así su alegato:

"1º — De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este concepto se tiene que el globo de terreno que se encuentra dentro de la proposición (sic) número 601 hecha por el Ministerio de Minas y Petróleos (sic) a la Compañía International Petroleum Company denominada (sic) 'Santa Ana de La Loma' no salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"2º — Que como consecuencia de lo anterior el petróleo y demás hidrocarburos que existan o puedan existir en el subsuelo de los terrenos de 'Santa Ana de La Loma' son de propiedad de la Nación.

"3º — Que finalmente las peticiones de la demanda formulada ante esa H. Corte por el actor Bernardo Uribe Holguín a orden de la Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A. y otros deben

ser negadas por esa Honorable Corte en su totalidad".

— V —

Para resolver se considera:

Ha dicho la Corte que "en las acciones de dominio referentes al subsuelo petrolífero y con preferencia a los otros hechos cuya demostración ellas requieren (propiedad del demandante sobre el terreno, prueba de que dicho terreno salió legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva del Código Fiscal de 1873, demostración de que la actual titulación comprende terrenos abarcados por el título antiguo, etc.), es indispensable determinar la ubicación y linderos del predio porque sin esa comprobación no es posible saber con certeza si dicho predio se halla comprendido dentro del área señalada por los títulos primitivos". Esto porque la ley ha hecho del petróleo "un objeto especial de un derecho real de dominio, que tiene el carácter sui generis de recaer sobre una cosa cuya existencia se ignora. Acaso por esta circunstancia y por la naturaleza misma del petróleo, la única manera de determinar el objeto del derecho es la indicada en la ley y que consiste en señalar los linderos de los terrenos en los cuales pueda encontrarse el petróleo de que se trata...". (G. J. número 2151, página 919).

Desde luego, y como es obvio, no quedaría satisfecha esta primordial exigencia si la determinación fuese incompleta, es decir, si se hiciera teniendo en cuenta solamente la alindación dada por el demandante según el título de propiedad actual en que se apoya y sin relacionarla con el título antiguo expedido por el Estado y con la demarcación del terreno objeto de la propuesta de exploración y explotación hecha ante el Ministerio de Minas y Petróleos. Es, pues, indispensable establecer la exacta ubicación del inmueble salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, para lo cual debe aparecer de autos, en primer término, la titulación antigua, como punto de partida para la determinación. Mas cuando los documentos allegados al proceso con carácter de titulación antigua revisten alguna complejidad, es preciso analizarlos para saber si tienen o no la calidad y validez que se les atribuye y, consecuencialmente, si pueden servir de fundamento a la necesaria determinación del objeto del derecho.

En el presente juicio se han aducido dos legajos de documentos antiguos, marcados con los números 31 y 32 dentro del cuaderno número 1. Ellos forman, de una parte, el expediente levantado con motivo de una merced de tierras solicitada por don Vicente Pies Chacón y, de otra, algunas escrituras públicas y varias declaraciones recibidas extrajuicio.

En efecto: como apoderado de Pies Chacón solicitó Manuel Guarín a la Audiencia de Santa Fe, el 6 de marzo de 1792, la merced de un globo de tierras en el sitio de San Bernardo, jurisdicción de Tamalameque. Por Real Provisión fechada el 26 del mismo mes se dispuso que se procediera a averiguar si dicho globo era realengo, como lo afirmaba el peticionario, y que se llevara a cabo la medición, deslinde y avalúo. Con tal motivo el Alcalde Ordinario de San Bernardo recibió, el 27 de octubre siguiente, las declaraciones de Roque López, Antonio Figueroa y otros, quienes depusieron acerca de la calidad realenga de aquellas tierras, la capacidad que económicamente tenía el solicitante para poblarlas, y el hecho de haber oído decir a don Miguel Jácome Morineli (por esa época ya fallecido) que dicho globo de terreno le pertenecía a él, afirmación hecha sin exhibición de título alguno.

Seguidamente el Procurador General rindió su informe al alcalde. En él aseveró, con fundamento en los citados testimonios, que las tierras eran realengas, y conceptuó que por lo mismo podía procederse a su mensura. Obra a continuación un certificado del Alcalde Ordinario de Tamalameque, de fecha 20 de noviembre de 1792, en el que se mencionan las diligencias llevadas a cabo con motivo de la solicitud de embargo de la hacienda de La Loma, hecha por el cura de San Bernardo como beneficiario de una capellanía constituída por Miguel Jácome. Alegó el solicitante, según se dice en la certificación en referencia, que después de la muerte de Miguel Jácome ocurrida en Ocaña el 12 de febrero de 1792, su mayordomo principió a vender semovientes de La Loma, y los albaceas, señores Simón y Antonio Jácome, no eran prácticos en cuestiones de campo. Y agrega el certificado que por estas razones Pies Chacón, de acuerdo con el cura, buscaba la manera de obtener los terrenos de La Loma y encargarse de la Capellanía, pero que los albaceas, para evitar el remate, ofrecieron pagar lo que don Miguel debía por la susodicha Capellanía y que en vista de ese ofrecimiento se les concedió término para cumplirlo quedando desde entonces (16 de octubre de 1792) pendiente la ejecución seguida contra la mortuoria de Miguel Jácome. Aparecen luego, en los documentos que se vienen relacionando,

los testimonios de Juan Pablo Luna, Pedro Ortega y otros. Se refieren todos los exponentes a las condiciones personales y económicas de Pies Chacón y a la calidad de las tierras del mismo; aluden a los bienes de Miguel Jácome y a la Capellanía, sin dar detalles de ésta, pues apenas refieren que fue poseída antes por los curas Juan Gómez y Jerónimo de Velasco; y dicen que por aquel tiempo existían ganados en las sabanas de La Loma en las que anteriormente hubo otras haciendas. Dan cuenta también los documetnos del legajo número 31, que los albaceas de Miguel Jácome recusaron, dentro del expediente originado por la petición de Pies Chacón, al Alcalde Ordinario de Tamalameque, pero que después desistieron de esa recusación mediante el convenio que suscribieron, por escritura pública, con Pies Chacón, el 19 de enero de 1793. Del contenido de esa escritura informan los albaceas al Registrador Fiel Ejecutor y Alcalde Ordinario de Ocaña, en memorial de la misma fecha, al manifestar que han convenido en separarse "de intervenir de modo alguno en el asunto de dichas tierras, deslinde, mensura y amojonamiento practicado por la Real Justicia de Tamalameque por Real Provisión expedida al intento...". Copia de la mencionada escritura aparece igualmente entre los documentos del legajo número 31, y en ella se dice que "entre los papeles del difunto (se refieren a Miguel Jácome) se encontró un título de mediados del siglo pasado, que contiene composición de barias tierras en distintos parajes, y dise que entre ellas es una fanega para asiento de casa y corral en la savana nombrada de San Juan de las Palmas". (Fl. 53).

La mensura de las tierras de La Loma pretendidas por Pies Chacón se principió el 17 de diciembre de 1792. En ese día se delimitó un lote que contenía cuatro estancias, cada una de treinta cabuyas de largo y quince de ancho, correspondiendo a cada cabuya una longitud de "setenta y seis varas de la tierra con sus pulgadas..."; pero se aclara que en algunos parajes no pudo tenderse la cuerda por impedirlo la 'maleza', las siénagas y los pantanos y por ello en tales lugares se calculó la distancia prudencialmente. Se dice, además, que de esas cuatro estancias tres eran de tierra alta, y la otra "de bagioz pantanales y anegadizos".

El día siguiente se pretendió la alinderación de varios playones, cuyos nombres se expresan en la diligencia; mas como no fue posible tender la cabuya debido a que ellos estaban inundados en unas partes y en otras llenos de maleza, se dejó a los agrimensores la facultad de regularlos "como lo hicieron computándolos por tres estancias...".

En virtud del desistimiento que de su oposición hicieron los albaceas de Miguel Jácome, Pies Chacón renovó su solicitud para que se le mercedaran las tierras, y como se le exigió la presentación de la escritura contentiva de dicho desistimiento, la llevó al expediente. Mas entonces se dispuso: "Líbrese emplazamiento a la parte de los que sean legítimos herederos de don Miguel Jácome Morineli, en atención a que resultan del expediente haver tenido el difunto documentos de propiedad en las tierras de que se pide merced e igualmente, al Presbítero don Lope María Tafur por razón de la Capellanía que tiene en las tierras". (Fl. 51 del legajo). Este proveído fue notificado el 9 de junio de 1795.

Entre los documentos de que se viene hablando obra también una Real Provisión fechada el 9 de abril de 1793 en la que, atendiendo la petición de Simón Jácome para que se le amparase en la posesión que de las tierras de La Loma tenía él como albacea de Miguel Jácome, se ordenó averiguar si ellas eran realengas, y llevar a cabo la medición y amojonamiento de las mismas, y se dispuso que tales diligencias se agregaran a las concernientes a la petición de las mismas tierras hecha por Pies Chacón, y ocurrido esto fueran devueltas a la Audiencia.

Por último aparece un contrato de compraventa, bastante deteriorado, en el que manifiestan los herederos de Simón Jácome que han vendido a Antero Lemus las tierras llamadas San Bernardo: y varias declaraciones recibidas en el Juzgado Municipal del Distrito de San Bernardo, por petición de Juan E. Lemus formulada el 14 de diciembre de 1871, en las que se hace referencia a la construcción de un camino en las precitadas tierras y al tránsito de gentes por él. Por el mal estado del documento en mención no es posible saber el mes en que fue suscrito, pues sólo puede leerse 31 de 1871.

Estas son las diligencias que forman el legajo número 31. El número 32 lo constituye la escritura pública de fecha 7 de junio de 1859, pasada ante el Notario del Circuito de Ocaña, por la cual Antero Lemus vende a su hermano Justo Eustaquio Lemus unas tierras denominadas Santa Ana de La Loma que se componen de una parte alta y otra baja, compradas por el vendedor en julio de 1837 a los herederos de su abuelo Simón Jácome Morineli. Este instrumento fue registrado en Ocaña el 10 de junio de 1859, y en Río de Oro el 18 de noviembre de 1871.

Del cuidadoso estudio que de todos estos documentos ha hecho la Sala se deduce, sin lugar a duda, que ninguno de ellos constituye el título en virtud del cual hubieran salido del patrimonio de la Corona Española o del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, las tierras de que trata la demanda; y que tampoco acreditan ellos la existencia de dicho título puesto que para este fin los documentos deben ser plenamente demostrativos de la existencia de aquella antigua titulación. (Artículo 36, ordinal a), Código de Petróleos).

Efectivamente: en los expedientes que las Reales Provisiones ordenaron formar, primero con motivo de la solicitud de Pies Chacón para que se le mercedaran los terrenos de La Loma, y luego con fundamento en la petición de Simón Jácome en el mismo sentido, los cuales se dispuso acumular, se trató de establecer si este último tenía título válido de la propiedad que alegaba, o si las dichas tierras eran realengas, como lo sostenía el primero. Ninguna de tales comprobaciones adujeron las partes y por eso el caso quedó sub judice. La mensura es apenas una diligencia en la tramitación regular de aquella controversia, llevada a cabo, especialmente, para determinar la zona entonces en litigio; pero esa mensura no demuestra que el globo de La Loma perteneciera legalmente a Miguel Jácome o a sus sucesores.

Las afirmaciones hechas en algunos testimonios y en el concepto del Procurador sobre la calidad realenga de las tierras pretendidas, eran elementos de valoración en aquel pleito.

Lo que expresa el auto notificado el 9 de junio de 1795 al disponer que se emplazara a los herederos de Miguel Jácome "en atención a que resultan del expediente haber tenido el difunto documentos de propiedad en las tierras de que se pide merced..." no acredita la existencia de tales documentos, porque para ello es indispensable que se relacionen su fecha, origen y demás condiciones que los especifiquen. Fuera de esto el aludido auto no es, para este fin, un documento público emanado de autoridad competente, como lo exige el precepto del Código de Petróleos, antes citado. Y lo mismo puede decirse en relación con lo expuesto por testigos en cuanto a la afirmación que Miguel Jácome hacía de poseer títulos de propiedad, y lo que sobre el mismo particular manifiestan los albaceas en la escritura de desistimiento atrás nombradas, pues son vagas referencias, hechas aquellas en exposiciones personales y contenidas las últimas en un instrumento público que proviene de parte interesada.

Si, pues, no se ha traído a los autos el título originario del Estado del cual pueda provenir la propiedad del demandante en el terreno litigioso, ni se ha acreditado por los medios legales la existencia de dicho título, forzosamente se concluye que la pretendida determinación de las tierras carece de todo fundamento, porque sin dicha titulación no es posible establecer, como antes se dijo, si el predio mencionado en el título de propiedad actual está comprendido en todo o en parte en el que el título antiguo debe determinar, y abarcando, a su vez, total o parcialmente, por la zona que demarca la propuesta de exploración y explotación: y entonces falta el principal requisito para que pueda prosperar la acción de dominio que en el presente negocio se controvierte, ya que reconociendo la ley (artículo 5º del C. de Petróleos) como de propiedad particular "el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873...." es claro que lo primero que debe establecerse es la exacta ubicación de esos terrenos para determinar así también "el objeto del derecho", esto es el subsuelo petrolífero sobre el cual recae la dicha acción. A este respecto esta Sala de Negocios Generales ha dicho:

"Para los fines de un juicio sobre propiedad privada del petróleo y por lo que toca con la determinación del terreno, nada se consigue con saber que existen realmente las tierras a que se refieren los títulos actuales de los demandantes y que ellas hayan sido localizadas por medio de inspección ocular y dictamen pericial practicados, si no se puede relacionar esa propiedad particular con el origen que se le atribuye". (Fallo, marzo 9 de 1955, G. J. Tomo LXXIX, pág. 1039).

"Es verdad que se practicó una inspección ocular en el juicio, durante la cual se reconocieron varios sitios, pero el estudio de los peritos no se refirió en modo alguno a la ubicación de las tierras indicadas en las mercedes, como tampoco se les interrogó sobre aquello. Hállase por tanto desprovisto el juzgador de elementos de juicio que ilustren en el particular y que sirvieran para deducir dónde se localizan las adjudicaciones coloniales.

"La conclusión a que se llega del precedente estudio sobre la determinación de los terrenos objeto de la demanda, es que nada se consigue para los fines de este juicio con saber que existen realmente las tierras a que se refieren los títulos actuales de los demandantes y que ellas hayan sido localizadas, como se pretende, por medio de la inspección ocular y dictamen pericial practicados, si no se puede relacionar esa propiedad particu-

lar con el origen que se le atribuye. En efecto, en el dictamen pericial no se estudió esa relación, ya que los peritos no tuvieron en cuenta para nada los títulos de los terrenos mercedados, limitando su labor a establecer la determinación de los linderos de la propiedad 'Reyes Mutualidad', de acuerdo con los títulos posteriores a 1873, y más concretamente a la descripción de linderos hecha en el libelo de demanda". (Fallo, abril 13 de 1955, C. J. Tomo LXXX, pág. 172).

"Los presupuestos de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos son, en su orden:

"1º—Propiedad actual de los actores en el período de la prescripción extraordinaria, referente a las tierras en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo de que se trata:

"2º—Título proveniente del Estado que acredite que las tierras de que se trata salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

"3º—Determinación precisa del terreno en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa;

"4º—Determinación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; y

"5º—Superposición de áreas entre la señalada en la propuesta de contrato, la del título proveniente del Estado y la de los terrenos en cuyo subsuelo se alega propiedad privada del petróleo.

"Por consiguiente, cuando no está legalmente demostrada en el juicio la propiedad actual del demandante sobre el inmueble en cuyo subsuelo se encuentra el petróleo objeto de la acción de dominio, no se requiere avanzar en el estudio de los otros presupuestos". (Sentencia, mayo 12 de 1955, G. J. Tomo LXXX, página 564).

Ahora: con respecto a la petición segunda (subsidiaria) de la demanda, acerca del reconocimiento a favor de los actores de la propiedad del petróleo y demás hidrocarburos "que existan o puedan existir en el subsuelo del globo de terreno antes determinado por haber adquirido el predio en mención sus antecesores en el dominio del mismo, por prescripción cumplida antes del veintiocho (28) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873), se considera:

Los hechos antiguos en que se apoyan los actores para alegar la justa prescripción debieron ocurrir en vigencia de las Cédulas de San Lorenzo y de San Ildefonso, expedidas en los años de 1754 y 1780, respectivamente, toda vez que se sostiene en la demanda que la posesión de Miguel Jácome data por lo menos de 1776. La primera de tales Cédulas contempló dos clases de posesión u ocupación sin título: la antigua y la reciente o nueva. La posesión protegida como medio para llegar al dominio requería que fuese antigua y que se justificara. De esa manera dicha posesión se reconocía como título de justa prescripción.

La Cédula de San Ildefonso dispuso no inquietar a los poseedores de tierras realengas "en aquellas que actualmente disfrutan y de que están en posesión, en virtud de correspondientes títulos de venta, composición con mi Real Patrimonio, contrato particular, ocupación, u otro cualquiera que sea capaz de evitar la sospecha de usurpación...". Desde luego, el título de justa prescripción quedaba comprendido entre aquellos de que habla la Cédula como suficientes para evitar la sospecha de usurpación, y por lo mismo es obvio que la posesión de las tierras realengas, por sí sola, no daba la propiedad. Era indispensable que esa posesión fuera legítima.

Se ve, pues, que al expedirse la Cédula de 1780 regían, con respecto a las posesiones por ocupación, los principios consagrados en la Cédula de 1754 según los cuales, como ya se dijo, a los poseedores sin título les bastaba la justificación de su antigua posesión cuando se trataba de ocupantes antiguos. Si la ocupación era reciente, la posesión se legitimaba por la composición.

En lo relativo a las tierras baldías que pertenecían a la Corona cuando entró a regir la Cédula de San Ildefonso, ésta dispuso que se concedieran "graciosamente" a quienes las quisieran para desmontarlas y cultivarlas con pastos o con siembras, lo que debían hacer en el preciso término que se les señalara, pues de lo contrario perderían el derecho y se adjudicarían a otros. Debían ponerse linderos fijos y durables para conservar la medida y posesión.

Sobre estos puntos expresó la Corte las siguientes conclusiones al estudiar ampliamente en fallo de 5 de agosto de 1942 (G. J. número 1987) las normas que en el período colonial regularon el régimen de la propiedad:

"La justa prescripción, ya se ha visto, deberá concretarse o predicarse respecto de una área de terreno explotado económicamente. La posesión por justa prescripción tenía origen en un repartimiento o en otra entrega oficial por parte del Soberano de tierras realengas, para los fines de su cultivo y aprovechamiento económico. De la justa prescripción nada dijo la Cédula de 1780, pero ella estaba vigente entonces, como institución jurídica, y siguió vigente después..." (página 871).

"La explotación económica de las tierras rea-

lengas se halla vinculada en su origen a la obligación que tomaron a su cargo los adquirentes de tierras en repartimiento, pues estaban sujetos al deber de cultivarlas y de hacer en ella su residencia, por un tiempo no menor de cuatro años. Pero desde su origen este fenómeno jurídico, que se ha llamado prescripción **sui generis** de derecho público, por su semejanza con la prescripción de derecho civil, lleva consigo la limitación de la tierra concedida, a aquello que se cultivaba o explotaba económicamente... Conforme a las deducciones ya hechas, la explotación de las tierras realengas debía producir la incorporación en el patrimonio particular de la que se hubiese recibido en repartimiento con la obligación de cultivo, y además la de justificar esa antigua posesión". (Pág. 903).

"En el régimen colonial la explotación económica de las tierras realengas ocupadas sin título anterior de la autoridad pública obtenido en repartimiento que diese base a perfeccionar el dominio mediante el cultivo, o respecto de tierras simplemente ocupadas y explotadas, no constituyó, por sí sola, un medio para llegar a la propiedad". (Pág. 921).

"En 1754, ya se vio, la posesión antigua se respetaba para que el poseedor justificase o demostrase esa antigua posesión; el amparo que se le daba en razón de encontrarse en el caso de una justa prescripción; la posesión y el amparo se hallaban subordinados al cultivo de la tierra, pues si éste no se hacía, la tierra pasaba a otras manos. Y la posesión reciente se respetaba para que el interesado pudiese presentarse a obtener composición, entendiéndose por poseedor reciente el que ocupaba la tierra por un tiempo menor de diez años. El poseedor de diez años tenía un título o derecho para presentarse a composición; el poseedor antiguo —no se sabe de cuánto tiempo— tenía asimismo un derecho a título de justa prescripción". (Pág. 923).

De las precedentes consideraciones resalta, en primer término, que las tierras sobre las cuales pueda alegarse posesión antigua como título de justa prescripción, no son las que voluntaria y caprichosamente se hubieran escogido y ocupado, sino aquellas recibidas por repartimiento o por otra entrega oficial; que, de otra parte, debía determinarse el área de ellas, explotada económicamente; y que, finalmente, se requería justificar esa antigua posesión.

Ante estos requisitos se procede a analizar el caso en estudio.

Ninguno de los documentos antiguos cuyo contenido se deja compendiado en párrafos precedentes, establece el origen de la posesión del globo de La Loma, por parte de Miguel Jácome. Apenas se hacen en ellos vagas referencias a la antigüedad y forma de dicha posesión, y por lo tanto se ignora de dónde emanó el derecho de Jácome para ocupar aquellas tierras. De ahí que tampoco se encuentre demostrada la justificación que éste o sus inmediatos sucesores hubieran hecho de tal posesión. Esto fue, precisamente, lo que se quiso investigar y decidir con motivo de la solicitud de Pies Chacón, primero, y la de uno de los albaceas de don Miguel, después; y los procesos o informaciones quedaron —ya se dijo— sin fallar, o al menos no se trajo al presente juicio la providencia que la autoridad correspondiente dictara para finalizarlos. Y ante esa ausencia de pruebas al respecto, tampoco es ahora jurídicamente posible reconocer, como lo pretenden los actores, que Miguel Jácome ocupó legítimamente los susodichos terrenos en virtud de repartimiento u otra entrega oficial de los mismos. La falta de este requisito disloca, pues, la estructuración jurídica del derecho que los demandantes alegan para que se haga la declaración subsidiaria pedida en la demanda.

En cuanto a la explotación económica también es deficiente la prueba aducida, porque las referencias a esa explotación hechas por los testigos y consignadas en los documentos antiguos precitados, no son, como se requiere, precisas y concretas, sino muy vagas y generalizadas. Fuera de que algunas de esas referencias aparecen hechas por parte interesada. Es indispensable, en estos casos, comprobar con hechos reales, objetivos, la forma como se ha llevado a cabo la explotación, ya mediante el empleo de elementos agrícolas, la existencia de plantaciones o sementeras, el mantenimiento o cría de ganados, etc., hechos estos que no aparecen suficientemente demostrados en autos. Efectivamente sobre este particular se advierte:

De los testigos que declararon dentro del expediente a que dieron origen las peticiones de Pies Chacón y de los albaceas de Miguel Jácome, unos dicen que los playones y tierras de La Loma habían estado ocupados con ganado vacuno y caballar; que Miguel Jácome impedía que los animales de Pies Chacón pastaran en esos predios, en los cuales dejó aquel, al morir, varios semovientes de su propiedad; y que anteriormente aquellos terrenos habían sido ocupados por otros dueños. Otros afirman que las dichas tierras y playones eran realengas y en esta afirmación se apoyó el Procurador que intervenía en aquel litigio, para dar concepto favorable a la solicitud de Pies

Chacón, precisamente porque tal aseveración estaría demostrando la inexistencia de la explotación económica por parte de Miguel Jácome.

El certificado del alcalde ordinario de Tamalameque, en el que se relacionan las diligencias ejecutivas contra la sucesión de Miguel Jácome, expone algunos hechos como el avecindamiento de éste en el sitio del curato de San Bernardo el año de 1776; el matrimonio del mismo; las funciones de Jácome como alcalde ordinario; su traslado a la casa de la hacienda por haberse caído la del "sitio"; el viaje a Ocaña dejando en la hacienda la mayor parte de los esclavos, y la muerte del citado Jácome ocurrida en febrero de 1792; la venta de algunos animales hecha por el mayordomo de don Miguel, y el compromiso adquirido por los albaceas de pagar lo que se debía de principal e intereses al curato de San Bernardo con motivo de la Capellanía constituída por el mismo Miguel Jácome. Es de anotar que estos hechos se relacionan en el certificado tomándolos de las alegaciones de las partes en el ejecutivo mencionado.

En la escritura de desistimiento suscrita por los albaceas y Pies Chacón, ya relacionada, se habla de la ocupación de los terrenos con ganados de Miguel Jácome, e igual afirmación contiene el auto de la Real Audiencia por el cual se dispuso acumular las peticiones de Pies Chacón y Simón Jácome. Claro está que este proveído no demuestra, por sí solo, lo que él expresa, puesto que precisamente todos los ordenamientos de aquel antiguo pleito tenían por objeto averiguar si en realidad Miguel Jácome había poseído y explotado las tierras sobre las cuales se seguía dicho litigio.

Hablan también varios testigos de la Capellanía constituída por Miguel Jácome, y a ella se alude igualmente en algunas providencias y documentos. Pero, si bien es cierto que las Capellanías son indicios muy vehementes de explotación económica, no se ha demostrado la existencia de la que en el presente negocio se pretenda hacer valer.

Todas estas referencias a la explotación económica de las tierras de La Loma son, se repite, procedentes unas de ellas de los albaceas y herederos del causante Miguel Jácome, y todas carentes de concreción y precisión. Mas aún aceptando que Miguel Jácome y sus sucesores hubiesen ejercido actos de verdadera explotación económica en las tierras de La Loma, quedaría por demostrar si esos actos recayeron en todo el globo así denominado, o sólo en parte de él. Porque ya se ha visto que otro de los requisitos indispensables para que la posesión antigua pueda alegarse como título de justa prescripción, es la determinación del área explotada económicamente. Sobre este particular los elementos de juicio dejan mucho que desear, como en seguida se verá.

El globo de tierars de La Loma, que estaba formado por sabanas y playones, no aparece plenamente determinado por sus linderos, puesto que la mensura tantas veces nombrada, que se practicó dentro del pleito entre Pies Chacón y los herederos de Miguel Jácome, se hizo, en cuanto a los playones se refiere, calculando su extensión, sin ningún fundamento, pues no fue posible "tender la cuerda"; y en cuanto a las sabanas también se procedió mediante cálculos en algunos puntos. De ahí que la determinación del predio, pretendida por los peritos, no pueda estimarse como prueba fundamental, porque ellos tomaron como base aquella antigua mensura que, por las deficiencias anotadas, mal podía servirles para encontrar la ubicación exacta de las tierras en las que, según la demanda, ejerció Simón Jácome actos de posesión. Con todo, aun cuando tales tierras se hallaran dentro del presente negocio claramente determinadas, ello no conduciría a declarar que a título de justa prescripción salió todo ese terreno del patrimonio de la Corona, pues sólo sobre el área explotada adquiría dominio el poseedor.

En resumen, no hay en los autos fundamento para acceder a la petición subsidiaria formulada en la demanda, porque no se hallan satisfechos los requisitos indispensables para estructurar, de acuerdo con los preceptos legales de la época colonial, el dominio de los actores sobre el antiguo globo de La Loma, en virtud de justa prescripción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones hechas en la demanda y en consecuencia ABSUELVE a la Nación de los cargos formulados contra ella.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

Estudio de Derecho.—Memorandum de observaciones al Proyecto de Código Judicial, por el Profesor Alvaro Pérez Vives..... 337

SALA DE CASACION CIVIL

Presupuestos procesales.—Demanda en forma. Cosa juzgada material—Perjuicios—La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona y en su lugar confirma el de primer grado, dictado en el ordinario sobre uso de una marca de comercio y de fábrica, adelantado por "Confecciones El Roble Limitada" contra Cote & Compañía Limitada y Juan B. Cote.—Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar..... 344

Acción de dominio.—Modo como la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa a través de distintas acciones.—Para el éxito de la acción reivindicatoria es necesario que quien la ejercite compruebe la propiedad de los bienes reclamados, la identidad de la cosa o cosas y la posesión de las mismas por parte de los demandados.—Situaciones a que puede dar lugar el ejercicio de la acción reivindicatoria.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre propiedad de un inmueble adelantado por Efraín Rodríguez Rojas contra Olga Marina Zárate. Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 355

Filiación natural. — Relaciones sexuales estables y notorias. — Autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Justiniano Chamorro contra Argemiro Lemos Pérez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas V..... 363

Filiación natural. — Legitimación en causa.—Como los fallos absolutorios no son incongruentes con las pretensiones de la demanda, no es procedente impugnarlos por medio de la causal segunda de casación.—La acción para que se declare la paternidad natural, puede instaurarse contra el presunto padre mientras viva, o a falta de éste contra sus herederos.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, y en su lugar confirma el de primer grado dictado en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Alfonso Duarte o Alfonso Gómez Duarte contra Adelina Cely v. de Gómez y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán 370

Incongruencia.—Regla o principio general que la rige.—Distinción entre las tres clases.—A diferencia de las demandas, el fallo del Juez puede ser implícito y genérico, pero siempre que sea posible la determinación y reconstrucción del pensamiento del juzgador, consignado allí.—Baldíos.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, y en su lugar se confirma el dictado por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartago, en el ordinario reivindicatorio adelantado por María Elvira Betancourt v. de Carmona y otro contra Jesús Antonio López.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 377

Nulidad de un contrato.—Error de hecho.—En qué consiste.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Antonio Guarín Estrada contra Miguel Angel Henao, sobre nulidad de un contrato.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán..... 385

Errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.—Cuándo existen.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Su-

Págs.

perior de Cartagena, en el ordinario sobre dominio de un inmueble adelantado por Zhaiter J. Chalela y otro contra Hernando Urzola Sierra. — Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 392

Filiación natural. — Cuando el juicio se adelanta contra el presunto padre, la sentencia tiene efectos erag omnes, no así cuando se sigue contra los sucesores o herederos del presunto padre, porque entonces sólo afecta, para los mismos efectos, a las personas que intervinieron en el litigio.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre filiación natural, adelantado por Idalí Herrera contra la sucesión de Juan Bautista Guerrero. Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 397

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Pablo Emilio Manotas en el fallo anterior..... 405

SALA DE CASACION PENAL

Nulidades procesales.—Nulidad en el jurado. Cuando se trata de casar una sentencia con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., tal nulidad debe comprender a todos los procesados por el mismo delito.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la causa seguida contra Segundo Isaac Correa por el delito de homicidio, y se declara una nulidad de lo actuado desde el auto que señaló fecha para el sorteo de Jurados.—Magistrado Ponente: Dr. Elberto Téllez Camacho 409

Prevaricato.—Abuso de autoridad.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en favor del doctor Fernando Abello Lobo. Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 420

Detención arbitraria. — Dolo genérico y dolo específico. — Cuándo se puede decretar la detención.—Conveniencia de dictar por separado esta decisión del auto de proceder. Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en favor del doctor Ignacio Meléndez Piñeres, por los cargos que se le imputaron. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 422

Cambio de radicación. — Motivos que deben demostrarse.—Diferencias entre las causales de impedimento y los motivos que dan lugar al cambio de radicación.—El parecer de corresponsales y cronistas ajenos a la realidad procesal no puede tener ningún valor jurídico.—Se conceptúa que no es el caso de cambiar de radicación el proceso que se adelanta a Marco Antonio Ruiz Cadena, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve... 427

En el homicidio la diligencia de autopsia no es prueba única para determinar el fallecimiento de una persona y su causa.—El juzgador, para determinar la pena en concreto, debe apreciar la gravedad y modalidades del hecho delictuoso.—Para computar la 9ª circunstancia del artículo 38 del C. P. es necesario que se llenen los requisitos allí señalados.—Premisas necesarias para que pueda producirse el fallo.—Es esencial en casación, para debatir, que haya argumentación y prueba, no simple afirmación del recurrente.—La Corte no invalida el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado a Daniel Oviedo Beleño, por el delito de violencia Carnal en el grado de tentativa.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 430

Prevaricato, falsedad en documentos públicos, violación de la reserva del sumario y abuso de autoridad.—Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el proceso que por los cargos de prevaricato, falsedad en documentos públicos, violación de la reserva del sumario y abuso de autoridad, se adelantó al doctor Antenor Barbosa Avendaño. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 437

Peculado.—Cuándo el funcionario público comete este delito.—El acta de una visita fiscal, por el hecho de practicarse por un empleado público en ejercicio de sus funcio-

Págs.

nes, tiene el carácter de documento público. La visita fiscal contempla los manejos que haga el empleado responsable de los dineros o efectos oficiales puestos bajo su custodia, no la persona física del funcionario. La presencia en el informativo de los dictámenes o exposiciones del perito fiscal constituyen base suficiente para que el Juez apoye su sentencia. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso que se adelantó a José Antonio Rosero Arismendi, por el delito de peculado. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 441

Recurso de revisión. — Mientras no obre en autos copia del informe secretarial que se dice falso y que condujo al emplazamiento y declaratoria de reo ausente, no se puede afirmar que se impidió el ejercicio del derecho de defensa pleno y, consiguientemente, tampoco puede decirse que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.—Se niega la revisión de la causa que por el delito de hurto se siguió a Alberto Bejarano B., en el Juzgado 9º de este Circuito y en el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 447

Máximo de pena que debe tenerse en cuenta para decidir de la admisibilidad de un recurso de casación cuando del juicio conoció en primera instancia un Juez de Circuito. Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso que se adelanta a Azael, Argemiro y Marco Fidelio Burbano, por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 450

Detención arbitraria. — No hay delito cuando la detención se lleva a cabo de acuerdo con la ley.—Falsas imputaciones a las autoridades.—Quien demanda no adquiere la obligación de probar los cargos. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso que se adelanta por el delito de detención arbitraria al doctor Fabio Calderón Botero.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 452

Quiebra.—Detención arbitraria.—No hay delito cuando la detención se produce como consecuencia de la aplicación del Decreto número 750 de 1940.—Se reforma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el proceso que se adelanta a Cleofas Delgado M., por el delito de detención arbitraria, y se ordena cesar todo procedimiento en contra del mencionado Delgado M.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 456

Apoderados.—Nombramiento y facultades que la ley les confiere. — Abuso de autoridad.—Acto arbitrario.—Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso que se adelanta al doctor Juan B. Espinosa, en cuanto ordena cesar todo procedimiento contra éste, porque los hechos que se le imputan no los considera la ley como infracción penal.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 458

Lesiones personales. — Confesión indivisible. Legítima defensa.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso que se adelanta al doctor José Sánchez Rozo, por los delitos de lesiones personales, abuso de autoridad y detención arbitraria. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 461

Veredicto contraevidente.—Cuándo es procedente su declaratoria.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso que se adelanta a Andrés Avelino Sánchez Buriticá, por el delito de homicidio agravado. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 464

Falsificación de moneda.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso que se adelanta a Edgar Eduardo Ibarra, por el delito de falsificación de moneda.—Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 467

Págs.

Cambio de radicación.—Falta de seguridad en los establecimientos carcelarios. — Se emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso que por un doble delito de homicidio se adelanta contra Guillermo Granada Galeano y Luis Gilberto Lugo Valencia.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 470

SALA DE CASACION LABORAL

Despido del trabajador con justa causa del patrono—Interpretación de las cláusulas del contrato de trabajo.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional de Bogotá, en el ordinario laboral de Siegfried Wiegandt contra Jack Temel, propietario del Restaurante "Temel" de Bogotá.—Magistrado Ponente: - Dr. Sergio Antonio Ruano 472

Pensión de jubilación y cesantía por más de veinte años de servicios.—Manera de computar el tiempo para estas prestaciones.—Interpretación de los artículos 260, 261 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por María Dolores Arango contra la Compañía Colombiana de Tejidos (Coltejer).—Magistrado Ponente: Dr Miguel Antonio Constaín.. 489

Técnica de casación.—Planteamiento ineficaz de acusaciones por error de hecho.—Alegación por vía directa de asuntos que fueron decididos con base en el material probatorio. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por José Vicente Laverde contra la Compañía Salinera de los Andes. — Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón..... 494

Empleados de confianza o de manejo.—Determinación de esta categoría de empleados.— La Corte casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Visitación Rodríguez Caro contra Hernán Posada Olarte, propietario de la floristería "Floralia". — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán..... 500

Confesión.—La apreciación de este medio probatorio en el sistema laboral.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Misael Vásquez Perilla contra Angel María Caballero Gil.—Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón... 506

Solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario del trabajo respecto del pago de las prestaciones sociales de los trabajadores.—La Corte casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el ordinario laboral adelantado por Eliseo Gómez contra Anselmo Amaya y solidariamente con él a la Colombian Petroleum Company Co. — Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 511

El pago hecho por medio de cheque a favor del trabajador de lo que el patrono crea deberle a la terminación del contrato, lo exonera de la indemnización por mora.—Este pago puede hacerse por la suma a que se le condene en primera instancia cuando la sentencia fuere apelada.—El examen médico y correspondiente certificado sobre la salud del trabajador al terminar el contrato, no salva al patrono de pagar auxilios por enfermedad.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Joaquín Agudelo N. contra la empresa denominada "Compañía de Gaseosas Lux, S. A." — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán..... 518

Los "salarios caídos" en los contratos de trabajo con la administración.—El derecho al reintegro del trabajador despedido en la legislación laboral colombiana.—La condición resolutoria en el contrato de trabajo.—Naturaleza jurídica de las Cajas de Previsión: la mora de éstas en la cancelación de prestaciones sociales hace incurrir a la entidad de derecho público en la obligación de pagar la indemnización correspondiente.—Interpretación del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y del Decreto 797 de 1949.—Se casa

Págs.

parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Abraham Muñoz Parra contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 526

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Juan Benavides Patrón, en el fallo anterior..... 538

Se reitera la jurisprudencia de la sentencia anterior sobre interpretación del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 y del Decreto 797 de 1949.—Interpretación errónea de la ley. Técnica de casación.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por José Gregorio Martínez contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 540

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Juan Benavides Patrón, en el fallo anterior..... 547

La reformatio in pejus se presenta cuando el juzgador de segunda instancia agrava la situación del único apelante y la extra y ultra petición cuando el de primera instancia condena a más por fuera de lo pedido por el trabajador. — La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en el ordinario laboral adelantado por César Salamanca Bedoya contra Pedro Moreno Aldana.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán..... 549

Subordinación.— Cómo deben examinarse las probanzas relativas a la existencia del contrato laboral, por virtud de la presunción del artículo 24 del C. S. T.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Alberto Cañas Rivas contra la empresa denominada Platerías Colombiana de E. Gutiérrez Vega S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón..... 554

La condena por salarios caídos. — Reintegro del trabajador despedido unilateralmente. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó, en el ordinario laboral adelantado por Manuel Rogerio Hinestroza contra el Municipio de Quibdó. — Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 560

Cuando el contrato de trabajo se ha prolongado por más de veinte años, el último año, para efectos de jubilación, es el vigésimo de servicios. — Efecto retroactivo y retrospectivo de las leyes laborales.—Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo cuando la veintena de servicios es anterior a su vigencia.—El reintegro de lo recibido por cesantía puede hacerse descontando una cuota o porcentaje de las mesadas de jubilación. En este caso, el trabajador no goza simultáneamente de las dos prestaciones. — El trabajador que no ha llenado los requisitos para obtener la pensión, puede solicitarla para que se le pague desde que los haya completado.—La notificación de esta solicitud puede hacerse en forma privada. — La Corte casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Blanca Bernal Castro contra la empresa denominada J. V. Mogollón y Cía. de Bogotá, Ltda.—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 564

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Juan Benavides Patrón, en el fallo anterior..... 577

Seguro de vida.—Cuándo cesa la obligación de pagarlo.—Prueba de la relación entre la enfermedad y la muerte del trabajador.— La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, en el ordinario laboral adelantado por Candelaria Viloria, en su carácter de heredera y beneficiaria forzosa de Rafael Viloria Escobar contra Rafael León Labarcés.—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 579

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Incidente de regulación de perjuicios.—Comprobado plenamente que el lucro cesante se produjo, y careciéndose de base para determinar su cuantía, se considera que aquel perjuicio está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como

Págs.

monto del daño emergente. — Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el incidente sobre regulación de perjuicios adelantado por la sociedad "Transportes Marbella Ltda." contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 584

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Camilo Rincón Lara, en el fallo anterior..... 590

En juicio de indemnización de perjuicios por trabajos públicos, el actor debe demostrar los elementos axiológicos de la acción.—El lucro cesante en esta clase de acciones.— La Corte hace algunas de las declaraciones formuladas en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, adelantado por Fortunato Garcés Valencia contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 591

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Camilo Rincón Lara, en el fallo anterior..... 599

Error grave.—Alcance jurídico de esta expresión.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por Tulia Muñoz y otra contra el Departamento de Antioquia.—Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo..... 602

Págs.

La determinación de los terrenos materia de la demanda sobre dominio petrolífero, es requisito fundamental para la prosperidad de la misma. — Se deniegan las peticiones formuladas en las demandas acumuladas de los señores Alberto Barrios Bosch y otros y Julio Ramírez Yáñez, y, en consecuencia, se absuelve a la Nación de los cargos formulados en las mismas. — Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo..... 608

Requerimientos prejudiciales al Gobierno de la Nación.—No se accede a verificar el solicitado por el General Jorge Martínez L.— Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 630

En las acciones de dominio referentes al subsuelo petrolífero y con preferencia a los otros hechos cuya demostración ellas requieren, es indispensable determinar la ubicación y linderos del predio porque sin esa comprobación no es posible saber con certeza si dicho predio se halla comprendido dentro del área señalada por los títulos primitivos.—Se niegan las peticiones hechas en la demanda instaurada por la Sociedad Interdepartamental Mercantil, S. A. y Juan Uribe Holguín y otros contra la Nación.— Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 632



ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 414325.

—

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 414325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXV - BOGOTA, COLOMBIA. JULIO DE 1957 Número 2184

SALA DE CASACION CIVIL

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION

En muchas ocasiones ha insistido la Corte en que no es lo mismo la impugnación de una sentencia por interpretación errónea de disposiciones sustantivas, caso evidente de violación directa, con la infracción a un precepto del mismo orden al cual se llega por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, o falta de apreciación de éstas. En tratándose de dos cargos completamente diferentes, éstos exigen un planteamiento no sólo claro sino también en forma separada. De ahí que el recurrente, al acusar la sentencia por violación del artículo 2515 del C. Civil, no pueda aglomerar en un solo cargo la violación por interpretación errónea, la infracción indirecta por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, como tampoco la violación de varios preceptos, por falta de aplicación. De otro lado, al invocar como causas de infracción la interpretación errónea debe expresar cuál es en su opinión la interpretación correcta del precepto sustantivo que considera violado.

Los requisitos de orden técnico contenidos en el artículo 531 del C. J. tienen por objeto que el recurso de casación surta los efectos perseguidos por el legislador; unificar la jurisprudencia nacional, con el fin de que existan pautas claras, precisas y seguras en la interpretación y aplicación de los preceptos sustantivos, en primer lugar; y, en segundo, que las partes que se sientan afectadas con posibles yerros que se traduzcan en violaciones de la ley, tengan la oportunidad de impugnarlas y obtener el restablecimiento del derecho violado. Y una de las consecuencias más graves, cuando existe confusión o falta de precisión en el planteamiento de los cargos, consiste en que ese fenómeno anormal es fatalmente inhibitorio para la Corte, pues considerar, estudiar y resolver cargos en esas condiciones, implicaría un quebranto por parte de la Sala de las normas fundamentales que reglamentan el recurso.

Yerra el recurrente cuando aplica un criterio antitécnico en relación con la estructura de los juicios civiles y de los verdaderos alcances de los principios procesales. La primera, la configuran las etapas indicadas por la ley adjetiva, para el desenvolvimiento de la relación procesal ya que todas esas etapas y su reglamentación procesal, tienen inspiración en el artículo 26 de la Constitución. Y del mismo modo, los principios del proce-

dimiento, no vienen a ser cosa distinta a un conjunto de preceptos que en la legislación ordinaria reglamentan dicho canon. Lo que no es exacto, es que esa reglamentación que al fin y al cabo tiene que ser puramente formal y objetiva, tenga que detenerse a examinar a fondo la actuación de las partes o de sus representantes en un proceso civil, en el que se tiene en cuenta su conducta externa y no sus móviles íntimos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio tres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario de Clementina Peláez contra Carlos Materón y otro, de fecha 26 de abril de 1955.

Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 27 de 13 de enero de 1926, otórgada en la Notaría 1ª del Circuito de Buga, el señor Roberto Córdoba adquirió un lote de terreno, situado en el área urbana de la ciudad, por medio de contrato de compraventa celebrado con el señor Próspero Correa.

El señor Córdoba, por medio de la escritura pública número 207, de la misma Notaría 1ª de Buga, se constituyó deudor del señor Alfredo Becerra, por la cantidad de seiscientos pesos moneda legal ($ 600.00 m. l.), con seis meses de plazo; y, como garantía de la obligación de pago, constituyó, por medio de la misma escritura, hipoteca en favor del acreedor sobre el inmueble que se menciona en el aparte anterior. Fallecido Becerra, el crédito y su garantía hipotecaria fueron adjudicados en el juncio mortuorio a las señoras Sara, Ana Francisca y Mercedes González; quienes, a su vez, lo cedieron al señor Carlos Materón S. el 25 de marzo de 1949.

El señor Materón, ya en posesión del crédito estableció juicio sobre venta o adjudicación del bien hipotecado, por medio de apoderado, en el Juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad de Buga; y, el ejecutante, remató el inmueble por cuenta del crédito, auto que fue aprobado por el mismo Juzgado y oportunamente registrado en la oficina de la misma ciudad.

El ejecutante ignoraba la residencia y el domicilio del ejecutado señor Roberto Córdoba H.; el juez le designó curador ad-litem, con quien se adelantó el juicio y se llevó a su terminación. Como la señora Clementina Peláez, esposa de Córdoba, no se conformó con el remate y consideró que en la tramitación del juicio se habían pretermitido fundametales reglas de procedimiento, resolvió, por medio de apoderado, impugnar la validez de éste; y, al efecto, formuló demanda ordinaria contra los señores Carlos Materón Scarpetta, Sara, Ana Francisca y Mercedes González, en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga, en la que solicitó se declarara la nulidad del juicio, con fundamento en que la cesión del crédito con garantía hipotecaria, a cargo de Roberto Córdoba y en favor de las adjudicatarias Sara, Ana Francisca y Mercedes González, quienes lo traspasaron al señor Carlos Materón, no fue legalmente notificada al deudor; que el curador del ejecutado ausente, no propuso la excepción de prescripción extintiva de las acciones judiciales, tanto de la ejecutiva como de la ordinaria; y que el curador, doctor Medina Varona, renunció ilegalmente a la ejecutoria de la sentencia de pregón y remate, en el correspondiente juicio hipotecario. Extendió la demanda también, a la sociedad de San Vicente de Paúl, representada por el señor Alberto Arbeláez, por haber constituído hipoteca, posteriormente, Carlos Materón, en favor de esta institución, para garantizar una obligación por medio de la escritura pública número 1032, de 2 de septiembre de 1950, de la Notaría Primera del Circuito de Buga.

Son peticiones de la demanda las siguientes:

"1º—Nulidad del juicio que con acción hipotecaria estableció Carlos Materón contra Roberto Córdoba;

"2º—Que carece de valor como título de dominio el acta del remate verificada el 27 de enero de 1950 y el auto aprobatorio de éste;

"3º—Que el crédito con garantía hipotecaria que sirvió como fundamento al juicio con acción hipotecaria estaba prescrito cuando se inició el juicio de venta;

"4º—Que como consecuencia de las peticiones primera y segunda, el inmueble alindado y descrito en el hecho primero de la demanda, es de propiedad del señor Roberto Córdoba; y, que, en consecuencia, le debe ser restituído;

"5º—Que el demandado Carlos Materón debe entregar el inmueble mencionado, previa la cance-

lación del gravamen hipotecario que constituyó en favor de la Sociedad de San Vicente de Paúl;

"6º—Que los demandados deben pagar las costas del juicio".

Notificada la demanda y evacuado el traslado correspondiente, los demandados se opusieron a las peticiones; y, el Juzgado, desató la litis en sentencia de 10 de octubre de 1953, negando todas las súplicas contenidas en el libelo. El apoderado de los opositores en el juicio interpuso el recurso de apelación.

La sentencia del Tribunal

Tramitado el recurso, el Tribunal Superior de Buga confirmó en todas sus partes el fallo apelado, con los fundamentos que la Sala transcribe a continuación:

"Numerosos fueron los aspectos de este juicio estudiados por el Juez 'a-quo' en el fallo recurrido, conservando el orden en que fueron presentados por las partes; pero, indudablemente, es el referente al hecho de no haber alegado la prescripción de la acción y la extinción de la acción hipotecaria, por parte del curador ad-litem del demandado en el juicio especial cuya nulidad se trata, el aspecto principalísimo que aquí debate. Resuelto este punto de derecho, de la litis, la solución de los otros, que tienen un carácter secundario, son casi consecuencia del primero, y de fácil solución.

"Indudablemente es, conforme a lo dispuesto en el artículo 2515 del C. C. "que no puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar" y que los guardadores, en términos generales, y en armonía con el artículo 483 de la misma obra, no tienen facultad legal para enajenar los bienes raíces del pupilo de donde se puede deducir que está prohibida por la ley civil toda renuncia, expresa o tácita, que haga un curador de una prescripción que favorezca a su pupilo. Mas, no quiere decir lo anterior, que alcance a tener repercusión esa prohibición, hasta el extremo de causar la nulidad o invalidez de actos judiciales que en su desarrollo, ejecución y cumplimiento se ciñeron en un todo a las normas del derecho sustantivo y procedimental, como el juicio con acción hipotecaria de que aquí se trata, pues que no hay base jurídica ni legal que así lo autorice. Pero da lugar, ello sí, a una acción de perjuicios evidentes, que tenga como base de justicia y de derecho una responsabilidad civil contractual, encaminada ella contra la persona o las personas que del proceso resultaren responsables, bien como autoras de un hecho delictuoso, ya como culpables de acciones u omisiones que hayan sido fuente de perjuicios innegables que deban reparar. Sobre el particular es clara y terminante la tesis sostenida por el viejo maestro don Fernando Vélez, en sus conocidos comentarios al Código Civil, tesis que acoge esta Sala y que transcribe textualmente a continuación porque parece escrita en consideración al problema de que trata este proceso".

En síntesis, el Tribunal consideró que aunque en la omisión de no haber alegado la prescripción extintiva del curador y en otras actuaciones, puede haber lugar a deducir en contra de éste acción de reponsabilidad civil, la estructuración del proceso fue correcta, sin vicio alguno que pueda dar base para un pronunciamiento de invalidez o nulidad de ese juicio.

La demanda de casación

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, el que, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, dio lugar a la demanda de casación.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el apoderado recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal que la Corte resume así:

"1º—Violación directa e indirecta del artículo 2515 del C. C. por errónea interpretación; como consecuencia de esta violación el Tribunal Superior de Buga, dejó de aplicar los artículos 6º, 15, 1504, inciso 4º, 1505, 1740, 1741, 1743 y 1746 del C. C.

"2º—Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por falta de aplicación; y, no lo aplicó, porque no apreció algunas pruebas y a otras no les dio los alcances jurídicos que la ley les confiere, con lo cual incurrió el Tribunal en error de hecho y de derecho".

Estudio de los cargos

Primero

Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal es violatoria del artículo 2515 del C. C. por interpretación errónea; que como consecuencia de esta violación dejó de aplicar los artículos 6º, 15, 1504, inciso 4º, 1505, 1740, 1741, 1743, y 1746 del C. C.

En la fundamentación del cargo el recurrente afirma que el Tribunal violó el artículo 2515 del

C. C. "por evidente error de hecho en la interpretación de la demanda porque dejó de apreciar las copias de la demanda por el abogado del señor Materón S., en el juicio hipotecario que lleva fecha 29 de marzo de 1949 y la contestación que de tal demanda hizo el curador del ejecutado, que lleva fecha 29 de agosto de 1949, con lo cual violó los arts. 632 y también los citados antes (205, 593, y 737 del C. J.), documentos en los cuales consta la renuncia que de la prescripción hizo el curador; y el mismo error por haber dejado de apreciar la renuncia que de la ejecutoria de la sentencia de pregón y remate hicieron conjuntamente el curador y el abogado del actor en el proceso de acción hipotecaria y la inspección ocular que practicó el juzgado en varios expedientes en que figuraba como interesado el señor Carlos Materón y el doctor Varona Medina como apoderado suyo, dòcumentos que confirman la renuncia de la prescripción hecha por el curador, y por lo cual violó el supradicho artículo 632 y los 664 y 730 del C. J."

La Corte considera:

Se ha transcrito fielmente uno de los párrafos más sobresalientes del planteamiento del cargo, para que se vea la confusión y falta de precisión en que incurrió el recurrente, apartándose de los requisitos exigidos por el artículo 531 del C. J.

En efecto, el recurrente sostiene la violación directa e indirecta del artículo 2515 del C. C., por interpretación errónea; y, luego en su explicación, afirma que la violación se llevó a cabo por haber dejado de apreciar algunas diligencias y documentos de los cuales se desprende que el curador doctor Varona Medina, renunció expresamente la prescripción. En muchas ocasiones ha insistido la Corte en que no es lo mismo la impugnación de una sentencia por interpretación errónea de disposiciones sustantivas, caso evidente de violación directa, con la infracción a un precepto del mismo orden al cual se llega por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, o falta de apreciación de éstas. Se trata en este caso de dos cargos completamente diferentes, los que exigen un planteamiento no sólo claro sino también en forma separada. El recurrente sin embargo, al acusar la sentencia por violación del precepto sustantivo que se deja citado, aglomera en un solo cargo la violación por interpretación errónea, la infracción indirecta por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, como también la violación por los preceptos que cita, por falta de aplicación. Por otra parte, al invocar como causas de infracción la interpretación errónea no expresa cuál es en su opinión la interpretación correcta del precepto sustantivo que considera violado.

En reiteradas ocasiones, ha dicho la Corte, que los requisitos de orden técnico contenidos en el artículo 531 del C. J. tienen por objeto que el recurso de casación surta los efectos perseguidos por el legislador; unificar la jurisprudencia nacional, con el fin de que existan pautas claras, precisas y seguras en la interpretación y aplicación de los preceptos sustantivos, en primer lugar; y, en segundo, que las partes que se sientan afectadas con posibles yerros que se traduzcan en violaciones de la ley, tengan la oportunidad de impugnarlas y obtener el restablecimiento del derecho violado. Y una de las consecuencia más graves, cuando existe confusión o falta de precisión en el plnateamietno de los cargos, consiste en que ese fenómeno anormal es fatalmente inhibitorio para la Corte, pues considerar, estudiar y resolver cargos en esas condiciones, implicaría un quebranto por parte de la Sala de las normas fundamentales que reglamentan el recurso.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Segundo

Sostiene el recurrente que la sentencia acusada viola el artículo 26 de la C. N., por falta de aplicación que a esta violación llegó el Tribunal porque no apreció algunas pruebas; y, a otras, no les dio el alcance jurídico que la ley tiene previsto concederles, con lo cual el sentenciador cometió error de hecho y de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos.

En la explicación del cargo, el recurrente sostiene que "en el lugar en donde enfoce el Tribunal el análisis de la nulidad por la indefensión de la víctima el ejecutado que realmente lo fue se coloca en diversas posturas. Dice que la indefensión no produce nulidad y que como tales hechos, actuaciones u omisiones sólo son imputables a quienes las ejecutaron, producen la responsabilidad que aquí no se dicute; que no llegan a constituir una información sobre hechos delictuosos —que no sería fuente de derecho— ni son tampoco imputables a una sola persona, ni se ha demostrado que hubiera acuerdo entre los abogados y el Juez para delinquir, en favor de una de las partes".

La Corte considera:

La parte recurrente no logró demostrar los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las

pruebas, como supuestos para la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional; porque en realidad, ninguna de las fallas que anota son motivos de nulidad del juicio hipotecario contra el demandado Córdoba. El hecho protuberante y sobresaliente que el recurrente considera como no apreciado por el Tribunal, consiste en que el ejecutado "no tuvo en el juicio defensa de ninguna especie"; porque el curador que le fue designado, no actuó en consonancia con sus deberes, con fundamento en estos dos hechos; en primer lugar, porque renunció a la prescripción con que estaba amparado su pupilo; y, en segundo, porque el curador, de común acuerdo con el apoderado del ejecutante, renunció la ejecutoria de la sentencia de pregón y remate. Pero el Tribunal, reconoció la existencia de estos dos hechos, con lo cual desaparecen los posibles errores que imputa el recurrente. La sentencia afirma de una manera muy enfática y clara que esos dos hechos no son motivos para pronunciar la nulidad del juicio hipotecario sino que pueden ser base para acciones distintas. El juicio hipotecario mencionado, en lo que se relaciona con su forma, no demuestra ninguna informalidad procesal que pueda afectarlo en su estructura formal; por el contrario, se observa un riguroso cumplimiento de la plenitud de las formas del juicio, de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional.

El error del recurrente consiste en aplicar un criterio un poco antitécnico en relación con la estructura de los juicios civiles y de los verdaderos alcances de los principios procesales. La primera, la configuran las etapas indicadas por la ley adjetiva, para el desenvolvimiento de la relación procesal ya que todas esas etapas y su reglamentación procesal, tienen inspiración en la regla constitucional que cita el recurrente. Y, del mismo modo, los principios del procedimiento, no vienen a ser cosa distinta a un conjunto de preceptos que en la legislación ordinaria reglamentan dicho canon. Lo que no es exacto, como lo quiere el recurrente, es que esa reglamentación que al fin y al cabo tiene que ser puramente formal y objetiva, tenga que detenerse a examinar a fondo la actuación de las partes o de sus representantes en un proceso civil, en el que se tiene en cuenta su conducta externa y no sus móviles íntimos. Como muy bien lo sostiene el Tribunal, el curador de Córdoba al renunciar o no alegar la prescripción extintiva de la acción judicial, tuvo motivos de estricta conciencia que necesariamente tienen que escapar a toda valoración objetiva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga, de fecha 26 de abril de 1955.

Se condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V. — Jorge Soto Soto, Secretario.

PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES. — NO ES CAUSAL DE NULIDAD EL QUE EN UN JUICIO ACTUE UNA PERSONA QUE NO ES ABOGADO TITULADO E INSCRITO. — LA DECLARACION DE NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA SOLO PUEDE INVOCARLA Y OBTENERLA LA PARTE QUE HA ESTADO MAL REPRESENTADA O QUE HA CARECIDO DE REPRESENTACION. — PARA LA CELEBRACION DEL CONVENIO DE MANDATO JUDICIAL, LA LEY NO EXIGE EL REQUISITO DE LA INSCRIPCION. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, julio tres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor Francisco de P. Vargas Vélez)

La Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha seis de mayo del año de mil novecientos cincuenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio ordinario que Martín E. Acuña inició y siguió contra Aglae Virginia Villodres, ambos mayores de edad y vecinos de la ciudad de Barranquilla.

Antecedentes

Martín E. Acuña, por medio de apoderado, presentó con fecha 16 de marzo del año de 1953, demanda ordinaria ante uno de los jueces del circuito en lo civil de aquel lugar, para que se hicieran las siguientes consideraciones:

"1º Que se condene a la señorita Aglae Villodres a pagarle a mi mandante, doctor Martín E. Acuña, al quedar ejecutoriada la sentencia con que finalice el juicio, la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) o la suma que señalen peritos en la ciencia del derecho, por concepto de honorarios profesionales causados por gestiones extrajudiciales llevados a cabo ante el doctor Oswaldo Consuegra, albacea con tenencia de bienes de la sucesión testamentaria del señor Manuel Villodres, para que dicho albacea le entregara a la demandada como en efecto ocurrió, los bienes que en su carácter de tal venía administrando desde el año de 1944.

"2º Que se condene a la demandada, señorita Aglae Villodres, a pagarle a mi mandante, doctor Martín E. Acuña, la suma que fijen peritos abogados, por concepto de honorarios profesionales devengados al gestionar la terminación del juicio de sucesión testamentaria del señor Manuel Villodres.

"3º El causante designó como albacea, con tenencia de bienes, y hasta que la demandada señorita Aglae Villodres llegara a la mayoría de edad, al señor doctor Osvaldo Consuegra, quien en el desempeño de su misión pidió la apertura del juicio de sucesión respectivo y asumió la administración de los bienes relictos.

"4º El trabajo de adjudicación de bienes a favor de la única heredera, la menor Aglae Virginia Villodres, elaborado el 11 de octubre de 1946 por el doctor Santiago Zúñiga, en su calidad de apoderado de la representante legal de la mencionada heredera, fue aprobado por sentencia proferida por el juzgado primero del circuito civil de esta ciudad.

"5º Como el 21 de mayo de 1952 llegó a su mayor edad la señorita Aglae Virginia Villodres, ésta adquirió la capacidad civil indispensable para administrar por sí misma los bienes que le fueron adjudicados en el juicio de sucesión del señor Manuel Villodres, cesando por ese hecho en tal fecha las funciones que venía ejerciendo el doctor Osvaldo Consuegra como albacea con tenencia de bienes en relación con dichos bienes.

"6º Como el albacea no hizo entrega en la fecha señalada en el testamento de los bienes, cuya tenencia y administración conservaba, con fecha 27 de mayo de 1952 la señorita Aglae Virginia Villodres confirió al doctor Martín E. Acuña el siguiente poder, que a la letra dice: 'Señor Juez civil del circuito. E. S D — Yo, Aglae Virginia Villodres, mujer soltera, mayor de edad y de este vecindario, con T. P. Nº 154663 de Barranquilla, hablando en mi propio nombre, atentamente ante usted confiero poder especial y suficiente al doctor Martín E. Acuña, abogado titu-

lado e inscrito en el juzgado a su digno cargo, para que gestione extrajudicialmente la entrega de los bienes muebles, inmuebles y semovientes, que se me adjudicaron como única heredera testamentaria en el juicio de sucesión de mi finado padre Manuel Villodres Sepúlveda, fallecido en esta ciudad en el año de 1944. La gestión de entrega a que se refiere este mandato, comprende la correspondiente rendición de cuentas por parte de los ejecutores testamentarios que nombró mi padre, y en cuyo poder se encuentran los referidos bienes. Mi apoderado queda facultado, además, para recibir, transigir, desistir, sustituír y revocar sustituciones. - Señor Juez, (firmada) Aglae V. Villodres. — Barranquilla, mayo 27 de 1952 Acepto (firmado) Martín E. Acuña'.

"7º El poder transcrito en el hecho anterior fue presentado personalmente por la poderdante ante el señor secretario del juzgado primero del circuito civil, según se desprende de la siguiente constancia que figura al pie de dicho poder: 'Secretaría del juzgado 1º civil del circuito. — El anterior escrito fue presentado personalmente por la señorita Aglae Virginia Villodres quien exhibió C. P. Nº 154663, expedida en Barranquilla y se devuelve para que surta los efectos legales consiguientes. El secretario (firma) Antonio J. Barraza. Mayo 27 de 1952'

"8º En cumplimiento del poder copiado en el hecho 6º el doctor Martín E., Acuña conferenció varias veces con el doctor Osvaldo Consuegra, albacea que administraba los bienes que le fueron adjudicados a la poderdante del doctor Acuña, y éste obtuvo como eficaz culminación de tales gestiones, que el señor albacea le hiciera entrega a la señorita Villodres de los bienes de propiedad de ésta.

"9º También gestionó el doctor Acuuña con el albacea doctor Osvaldo Consuegra, la rebaja de los honorarios pedidos por dicho albacea, hasta haber conseguido que del bastanteo inicial de veinte mil pesos ($ 20.000,00) que hizo el albacea de sus honorarios por los ocho (8) años de su administración, los rebajara a la suma de ocho mil pesos m|l. ($ 8.000,00) y todavía a una suma mucho menor, para el caso de que el pago se efectuara inmediatamente.

"10º Que según lo confesado por la señorita Villodres, los honorarios pagados al albacea doctor Osvaldo Consuegra ascendieron a la suma de seis mil pesos ($ 6.000,00) lo cual fue consecuencia directa e inmediata de la labor llevada a cabo por el doctor Acuña en pro de los intereses de su representada la señorita Villodres.

"11º Con fecha 14 de junio de 1952, la señorita Aglae Virginia Villodres le confirió poder al doctor Acuña en los siguientes términos: 'Señor juez 1º civil del circuito. E. S. D Ref Sucesorio de Manuel Villodres. — Yo, Aglae V. Villodres, mayor de edad y de este vecindario, atentamente ante usted confiero poder especial y suficiente al doctor Martín E.Acuña, abogado titulado e inscrito en ese juzgado, para que continúe representándome en el juicio de la referencia, hasta su terminación. El doctor Acuña queda facultado además para recibir, sustituír, arreglar honorarios con los albaceas testamentarios nombrados por mi difunto padre don Manuel Villodres Sepúlveda y para llevar mi personería en cualquier otro acto que se relacione con este juicio, como recibir los bienes que se me adjudicaron en mi carácter de única heredera testamentaria, y exigir a los citados albaceas la rendición de cuentas que haya lugar. Espero de usted se sirva reconocer a mi apoderado el carácter que le confiero. Señor juez (firmada) Aglae Villodres T. de Identidad postal Nº 154663, de Barranquilla'.

"12º El doctor Acuña en cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo de apoderado de la señorita Villodres en el juicio de sucesión del señor Manuel Villodres, gestionó la revisión del expediente por la Sindicatura de la Administración de Hacienda Nacional, habiendo obtenido el certificado de paz y salvo; revalidó el papel común que se había empleado en el juicio sucesorio; gestionó la liquidación y pagó el impuesto departamental de registro; entregó el expediente a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados para que fuera inscrita la sentencia aprobatoria de la adjudicación de bienes; habiendo pasado el expediente a la notaría para su protocolización.

"13º La demandada señorita Aglae Villodres constituyó mandatario al doctor Acuña para que en tal carácter administrara las propiedades de ella, cobrara los cánones de arrendamiento y se entendiera con los inquilinos en todo lo relacionado con la administración de las varias fincas de que es propietaria.

"14º Como consecuencia del poder o mandato a que se refiere el hecho 13, el doctor Acuña conferenció con los administradores de las Agencias de Arrendamiento Fernández y la de propiedad del señor Cepeda, para que los arrendamientos no se le pagaran en el futuro al albacea sino directamente a la señorita Villodres o al propio doctor Acuña, en su calidad de mandatario de la demandada.

"15º El doctor Acuña se entendió con el Auditor de la Administración de Hacienda Nacional

del Atlántico, señor Venegas, para solucionar el problema tributario que se había presentado por la falta de declaración de renta y patrimonio de la sucesión de Manuel Villodres, durante un lapso de tres años; gestión ésta que culminó con todo éxito.

"16º Para preparar la rendición de cuentas del albacea, el doctor Acuña contrató los servicios del señor Tulio Fernández, quien estuvo revisando la contabilidad y estudiando los comprobantes que de su administración tenía el doctor Osvaldo Consuegra, los honorarios del contabilista Hernández fueron pagados por el doctor Acuña, de su propio peculio.

"17º La demandada, señorita Aglae Villodres, en varias cartas dirigidas al doctor Martín E. Acuña ha reconocido que el doctor Acuña le ha prestado sus servicios profesionales, según se deja expuesto en los hechos anteriors, razón por la cual en dichas cartas confiesa deberle al doctor Acuña el valor de los honorarios correspondientes a las actividades desarrolladas por el demandante en representación de la demandada".

La demanda fue corregida en oportunidad legal, para determinar algo relativo a la cuantía de la acción propuesta. El juzgado imprimió al asunto el trámite de rigor y finalizó la instancia en estos términos:

"Primero — Condénase a la señorita doña Aglea Virginia Villodres, representada por el doctor José Echeverría Arosemena, a pagar al doctor Martín E. Acuña, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de TRES MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($ 3.000,00) como valor de sus honorarios como servicios profesionales a que se ha hecho relación en esta sentencia;

"Segundo — Condénase en costas a la parte vencida en esta instancia;

"Tercero — Si no es apelada esta sentencia, archívese por la secretaría, haciendo las desanotaciones del caso en el Libro Radicador".

Contra la decisión del juez del circuito se alzaron las partes para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, entidad que puso fin al litigio confirmando la providencia de primera instancia y haciendo condena en costas en la segunda.

El personero de la parte demandada interpuso oportunamente recurso de casación y la Sala pasa a resolverlo.

Demanda de Casación

En los siguientes términos enuncia el recurrente los cargos que hace a la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla:

"Causales — Invoco como causales de esta demanda de casación la primera y la sexta de las contenidas en el artículo 520 del Código Judicial por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva; por infracción directa proveniente: 1ª De error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, al dar el H. Tribunal Superior de Barranquilla en la sentencia que es materia de esta demanda de casación por demostrado un hecho que no aparece demostrado en los autos; y 2ª de error de derecho por apreciación errónea de determinadas pruebas, el que aparece de modo manifiesto en los autos. Estos dos motivos en cuanto a la primera causal y que llevaron al H. Tribunal a infringir los artículos 2144, 2142 y 1757 del Código Civil vigente y el artículo 1º de la ley 69 de 1945, en cuanto al primer motivo de la primera causal; y los artículos 2157 y 2160 del Código Civil vigente, en cuanto al segundo motivo de la primera causal. Y en cuanto a la sexta causal por haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial de ilegitimidad de la personería en quien actuó como apoderado del demandante, y en éste cuando asumió la personería para litigar en el juicio sin que en autos aparezca que son abogados inscritos en el juzgado del conocimiento en donde se tramitó este negociado en primera instancia, habiéndose infringido por este aspecto también el artículo 1º de la ley 69 de 1945".

Es decir, se ataca la sentencia recurrida por las causales primera y sexta del artículo 520 del Código Judicial. Se fundamenta la primera en dos motivos, que con alguna extensión y claridad dilucida el recurrente.

En el presente caso el orden lógico en que de conformidad con el artículo 537 del Código Judicial deben estudiarse las causales, obliga examinar en primer término la causal sexta, que trata de las nulidades a que se contrae el artículo 448 del mismo Código, porque importa conocer previamente si hay juicio válido que permita llegar al fondo de las cuestiones debatidas. La Corte en sentencia de 11 de diciembre de 1945, dijo:

"Fundándose la causal 6ª en nulidades adjetivas del procedimiento judicial, el estudio de dicha causal, cuando se propone, debe ser previo respecto de la primera, que mira al fondo de la acción y supone la validez del juicio".

Dice el demandante en casación:

"Capítulo IV — Segunda Causal de Casación (Sexta en el orden establecido en el artículo 520

del Código Judicial). Haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial de ilegitimidad de la personería en quien actuó como apoderado del demandante y en éste cuando asumió la personería para litigar en el juicio sin que en autos aparezca que son abogados inscritos en el juzgado del conocimiento en donde se tramitó este negocio en primera instancia, habiéndose infringido por este aspecto también el artículo 1º de la ley 69 de 1945..."

"Dice el artículo 1º de la ley 69 de 1945: 'Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito...' La prueba de la inscripción tiene que estar en el juzgado, la existencia de esa prueba la debe dar el secretario informando al respecto. Aquí nada de eso sucedió, siendo algo vital porque al no existir esa prueba no solo se viola la ley citada al tener como apoderado a una persona sin que haya constancia de que esté inscrita o asumida una personería sin tal constancia, sino otras varias porque la inscripción presupone: 1º matrícula de abogado recibido como tal por un Tribunal del país; 2º identificación; 3º tener definida la situación militar y 4º pago de derechos fiscales consistente en un peso en estampillas de timbre nacional. Entonces, es claro que hay nulidad por ilegitimidad de la personería en el apoderado Dr. Salgado Vásquez y en el Dr. Acuña al tener por asumida por éste la personería, porque hoy en día, existiendo la prohibición de la ley, tal nulidad encaja en la especificada en el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial vigente".

Para el recurrente hay nulidad procesal porque no hay constancia secretarial de que el demandante Martín E. Acuña y su apoderado Julio Salgado Vásquez, quienes realizaron gestiones en el juicio, sean abogados inscritos. Es decir, se sostiene que es indebida la representación del demandante, o que es ilegítima su personería.

En el alegato de segunda instancia la parte demandada comenzó sus exposiciones expresando cómo la carencia de prueba de la calidad de profesional para la realización de las gestiones encomendadas al demandante Martín E. Acuña hacía imposible la prosperidad de la acción incoada.

Sobre ese particular el Tribunal se produjo de la siguiente manera:

"En este estado del fallo, es menester que la Sala estudie una de las afirmaciones que ha hecho el doctor José Echeverría Arosemena en el alegato de conclusión en la segunda instancia. Dice el mencionado apoderado judicial que se ignora si el demandante era abogado 'profesional' (es la palabra que usa el doctor Echeverría Arosemena) en el momento o en la época en que se le encomendaron las gestiones relativas al juicio de sucesión. Empero, no era necesario que el doctor Martín Acuña suministrara expresamente esa prueba, pues su carácter de abogado titulado e inscrito no era desconocido por el juzgado. Sería extraño que todo abogado que reclame el pago de honorarios profesionales tuviera previamente que demostrar que cuando llevó a feliz término las gestiones o labores judiciales o extrajudiciales que han causado esos honorarios, era ya abogado y como tal estaba inscrito".

El planteamiento de la nulidad procesal ante la Corte, difiere del anterior ante el Tribunal, en que ante esta entidad se adujo la falta de la prueba para poder comprometerse Acuña a realizar gestiones y llevarlas a cabo, y la argumentación se refirió solo al actor Acuña. Y lo dicho o manifestado ante esta entidad conduce a pensar que se plantea el caso de la inhabilidad para la simple gestión procesal, y se funda esa actitud en la falta de certificación secretarial en lo que hace relación a la calidad de abogados inscritos de Acuña y Salgado Vásquez.

La cuestión debatida es sencilla:

El demandado manifiesta que el demandante no podía gestionar directamente y que el apoderado que lo representó carecía de facultad para intervenir como abogado en el proceso.

Pero basta transcribir los pasajes de la Corte, en sentencia de esta misma Sala, proferida el 27 de mayo de 1953, para que resalte la ninguna razón qu asiste al respecto al recurrente:

"Sólo pueden ser invalidados como nulos ciertos actos procesales, por determinados vicios que expresamente la ley consagra, como ya se advirtió. Es lo contrario de lo que acontece en los actos civiles, en que son nulos los que se ejecutan contra expresa disposición legal (artículo 6º del Código Civil).

"Esto sentado, se tiene: artículo 40 de la Constitución Nacional (Acto Legislativo número 1º de 1945) establece que: nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones que indique el legislador.

"En desarrollo de tal precepto, la ley 69 de 1945 recogió el mismo principio en su artículo 1º y señaló las excepciones al respecto, como, entre otras, la que permite litigar a los no inscritos, en causa propia o ajena, en los juicios cuya cuantía no excede de cien pesos ($ 100.00) etc.; pero entre estas excepciones, que son muy limitadas, no está la que permitiera a quien no es abogado

inscrito litigar en causa propia ante los Jueces de Circuito, en asuntos de mayor cuantía, como es el caso planteado en el negocio que se estudia.

"Como pena por la violación del precepto, no se señaló la de nulidad de lo actuado, ni del juicio, ni sanción especial para el litigante, en contravención con su mandato. La ley se limitó a prohibir el hecho, lo que impide que quien haga gestiones judiciales en dichas condiciones, pueda ser oído; pero, si a pesar de la prohibición, se le oye por algún Juez, Magistrado o funcionario jefe de oficina, la sanción no es otra que una multa hasta de doscientos pesos ($ 200.00) a la autoridad judicial o administrativa que le haya dado curso a la solicitud, por primera y segunda vez, y en caso de reincidencia, será sancionado con la pérdida del cargo y de las prestaciones que pudieran corresponderle, por la tercera vez, sanciones que, de oficio o a petición de cualquier persona, deberá imponer el respectivo superior".

Por otra parte, el texto del artículo 450 y del mandato del 457, ambos del Código Judicial, se colige o llega a saberse que la nulidad procesal que en ellos se establece, ha sido erigida en favor de la persona o parte mal representada. Por eso se trata en una de esas normas de la existencia de un poder en legal forma, aunque no sea bastante, y de la posible ratificación, y se expresa en la otra, sin lugar a la menor duda, que es la parte que no estuvo debidamente representada en el juicio, la que puede pedir la declaratoria de nulidad.

El personero de la parte demandada, no puede, en el presente caso, alegar vicios de nulidad por indebida representación del demandante.

La Corte ha sentado constante jurisprudencia sobre el particular, y basta citar las siguientes:

"La ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el ordinal 2º del artículo 488 del C. J. es la que dice relación con la facultad de representar en juicio o personería simplemente adjetiva, y no la personería sustantiva que tiene relación con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada. La personería de la parte demandada, cualquiera que sea el fundamento del vicio alegado, no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación, porque resulta improcedente y contradictorio el uso de la propia ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tanta trascendencia como es la invalidación de lo actuado. La nulidad por ilegitimidad de la personería no puede ser propuesta con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla en la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio. Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla. La parte interesada en la nulidad, la que sí estuvo indebidamente representada en el pleito, tiene caminos legales para poner a salvo sus derechos al frente de una sentencia producida en un juicio en que no tuvo forma ni oportunidad de asumir su defensa. (Artículo 457 del C. J.) Si el personero ilegítimo carece de derecho para pedir la reposición de lo actuado durante los grados del juicio, menos habrá de reconocérsele tal facultad o capacidad para aducir su propio vicio como causal de anulación de lo actuado con ocasión del recurso extraordinario de casación. La alegación de este motivo no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada. (Casación, 30 enero 1936, XLIII 538. 29 octubre 1937 V 833. 14 de marzo 1938, XLV, 246 9 mayo 1938 XLVI 432. 8 septiembre 1938, XLVII 119. 26 abril 1940, XLIX 254, 28 junio 1940 XLIX, 580; 5 julio 1940, XLIX, 853. 4 marzo 1940. XLIX 111. 2 mayo 1941, LI, 246. 16 abril 1942 LIII 330)".

Además, el poder otorgado al personero de la parte demandada, carece de la constancia secretarial de ser aquél abogado inscrito.

De aplicarse el criterio del recurrente, éste no habría podido actuar en la secuela del juicio, primera y segunda instancia, e interponer recurso de casación, o por lo menos el interpuesto no podría estudiarse, porque con relación a él solo hay constancia de su inscripción en la tramitación del recurso, constancia que apenas se extiende al lleno de ese requisito en la Corte.

Se observa que el auto de admisión de la demanda y la sentencia de primera instancia contienen la afirmación de que Julio Salgado Vásquez es abogado inscrito.

El cargo de la nulidad procesal, con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, no puede prosperar.

En la acusación por la causal primera, viola-

ción de la ley sustantiva, el recurrente divide su estudio en dos motivos, así:

Primer motivo — "Error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, al dar el H. Tribunal de Barranquilla, en la sentencia que es materia de esta demanda de casación por demostrado un hecho que no aparece demostrado en los autos".

Y para explicar el cargo, emplea estas palabras:

"En alegato de conclusión que obra a folios 5 a 10 del cuaderno del Tribunal, alegué ante esta Corporación que estando encaminado todo el libelo de demanda al pago de servicios profesionales y basándose ella en que hubo contrato de mandato para la prestación de servicios profesionales por parte del actor en calidad de abogado, era necesario que el demandante hubiera demostrado primordialmente que en la época en que se dice celebró el contrato de mandato él era profesional abogado titulado e inscrito para probar la capacidad que tenía para desarrollar el mandato..."

El Tribunal al referirse a esa alegación del mandato, expresa de manera clara que "no era necesario que el doctor Martín Acuña suministrara expresamente esa prueba, pues su carácter de abogado titulado e inscrito, no era desconocido por el juzgado. Sería extraño —continúa el Tribunal— que todo abogado que reclame el pago de honorarios profesionales tuviera previamente que demostrar que cuando llevó a feliz término las gestiones o labores judiciales o extrajudiciales que han causado esos honorarios, era ya abogado y como tal estaba inscrito".

La Sala considera:

Ha habido confusión de parte del recurrente. Precisa distinguir entre los elementos necesarios para la validez del contrato de mandato judicial y los requisitos que las leyes exigen para que un abogado pueda gestionar por otro judicial o extrajudicialmente.

Para la celebración del convenio de mandato judicial, la ley no exige el detalle de la inscripción. Su reglamentación es otra, y sobre ese planteamiento, que se relievó apenas al presentar alegato de la segunda instancia, no han venido desde el principio controvertidas las partes. Y era necesario que así fuera, desde luego que el cargo a la sentencia por ese aspecto, envuelve o configura ataque a fondo al contrato de mandato celebrado entre Acuña y la señorita Villodres. En la contestación a la demanda, el personero de la demandada, no solo no planteó esos problemas, sino que afirmó que Acuña "no hizo gestiones propiamente profesionales sino que prestó unos servicios que cualquiera podía hacer o prestar sin ser abogado" y que de parte de Acuña hubo "inercia en ejercitar los poderes que recibiera y que transcribe en su demanda..."

Al estudiar la causal sexta, esta Sala expresó cómo los argumentos traídos al debate sobre la nulidad procesal, no incidían en la sentencia.

No hubo, pues el error de hecho que se anota. El Tribunal no inventó la calidad de abogado en Acuña. Dijo que la condición de abogado inscrito era conocida del juzgado y que por eso era innecesaria prueba especial al respecto. Además, que resultaba extraño que para reclamar el pago de honorarios profesionales tuviera el mandatario que demostrar que cuando llevó a feliz término las gestiones judiciales o extrajudiciales, era abogado inscrito.

El cargo, por este primer motivo, no puede prosperar.

Segundo motivo — Afirma el recurrente que "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa proveniente de error de derecho por apreciación errónea de determinadas pruebas, el que aparece de modo manifiesto en los autos".

Seguidamente procede a realizar un estudio pormenorizado de las declaraciones rendidas durante la secuela del juicio por los testigos Consuegra, Mercado, Sederstrong y Better para concluír que el Tribunal incurrió en error de derecho por apreciación errónea de dichas declaracions, error que lo hizo consistir en que el Tribunal tomó en cuenta ciertas afirmaciones contenidas en las declaraciones y desatendió aseveraciones de las mismas.

Luego, continúa analizando un escrito-poder y un recibo (folios 120 y 70 del cuaderno de pruebas del demandante), para decir que cuando se presentó el poder que autorizaba a la gestión, ya el juicio de sucesión del padre de la demandada estaba concluído; que el poder apenas servía para realizar gestiones jurídicas no profesionales; que faltaban únicamente diligencias administrativas. Que si el Tribunal consideró que Acuña llevó a cabo gestiones jurídicas con tal poder, erró en derecho por mala apreciación de los elementos aludidos.

Y finalmente, se extiende en argumentaciones acerca del dictamen pericial, para explicar lo que a su juicio tiene de irregular tal experticio. Rechaza las aseveraciones de tal elemento probatorio en cuanto los peritos hicieron consideraciones un tanto alejadas de su misión ante el procedimiento, para luego afirmar que erró el Tribunal, con error de derecho, cuando aceptó el

juicio de los técnicos con fundamento, entre otros en atención a la personalidad profesional del demandante Acuña.

La Sala considera:

Aun cuando el cargo se formula concretamente por error de derecho y al desarrollarlo el recurrente lo plantea en sus diversas modalidades como errores de hecho en que hubieran podido incurrir el Tribunal en la apreciación probatoria, la Sala con amplitud de criterio entra a estudiarlo, marginando un tanto el rigor de la técnica de casación.

El Tribunal estimó que los testigos Consuegra, Mercado, Sedestrong y Better, sí aportaron al debate luces suficientes para fundar el fallo que dicha entidad profirió. Fueron éstas sus palabras al referirse a la prueba de las gestiones extrajudiciales llevadas a cabo por el demandante:

"1ª Las gestiones extrajudiciales realizadas por el doctor Martín Acuña ante el doctor Osvaldo Consuegra.

"En las declaraciones hechas por el albacea, doctor Osvaldo Consuegra (cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia, folios 44 y siguientes) se afirmó, refiriéndose el deponente al doctor Acuña, que 'por su mucha insistencia y deseo de un arreglo amigable', le había manifestado el declarante que podía recibir la suma de ocho mil pesos ($ 8.000) como saldo de los honorarios del albacea. Admitió, además, el doctor Consuegra que inicialmente había expresado al doctor Acuña que estimaba en veinte mil pesos ($ 20.000,00) dicho saldo. Esas afirmaciones aceptan que evidentemente el doctor Acuña realizó gestiones extrajudiciales ante el doctor Consuegra y que obtuvo que el albacea disminuyera la cuantía en que había fijado sus honorarios.

"Es cierto que en declaraciones posteriores (cuaderno de pruebas del demandado en la primera instancia, folios 56 y siguientes), el doctor Consuegra en realidad negó las que primeramente había rendido. Ante ese hecho, la Sala advierte que debe estarse no a la segunda sino a las que precedieron a éstas. Acoge el Tribunal las observaciones que el juez segundo civil del circuito hizo en la sentencia. Son éstas: 'Ante esta extraña circunstancia, el juzgado teniendo en cuenta las reglas sobre la sana crítica del testimonio, resuelve conceder crédito a la primera deposición de fecha 7 de octubre del año de 1952 y desechar la segunda de fecha 17 de septiembre del año de 1953, por no conformarse esta última con la realidad procesal. En efecto, en su primera declaración dice que notó en el doctor Acuña muchos deseos e insistencia de llegar a un arreglo amigable, y en la otra afirma que dicho apoderado no deseaba llegar a un arreglo rápido y todo lo aplazaba para posteriores conversaciones, tratando de obstaculizar una pronta solución. Para el juzgado, es lógico deducir que si el doctor Acuña había recibido poder para obtener la entrega de los bienes de la demanda, su interés estaba en que ese hecho se produjera en el menor término posible, ya que de ellos dependía el pago de sus honorarios. Si el albacea estaba dispuesto a entregar los bienes sin problema alguno, entonces cómo se explica que la demandada otorgara poder al actor para que éste gestionara judicial o extrajudicialmente la entrega de los mismos? Si por la mucha insistencia del demandante accedió el albacea a rebajar considerablemente sus honorarios, según expresa en su primera declaración, cómo es posible entonces que en la segunda afirme que ello obedeció únicamente a la directa intervención de la señorita Villodres, cuando ésta confiesa en la respuesta al punto 3º de las posiciones que ignoraba el arreglo a que habían llegado los dos abogados sobre ese particular?'

"Es necesario recordar que a folio 37 del cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia está visible el texto del poder que confirió al doctor Martín E. Acuña la señorita Villodres 'para que gestione extrajudicial o judicialmente la entrega de los bienes muebles, inmuebles y semovientes que se me adjudicaron como única heredera testamentaria en el juicio de sucesión de mi finado padre...'

"Además, a folio 120 del mismo cuaderno se puede leer la copia autenticada del poder que la demandada otorgó al doctor Acuña para que continuara representándola en el juicio de sucesión ya mencionado hasta su terminación. En ese segundo poder se dijo: 'El doctor Acuña queda facultado además, para recibir, sustituir, **"arreglar honorarios con los albaceas testamentarios nombrados por mi difunto padre don Manuel Villodres Sepúlveda..."**

"Otras pruebas también confirman la exactitud de las declaraciones hechas primeramente **por el doctor Osvaldo Consuegra.** Son ellas las de la señora María Dolores Valega de Salcedo (cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia, folios 88 y 89). El señor Marco Tulio Hernández, Contabilista, declaró ante el juzgado (mismo cuaderno, folio 62) que había prestado sus servicios al doctor Acuña al revisar los libros de contabilidad del doctor Consuegra en su carácter de albacea de la sucesión del se-

ñor Manuel Villodres. Por otra parte, el declarante reconoció la firma y el contenido de la carta cuyo original figura en los folios 33 y 34 del mencionado cuaderno".

Y más adelante:

"...En declaraciones rendidas ante el juzgado, el señor Luis F. Sederstrong afirmó que el doctor Martín E. Acuña había intervenido en diversas gestiones realizadas ante la Administración de Hacienda Nacional y relacionadas con el juicio de sucesión del señor Villodres. Cuando esas gestiones se hicieron, el declarante era secretario del señor Abogado Síndico Ejecutor de Donaciones de la Administración de Hacienda de Barranquilla. Un funcionario de la Tesorería del Departamento, el señor Germán Better L. depuso ante el juzgado en el sentido de declarar que fue el mismo doctor Acuña quien llevó a la Tesorería el expediente que contenía el citado juicio de sucesión con el fin de obtener la liquidación del impuesto departamental de registro sobre la partición y la sentencia aprobatoria. Por otra parte, el doctor José María Mercado, Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, afirmó en declaraciones que hizo ante el juzgado, que el doctor Martín Acuña había llevado a la oficina de Registro aquel juicio de sucesión para que fuera registrada la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes".

El Tribunal desentrañó lo que consideró la verdad de esos testimonios y procedió a la crítica de ellos mediante consideraciones que la Corte no puede desatender. Disposiciones terminantes trazan ese camino y la jurisprudencia de esta entidad ha sido abundante sobre el particular:

"El Tribunal es soberano —ha dicho la Corte— en la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aquellas que sólo entrañan la comprobación de indicios. La Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera". (Sentencias, 25 mayo 1945, LIX 120; 12 marzo 1946 LXI, 454; 21 febrero 1947, LXI, 96; 23 octubre 1946 LXI 376; 25 noviembre 1946, LXI, 454; 21 febreroo 1947, LXI 766; 20 mayo 1947, LXII 379; 31 mayo 1949, LXVI 651; 27 mayo 1949, LXVI 776; 31 agosto 1949 LXVI 385; 29 octubre 1949, LXVI 643; 24 marzo 1950, LXVII, 120; 4 julio de 1950 LXVIII 96; 20 enero 1951, LXXI, 7; 16 marzo 1951, LXIX, 349; 22 junio 1951, LCIX (sic), 703; 19 enero 1952, LXXI, 25; 22 febrero de 1952, LXXI, 112)".

No comparte, por esto la Sala el concepto de que la estimación que hizo el Tribunal de los testimonios citados lo hubiera hecho incurrir en error al apreciar tales pruebas. Cumplió, y no violó, el Tribunal los artículos citados como infringidos (2157 y 2160 del CC.) Esa entidad falladora dedujo de esos testimonios elementos para adquirir la convicción de que Acuña se ciñó rigurosamente al mandato y lo ejecutó rectamente.

En lo que atañe al cargo de error al apreciar el texto del poder y recibo citados, el Tribunal apenas aceptó lo que se lee del poder mismo, y por eso dice: "Ya dijo la Sala que a folio 120 del cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia está visible una copia autenticada del poder que la señorita Villodres otorgó al doctor Acuña para que continuara representándola en el juicio de sucesión de su padre, el señor Manuel Villodres".

Por lo que precisa concluír que si esa continuación de gestiones hubo de cumplirse con las diligencias de llevar al registro el expediente contentivo del juicio, la apreciación del Tribunal estuvo conforme con la verdad procesal. No hay, tampoco, al respecto el error que se apunta, ni la violación a los citados artículos.

Por último, el dictamen pericial en la parte que es pertinente estudiar, se produjo en los siguientes términos:

"Como conclusión de lo anteriormente expuesto, puede sentarse la de que el doctor Acuña, como apoderado de la demandada, no tuvo oportunidad para desplegar una actividad jurídica propiamente dicha, puesto que la realizada por él se enderezó únicamente a obtener la entrega voluntaria de los bienes por parte del albacea testamentario y a obtener el registro y la protocolización del expediente contentivo del juicio de sucesión de don Manuel Villodres. Pero esto no empecé para reconocer que el doctor Acuña realizó o ejecutó un trabajo que se le encomendó teniendo en cuenta su calidad de abogado titulado, de larga y meritoria carrera profesional; lo que quiere decir, que los servicios prestados por el doctor Acuña, en este caso, deben valorarse en la consideración de su personalidad..."

El Tribunal se acomodó al concepto del juez fallador en la primera instancia y acogió el dic-

tamen en presencia de que la cuantía de los honorarios no aparecía demostrada en el proceso con otras pruebas.

Y después de significar que el dictamen de los peritos es plena prueba, al tenor del artículo 722 del Código Judicial, aceptó la estimación de los aludidos honorarios en la suma de $ 3.000,00.

Esta actitud de la entidad juzgadora de la segunda instancia no envuelve error en la apreciación del dictamen, porque los peritos, como se observa del fragmento transcrito de su exposición, avaluaron únicamente las gestiones realizadas por Acuña en lo que se refiere al registro y protocolización del expediente del juicio sucesorio mencionado y aquellas que condujeron a que por parte del albacea fueran entregados los bienes. La determinación del Tribunal se atemperó a los artículos citados del Código Civil.

La respuesta de los hechos de la demanda, cuyas peticiones fueron varias y entre ellas la resuelta favorablemente, y las posiciones de la misma demanda, sirven para robustecer el concepto pericial y para demostrar que no erró el Tribunal en la apreciación del dictamen.

Y agrega la Sala que si alguna circunstancia fundamenta la determinación pericial, en casos como el presente, es el hecho de tomar en cuenta la persona y méritos de quien realiza el mandato.

Por todas estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el día seis (6) de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), en el juicio ordinario de Martín Acuña contra Aglae Virginia Villodres, y condena en costas al recurrente.

Notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

Daniel Anzola Escobar — Guillermo Garavito Durán — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas V. Jorge Soto Soto, Secretario.



DEMANDA DE CASACION. — TECNICA DE ESTA

Nuestro Código Judicial no se refiere en detalles sobre lo que debe ser, en sí, una demanda de casación, pero en su artículo 531, determina su estructura general en cuanto a las condiciones mínimas que debe llenar. Pero, no así la legislación anterior, Ley 90 de 1920, que era estrictamente formalista o detallista en el cumplimiento de esas condiciones, y la cual preveía, entre ellas, la de que el Magistrado debía examinar "preferentemente si la demanda de casación reúne las condiciones de que trata el artículo anterior —"artículos 9º y 10º"—. De allí que, armonizando los dos conceptos, la jurisprudencia ha deducido la regla general de que el libelo de casación debe estar ajustado a todas las exigencias de una verdadera demanda, porque en otra forma sería inepta, según las voces del artículo 333, numeral 1º del Código Judicial. Esto, porque si en un procedimiento general la ley es exigente, más lo es tratándose de uno especial y de carácter extraordinario, como es el del recurso de casación, rígido y estricto por naturaleza, dentro del cual tiene que moverse la Corte, sin que pueda desviarse del cauce que la señala la respectiva demanda, por ser este recurso, según decir de los doctrinantes: "el medio de provocar el juicio de la Corte Suprema sobre la sentencia enjuiciada, EN LOS LIMITES FIJADOS POR EL RECURSO MISMO".

La demanda de casación que motiva esta decisión de la Sala carece de la técnica legal que impone el artículo 531 del Código Judicial. En ella, si se relata la historia de los hechos materia de la controversia y se aducen concretamente algunas de las causales instituídas por el artículo 520 ibidem, para que por vía de casación, se infirme el fallo recurrido, existe una involucración ininteligible de los sustentos de cada una de ellas, de los conceptos de violación de la ley en uno y otro caso, que no permite definir los elementos de confrontación del ataque con la sentencia, dando por resultado que los cargos contra ésta, aparecen formulados en forma confusa e imprecisa, sin dar razón del por qué de la violación de la ley por parte del fallo impugnado, situando a la Corte en la imposibilidad de pronunciar su juicio sobre aquél, ya que el camino indicado en el libelo acusatorio y la restricción que le impone el recurso mismo no le permiten salvar aquellos obstáculos, como lo podría hacer el juzgador de instancia. Entonces, la situación procesal que se contempla es la de ausencia de cargos propiamente dichos, de puntos de reparo para la debida confrontación entre la sentencia y su impugnación, y como es obvio, de formal acusación contra aquélla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

Carmen Salazar de Soler, en su propio nombre y en representación de la sucesión de don **Federico Rodríguez Mendoza,** demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá a los señores **Hernando Rodríguez Gutiérrez, Margarita Mendoza Bruce** y **Ana González de Gutiérrez** en su propio nombre y como herederos y albaceas los dos primeros de la sucesión de Matilde Rodríguez Mendoza y la tercera en su propio nombre y también como tenedora y administradora, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que la demandante es dueña de la cuota herencial que hubo por compra de los únicos herederos reconocidos de don Federico Rodríguez Mendoza, señores José del Carmen y Teresa de Jesús Cely, al tenor de la escritura número 15 de 7 de enero de 1944 de la Notaría Primera de Tunja debidamente registrada, representada dicha cuota en la mitad de una casa de dos puertas de adobe y teja de barro, sitio de donde está edificada y solar adyacente y accesorios ubicado en la ciudad de Zipaquirá y con los linderos especificados en el libelo.

"Segunda.—Que los demandados solidariamente deben restituir a la demandante y entregarle a la misma la mitad del inmueble, determinado por medio de peritos, junto con sus frutos civiles y naturales, a partir de la fecha de la muerte del cusante señor Federico Rodríguez Mendoza hasta el día de la entrega efectiva.

"Tercera.—Que los demandados solidariamente deben pagar a la demandante la cantidad de trescientos pesos mensuales en que se estiman el valor de la mitad de los frutos de los bienes especificados a partir de la fecha de la muerte del señor Federico Rodríguez Mendoza, dueño de dicha mitad, hasta el día de la entrega o la suma de pesos mensuales que se determinen durante el juicio o en el incidente respectivo.

"Cuarta. — Que los demandados solidariamente están obligados a pagar a la demandante los intereses legales de la mitad de los frutos apreciados durante el tiempo que se hicieron exigibles hasta el día del pago junto con la mitad de los impuestos fiscales, municipales, departamentales y nacionales y todos los recargos que han pesado sobre los bienes y no fueron pagados oportunamente".

Admitida la demanda fue dada en traslado a los demandados, quienes se opusieron a las pretensiones de aquélla negando la mayoría de los hechos y aceptando otros.

El Juez del conocimiento, mediante sentencia de 30 de julio de 1954 decidió la primera instancia absolviendo a los demandados de todos los cargos de la demanda, ordenó la cancelación de su registro y condenó en costas a la parte demandante.

De esta sentencia apeló el apoderado del actor, y el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá en fallo de 26 de octubre de 1955, la confirmó. De esta solución recurrió en casación la parte actora, recurso éste que fue damitido por la Corte y su tramitación se halla agotada.

El recurrente invoca las causales primera, segunda y sexta del artículo 520 del Código Judicial, y a través de ella intenta acusar la sentencia como "violatoria de la ley sustantiva aplicable a los casos planteados y sometidos en la demanda cabeza del juicio, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea; por apreciación e interpretación errónea de la demanda y de los elementos aducidos al juicio, y falta de apreciación de varios de esos elementos por error de derecho y de hecho manifiestos; por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y porque las vician las causales de nulidad de falta de jurisdicción y competencia, contradicción a decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada y porque concede personería a la parte demandada para obtener varias resoluciones, sin tenerla legalmente".

En doce folios desarrolla el recurrente los distintos cargos que le hace a la sentencia y con base en las causales invocadas, alegato en el cual confunde los fundamentos de una y otra y los de los cargos, en forma tal, que la Corte se ve en la imperativa obligación de transcribir textualmente el resumen que de todos ellos hace el recurrente y para los efectos de la decisión que ha de tomar.

"En resumen:

"1º—La demandante en la misma demanda ejercita varias acciones acumuladas fundándose expresamente en el artículo 209 del C. J. que lo autoriza, sobre petición de cuota hereditaria equivalente a la mitad de los bienes relictos especificados en la primera súplica y probó plena y completamente su derecho; la sentencia se lo niega y reduce la demanda a la acción reivindicatoria de una universalidad ilíquida, singularizada en la totalidad de los bienes en los cuales hace radicar esa cuota proindiviso, o de parte determinada también concretada por los linderos especiales, es decir singularizada de esos mismos bienes, contra lo que clara y expresamente pide la actora en esa primera súplica.

"2º—La demandante ejercita la acción restitutoria en la segunda súplica no como consecuencia simultánea e inmediata de la primera, sino sometiéndola expresamente a la división por peritos o sea la partición y liquidación y la sentencia alterando el texto, orden y espíritu de la demanda declara que por estar ilíquidas las sucesiones de donde la demandante hace derivar su derecho, la reivindicación carece de los requisitos que la ley y la H. Corte han señalado para poder ejercitarla, porque, además, el elemento posesión en cabeza de los demandados no se ha demostrado porque la demandante misma declara que solamente son simples tenedores de los bienes especificados en la demanda, y además el derecho de dominio y la posesión inscrita radican todavía en cabeza de los muertos; que Federico Rodríguez nada adquirió por la muerte de sus padres y hermanos prematuros, nada transmitió a sus hijos, los Cely, ni éstos a la demandante, ni ésta adquirió derecho alguno de cuota de aquella universalidad ilíquida, proindiviso, y que aun cuando adujo títulos aptos para reivindicar, no probó derecho alguno, carece de interés jurídico y de personería sustantiva. Y rompiendo la cadena no interrumpida de los modos y títulos de adquisición alegados y adu-

cidos por la demandante, dice que la procedencia inmediata de todo eso no aparece demostrada.

"La demandante aduce la plena prueba de la existencia y registro de la sentencia ejecutoriada declarativa de propiedad por prescripción **extraordinaria** a favor exclusivamente de don Federico Rodríguez Mendoza y en sentido alguno favorable a los padres y hermanos de don Federico, ni de Máximo Valero, ni de heredero del mismo, ni del doctor Leonidas Rodríguez Mendoza, según expresa la certificación del señor Registrador de I. P. y P. del Circuito de Tunja; y la sentencia por encima de la fuerza de cosa juzgada que esa sentencia y título de propiedad contiene, dá más valor al hecho de haberlos inventariado gratuitamente doña Matilde Rodríguez Mendoza como de propiedad de esas sucesiones, sin serlo, y sus herederos luego en el invenatrio de la sucesión testada de la misma señorita Matilde Rodríguez Mendoza, a sabiendas de que el alistamiento de esos inmuebles rurales ubicados en Samacá, no constituye título de propiedad a favor de esas sucesiones, y menos frente a dicha sentencia que nadie ha invalidado.

"La demandante pide el reembolso y pago de los frutos naturales y civiles de su cuota radicada en los bienes especificados en la primera súplica, o sea de la mitad; fija la cuota que señalen peritos, y éstos fundada y uniformemente, en cifras numéricas, fijan esa cuota en los totales mensuales de arrendamientos producidos por dichos bienes y percibidos por los demandados durante todo el tiempo que la demanda expresa; y la sentencia se basa en que la demandante no probó su derecho ni su demanda y le niega todo contra la evidencia procesal.

"La demandante pide que se declaren ilegales los actos y autos, o arreglos y cuentas que aduzcan los demandados para justificar sus procedimientos; aduce la plena prueba de esas ilegalidades, y la sentencia nada estudia al respecto, pero concluye expresando que la demandante no probó su demanda y absolviendo de todos los cargos a la parte demandada y condenando en costas a la demandante.

"La demandante hace una clara distinción en las súplicas de su demanda, orden y términos en que están formuladas y fundamentos de hecho y de derecho, y la sentencia reduce todo a la acción "reivindicatoria" de cuerpo cierto, singular, o de parte determinada de una cosa singular de que el demandante pruebe ser dueño, cuya posesión esté en poder de los demandantes, porque la ley (el título XII del C. C.), no concede la acción de dominio sino taxativamente, cuando se reúnen esos requisitos y que, como la demanda versa sobre cuota hereditaria radicada en todos los bienes que figuran en el inventario y no se sabe en cuál o cuáles de éstos se le adjudique la cuota que reclama, si llega a probar que le pertenece, puesto que por la muerte de sus padres y hermanos legítimos Federico Rodríguez nada adquirió, ni se radicó en su patrimonio de esos bienes; menos sus hijos, los Cely; y mucho menos la demandante a causa de que la propiedad, títulos e inscripciones de los bienes relictos de aquéllos radican todavía en cabeza de los muertos y no en las de sus herederos; confunde la sentencia las cosas que son objeto de la reivindicación con las acciones que la ley otorga para hacerla efectiva judicialmente, y la petición de herencia de la primera súplica con la restitutoria condicionada a la determinación de la cuota herencial pedida en ella por medio de partición y adjudicación por peritos, y la de reembolso y pago de usufructos e intereses ya separados de las cosas, **que son muebles**; y la de declaración de ilegalidad de actos y autos, arreglos y cuentas, que son materia de acciones acumuladas en la demanda, porque pueden y deben pedirse y sustanciarse en juicio ordinario de mayor cuantía a causa de que ninguna de ellas tiene procedimiento especial judicial, y se complementan en vez de destruírse, el juez es competente, los interesados los mismos y las cosas pedidas enlazadas a los mismos, y sin que, por esa demanda y sus resultados, la subrogación y la liquidación a que remite la sentencia sufran el menor detrimento, pero sí mayor seguridad y claridad; y porque así lo aconseja e impone el artículo 1387 del C. C., el cual viola porque expresa lo contrario.

"Todo eso, absolutamente toda la base fundamental de la sentencia está afectada de errores manifiestos de hecho, y de errores de derecho y es violatoria de las disposiciones de los artículos que cito en cada uno de los cargos fundamentales de la primera causal de casación alegada. Por tanto, dicha sentencia ha de ser invalidada de conformidad al ordinal 1º del artículo 520 del C. J. y 538 y 539 ibidem, y 1387 del C. C. que impone decidir antes estas cuestiones.

"CAPITULO TERCERO

"Segunda causal de casación de la sentencia

"Esta 'no se halla en consonancia con las pretensiones de los litigantes, oportunamente deducidas'.

"Fundamentos:

"La demandante promovió por demanda ordinaria de mayor cuantía las acciones acumuladas, fundadas en la relación de hechos contenidos en VIII apartes que probó plena y completamente con los diversos elementos que forman el expediente del juicio, que ya cité y analicé en el resumen y en los cargos que anteceden, fundamentos de la primera causal; así se admitió, dio en traslados, se sustanció y puso en estado de proferir las sentencias de primero y segundo grado.

"Los demandados replicaron oponiéndose y aceptando el primero de los hechos y negando los demás; no probaron un derecho realmente oponible a los que la demandante reclama en su demanda; adujeron elementos probatorios que corroboran y prueban en armonía con los aducidos por la demandante los derechos y la acción; y las acciones acumuladas como dejo demostrado; y los alegatos de la parte demandada demuestran que la demandante tiene todo derecho, y fundamentación, y justicia para imputarles los hechos y exigir las declaraciones que en su demanda impetra.

"En derecho, la demandante fundó su demanda expresa y claramente, no sólo en los artículos que cita de los códigos, pero también "en las demás disposiciones aplicables del C. C. y de las leyes 153 de 1887 y 45 de 1936"; esto demuestra que si no hubiera incoado 'petición de herencia' reducida a cuota determinada proindiviso de los bienes singularizados en la petición primera, equivalente a la mitad también proindiviso de esos mismos bienes, no había invocado 'las demás disposiciones aplicables del C. C. y de las leyes 153 de 1887 y 45 de 1936' que claramente tratan de esa clase de materias herenciales.

"En el resumen que antecede hago resaltar los errores de hecho manifiestos, y los de derecho e infracciones de las disposiciones sustantivas que cito en los cargos antecedentes; todo eso lo reitero aquí para evitar repeticiones, porque todo eso demuestra la segunda causal de casación alegada, que, por sí sola, constituye suficiente motivo para invalidarla.

"CAPITULO CUARTO

"Tercera causal de casación

"La sentencia incurre en las causales de nulidad de falta de personería sustantiva y de jurisdicción y competencia, y de ser contraria a autos y sentencias ejecutoriadas, varias inscritas, de que tratan los artículos 448 y 473 y 148 del C. J.

"Ya demostré que la demanda, en la última parte de la SEGUNDA súplica pide expresamente se declaren ilegales los actos y autos o arreglos y cuentas que los demandados aleguen; esto implica el estudio de la legalidad o ilegalidad de los actos, autos, arreglos y cuentas alegados por esa parte durante el juicio. Pero la sentencia en lugar de satisfacer este presupuesto procesal, y no obstante hacer parte del juicio la decisión contenida en el fallo de reconstrucción ejecutoriado, aducido por los demandados, y que ya cité reiteradamente en los fundamentos de la primera causal, según el cual 'fue revocado el reconocimiento de heredera hecho a favor de Matilde Rodríguez y confirmado por el Tribunal'; se 'negó la oposición al secuestro definitivo hecha por los albaceas a nombre de Matilde Rodríguez'; y consta que 'los herederos CELY se opusieron alegando nulidades por carencia de personería e incompetencia de jurisdicción'. Pero que "EL OBJETO DEL ACTUAL INCIDENTE ES RESTABLECER LA ACTUACION TAL COMO SE ENCONTRABA EN EL MOMENTO DEL SINIESTRO, MAS NO DECIDIR SOBRE EL DERECHO DE LAS PARTES O SOBRE LA LEGALIDAD DE LA ACTUACION... EL PROCESO RECONSTRUIDO NECESARIAMENTE TIENE LAS MISMAS CALIDADES Y VICIOS EXISTENTES EN EL MOMENTO DEL SINIESTRO...', LO CUAL DEMUESTRA, que en el proceso destruído a que el fallo se refiere, habían alegado esas causales; la sentencia ejecutoriada y registrada de que trata el certificado del señor Registrador de I. P. y P. del Circuito de Tunja, lugar de ubicación de los inmuebles, visible a folios 46 a 47 del cuaderno dos (pruebas de la demandante), que tiene fuerza de cosa juzgada y ninguna persona ha pedido, ni autoridad competente ha invalidado o modificado; el fallo de 13 de agosto de 1942, declaratorio de herederos de los Cely, confirmado por el Tribunal por decisiones de 20 de noviembre de 1942, y por sentencia ejecutoriada de la H. Corte Suprema, en el ordinario sobre nulidad de esos fallos, de doña Matilde Rodríguez Mendoza contra los mismos Cely; las decisiones ejecutoriadas emanadas del señor Juez primero civil del Circuito de Tunja sobre declaratoria de herederos de los mismos Cely en el sucesorio de su mencionado padre; el decreto de subrogación de la demandante Carmen Salazar de Soler en los términos de la escritura número 15 de 7 de enero de 1944 ya citada; el decreto de posesión efectiva de los bienes de la herencia del

señor Federico Rodríguez Mendoza, especificados en él, a que también se refería ya en los cargos anteriores, registrado en Tunja y Zipaquirá; la sentencia-decreto de partición de esos bienes, también ejecutoriado; la partición y adjudicación de la cuota herencial que reclama la demandante a ésta, y la sentencia aprobatoria, ejecutoriada y registrada en Tunja y Zipaquirá como demostré atrás; el decreto de secuestro definitivo confirmado por el Tribunal con base en el artículo 904 del C. J., ejecutado por diligencia de 6 de febrero de 1948 visible a los folios 11 a 15 del cuaderno de pruebas de la demandante con las alegaciones de los interesados coasignatarios en los bienes de la partida CUARTA del inventario de 1º de abril de 1943; el auto y diligencia de anulación de aquel secuestro visibles a los folios 17 vto. a 20 del cuaderno 3 (pruebas de la parte demandada); y fallo por el cual se decidió la competencia a favor del Juez de Tunja, fechado el 22 de marzo de 1950, surtida la tramitación de ese incidente promovido por la misma parte demandada en este juicio, y visibles a los folios 50 a 55 del cuaderno 2; todo demostrativo:

"a) De la carencia de personería de doña Matilde Rodríguez Mendoza y por consiguiente de sus herederos y representantes demandados en este pleito, para pedir y obtener la apertura, radicación y acumulación precipitadas del sucesorio de don Federico Rodríguez Mendoza en el Juzgado del Circuito de Zipaquirá, y la falta de jurisdicción y competencia de este funcionario para proferir y proseguir esas decisiones, por lo demostrado en el cargo sobre las nulidades pedidas en la demanda ya demostrado; no obstante, la sentencia prohija la pretensión alegada por los demandados de que dicho sucesorio persiste acumulado y sin terminar en el juzgado civil del Circuito de Zipaquirá, lo cual es pretender revivir un juicio legalmente concluído y contravenir a lo resuelto en decisiones ejecutoriadas, con fuerza de cosa juzgada, y basada en esto la sentencia declara sin efectos los autos y sentencias e instrumentos valorizados en éstas, aducidos por la demandante, sin que, por parte legítima se le han pedo esa invalidación.

"La sentencia de prescripción ejecutoriada e inscrita, tiene fuerza de cosa juzgada y de título de propiedad exclusiva y absoluta a favor solamente de Federico Rodríguez Mendoza y sus representantes legales; de ella se manifestó sabedora doña Matilde Rodríguez Mendoza por boca de su apoderado en la diligencia de inventarios de primero de abril de 1943 y, con todo y sus pretensiones, ni ella ni sus herederos pidieron en tiempo su revisión y modificación porque los títulos que numéricamente citaron no le sirven y, en todo caso, por su culpa esa sentencia permanece firme; no obstante la sentencia, sin tener en cuenta, pasando por alto la certificación del Registrador de Tunja, ya citado, declara que hay más bienes pertenecientes a las sucesiones de José María Rodríguez, Betulia Mendoza, Leonidas, Rita Julia y Matilde Rodríguez, dándole fuerza y alcance de título de propiedad a los simples alistamientos en los inventarios de esas sucesiones en lo referente a los inmuebles ubicados en Samacá, a que dicha sentencia se refiere, como cuerpos ciertos singularizados, contraviniendo el artículo 34 de la Ley 63 de 1936 porque la relación de títulos en las partidas correspondientes de esos inventarios, ningún derecho de propiedad prueba del Sr. Máximo Valero, ni ningún verdadero heredero suyo, ni del Dr. Leonidas Rodríguez Mendoza ni de sucesión alguna distinta a la de Federico; por tanto, la sentencia conlleva la nulidad de que trata el art. 473 del C. J. y la de la falta de jurisdicción y competencia en el Tribunal para desconocer esa sentencia y arrojar a la demandante a reclamar su cuota en esos bienes de exclusiva propiedad ahora de los Cely, en vez de indicarle a la parte demandada que cualquier derecho que en esos bienes tenga le quedan perfectamente a salvo y expeditos los caminos que la ley brinda para hacérselos adjudicar y reclamar a quienes los poseen, señores Celi, y no a la demandante porque en esos inmuebles rurales no se le adjudicó su cuota herencial.

"Es visible la violación de los artículos 904 y 148 del C. J. y el desconocimiento de vulneración de la resolución ejecutoriada del superior del Juez de Zipaquirá que decretó el secuestro definitivo de los bienes de la partida CUARTA del inventario de 1º de abril de 1943, por parte de dicho Juez en el auto de anulación de lo resuelto y ejecutoriado, ley procesal, y de levantamiento de ese secuestro como he demostrado; con todo, la sentencia legaliza y deja firme esa actividad consumada por los demandados incurriendo por lo mismo en la infracción de los artículos 904, 148 y 473 del C. J., de modo indirecto.

"Por lo expuesto, la sentencia conlleva las causales de nulidad que dejo demostradas, previstas en los artículos 448, 148 y 473 del C. J.".

Consideraciones de la Corte

Nuestro Código Judicial no se refiere en deta-

lles sobre lo que debe ser, en sí, una demanda de casación, pero en su artículo 531, determina su estructura general en cuanto a las condiciones mínimas que debe llenar. Pero, no así la legislación anterior, Ley 90 de 1920, que era estrictamente formalista o detallista en el cumplimiento de esas condiciones, y la cual preveía, entre ellas, la de que el Magistrado debía examinar "preferentemente si la demanda de casación reúne las condiciones de que trata el artículo anterior", artículos 9º y 10º. De allí que, armonizando los dos conceptos, la jurisprudencia ha deducido la regla general de que el libelo de casación debe estar ajustado a todas las exigencias de una verdadera demanda, porque en otra forma sería inepta, según las voces del artículo 333, numeral 1º del Código Judicial. Esto, porque si en un procedimiento general la ley es exigente, más lo es tratándose de uno especial y de carácter extraordinario, como es el del recurso de casación, rígido y estricto por naturaleza, dentro del cual tiene que moverse la Corte, sin que pueda desviarse del cauce que le señala la respectiva demanda, por ser este recurso, según decir de los doctrinantes: "el medio de provocar el juicio de la Corte Suprema sobre la sentencia enjuiciada, en los límites fijados por el recurso mismo".

De allí, también, que la jurisprudencia nacional al fijar el alcance del recurso de casación haya dicho:

"La casación, está configurada en nuestro derecho como un recurso de los llamados 'en relación', porque en él, como en éstos, quien los decide no tiene libertad para juzgar sobre la providencia impugnada sino que ha de seguir estrictamente la vía que el recurrente señale, y si ésta es inconducente la gestión fracasa, porque a la Corte no le es dado el examen abierto o sin obstáculos al alcance de los juzgadores de instancia. Cuando el artículo 531 del Código Judicial indica qué debe contener la demanda de casación, ordena que se exprese la causal aducida, lo cual se satisface ora refiriéndose concretamente a alguna de las preinstituídas por la ley, y ajustando el desarrollo de los sustentos del recurso a la técnica propia de cada una de aquéllas, ora formulando los cargos en forma tal que aunque expresamente no se determine la causal, la Corte pueda hallarla como simple y necesaria conclusión de lo alegado. El requisito de que se trata no es de simple trámite procedimental: es que sin él no existe propiamente recurso ya que éste no puede edificarse sino sobre alguno de los motivos enumerados por el artículo 520 de la ley rituaria; sólo en relación con ellos puede discurrir el recurrente en casación y es dado a la Corte decidir". (Casación 29 de agosto de 1947. Tomo LXII).

Por otro aspecto, de la cuestión, relacionado con las ritualidades a que está sometido el recurso de casación, la Corte ha dicho:

"En copiosa y constante jurisprudencia la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos en el respectivo libelo de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón o aspecto por qué lo hayan sido. Esto en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta. Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera concreta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el artículo 531 del Código Judisial". (G. J. Tomo LX).

La demanda de casación que motiva esta decisión de la Sala carece de la técnica legal que impone el artículo 531 del Código Judicial. En ella, si se relata la historia de los hechos materia de la controversia y se aducen concretamente algunas de las causales instituídas por el artículo 520 ibidem, para que por vía de casación, se infirme el fallo recurrido, existe una involucración ininteligible de los sustentos de cada una de ellas, de los conceptos de la violación de la ley en uno y otro caso, que no permite definir los elementos de confrontación del ataque con la sentencia, dando por resultado que los sargos contra ésta, aparecen formulados en forma confusa e imprecisa, sin dar razón del por qué de la violación de la ley por parte del fallo impugnado, situando a la Corte en la imposibilidad de pronunciar su juicio sobre aquél, ya que el camino indicado en el libelo acusatorio y la restricción que le impone el recurso mismo no le permiten salvar aquellos obstáculos, como lo podría hacer el juzgador de instancia. Entonces, la situación procesal que se contempla es la de ausencia de cargos propiamente dichos, de puntos de reparo para la debida confrontación entre la sentencia y su impugnación, y como es obvio, de formal acusación contra aquélla, como a primera vista se deduce de la transcripción del resumen acusatorio consignado en la primera parte de esta decisión.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 26 de octubre de 1955.

Costas a cargo del recurrente.

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

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas. — El Secretario, Jorge Soto Soto.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN CASO DE MUERTE POR ELECTROCUCION. — INCONGRUENCIA.—EL MISMO ERROR EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA NO PUEDE SER A LA VEZ DE HECHO Y DE DERECHO. — LA PRUEBA DE PERITOS NO ES LA UNICA HABIL PARA ESTABLECER LA CAUSA DE LA MUERTE DE UNA PERSONA. —SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — CARGA DE LA PRUEBA EN ESTA CLASE DE JUICIOS

1.—La incongruencia que como causal de casación consagra el numeral segundo del artículo 520 del C. J., proviene de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y no en que, "haya una incongruencia visible de bulto, entre esa decisión y lo que dispone el artículo 471 del Código Judicial". La desarmonía entre la decisión del juzgador y un precepto legal puede dar lugar a casar la sentencia por otra causal, pero no por la de incongruencia.

Al pronunciarse el fallador sobre la pretensión deducida en el juicio por una de las partes en sentido favorable, desestima la pretensión opuesta de la contraparte, y el fallo no es inconsonante porque no comprende puntos ajenos a la controversia ni se ha decidido sobre más o sobre menos de lo pedido.

2.—En repetidas ocasiones la Corte ha expresado los motivos por los cuales el juzgador no puede incurrir a la vez en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de una misma prueba y ha dicho que aun cuando los dos errores ocurren en el campo común de la estimación probatoria y producen el mismo efecto que es la violación de la ley, el primero atañe a la materialidad de la prueba, vale decir, a su existencia o no en los autos, al paso que el segundo se refiere a la valoración de la prueba existente; el error de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del juez sobre determinado hecho, y el error de derecho es la disconformidad entre el valor que el Juez le reconoce a una prueba existente y el que a la misma le asigna la ley; el primero cae exclusivamente en el campo de hecho, y el segundo exclusivamente en el campo jurídico. Por razón de estas diferencias el mismo error en la apreciación de una prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho.

3.—Es verdad que en muchos casos las causas determinantes de una muerte no caen bajo el dominio de los sentidos de las personas que puedan presenciarla, y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes. Entonces la prudencia indica recurrir a los científicos para que estos, mediante el examen de las lesiones y demás fenómenos que presente el cadáver, expliquen las causas que determinaron la muerte. En la mayoría de las veces la prueba pericial es la más apropiada para establecer la causa de la muerte de una persona, medio probatorio técnico que esta Sala ha exigido en algunos casos, entre los cuales puede citarse el contemplado en sentencia de casación de septiembre 24 de 1952 (G. J. 2119 y 2120, pág. 237).

El que en algunos casos sea exigible la prueba de peritos para establecer las causas de la muerte, no quiere decir que sea la única hábil a tales efectos. Ni siquiera en materia penal se ha llegado a ese extremo, a pesar de que allí está en juego no sólo el interés patrimonial sino el más importante derecho de libertad del inculpado.

Es de advertir, que en el caso de estudio no son los testigos los que están dictaminando la causa de la muerte de la víctima, sino que el Tribunal dedujo que ésta murió por electrocución del cúmulo de circunstancias que rodearon su muerte, circunstancias que encontró acreditadas con un número plural de testigos que concuerdan en condiciones de tiempo, modo y lugar, que demuestran sinceridad en lo que afirman, que coinciden sobre la manera como se produjo la muerte y sobre la causa del accidente que lo fue el

tropezar la víctima con unas cuerdas cargadas de electricidad.

4.—Ha sido constante la jurisprudencia de la Corte al sostener que la labor estimativa de la prueba es función que corresponde al juzgador de instancia y que su convicción, resultante del examen de los elementos probatorios, no puede ser variada en casación sino cuando se demuestre que ha incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y a consecuencia de esos errores infringe la ley. La autonomía del Tribunal para enjuiciar los hechos proviene de que en la instancia se agota el debate probatorio y de la índole del recurso de casación establecido primordialmente en defensa de la ley frente al fallo del juzgador. Estas las razones para que la apreciación de las pruebas, hecha por el Tribunal, deba ser respetada por la Corte, si no se demuestra por el recurrente una clara violación de los preceptos legales.

5. — Cuando se produce un accidente que ocasione daño a una persona, la carga de la prueba, gracias al juego de las presunciones, se desplaza de la víctima hacia el autor del daño quien sólo podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que lo acaecido tuvo por causa una fuerza mayor o caso fortuito o un hecho propio de la víctima. La presunción de culpa está consagrada en el artículo 2356 del C. Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 14 de marzo de 1956, en el juicio ordinario de Ana Lucía Díaz de Largo contra la sociedad comercial "Energía Eléctrica de Ríosucio y Supía", sobre indemnización de perjuicios.

Antecedentes

La señora Ana Lucía Díaz de Largo, por medio de apoderado, promovió demanda ante el Juzgado Civil del Circuito de Ríosucio, para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y con citación y audiencia de la sociedad comercial denominada "Energía Eléctrica de Riosucio y Supía, Sociedad Limitada", representada por el señor Darío Velásquez O. en su calidad de Administrador, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la Empresa denominada "Energía Eléctrica de Ríosucio y Supía, Sociedad Limitada", domiciliada en Supía, representada por el señor Darío Velásquez O., es civilmente responsable de la muerte por electrocutación sufrida por el menor José Benjamín Díaz el día dos de abril del año de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) en el paraje o sitio denominado 'Mudarra' en jurisdicción del Municipio de Supía.

"Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la sociedad comercial de responsabilidad limitada antes mencionada a pagarle a la sucesión ilíquida de José Benjamín Díaz, representada por doña Ana Lucía Díaz, la indemnización correspondiente a perjuicios materiales y morales que sean determinados por medio de la prueba correspondiente y teniendo en cuenta la tabla de duración científica, es decir, la supervivencia del occiso, lo que podía ganar a la edad en que murió y de ahí en adelante hasta la edad media, su estado de salud anterior, su buena constitución y todos los pormenores para esta clase de indemnizaciones.

"Tercera.—Que si se opusiere temerariamente a esta acción, se le condene al pago de las costas del juicio".

Como hechos fundamentales de la demanda, relató que el joven José Benjamín Díaz, de unos 11 años de edad e hijo natural de la demandante, con otros compañeros se había trasladado a la finca denominada El Peñol, a traer yuca y plátanos para la casa; que estando de regreso acompañado de María Antonia Díaz, Carlos Villaneda y Gabriel Díaz, en el paraje denominado "Mudarra", de la jurisdicción municipal de Supía, encontraron tendidas en el suelo las cuerdas principales o líneas de inducción de la energía eléctrica que sale de la planta que tiene montada en el municipio de Supía la empresa demandada; que José Benjamín Díaz, quien traía a sus espaldas un canasto, tropezó o se enredó en las cuerdas que allí estaban caídas siendo lanzado por el "corrientazo" y pereciendo inmediatamente por electrocutación, al mismo tiempo que Villaneda, quien le seguía, fue lanzado a consecuencia del mismo choque y resultó lesionado y hubo de ser hospitalizado en esos días; que estos acontecimientos ocurrieron el 2 de abril de 1954, entre las 2 y 3 de la tarde; que des-

de fines de marzo anterior las líneas de la luz de la empresa demandada se encontraban en mal estado con relación a los postes de sostenimiento, sin que la empresa hubiera tomado las medidas conducentes a su arreglo, y que por razón de este descuido, dichas cuerdas se encontraban en el suelo en el sitio mencionado.

Tramitado convenientemente el juicio, el Juzgado puso término a la primera instancia con la sentencia de fecha 5 de septiembre de 1955, en la cual absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos que se le formularon y condenó en costas a la parte actora. Esta apeló y el negocio subió al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

El Tribunal dictó el 14 de marzo de 1956 el fallo que es materia del presente recurso de casación, y que en su parte resolutiva dice:

"En razón de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca en todas sus partes la sentencia de 5 de septiembre de 1955, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio en el juicio de que se viene hablando y en su lugar resuelve: Se declara que la sociedad comercial denominada 'Energía Eléctrica de Riosucio y Supía, Sociedad Limitada' con domicilio en Supía, Departamento de Caldas, es civilmente responsable de los perjuicios morales causados a Ana Lucía Díaz Largo, en su condición de causahabiente de su hijo José Benjamín Díaz, con motivo de la muerte por electrocución de este último, hecho ocurrido el dos de abril de 1954, en el paraje de 'Mudarra', jurisdicción del Municipio de Supía.

"2º—Como consecuencia de lo anterior se condena a la citada Compañía a pagar a la sucesión de José Benjamín Díaz, representada por Ana Lucía Díaz Largo, tres días después de ejecutoriada esta providencia, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente.

"3º—Igualmente se condena a la Sociedad citada a pagar las costas de la primera instancia en este juicio, ya que en la segunda no se causaron.

"4º—Se absuelve a la Empresa de los demás cargos formulados en el libelo".

La demanda de casación

El recurrente formula contra la sentencia del Tribunal tres cargos; los dos primeros con base en la causal primera de casación y el último por la causal segunda. Se estudia en primer término el cargo por incongruencia.

Tercer cargo

Dice el recurrente: "Al contestar la demanda, el doctor Gersain Arias Vélez, apoderado de la Sociedad demandada, propuso la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva en la señora demandante, quien no pide para sí, sino para la sucesión ilíquida de su hijo José Benjamín, por haber sido reconocida heredera del causante en el juicio de sucesión.

"Invoco la causal segunda de casación prevista en el artículo 520 del Código Judicial, para solicitar se declare probada la excepción mencionada, por ser doctrina de esa H. Corte que cuando la víctima fallece sin promover acción, 'no existen en tal evento derechos patrimoniales o perjuicios herenciales transmisibles, sino daño personal de los demandantes. Este no puede ser indemnizado a través de una acción ejercitada como herederos o continuadores de la persona del fallecido, o para la sucesión de éste'. (G. J. números 2107-2108, página 851).

"El H. Tribunal Superior estudia en forma superficial, a mi entender, en la parte motiva de su sentencia, esta cuestión, sin que en el particular se pronuncie sobre la excepción en la parte dispositiva, para acogerla o denegarla. Hay por lo mismo una incongruencia visible de bulto, entre esa decisión y lo que dispone el art. 471 del Código Judicial".

Considera la Corte:

La incongruencia que como causal de casación consagra el numeral segundo del artículo 520 del C. J., proviene de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y no en que, como lo alega el recurrente, haya "una incongruencia visible de bulto, entre esa decisión y lo que dispone el artículo 471 del Código Judicial". La desarmonía entre la decisión del juzgador y un precepto legal puede dar lugar a casar la sentencia por otra causal, pero no por la de incongruencia.

El Tribunal, en su fallo, hace el estudio de la posición asumida por el actor en el juicio al reclamar perjuicios para la sucesión de José Benjamín Díaz, representada por su madre natural Ana Lucía Díaz y que dio origen, según lo anota el mismo Tribunal, a que el apoderado de la empresa demandada alegara falta de personería sus-

tantiva de la parte demandante. De ese importante y cuidado estudio concluye el fallador:

"De tal manera que al demandar la señora Ana Lucía Díaz Largo la indemnización por la muerte de su hijo, no obrando en nombre propio, como directa perjudicada, sino a nombre de la sucesión, actuó en ejercicio de una acción heredada tendiente a obtener la indemnización de los perjuicios inferidos al causante. Se demostró con la partida de nacimiento (fol. 3, cuaderno principal), que José Benjamín Díaz es hijo natural de la actora la cual también fue declarada heredera única en el auto de apertura de la sucesión del citado menor, el cual obra o folio 1 del cuaderno número 1; esto quiere decir que la demandante tiene interés jurídico y personería suficiente para demandar en nombre de la sucesión, como en efecto lo hizo".

En esa consideración fue que ordenó el pago de perjuicios morales, y entonces, aun cuando en la parte resolutiva no hace expreso rechazo de la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandante, al reconocer derechos a esta parte, está fallando sobre un extremo de la litis opuesto a la excepción aludida. Al pronunciarse el fallador sobre la pretensión deducida en el juicio por una de las partes en sentido favorable, desestima la pretención opuesta de la contraparte, y el fallo no es inconsonante porque no comprende puntos ajenos a la controversia ni se ha decidido sobre más o sobre menos de lo pedido.

El cargo no prospera.

Primer cargo

El primer cargo con base en la causal primera, está formulado así:

"Aunque respeto profundamente lo que dice el H. Tribunal en relación con la causa o motivo de la muerte de José Benjamín Díaz, juzgo que la misma Corporación incurre en error evidente de hecho en lo referente a ese aspecto de la cuestión, y acuso el fallo por violación de los artículos 593 y 705 del Código Judicial, que dio lugar a la vez a la aplicación indebida del artículo 2356 del Código Civil. Esto sirve de base para casar la sentencia, de acuerdo con la causal primera del artículo 520 del Código primeramente citado —error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos—, que condujo al sentenciador a aplicar el artículo sustantivo que cito".

Este error se deriva, según lo estima el recurrente, de que con las declaraciones de los testigos que presenciaron el insuceso se establece el hecho de haber muerto José Benjamín en el momento en que trató de correr o se enredó en las cuerdas del teléfono que estaban en la vía, pero de allí no puede surgir la relación de causa a efecto, ya que si el hecho de la muerte de una persona se acredita con copia de la partida de defunción, o con declaraciones de testigos que vieron el cadáver, la causa que motiva esa muerte es cuestión técnica que debe acreditarse en la forma exigida por la ley, para darla así por cierta. Que para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales deben intervenir peritos, según el artículo 705 del C. J. y en este caso no se adujo la necropsia. Que la víctima o su causahabiente debe probar la relación de causalidad entre la culpa y el daño y que como no se ha demostrado, mal puede obrar en contrario la presunción de culpa a que se refiere el Tribunal. Que "la presunción de culpa es un elemento de la responsabilidad, pero de allí no se saca que en el caso **sub judice** esté acreditado, por medio de la prueba pertinente conforme a la ley, que el hecho de haber cogido o pisado el interfecto los alambres, sea la causa única y exclusiva de su muerte. Bien pudo provenir esta de un síncope cardíaco, de una hemoptesis o de cualquier otra enfermedad que mata en forma instantánea, como es frecuente verlo en personas aparentemente sanas y llenas de vida"; y agrega:

"De todo lo anterior surge, como hecho evidente, que se ha violado el artículo 2356 del Código Civil, al fijar en cabeza de la sociedad demandada la responsabilidad civil por la muerte de José Benjamín Díaz, pues se deja en olvido que la falta de la prueba sustancial en el caso, esto es, la relación de causa a efecto, imposible de establecerse, en cuando a lo segundo, por medio de declaraciones. El error de hecho es manifiesto, ya que se acepta como demostrado y probado el nexo de causalidad entre la culpa y el daño, sin que exista la prueba de esa relación, y el error de derecho se origina en que por mérito de dar el Tribunal como demostrada eficientemente la relación de causalidad, aplica el artículo 2356, sin que para aplicarlo haya la prueba de que el daño (la muerte), tuviese como causa la electrocución de Díaz.

"Aunque se considere redundante, me permito insistir en que el hecho de suceder la muerte de una persona en un momento dado y por una causa aparente, no conlleva por sí que la consecuencia se deba precisamente a esa causa aparente, por ser necesario, para los efectos de fijar la responsabilidad de un tercero, como sucede en el caso,

que por este último aspecto los elementos de convicción sean eficaces, suficientes de acuerdo con la ley, y no sujetos a duda. Viene con ello que la violación directa de los artículos del Código Judicial a que arriba me refiero, hizo al sentenciador incurrir, a la vez, en el precepto sustantivo del artículo 2356, para aplicarlo al caso, sin que esa aplicación sea procedente".

Considera la Corte:

Sobre las causas de la muerte de Díaz dijo el Tribunal:

"Se afirma en la demanda que el joven José Benjamín Díaz murió electrocutado el día 2 de abril de 1954, cuando en compañía de los señores María Antonia Díaz, Carlos Villaneda y Gabriel Díaz, transitaba por la región de 'Mudarra', a causa de haber tropezado con unas líneas conductoras de energía de la entidad demandada. Para demostrar la verdad de estas afirmaciones se trajeron las siguientes pruebas:

"A folio 5 del cuaderno principal figura la partida de defunción de la víctima, en la cual se afirma que la muerte ocurrió en la región de 'Mudarra' pero sin que se den indicaciones sobre las causas de ella. Es necesario entonces estudiar la prueba testimonial para ver la forma como los testigos relatan el accidente y para deducir de tales testimonios la real existencia de una muerte por electrocución.

"Carlos Enrique Villaneda, testigo presencial de la tragedia y quien alcanzó también a recibir los impactos de la corriente eléctrica que acabó con la vida de José Benjamín Díaz, depone en la siguiente forma el 13 de noviembre de 1954 (fol. 8 vto. C. número 2): 'A principios de este año, sin que recuerde la fecha, pero que sí me acuerdo que era un día viernes, venía yo en compañía de Benjamín Díaz, Gabriela y Toña Díaz del punto de 'El Campanario' lugar este donde trabajábamos; las personas que me acompañaban traían plátanos y yo traía maíz y al llegar al punto de 'Mudarra', Benjamín, que caminaba adelante, se encontró con las cuerdas del teléfono que estaban hechas un montón sobre la vía y trató de correrlas para poder pasar pero resulta que tales cuerdas estaban electrizadas y entonces inmediatamente tales cuerdas se abrieron o se regaron quedando Benjamín en el suelo y como venía a continuación de él las cuerdas que se regaron me cogieron también a mí y quedé privado instantáneamente y cuando volví en mí ya estaban velando a Benjamín, es cuanto me consta y doy razón de los hechos que dejo declarados la de que yo vivo en 'La Iberia' y tengo mis trabajadores en la región donde ocurrieron los hechos pues por tal motivo soy conocedor de las líneas de la planta de Riosucio y Supía sociedad limitada y en esa región no existe más planta eléctrica, además como ya dije yo presencié los hechos porque venía con Benjamín cuando los hechos ocurrieron y por eso me tocó presenciar lo que dejo expuesto".

"María Antonia Díaz (fol. 10 fte. C. número 2) se expresa en la siguiente forma: 'Es cierto, sé y me consta por haberlo visto que el señor José Benjamín Díaz el dos de abril del año pasado fue cogido por las cuerdas del teléfono que estaban tendidas en el suelo, cuerdas estas que estaban conectadas o enredadas encima de las primarias por una de sus puntas, a las primarias que conducen la energía eléctrica de Supía a Riosucio, hecho que ocurrió en la orilla del 'Río 'Supía' en el punto llamado 'Mudarra'. Doy como razón de lo que declaro lo siguiente: Yo venía en compañía de Benjamín Díaz en compañía de Gabriela Díaz y Carlos Villaneda, veníamos del punto llamado 'Campanario' y al llegar al lugar citado arriba, es decir donde estaban tendidas las cuerdas, Benjamín, que caminaba adelante con un canasto con agricultura, tropezó con la parte de las cuerdas que estaban enrolladas en el suelo, lanzó un quejido. dio dos vueltas y cayó al suelo electrocutado, y yo que estaba a unas cinco varas de distancia más o menos corrí a cogerlo creyendo que estaba únicamente entumecido, le tiré los dedos del corazón y me puse a santiguarlo pues ya no hablaba y en ese momento expiró'.

"Gabriela Díaz también testigo presencial de los hechos dice lo siguiente (fol. 10 vto. C. número 2): 'Conocí a José Benjamín Díaz, quien cuando murió tenía unos quince años de edad, pues era de una edad conmigo, y el dos de abril del año pasado, día viernes, al pasar por el punto de 'Mudarra' se enredó en las cuerdas del teléfono que estaban enrolladas en el suelo una parte y una de las puntas estaba enredada sobre las primarias que conducen la energía eléctrica de Supía a Riosucio, cuando fue agarrado en tal forma, que dio dos vueltas y cayó al suelo ya desprendio de las cuerdas y mi tía María Antonia Díaz fue a prestarle auxilio creyendo que estaba entumecido, lo llamó y no le contestó pues en ese momento expiró. Doy razón de lo que dejo declarado el hecho o hechos que yo venía ese mismo día en compañía de Benjamín del cerro del Campanario y yo era la mediera (sic) a unas tres varas de distancia de Benjamín y a mí también me cogió la cuerda

que electrocutó a Benjamín pero a mí me pegó la cuerda en el pañolón y únicamente me tumbó y pude ver cuando mi tía le echaba la bendición a Benjamín'.

"El señor Francisco Ríos (fol. 9 C. número 2) afirma que le consta la muerte por electrocución de José Benjamín Díaz; que se produjo por los alambres del teléfono que estaban en el suelo a una de las puntas conectadas con la primaria; que él estaba cerca y oyó los gritos de la señora tía de Benjamín que pedía socorro y que cuando llegó ya estaba muerto; que un señor de apellido Villaneda (es el testigo cuya declaración se transcribió) estaba aprisionado con los alambres del teléfono pero que al desconectarse la línea telefónica de la primaria logró librarse de la muerte.

"Las declaraciones cuyos apartes fundamentales acaban de transcribirse merecen todo crédito porque los testigos ilustran muy bien de la sinceridad de lo que afirman; todos ellos coinciden sobre la manera como se produjo la muerte, especialmente sobre la causa del accidente que no fue otra que la de haber tropezado la víctima en unas líneas telefónicas que estaban enrolladas en el suelo y conectadas con la primaria que conduce la energía eléctrica de Supía a Riosucio; por lo demás, la forma espontánea y sencilla como relatan el trágico suceso está diciendo muy a las claras que efectivamente las cosas pasaron así. Se deduce, en consecuencia, que el menor José Benjamín Díaz murió por electrocución debido a que la cuerda telefónica en que tropezó estaba conectada a una primaria de la Empresa demandada. Conectados estos testimonios con la partida de defunción sería absurdo desconocer la causa de la muerte; no importa que no se haya encontrado diligencia de autopsia de la cual pudiera deducirse la prueba técnica, porque la forma instantánea en que se produjo la muerte relatada por los testigos presenciales no deja duda ninguna sobre la realidad del trágico suceso".

En el encabezamiento del cargo dice el recurrente que el sentenciador incurrió en error evidente de hecho y acusa el fallo por violación de los artículos 593 y 705 del C. J., que dio lugar a la aplicación indebida del artículo 2356 del C. C. Pero en su desarrollo o sustentación habla también de error de derecho que condujo al fallador a infringir las mismas disposiciones citadas. Este es uno de los muchos casos en que por falta de técnica al elaborar la demanda de casación, se hace el cargo en forma imprecisa y se coloca a la Sala en dificultad de desentrañar el verdadero sentido de la acusación.

En repetidas ocasiones la Corte ha expresado los motivos por los cuales el juzgador no puede incurrir a la vez en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de una misma prueba y ha dicho que aun cuando los dos errores ocurren en el campo común de la estimación probatoria y producen el mismo efecto que es la violación de la ley, el primero atañe a la materialidad de la prueba, vale decir, a su existencia o no en los autos, al paso que el segundo se refiere a la valoración de la prueba existente; el error de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del juez sobre determinado hecho, y el error de derecho es la disconformidad entre el valor que el juez le reconoce a una prueba existente y el que a la misma le asigna la ley; el primero cae exclusivamente en el campo de hecho, el segundo exclusivamente en el campo jurídico. Por razón de estas diferencias, el mismo error en la apreciación de una prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho.

El recurrente sitúa el error del Tribunal, cualquiera que sea ese error, en lo referente a la causa o motivo de la muerte de José Benjamín Díaz, y en su concepto se deriva de que las declaraciones de los testigos presenciales establecen el hecho de haber muerto Díaz, "pero de allí no puede surgir la relación de causa a efecto, ya que si el hecho de la muerte de una persona se acredita con copia de la partida de defunción o con declaraciones de testigos que vieron el cadáver, la causa que motiva esa muerte es cuestión técnica que debe acreditarse en la forma exigida por la ley, para darla así por cierta".

Por los términos que emplea en la anterior alegación, y teniendo en cuenta que el recurrente acusa el fallo por violación de los artículos 593 y 705 del C. J., puede entenderse que radica el cargo en que el fallador reconoció a la prueba testimonial un valor de que carece legalmente para demostrar la causa que motivó la muerte de Díaz. Se trataría entonces de un error de derecho. Si ese es el sentido del cargo y este quiere decir que el Tribunal no ha debido apreciar la prueba testimonial para deducir de los hechos relatados por los testigos presenciales que Díaz murió por electrocución; necesario le era al recurrente, para la prosperidad del cargo, señalar la disposición legal que le prohiba al sentenciador basarse en la prueba testimonial para inferir las causas de la muerte, o al menos demostrar que la única prueba reconocida por la ley para esos efectos es la de peritos. Pero se reduce apenas a

señalar como disposiciones violadas los artículos 593 y 705 del C. J., de los cuales el primero establece que todo medio probatorio de los comprendidos en la tarifa legal es hábil para demostrar la existencia o veracidad de los hechos, siempre que la ley no exija prueba específica o disponga que ciertos medios probatorios no son idóneos para establecer un hecho determinado, y el segundo apenas marca un criterio para proceder en ciertos casos. A este respecto ha dicho la Corte: "Sea por el concepto positivo, pruebas preestablecidas por la ley para comprobar un hecho, sea por el concepto negativo, pruebas no admisibles para demostrar un hecho, el legislador ha establecido un criterio taxativo en esta materia, de modo que cuando no existe el extremo positivo, ni el negativo, de que se acaba de hacer mérito, rige la regla general, o sea que dentro de la tarifa legal de pruebas pueden las partes presentar las que crean pertinentes a la defensa de sus derechos y demostración de sus pretensiones, teniendo en cuenta, sí, que a veces la ley marca el criterio, como en el artículo que inicia el tratado de peritos (705 del C. J.). Y esas pruebas deben entonces producirse y estimarse según la ley. Tal es el principio general y el fundamento sobre la teoría de las pruebas reconocidas por el artículo 593 del C. J.".

Es verdad que en muchos casos las causas determinantes de una muerte no caen bajo el dominio de los sentidos de las personas que puedan presenciarla, y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes. Entonces la prudencia indica recurrir a los científicos para que estos, mediante el examen de las lesiones y demás fenómenos que presente el cadáver, expliquen las causas que determinaron la muerte. En la mayoría de las veces la prueba pericial es la más apropiada para establecer la causa de la muerte de una persona, medio probatorio técnico que esta Sala ha exigido en algunos casos, entre los cuales puede citarse el contemplado en sentencia de casación de septiembre 24 de 1952 (G. J. 2119 y 2120, pág. 237), fallo de que fue ponente uno de los Magistrados que concurren a dictar esta sentencia, en juicio en que también se reclamaba indemnización de perjuicios a una empresa de energía eléctrica por la muerte accidental por electrocución de una persona. Allí se lee: "La no concurrente de la prueba del acta de autopsia de la señorita Moreno, pedida y decretada pero no allegada a los autos, ni la de expertos, dejó pendiente un vacío el de no haberse acreditado en las instancias de manera plena e indubitable, como lo exige la ley para condenar en esta clase de demandas, la comprobación del vínculo de causa a efecto que ha de existir entre el daño sufrido y la culpa del demandado, sin que pueda atribuírsele al sentenciador inadvertencia sobre los relatos testimoniales y los indicios que de estos podían desprenderse en cuanto al hecho de la muerte de la señorita Moreno, por cuanto que, estimó como ineficaces tales elementos probatorios, no para establecer esta, sino para determinar técnicamente su causa. La que bien pudo provenir del contacto con el cable conductor de la corriente eléctrica generada en la planta de Anolima, como también pudo ser una descarga electro-atmosférica que la fulminó, originada en la tempestad que azotó el lugar donde aconteció el insuceso". En ese caso tuvo razón la Corte en sostener la exigencia que hacía el Tribunal del acta de autopsia o la prueba de expertos para determinar la causa de la muerte, porque nadie presenció el accidente y los testigos apenas depusieron sobre la existencia de quemaduras en el cuerpo y la ropa de la víctima y el hecho de haberse hallado el cable conductor de la energía reventado, extendido en el suelo a corta distancia de ésta.

El que en algunos casos sea exigible la prueba de peritos para establecer las causas de la muerte, no quiere decir que sea la única hábil a tales efectos. Ni siquiera en materia penal se ha llegado a ese extremo, a pesar de que allí está en juego no sólo el interés patrimonial sino el más importante derecho de libertad del inculpado. En casación de 13 de diciembre de 1933, dijo la Corte: "Sin duda el reconocimiento médico legal es de grande importancia para la comprobación del cuerpo del delito en el homicidio, pero no podría sostenerse que sea la prueba única y exclusiva, pues se llegaría a una tesis extrema e inadmisible, ya que entonces la objetividad del hecho punible no podría probarse, verbi-gracia, cuando el cadáver hubiera desaparecido. Por ello, si bien se atribuye al examen de facultativos toda la importancia que reviste en la comprobación del elemento material del delito, no se le da el carácter de prueba exclusiva y única, sino que antes bien y en forma disyuntiva, trata de las deposiciones de testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho y de los indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración, considerándolas también como pruebas hábiles del cuerpo del delito. Si en un determinado caso ha podido practicarse, y en efecto se practica en forma

completa, el reconocimiento del cadáver y su disección anatómica, es muy claro que para comprobar el cuerpo del delito una diligencia así llevada a cabo tenga valor fundamental. Pero no quiere decir esto que por otros medios sea imposible llevar a la convicción judicial de que el homicidio fue perpetrado, bien sea ello por declaraciones de testigos o por medio de indicios, necesarios o vehementes. Estas pruebas, de carácter supletorio si se quiere, tienen importancia especial cuando por cualquiera causa no han podido ser reconocidas por facultativos las huellas, rastros o señales del hecho, bien porque el cadáver haya desaparecido del todo o se le haya hecho desaparecer, o porque la avanzada descomposición del mismo impida la precisión completa en el dictamen". (Tomo XL bis, pág. 166).

Es de advertir además, que en el caso de estudio no son los testigos los que están dictaminando la causa de la muerte de Díaz, sino que el Tribunal dedujo que éste murió por electrocución del cúmulo de circunstancias que rodearon su muerte, circunstancias que encontró acreditadas con un número plural de testigos que concuerdan en condiciones de tiempo, modo y lugar, que demuestran sinceridad en lo que afirman, que coinciden sobre la manera como se produjo la muerte y sobre la causa del accidente que lo fue el tropezar la víctima con unas cuerdas cargadas de electricidad, fluído que también alcanzó, aunque con menor intensidad, a quienes iban en pos de Díaz. Los testigos deponen sobre hechos y de esos hechos dedujo el sentenciador otro natural y obvio, cual es el de que Díaz murió a consecuencia de la fuerte descarga eléctrica que recibió y en el mismo momento en que hizo contacto con los alambres caídos en tierra y que estaban conectados a las líneas de que se sirve la compañía demandada para transportar energía eléctrica de su planta a las ciudades de Supía y Riosucio. Para hacer esa deducción no necesitaba el Tribunal que se le dijera por científicos en este proceso que una fuerte descarga eléctrica puede producir la muerte, porque los jueces que integran el Tribunal tienen conocimientos físicos generales suficientes para saber que puede operarse ese fenómeno.

Entonces, como el recurrente no ha demostrado que la prueba testimonial o la indiciaria no sean hábiles para comprobar la causa de la muerte de Díaz, ni que la ley señale como prueba específica para el caso la pericial, carece de fundamento el cargo por error de derecho, si éste fue el imputado al fallador.

Tampoco ha señalado las disposiciones sobre valoración de la prueba que el sentenciador hubiera infringido. Los artículos que cita, como ya se vio, son fórmulas generales sobre régimen probatorio. De consiguiente no aparece configurado el yerro llamado "vicio de valoración probatoria".

Ahora bien, si el cargo debe entenderse en el sentido de haber aceptado el Tribunal como demostrado un hecho que no lo está en el proceso —el nexo de causalidad entre la culpa y el daño— configurándose así un error de hecho, se observa:

El Tribunal, luego de analizar las declaraciones de los testigos presenciales y hacer las deducciones que antes quedaron copiadas, dice en su fallo:

"Hay, pues, una relación de causa a efecto entre la muerte de José Benjamín Díaz y la actividad realizada por la empresa demandada para proporcionar energía eléctrica a las poblaciones de Supía y Riosucio. Sobre el hecho de que tales líneas eran de propiedad de la empresa en el momento de producirse el acontecimiento existen las declaraciones de los testigos que depusieron sobre el particular. Juan Bautista Ríos dice que le tocó ayudar en la construcción o 'extendida' de las primarias y otras labores de la empresa y que por ello conoce bastante los materiales que aquélla tiene extendidos y que en el Municipio de Supía no existe sino la planta eléctrica denominada 'Erisú' la cual suministra luz tanto a Supía como a Riosucio. Carlos Enrique Villaneda afirma que conoce las líneas de la planta de Riosucio y Supía, sociedad limitada y que en esa región no existe más planta eléctrica. Francisco Osorio dice que las cuerdas del teléfono y las primarias son de la empresa eléctrica que conduce la luz a Supía y Riosucio y que en Supía no hay más empresa eléctrica que la que hoy se llama 'Erisú'. Este testigo no sólo afirma que las líneas conductoras de energía eléctrica son de la entidad demandada sino que declara igualmente que la línea telefónica que sirvió de intermedio en la producción de la tragedia es también de dicha empresa. Por otra parte, la sociedad no hizo ningún esfuerzo para demostrar lo contrario; si tales líneas no fueran de su propiedad, fácil habría sido destruir las afirmaciones de los testigos con la prueba contraria, luego es necesario atenerse a lo que aquellos depusieron y que no fue oportunamente contradicho.

"El Tribunal, por otra parte, no puede pasar por alto la declaración del señor Juan Bautista Ríos, visible al fol. 8 del cuaderno número 2 porque aunque es cierto que se trata de la manifestación de un solo testigo, también es verdad que sus afirmaciones constituyen grave indicio de la existencia de una culpa, de una negligencia evidente por

parte de uno de los empleados de la Empresa Erisú que la hace consecuencialmente responsable por el solo efecto de la culpa refleja. Dice la aludida declaración en su parte esencial: "Vivo en el paraje o sitio denominado 'Dos Quebradas' y para ir a Supía me toca recorrer el camino que gira hacia la planta eléctrica denominada 'Enrisú', la cual suministra energía para Riosucio, Supía y Marmato, y por esta razón me doy cuenta de los puntos por donde pasan las cuerdas conductoras de tal fluído eléctrico. Me tocó también ayudar en la construcción o extendida de las primarias y a otras labores de la misma empresa y por ello conozco bastante de los materiales que la empresa tiene extendidos. Por el sitio donde fue muerto el menor Benjamín Díaz pasé dos o tres días antes al insuceso y pude observar que la cuerda del teléfono que conduce de Supía a la planta de Enrisú estaba reventada y haciendo conexión con una primaria de dicha empresa; personalmente le llamé la atención al señor José Tabimba, recorredor de las líneas, para que reparara el daño que dejo anotado a fin de que no fuera a ocurrir una desgracia personal o cualquier daño o en un animal, pero dicho señor no hizo caso. Cierto es que los alambres o primarias conductoras de la luz son forrados y no me explico la razón para que el alambre del teléfono, que era el que estaba en el suelo y haciendo conexión con la primaria estuviera impregnado de elergía (sic). Es posible y el hecho no se explica de otro modo, para que el alambre del teléfono tuviera conexión con la energía, que la primaria debió estar pelada o desnuda precisamente en el punto donde se arrimó dicha alambre del teléfono". (Subraya el Tribunal).

"Si el empleado recorredor de líneas fue opor tunamente noticiado del hecho que se estaba produciendo por el contacto entre la línea telefónica y la línea conductora de energía, y tal aviso fue menospreciado sin que se hubiera hecho nada por evitar cualquier percance que a consecuencia de aquella situación podría sobrevenir, no hay duda de que se procedió en forma imprudente y que, aún descartando la presunción de culpa que pesa sobre la empresa y de que ya se ha hablado, de esta declaración se deduciría un cargo demasiado grave que conectado con las otras pruebas del expediente, establecerían una plena responsabilidad sobre la Sociedad demandada, aún no existiendo, se repite, la presunción de culpa que en casos semejantes pesa sobre el autor del daño".

Como se ha visto, el Tribunal dedujo de los hechos relatados por los testigos presenciales del trágico suceso, que el menor José Benjamín Díaz murió por electrocución debido a que la cuerda telefónica en que tropezó estaba conectada a una primaria de la empresa demandada. Y como halló demostrado también que las líneas, tanto las telefónicas como las primarias conductoras de electricidad, pertenecen a la aludida sociedad, concluyó que hay una relación de causa a efecto entre la actividad realizada por la parte demandada para proporcionar energía eléctrica a las poblaciones de Supía y Ruosicio y la muerte de Díaz.

Ha sido constante la jurisprudencia de la Corte al sostener que la labor estimativa de la prueba es función que corresponde al juzgador de instancia y que su convicción, resultante del examen de los elementos probatorios, no puede ser variada en casación sino cuando se demuestre que ha incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, cuando a consecuencia de esos errores infringe la ley. La autonomía del Tribunal para enjuiciar los hechos proviene de que en la instancia se agota el debate probatorio y de la índole del recurso de casación establecido primordialmente en defensa de la ley frente al fallo del juzgador. Estas las razones para que la apreciación de las pruebas, hecha por el Tribunal, deba ser respetada por la Corte, si no se demuestra por el recurrente una clara violación de los preceptos legales.

Ya el Tribunal había expresado que cuando se produce un accidente que ocasione daño a una persona, la carga de la prueba, gracias al juego de las presunciones, se desplaza de la víctima hacia el autor del daño quien sólo podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que lo acaecido tuvo por causa una fuerza mayor o caso fortuito o un hecho propio de la víctima. La presunción de culpa de que habla el fallador, está consagrada en el art. 2356 del C. C., que en este caso fue correctamente aplicado.

Como el recurrente no demostró que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho en la estimación de las pruebas, ni tampoco aparece el error de derecho imputado, el cargo no prospera.

Tercer cargo

Dice el recurrente: "Acuso también la sentencia de que se trata, por infracción directa de la ley, pues se dejó de aplicar, debiendo haberse aplicado en el caso de condena, el artículo 2357 del Código Civil, que dice: 'La apreciación del

daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

Estima que Díaz se expuso imprudentemente al daño al querer coger las cuerdas que estaban en la vía para poder pasar.

Se considera:

De los testigos presenciales solamente Carlos Enrique Villaneda dice que Díaz, quien caminaba adelante del grupo, se encontró con las cuerdas del teléfono que estaban hechas un montón sobre la vía y trató de correrlas para poder pasar. Los demás testigos dicen que Díaz tropezó con tales cuerdas o se enredó en ellas. Ni siquiera con base en la declaración de Villaneda podría afirmarse que la víctima se hubiera expuesto imprudentemente al accidente, y entonces no era aplicable al caso la compensación de culpas de que trata el cargo.

Dice el recurrente que el Tribunal no examinó el caso por el aspecto de haberse expuesto José Benjamín Díaz imprudentemente al daño. Esta afirmación carece de fundamento, pues en la sentencia se lee: "En cuanto a la existencia de culpa concurrente de la víctima en la producción del insuceso, ello no quedó plenamente establecido puesto que tan sólo el testigo Enrique Villaneda habla de que el menor trató de correr la línea telefónica, mientras que los demás testimonios afirman que tropezó con ella e inmediatamente se produjo la tragedia. No se estableció, pues, de manera plena la existencia de esa culpa a fin de disminuir la indemnización en la forma prevista por el artículo 2357 del C. Civil".

Por lo demás debe observarse que la condenación sólo comprende perjuicios morales, en cuya estimación tiene facultades amplias el juzgador, y que el monto de la condena no es cuantioso.

El cargo no prospera.

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 proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 14 de marzo de 1956, materia del presente recurso.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas. — El Secretario, Jorge Soto Soto.

ACCION REIVINDICATORIA. — LAS ACCIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 1888 DEL CODIGO CIVIL, SOLAMENTE CORRESPONDEN AL COMPRADOR Y AL VENDEDOR, NO A TERCEROS. — PARA OBTENER LA RESTITUCION DE UNA PORCION DE TIERRA, ES MENESTER QUE ESTA QUEDE PLENAMENTE SINGULARIZADA

Las acciones establecidas en el artículo 1888 del Código Civil, las cuales expiran al cabo de un año contado desde la entrega, solamente corresponde al comprador y al vendedor y no a los terceros. Además, aún entre las mismas partes, la ley consagra recursos que pueden hacerse efectivos pasado el año, como la acción por lesión enorme.

Para obtener la restitución de una porción de tierra, no basta con indicar los linderos generales del globo de que antes hacía parte, puesto que no es este globo el que se pretende, sino tan sólo una porción de él, la que, para quedar verdaderamente singularizada, es menester encontrarle sus límites propios, sus linderos individuales.

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

(Magistrado ponente: doctor Juan M. Pachón Padilla)

El doctor Lázaro Villa Wolff, en su propio nombre y como apoderado especial de Guillermo Raúl, Gilma, Ligia, Virginia y Noemí Villa Wolff y como agente oficioso de Judith Velásquez propuso, ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, juicio ordinario contra José Vicente Fernández para que se declare:

a) Que es propiedad de los demandantes el lote de terreno determinado en el hecho cuarto de la demanda;

b) Que dentro del inmueble descrito en el hecho octavo, poseído actualmente por el demandado, está comprendida la porción de terreno descrita en el hecho undécimo, "porción de terreno cuya área quedará determinada al practicar, por medio de peritos, la localización de ella en este juicio";

c) Que es propiedad de los demandantes la faja de terreno a que se refiere la súplica anterior;

d) Que el demandado está obligado a restituírles ese terreno;

e) Que para efecto de la restitución se considere al demandado como poseedor de mala fe;

f) Que si se estimare que no es poseedor de mala fe, se le condene a restituír los frutos desde la contestación de la demanda;

g) Que si no existieren los frutos en especies se le condene a pagar su valor mediante estimación por peritos; y

h) Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio.

Tramitado el juicio, dentro del cual el demandado propuso oportunamente las excepciones de "prescripción adquisitiva", "pérdida del derecho que se reclama", "prescripción de la acción" y "cosa juzgada", el juez del conocimiento lo decidió en sentencia de siete de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco por medio de la cual resolvió lo siguiente:

"1º Decláranse no probadas las excepciones.

"2º Los demandantes, señores Lázaro, Guillermo, Raúl, Gilma, Ligia - Virginia y Noemí Villa Wolff y señora Judith Velásquez, son dueños de una faja de terreno, poseída por el demandado señor José Vicente Fernández, situada en la calle de San Juan de la fracción América de este Municipio, con una cabida de dos mil cincuenta y una varas cuadradas con treinta y una centésima de vara cuadrada (2.051.31 V2), comprendida por los siguientes linderos generales:

'"Por el frente, que da al sur, con la calle de San Juan de este Municipio; por el occidente, en toda su extensión, con el lote de terreno adjudicado mediante la hijuela Nº 5 a Concepción Muñoz, en la sucesión de Calixta Arango; hoy del señor José Vicente Fernández; por el norte, en toda su extensión, con predio que es o fue de Trinidad Arango; y por el oriente, en toda su extensión, con terreno hoy de los herederos del señor Juan Pablo Villa, señores Lázaro, Guillermo, Raúl, Gilma, Ligia y Virginia y Noemí Villa Wolff, por un cerco de árboles, estacones, alambre de púa'.

"3º Condénase al señor José Vicente Fernández a restituír el globo anteriormente descrito, restitución que hará a los demandantes dentro de los diez días siguientes a la ejecución de la presente sentencia.

"4º El demandado, señor José Vicente Fernández, como poseedor de buena fe, solo debe los frutos civiles de la faja cuestionada a partir de la notificación de la demanda.

"5º Condénase en costas al demandado señor Fernández".

Apelada la sentencia anterior por el demandado, el Tribunal Superior de Medellín, en fallo de siete de julio de mil novecientos cincuenta y cinco la confirmó en todas sus partes.

En esa decisión el Tribunal dijo:

"Es objeto de la acción reivindicatoria ejercitada un globo de terreno, que según aparece demostrado de autos, es parte integrante de la finca que fue de doña Calixta Arango en el año de 1923.

"Se trata, pues, de un bien reivindicable.

"El sujeto activo de la relación jurídica, el actor reivindicante, ha demostrado que son dueños en comunidad del inmueble singularizado en el libelo de demanda, en virtud de la adjudicación que se les hizo a los actores Villa Wolff, en el juicio de sucesión del señor Juan Pablo Villa; y a la actora Velásquez, por la que se le hizo en la sucesión de Calixta Arango, títulos que se hallan vigentes, puesto que, como lo certifica el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín, no han sido cancelados por ninguno de los medios previstos en el artículo 798 del CC.

"Sabido es que la sucesión por causa de muerte es uno de los medios o modos de adquirir el dominio según el artículo 673 del CC.

"Igualmente aparece demostrada la calidad de dueño del causante Juan Pablo Villa A. quien adquirió a título de compraventa a: Angelina, Paulina, Matilde y María Velásquez, según escritura Nº 99 de 16 de enero de 1934 de la Notaría 2ª de Medellín; y a Elías Correa, según escritura Nº 1694 de 18 de abril de 1928 de la Notaría 2ª de esta ciudad; las doce treceavas partes (12|13) del lote delimitado bajo la hijuela Nº 6 de la sucesión de la señora Calixta Arango; y que era la correspondiente a los hermanos de Adelina Velásquez, quienes llamaban: Angelina, Sofía, Paulina Matilde María Judith, (actora) Rebeca, Ester, Rafael, Emilio, Carlos, Roberto y Julio Velásquez.

"Por escritura Nº 2029 de 22 de noviembre de 1923 de la Notaría segunda de Medellín, aparece protocolizado el juicio de sucesión de Calixta Arango, cuya sentencia aprobatoria de la partición, pronunciada por el señor Juez 3º Civil de este Circuito tiene fecha 27 de agosto de 1923, y allí está la hijuela Nº 6, para los hermanos de Adelina Velásquez, entre los cuales está la actora: Judith Velásquez, quien es titular de una treceava parte (1|13) del lote delimitado bajo la hijuela Nº 6 de la sucesión de Calixta Arango.

"Por escrituras Nos. 2.600 de 13 de octubre de 1927 y 473 de 20 de febrero de 1928, de la Notaría 4ª de esta ciudad, el causante Juan Pablo Villa, compró a Elías Correa el dominio de los lotes a que se refieren las hijuelas Nos. 7 y 3, en el juicio de sucesión de Calixta Arango y que fueron adjudicados a los señores: hijos de Sergio Muñoz (la Nº 3) y a los hijos de Elena Muñoz (la Nº 7).

"El globo de terreno integrado por los lotes a que se refieren las hijuelas Nos. 3, 6 y 7 en el juicio de sucesión de Calixta Arango, tiene los siguientes linderos segun se desprende de ellas: 'Por el frente o sur, con la calle San Juan de este Municipio; por el norte, con predio que es o fue de Trinidad Arango; por el oriente, con predio que fue de Gertrudis, Chiquinquirá y Carmen Arango, hoy de los herederos de Juan Pa. men Arango, hoy de los herederos de Juan Patensión, con el lote adjudicado en la hijuela Nº 5 a la señora Concepción Muñoz, hoy de propiedad del señor José Vicente Fernández".

"Elías Correa, tradente de Juan Pablo Villa, adquirió así: Por medio de las escrituras Nos. 3129 de 23 de septiembre de 1926 de la Notaría 2ª de Medellín, por compra al señor Angel María Alvarez; por remate de 2 de junio de 1927 ante el Juzgado 2º Civil Municipal de Medellín en diligencias de Abel Arroyave contra Miguel Escobar y Nº 649 de 11 de febrero de 1928, Notaría 2ª a Facundo A. Muñoz.

"Angel María Alvarez, tradente de Elías Correa, adquirió según los siguientes títulos: Por escritura Nº 647 de 7 de abril de 1924 de la Notaría 2ª de Medellín, por compra a Antonio José y Esperanza Muños (hijos de Sergio Muñoz); el 16 de abril de 1924 por escritura Nº 717 de la Notaría 2ª de esta ciudad, por compra a Candelaria Muñoz (hija de Sergio Muñoz) y por escritura Nº 962 de 23 de mayo de 1924 de la Notaría Segunda de Medellín por compra a Carlos Muñoz hijo de Sergio Muñoz.

"Los señores Muñoz, tradentes de Angel María Alvarez, adquirieron en la sucesión de Calixta Arango, protocolizada por medio de la escritura

Nº 2029 de 22 de noviembre de 1923 de la Notaría 2ª de esta ciudad (folios 22 a 28 C. principal).

"Queda así demostrada la calidad de dueño del causante Juan Pablo Villa de dos lotes y doce treceavas partes de otro lote de terreno, que hoy integran el globo de terreno a reivindicar, singularizado en la demanda, por las compras indicadas, desde el año de 1927, 1928 y 1934 y de una treceava (1|13) parte de un lote (el adjudicado bajo el Nº 6) del globo de terreno indicado, de propiedad de Judith Velásquez. Remontándose la historia o tradición del globo de terreno en litigio a un período mayor de treinta (30) años; y contra tales títulos el demandado no ha opuesto título inscrito alguno; puesto que los por él presentados se refieren, a los lotes Nos. 2, 4 y 6, que integran el globo de terreno que compró a Enrique Hoyos por medio de la escritura Nº 2.663 de 6 de julio de 1944 de la Notaría 1ª de Medellín, lotes adquiridos, no como cuerpo cierto, sino con relación a su cabida o sea 950.36 V2. para el primero (hijuela Nº 2 sucesión de Calixta Arango) y 950.33 V2 para los otros dos, (hijuelas Nos. 4 y 5) Sucesión de Calixta Arango), (adjudicados a Nicolás Muñoz, Margarita Muñoz y Concepción Muñoz), según se desprende del siguiente gráfico que comprende las seis (6) hijuelas en la sucesión de la señora Arango:

Hijuela nº 2 950.36 V2 Nicolás Muñoz.

Hijuela nº 4 950.35 V2 Margarita Muñoz.

Hijuela nº 5 950.35 V2 Concepción Muñoz.

Hijuela nº 6 791.95 V2 Hnos. de Adelina Velásquez.

Hijuela nº 3 950.32 V2 Hijos de Sergio Muñoz.

Hijuela nº 7 950.32 V2 Hijos de Helena Muñoz.

Hoy: JOSE VICENTE FERNANDEZ, los lotes de las hijuelas nos. 2, 4 y 5, que integran un solo globo de terreno, con el que pretende reivindicar la parte actora.

Hoy: LAZARO, GUILLERMO, RAUL, LIGIA GILMA, VIRGINIA y NOEMI VILLA W. y JUDITH VELASQUEZ lote de la hijuela nº 6; y de los primeros (herederos de Juan Pablo Villa A.) los lotes de las hijuelas nos. 3 y 7, que hoy integran el globo singularizado en la demanda.

"Así aparece demostrado de autos, suficientemente el primero de los requisitos para que la acción reivindicatoria pueda prosperar, o sea que el dominio de la cosa reivindicada corresponde a la parte reivindicante en la siguiente proporción, una treceava parte a la señora Judith Velásquez y doce treceavas partes a los señores: Lázaro, Guillermo, Raúl, Gilma, Ligia Virginia y Noemí Villa Wolff, en el lote que correspondió en la hijuela nº 6 a los hermanos de Adelina Velásquez, en la sucesión de Calixta Arango; y a estos últimos los lotes adjudicados en las hijuelas nos. 3 y 7 de la misma sucesión, a los hijos de Sergio y Elena Muñoz.

"El segundo requisito, o sea que el demandado esté en posesión de la cosa reivindicada, aparece plenamente demostrado en los autos, como consta de la contestación de la demanda, (artículo 607 c. j.) y de la diligencia de inspección ocular (folio 12 cuaderno nº 2).

"Tercer requisito. — Que se trata de una cosa singular o de cuota determinada en una cosa singular. Quiere significar este requisito que si se trata de inmuebles, como en el caso sub-judice, éstos deben ser señalados por su situación y linderos.

"Basta dar una lectura a espacio al libelo de demanda, para darse cuenta que la parte actora ha dado cumplimiento a ese requisito, máxime cuando de autos se desprende que la parte demandada no ha desvirtuado esos linderos.

"Ahora bien, auncuando la identificación no se pudo llevar a efecto en su totalidad, por el Juez durante la diligencia de inspección ocular; del dictamen rendido por los peritos doctores Celis y Mejía Montoya, y principalmente de este último, se desprende la identificación de los lotes correspondientes a las hijuelas nos. 4, 5 y 2 a que se refiere la escritura nº 2.663 de 6 de julio de 1944 de la Notaría Primera de esta ciudad (folios 22 cuaderno nº 3) que constituye el título de adquisición del demandado Fernández, para los lotes de las hijuelas indicadas, con su respectiva cabida; y el de los lotes que corresponden a las hijuelas nos. 7, 6 y 3, que integran el globo a reivindicar.

"Del mismo dictamen se desprende que el demandado Fernández posee un globo de terreno, con una cabida de 4.902,39 V2, y que de acuerdo con el título últimamente citado, tiene un excedente de 2.051,31 V2. No cabe duda alguna, de que la compra hecha por el demandado Fernández, fue hecha con relación a la cabida, pues el título que obra de autos así lo pregona y así lo indica la ley en su artículo 1.887 del código civil. Fuera de esto, no puede olvidarse el contenido de la Carta de julio de 1945, suscrita por el demandado, en que se atiene al estudio de los títulos a fin de llevar a "una perfecta claridad" estudio que necesariamente debe comprender el análisis de los lotes a), b) y c), de la escritura citada, con relación a su cabida, y a los linderos allí descritos que son los mismos a que se refieren las hijuelas nos. 5, 4, y 2 para Concepción,

Margarita y Nicolás Muñoz, en la sucesión de Calixta Arango (folio 18 cuaderno nº 2).

"Cabida que de acuerdo con lo establecido en los autos, fue determinada, no desde el inventario en la sucesión de Calixta Arango, sino desde el trabajo de partición que correspondió elaborar al señor Horacio Echeverri, y que fue debidamente aprobado (folios 25 y 22 cuaderno principal).

"Teniendo pues en cuenta, la petitoria a) del libelo, la súplica b) de la demanda, el dictamen pericial, principalmente en cuanto a lo establecido por los peritos señores Celis y Mejía Montoya; y, a la interpretación en su conjunto, como un todo armónico de la demanda; aparece singularizado el globo de terreno a reivindicar, con una cabida de 2.051,32 V2 como excedente de las adquiridas por el demandado, por la escritura citada.

"No hacer la interpretación de la demanda como ya se expresó con las consideraciones a que se contraen los hechos cuarto y noveno del libelo fundamental, sería contrariar el principio que busca la efectividad de los derechos, cuando las partes demandan justicia, luego de procurar un entendimiento directo y personal, como lo propone la carta de julio de 1945 (folio 18 cuaderno nº 2).

"Identificado, como aparece el lote singularizado en el libelo fundamental, como ya se analizó, se cumple el último de los requisitos exigidos por la ley y la doctrina, para que la acción intentada pueda prosperar; y sin que el fallo pueda calificarse de ultra petita, pues ha quedado plenamente establecido, que el globo de terreno a reivindicar está integrado por los lotes que correspondieron en las hijuelas nos. 6, 3 y 7, a los hermanos de Adelina Vásquez, y a los hijos de Sergio y Elena Muñoz, en la proporción ya indicada y que para mayor claridad se repite: una treceava parte para Judith Velásquez y doce treceavas partes para los herederos de Juan Pablo Villa A. sobre el lote relacionado en la hijuela nº 6 con una cabida de 791.95 V2 y los lotes de las hijuelas nos. 3 y 7 para estos últimos, todo conforme a los títulos presentados dentro del juicio y analizados".

El demandado interpuso recurso de casación, el que en su oportunidad ha sostenido, y con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J. le hace a la sentencia cuatro cargos por errores evidentes de hecho por indebida apreciación o falta de apreciación de determinadas pruebas.

En primer lugar, acusa la sentencia "por infracción de los artículos 653, 654, 656, 946 947 949, 1887, 1888 y 1890 del C. C. provenientes de errores evidentes de hecho, errores que aparecen de manifiesto en el juicio, a causa de la apreciación indebida o falta de apreciación de las siguientes pruebas:

"a) Diligencia de inspección ocular practicada durante la primera instancia (folios 13, cuaderno pruebas actor).

"b) Concepto de los peritos que intervinieron en la primera instancia (folios 23 a 30 ibidem).

"c) Acta de la inspección ocular practicada durante la segunda instancia (folios 7 vuelto a 8 del cuaderno de la actuación del Tribunal.

"d) Copia de la aerofotografía constatada durante la diligencia de inspección ocular de la segunda instancia en la Oficina del Plano Regular de Medellín.

"e) Declaraciones de Ihés y Francisco Arango (folios 8 y siguientes cuaderno pruebas demandado).

"f) Hijuelas de adjudicación en juicio mortuorio de Calixta Arango (folios 15 vto. y ss. del cuaderno Nº 1)"

El cargo lo hace consistir en lo siguiente:

Que el Tribunal considera "que un predio singular e identificado por linderos fijos y permanentes —de antiguedad indiscutible— puede ser convertido en otro predio determinado arbitrariamente sólo porque su cabida real no es igual a la cabida declarada".

Que acepta "la reivindicación de un determinado número de varas cuadradas de terreno, que bajo ninguna consideración pueden ser tenidas como una cosa singular sino como una pretensión inmaterial, absolutamente fuera de la órbita de la acción reivindicatoria, limitada a cosas materiales o cuotas proindiviso de cosas materiales".

Que estima que se ha identificado la cosa que es objeto de la reivindicación "siendo que, evidentemente, hace parte integrante de los tres lotes de los demandantes, los cuales no fueron identificados".

En desarrollo del cargo sostiene:

a) Que cuando el comprador adquiere en consideración a la cabida y la cabida real resulta mayor que la declarada, esta circunstancia no puede afectar la identidad, extensión y linderos de su predio, porque en este caso el vendedor tiene los derechos que le confiere el artículo 1888 del C. C. y además, después de un año de la entrega, los predios que se transmiten, en consideración a su cabida, permanecen idénticos a sí mismos, en cualquiera que sea la cabida real, sin importar la diferencia que pueda haber entre ésta y la cabida declarada.

b) Que el predio total inventariado en la sucesión de Calixta Arango no fue identificado y que lo que el Tribunal considera como identificación de ese lote es "la mensura hecha por los peritos de un área de 2.851 V2 que se asignó como cabida a los tres lotes del demandado".

c) Que los linderos "son elementos esenciales que dan cuerpo a las tierras" y que en este juicio "se pretende cambiar un inmueble —el predio del demandado— que tiene linderos determinados e inconfundibles, que tiene una identidad material, por otra cosa abstracta, inmaterial; por 2.851.08 varas cuadradas de tierras". Luego añade: "Digo que 2.851,08 V2 son cosa inmaterial porque su existencia concreta tiene que derramarse, materialmente sobre una determinada extensión de territorio, y sólo puede materializarse, concretamente, hacerse una cosa corporal en el sentido del artículo 653 del Código Civil, y en el sentido requerido para que "una cosa singular" pueda reivindicarse, cuando las 2.851,08 V2 se encierran o determinan por linderos.

En segundo lugar, acusa la sentencia "por infracción a los artículos 946, 947, 949 950 y 2.322 del Código Civil proveniente de errores de hecho evidentes, a causa de la indebida apreciación de las siguientes pruebas: (aquí enumera las pruebas).

"El error que imputo al fallo, dice, es haber considerado que los demandantes son dueños de los tres lotes relacionados bajo las hijuelas de adjudicación números 7, 3 y 6 de la sucesión de Calixta Arango, en comunidad, cuando la verdad, de acuerdo con las pruebas mencionadas, es que los herederos del señor Juan P. Villa son dueños en común de los lotes correspondientes a las hijuelas números 7 y 3, y los mismos son dueños del lote relacionado en la hijuela nº 6 en comunidad con la señora Judith Velásquez".

En tercer lugar, "por infracción de los artículos 1890, 2518, 2527, 2528 y 2529 del Código Civil a consecuencia de error evidente de hecho que aparece de manifiesto en los autos, proveniente de la indebida apreciación o falta de apreciación de las pruebas que citaré; y por consiguiente, del artículo 946 del Código Civil (aquí enumera las pruebas).

"El error del Tribunal consiste en no haber aceptado que el demandado ganó por prescripción ordinaria el dominio del predio, por los linderos constatados durante las diligencias de inspección ocular de las dos instancias".

Por último, acusa la sentencia "por infracción de los artículos 2.531, 2.674, 2.652, 2662 778 779 y 1401 del Código Civil, y por consiguiente, del artículo 946 del mismo Código, a consecuencia de error evidente de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, proveniente de la indebida apreciación de las siguientes pruebas (aquí enumera las pruebas).

"El estudio de la excepción de prescripción extraordinaria, propuestas por el demandado, cometió el Tribunal el error de considerar como fecha inicial de la posesión del demandado la inscripción en el registro de la sentencia aprobatoria de la partición en juicio sucesorio de Calixta Arango, cuando debió fijar la fecha de la diligencia de inventarios, por no existir constancia de la muerte de aquella señora".

Se considera:

Por ser pertinente, debido a su conexión, se estudian los cargos en conjunto.

Ante todo, conviene anotar que no se discute ahora el derecho de dominio invocado por la parte demandante. Ni la existencia de las varas cuadradas que se reclaman. "En este juicio no hay divergencia propiamente jurídica", ha dicho el recurrente. La controversia se reduce a la identificación del inmueble y a su singularidad.

"En el juicio se estableció que al globo de terreno de los demandantes, integrado por los lotes a que se refieren las hijuelas números 3, 6 y 7 de la sucesión de Calixta Arango, antigua propietaria del globo total, le corresponde una extensión de 2.692,67 V2 Que al globo del demandado integrado por los lotes adjudicados por las hijuelas números 2, 4 y 5 de la misma sucesión le corresponde, según rezan las escrituras respectivas, una extensión de 2.851,08 V2 y que este lote aparece hoy con 4.902,39 V2. Por consiguiente, tiene un sobrante de 2.051,31 V2 que es, exactamente lo que le falta al otro lote.

Estas 2.051,31 V2 constituyen el objeto de la reivindicación y fueron las que se ordenó restituír en la sentencia de instancia. No las 2.851,08 a que se refiere el recurrente, porque éste es el número de varas que debía tener, y no tiene, el predio de los demandantes.

Ahora bien, alega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al aceptar la reivindicación de este número de varas cuadradas, porque después de transcurrir un año desde la entrega, el predio permanece idéntico a sí mismo, sin que importe la diferencia que pueda haber entre la cabida declarada y la cabida real. Sin embargo, no debe olvidarse que las acciones establecidas en el artículo 1.888 del Código Civil, las cuales expiran al cabo de un año contado desde la entrega, solamente corresponde al comprador y al vendedor y no a los terceros. Además,

aún entre las mismas partes, la ley consagra recursos que pueden hacerse efectivos pasado el año, como la acción por lesión enorme. Pero, en el caso sub-judice no tienen aplicación estas reglas porque no se trata de problemas entre vendedor y comprador.

Dice también que determinado número de varas cuadradas no son cosa singular reivindicable, sino ente abstracto inmaterial que para concretarse debe ser encerrado entre linderos. Se pierde así de vista que la materialidad de una cosa y su singularización son conceptos diferentes. Y que el sobrante que resulte entre la cabida declarada de un predio y su cabida real no sólo es algo tangible, sino también perfectamente identificable, siendo la mensura medio apto para ello, porque precisamente, medir es limitar determinar, fijar una extensión.

En el libelo se señalaron los linderos, que según los respectivos instrumentos notariales debían tener las porciones de terreno pertenecientes a los demandantes y al demandado, lo mismo que los del globo total del cual hacían parte en tiempos de Calixta Arango. Pero estos linderos no son los que en realidad los delimitan porque, según los demandantes, gran parte de su terreno se encuentra dentro del predio vecino que está poseyendo el demandado. Los límites de esta porción no se señalaron ya que su localización sólo podía efectuarse dentro del mismo juicio, como se dijo en la demanda, por la circunstancia anotada, de hallarse comprendida dentro de otro predio.

En la inspección ocular practicada en la primera instancia, el Juez manifestó que no se pudo localizar el lindero oriental del globo descrito en el hecho primero de la demanda, que es el que en la sucesión de Calixta Arango se dividió en seis lotes, reducidos hoy a dos. Sobre este particular, el perito Márquez dijo: "No se pudo identificar el globo de terreno que fue de doña Calixta Arango porque no se encontró ningún documento, información, cerco o mojones que indicaran las dimensiones de los linderos respectivos". El perito Celis dijo: "Tomando como base las áreas anotadas en la respectiva partición cuya copia obra en este juicio, y los linderos conocidos del lote materia de esa partición (costados occidental, norte y sur) sí pueden formarse razonablemente los distintos globos de terreno". El perito Mejía Montoya dijo: "Identifiqué plenamente el lote de terreno que fue de la señora Calixta Arango, el cual está situado en esta ciudad, en el Barrio de La América y comprendido por los siguientes linderos actuales: Por el frente, que da al sur, con la calle San Juan; por el oriente con propiedad de los herederos del señor Juan Pablo Villa; por el occidente, con casa y solar del señor José Vicente Fernández; y por el norte, con finca que es o fue del señor Trinidad Arango".

Como se ha visto, las pruebas se refieren en esta parte únicamente al globo general que perteneció a Calixta Arango y aunque en la inspección ocular no se localizó su lindero oriental, los expertos posteriormente lo determinaron con sólo el concepto disidente del perito Márquez. Esta determinación fue aceptada por el mismo Juzgado que practicó la diligencia y también por el Tribunal. Por otra parte, para los fines del pleito lo que había que establecer era, primeramente, la cabida y linderos de los lotes que actualmente se encuentran en poder de las partes y luego, los de la faja en disputa.

En la segunda instancia se practicó otra inspección ocular a solicitud de la parte demandada, tendiente a vigorizar la prueba sobre la falta de identificación del lindero oriental del predio de Calixta Arango, que como ya se dijo, no fue localizado en la inspección practicada en la primera instancia, pero que los peritos determinaron posteriormente en su experticio.

Nada dice el sentenciador sobre esta segunda inspección, no obstante que fue practicada por el mismo ponente en persona. Indudablemente, con ella se refuerzan las conclusiones de la efectuada por el Juzgado, en lo que respecta a la falta de identificación del lindero oriental del predio que fue de Calixta Arango. Mas, hay que tener en cuenta que determinado el costado occidental, que limitaba antes con propiedad de Juan D. Arango, hoy del demandado José Vicente Fernández, y determinados también los costados norte y sur, no era indispensable la localización de la línea oriental porque la zona que se pretende reivindicar no es el terreno que fue de Calixta Arango, sino las varas que aparecen de más en el predio del demandado y que deben hallarse situadas al occidente de ese lindero, como lo acepta el mismo recurrente.

Respecto a la identificación del predio del demandado no hay problema, porque en la inspección ocular se dice que se identificó convenientemente y los peritos también lo dan por identificado. El mismo recurrente acepta esta situación cuando afirma: "La única identificación que se hizo en el juicio, que merezca el nombre de tal fue la que localizó el predio del demandado, que hacía la parte oriental linda con los actores por un antiguo cerco".

En cuanto al predio de que son dueños los demandantes, que debía estar integrado por los lotes adjudicados en las hijuelas 3, 6 y 7 de la sucesión de Calixta Arango, nada dice la inspección ocular, tal vez porque este predio, se encuentra absorbido en parte por el que se formó con los lotes de las hijuelas 2, 4 y 5 de la misma sucesión y que pertenecen al demandado.

Esta circunstancia, que es la que ha dado origen al pleito, se encuentra acreditada en los autos con el dictamen de los peritos Celis y Mejía Montoya. El primero dice: "Conceptúo que dentro del inmueble actualmente poseído por el demandado señor José Vicente Fernández, identificado durante la inspección ocular practicada por el Juzgado, inmueble que es el mismo descrito bajo el numeral 8º del escrito que contiene la demanda, está comprendida la porción de terreno descrita bajo el número undécimo de la misma demanda". Y el segundo dice: "De acuerdo con el área que está poseyendo el señor José Vicente Fernández y la que compró por la escritura nº 2.663 del 6 de julio de 1944, claramente se determina que ha cogido 2.051,31 V2 de más a costa de los lotes adjudicados por las hijuelas nos. 6 y 3 íntegramente, y del lote adjudicado por la número 7, el área correspondiente a 790,28 V2".

Empero, si está demostrado que al predio de los demandantes le falta cierta extensión en varas cuadradas, de acuerdo con lo que rezan sus escrituras, y que al predio del demandado le sobra una extensión igual a la que le falta al otro, esto no es suficiente para dar por singularizado el lote que se quiere reivindicar porque aunque se sabe de cuantas varas cuadradas consta éste, se ignora, sin embargo, su ubicación exacta dentro del globo de tierra que lo contiene. Así, para obtener su restitución, no basta con indicar los linderos generales del globo de que antes hacía parte, como se hace en la sentencia de primer grado, confirmada en su totalidad por el Tribunal, puesto que no es éste globo el que se pretende, sino tan sólo una porción de él, la que para quedar verdaderamente singularizada, es menester encontrarle sus límites propios, sus linderos individuales.

Es cierto que para entablar juicio de dominio no se requiere, necesariamente, seguir antes otro de deslinde, pero en este caso, tal vez habría sido más aconsejable haber determinado antes la línea divisoria que de acuerdo con los títulos de las partes debía separar las dos propiedades. Derecho que, a pesar del insuceso de la acción instaurada, queda vivo para el demandante.

Por último, no debe olvidarse que, como lo ha sostenido la Corte, "la acción reivindicatoria, tiene como objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta, y ha de presentarse al fallador identificada plenamente, con el objeto de precisar que lo que se reivindica por el demandante es lo mismo que posee el demandado". (G. J. Nº 1959, página 863.

Como el cargo prospera, estas mismas consideraciones sirven como motivación de la sentencia de instancia que debe dictarse haciendo presente que no se estudia lo relativo a las excepciones por no haber prosperado la acción.

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, REVOCA la del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín y en su lugar absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

FILIACION NATURAL. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS MIENTRAS NO SEAN CONTRARIAS A LA EVIDENCIA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, julio quince de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla)

Rosa Elena Salazar, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, a Eleázar Patiño Otálvaro y otros, declarados herederos en el juicio de sucesión de Lisandro Patiño Otálvaro, lo mismo que a los subrogatorios de los derechos hereditarios de algunos de ellos para que se declare:

1º) Que Rosa Elena Salazar es hija natural de Lisandro Patiño Otálvaro;

2º) Que en tal virtud tiene derecho a heredar a su padre natural Lisandro Patiño Otálvaro con exclusión de los sedicentes herederos demandados y de sus subrogatorios respectivos:

3º) Que debe reconocerse, adjudicarse y cubrirse a Rosa Elena Salazar lo que le corresponda como legitimaria en la totalidad de los bienes que como integrantes del patrimonio de Lisandro Patiño Otálvaro se inventaríen en el juicio de sucesión de éste;

4º) Que los bienes que componen la herencia de Lisandro Patiño Otálvaro deben serle restituídos a Rosa Elena Salazar, por los sedicentes herederos demandados, o por sus subrogatarios, o por quienes los tengan por razón de éstos, o a su nombre, o al del causante, o como depositarios.

La demanda se fundó en los siguientes hechos:

1) Que Rosa Elena Salazar fue bautizada en Santa Rosa de Cabal el día 14 de abril de 1907, nacida el 9 de los mismos;

2) Que durante mucho más de diez años, y hasta su muerte, Lisandro Patiño Otálvaro, trató a Rosa Elena Salazar como a su hija natural, y proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento, tratamiento a virtud del cual los deudos, amigos y vecinos reputaron a Rosa Elena como hija natural de Lisandro Patiño Otálvaro, de suerte que se configuró una posesión notoria del estado de hija natural de Rosa Elena con respecto a Lisandro;

3) Que Lisandro Patiño Otálvaro falleció en Chinchiná el 25 de febrero de 1948;

4) Que ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales se adelanta el juicio de sucesión de Patiño Otálvaro, juicio dentro del cual fueron declarados herederos del causante los colaterales demandados;

5) Que en dicho juicio se inventariaron los bienes muebles e inmuebles que se relacionan.

Tramitado el juicio, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 21 de octubre de 1954 por medio de la cual resolvió lo siguiente:

"1º Declárase que Rosa Elena Salazar, es hija natural del señor Lisandro Patiño Otálvaro, fallecido en Chinchiná, el 25 de febrero de 1948.

"2º La mencionada Rosa Elena Salazar, en la calidad que se le reconoce, tiene derecho a heredar a su padre Lisandro Patiño Otálvaro, con exclusión de los demandados y de cualquier persona que no tenga mejor derecho que ella.

"3º Como consecuencia de las anteriores declaraciones se adjudicará y cubrirá a Rosa Elena Salazar, lo que le corresponde como legitimaria, en su calidad de hija natural de Lisandro Otálvaro, o en su sucesión.

"4º Condénase a la sucesión intestada del señor Lisandro Patiño Otálvaro, o a sus subrogatarios, o a quienes tengan los bienes que integran el haber herencial por razón de los pretensos herederos, o a su nombre, o al del causante, o como depositarios a restituírlos a Rosa Elena Salazar, en razón del mejor derecho que la asiste en su calidad de hija natural del señor Lisandro Patiño Otálvaro.

"5º No se hace especial condenación en costas".

Apelada la sentencia anterior por el demandado, el Tribunal Superior de Manizales, en fallo de 19 de julio de 1955, la revocó en todas sus partes, y en su lugar absolvió a la parte demandada de todos los cargos formulados en la demanda.

En su providencia el Tribunal dijo:

"Acerca de las restricciones y exigencias legales relativas a los hechos que han de configurar

la posesión notoria del estado civil de hijo natural, y a la calidad de la prueba testimonial que se utilice para acreditarlos, cabe hacer las siguientes consideraciones de interés para el caso de autos.

"Por lo que respecta a lo primero, de la exégesis del artículo 6º de la ley 45 se desprende que:

"a) La posesión notoria del estado de hijo natural no puede darse por establecida sino en cuanto se demuestren debidamente todos y cada uno de los hechos que, como ingredientes suyos, relaciona el artículo 6º en mención. Por consiguiente, no se alcanza aquel resultado cuando se omite acreditar cualquiera de esos hechos; no es admisible, por otra parte, para el mismo fin, que en sustitución de cualquiera de tales hechos se demuestre otro contemplado por el artículo en referencia, por más significativo de posesión que él sea. Desde luego, nada impide la demostración de otros hechos no tenidos en cuenta por la ley, además de los que expresamente ésta exige demostrar; pero tal circunstancia apenas indicará que el interesado se ha excedido del límite mínimo que debe satisfacer, y por ello, al menos teóricamente, un exceso semejante no puede menos de considerarse como superfluo.

Así, por ejemplo, el artículo 6º no relaciona entre los hechos constituivos de la posesión de hijo natural, el de que el padre haya presentado al jo natural, el de que el padre haya presentado al tículo 397 del CC. sí relaciona como constitutivo del estado civil de hijo legítimo. Pues bien, no obstante la significación que en sí mismo tiene un hecho como ese, en el campo de la posesión notoria del estado de hijo natural su demostración, estrictamente hablando, no tiene función constitutiva ninguna, precisamente porque la ley no le ha dado a tal hecho el carácter de elemento constitutivo de la posesión del estado civil de hijo natural. Por lo mismo, si se deja de acreditar uno de los hechos constitutivos determniados por el artículo 6º no podrá darse por establecida la posesión notoria del estado civil de hijo natural, aunque con la más abundante y eficaz prueba se demuestre que el presunto padre presentó al hijo como natural ante sus amigos y deudos.

"b) El artículo 6º no se limita a decir que la posesión notoria del estado civil de hijo natural resulta de que el padre haya tratado al hijo como tal, sino que define en qué debe consistir ese tratamiento: en que el padre haya atendido a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo; es decir, desarrollando estos conceptos en su orden, en que el padre haya atendido; a la satisfacción de las necesidades que demanda la salud y conservación física de una persona, como alimentación, alojamiento, vestido, servicios médicos y farmacéuticos; a la satisfacción de sus necesidades intelectuales, procurándole la adquisición de conocimientos generales mediante la enseñanza; y a velar por su organización en la vida, en forma de colocarlo en estado de atender por sí mismo a su subsistencia.

"c) Según el artículo 6º comentado, el hecho de que el padre haya tratado al hijo como natural, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, debe proyectarse sobre el ambiente social y familiar, en forma que los amigos, vecinos y parientes, por virtud precisamente de ese tratamiento, adquieran la convicción de que entre uno y otro media la relación de padre a hijo natural. Por consiguiente, obsérvese bien, la fama que pueda crearse respecto a que una persona tiene el carácter de hijo natural de otra, no la recoge la ley como elemento constitutivo de la posesión del estado de hijo natural sino en cuanto sea la resultante de haber atendido el presunto padre a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. Sólo a la luz de antecedentes como esos la fama es reputada seria y digna de consideración para ese fin, luego si ella se apoya en circunstancias de índole distinta, no puede ser tenida en cuenta.

"Por lo que se refiere al segundo de los temas atrás planteados, esto es, a la calidad que debe satisfacer la prueba testimonial que se utilice para demostrar los hechos constitutivos de la posesión del estado civil de hijo natural, la doctrina y la jurisprudencia, en consideración a la naturaleza misma y a la trascendencia de los hechos materia de la prueba, y en consideración también, entre nosotros, al particular rigor que preside la fórmula del artículo 399 del CC. están de acuerdo en que al analizar la prueba el Juez no debe obrar sólo con la seriedad y responsabilidad que supone ya el examen de cualquier prueba en cualquier juicio, sino que su severidad a esos respectos ha de ser todavía superior a lo normal, para que en esa forma, si la prueba resiste la crítica más exigente, la posesión del estado aparezca acreditada irrefragablemente, como lo quiere el artículo 399, es decir, con tal vigor que no pueda ser contrarrestada y que se imponga a la conciencia del fallador sin dejar campo a la menor duda o vacilación.

"En las anteriores ideas están inspirados los siguientes conceptos de la Corte Suprema de Justicia:

"Si la exigencia probatoria del artículo 399 se

predica de la posesión de estados menos propios a la incertidumbre, el requerimiento sube de punto en relación con la posesión de estado de hijo natural, en donde el campo es más accesible a la falsa apreciación de las gentes a situaciones equívocas entre los supuestos padre e hijo, que fácilmente pueden conducir a los jueces a cometer graves errores judiciales, dejándose influír por simples apariencias, muchas veces creadas por testigos ligeros de criterio o lo que sería ya escandaloso, por testigos inescrupulosos... La naturaleza de los hechos erigidos como causales para autorizar la investigación de la paternidad natural, requiere elementos probatorios de tanta convicción, que dejen al Juez sin ninguna sombra de duda sobre la efectiva realización de esos hechos. No siendo posible acreditar la paternidad por medios directos, la ley recurre a la prueba de ciertos hechos por vía de presunciones. Entonces la verdad judicial de éstas debe imponerse a la conciencia del juez espontáneamente, sin dificultades, porque cualquier duda grave que surja en el proceso de la formación del convencimiento desvirtúa la fuerza probatoria de la presunción y la deja anulada (G. J. nos. 2025, p 697 y 2134, p, 375).

" 'El tratamiento que forma la reputación y que lleva a la fama, tiene que ser establecido por modo irrefragable, dice la ley, y por un conjunto de testimonios fidedignos, dice la misma ley, irrefragable, es decir que no deja la menor duda, que no admite ni objeciones, ni vacilaciones Y como esto toca al Juez apreciarlo y decidirlo, ante él deben presentarse los hechos de manera luminosa, por decirlo así..." (G. J. nos. 2124 y 2125-p, 89).

"El rigor en el examen de la prueba testimonial, en estas materias, debe en primer término versar sobre sus aspectos formales, esto es, sobre las condiciones generales que sustentan la fuerza de convicción de todo testimonio, y a cuya producción proveen algunas de las formalidades prescritas en los artículos 683 y siguientes del C. J.; si el testimonio es responsivo, exacto y completo, si el testigo da o no la razón de su dicho, si explica suficientemente sus respuestas etc. Y debe versar luego sobre la categoría y entidad de los hechos mismos declarados, para ver si ellos encajan dentro de la hipótesis de hecho que conforme al artículo 6º de la ley 45 de 1936 configura la posesión notoria del estado de hijo natural.

"En armonía con lo anterior cabe advertir que, por ejemplo, es inadmisible la afirmación de los testigos que se limiten a decir, simple y generalmente, que el presunto padre, ha atendido a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. Los términos "subsistencia, educación y establecimiento" constituyen simples conceptos que representan cada uno un conjunto de hechos precisos, determinados y de naturaleza afín, y es sobre estos hechos, y no sobre el concepto que ellos concurren a formar, que debe versar la declaración de los testigos. Por otra parte, de una afirmación abstracta como la que se ha puesto por vía de ejemplo, no puede ni remotamente predicarse que sea explicada, responsiva y completa, precisamente porque de ella está ausente la razón del dicho".

Después de un estudio de las pruebas concluye:

"La Sala considera que la demandante no ha demostrado la posesión del estado de hija natural invocado por ella para pedir la declaración de que Lisandro Patiño es su padre natural, y consiguientemente no puede prosperar la acción de filiación natural incoada en la demanda, ni la de petición de herencia consecuencial de aquélla".

Contra esta providencia la demandante interpuso recurso de casación, el que en su oportunidad ha sostenido, invocando el motivo 1º del artículo 520 del C. J. y con apoyo en él dice que la sentencia viola indirectamente el artículo 4º de la ley 45 de 1936 en su ordinal 5º y el artículo 6º de la misma ley, "por falta de aplicación, como consecuencia de error de hecho evidente en la apreciación de las prubas".

Fundamenta el cargo afirmando que el Tribunal no tomó en cuenta ni les reconoció vigor suficiente a las declaraciones de Benicio Caviedes, Luis Carlos Franco, Antonio José Marín, Elías Mejía, Tano Rincón y Francisco Arbeláez quienes deponen sobre "hechos concretos" constitutivos de tratamiento especial de padre.

"Los testigos, dice, declaran que conocieron a Rosa Elena Salazar y que la consideraron hija natural de Lisandro Patiño por haber presenciado el tratamiento que éste le daba. El concepto de los testigos está basado en hechos como el de atenciones personales, regalos de objetos y mercancías, de máquina de coser, hechos que ellos consideran que no podían realizarse sino hacia quien tenía vinculación próxima de sangre con quien los ejecutaba. Además, declaran, no porque en ello se fundaran, sino para testificar lo que el artículo 6º considera también esencial, es decir, la fama pública del hecho, que Patiño mismo les dijo que era su hija y que por tal la tenían los amigos y el vecindario".

Luego agrega:

"Cometido el error de hecho palmariamente demostrado, el Tribunal, por ello, dejó de aplicar al caso sub-judice el artículo 6º de la ley 45 de 1936 que le decía en qué consiste la posesión notoria del estado de hijo natural. Como no dio vigor suficiente a los hechos sobre los cuales declararon los testigos no podía aceptar que esos deudos y amigos y vecinos hubieran reputado válidamente nunca a Rosa Elena Salazar como hija natural de Lisandro Patiño. Y naturalmente, violó también en la misma forma indirecta y consecuencial, el artículo 4º de la citada ley en su ordinal 5º porque lo mismo que el anterior, no lo aplicó, debiendo aplicarlo, como lo hubiera hecho si no hubiera sufrido la equivocación demostrada, en el cual caso su fallo hubiera tenido el sentido de declarar la paternidad natural de Patiño respecto de Rosa Elena".

Se considera:

Según puede observarse por las anteriores transcripciones, el recurrente discrepa del Tribunal en la apreciación que éste hace de los testimonios aducidos para establecer la posesión notoria del estado de hijo natural. Considera que en la apreciación de los testimonios aducidos incurre en error de hecho evidente, que conduce a la violación indirecta de la ley 45 de 1936, artículos 4º ordinal 5º y 6º Enfrenta así su propio razonamiento al análisis del sentenciador con el fin de que mediante un nuevo examen de las pruebas se llegue por la Corte a una conclusión diferente que permita la declaración de paternidad natural.

En sentir del Tribunal, el contenido de las declaraciones, globalmente considerado, no acredita la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante con respecto a Lisandro Patiño Otálvaro, porque la afirmación de que él atendió a su subsistencia, educación y establecimiento, no puede ser tomada en cuenta porque "no era acerca de esos conceptos abstractos que les correspondía deponer a los testigos, sino acerca de los hechos concretos que los configuraran".

Analiza las declaraciones de Antonio José Marín Vásquez, Benicio Caviedes, Elías Mejía, Juan Arbeláez, Tano Rincón, Luis Carlos Franco y Francisco Arbeláez y se refiere a las de Roberto Sánchez, Ramón Marín y Carlos Cardona de las cuales dice que "nada contienen sus testimonios que merezca ser tenido en consideración". Tal análisis es el siguiente:

"Antonio José Marín Vásquez dice que desde que tenía cuatro horas de nacida conoce a la demandante, conocimiento que adquirió como comensal y asiduo visitante del restaurante que entonces tenía Estefanía Salazar, madre de aquélla; que en ese restaurante también se alimentaba Lisandro Patiño Otálvaro; que entre Estefanía y Lisandro existían relaciones, y que el testigo era el mensajero de ellos; que Rosa Elena es hija de ambos, que Patiño "tenía una contrata de leche para alimentar a la niña Rosa Elena; de manera que dicho señor sostenía de alimentación, vestido, educación, remedios y general de todo lo que esa niña necesitaba para su subsistencia"; que en presencia suya y de otra persona, Patiño manifestaba que Rosa Elena era su hija; que Patiño, con ocasión del bautizo de Rosa Elena impuso el nombre que ésta había de llevar; que Eleázar Patiño, hermano de Lisandro, sabía, sabe y reconocía que Rosa Elena era hija de Lisandro; que a virtud del tratamiento de que habla el testigo, todos los amigos, vecinos y parientes reputaban a Lisandro como padre natural de Rosa Elena.

"Benicio Caviedes afirma que Lisandro Patiño le dijo muchas veces que Rosa Elena era su hija natural, nacida de sus relaciones con Estefanía Salazar; que Lisandro atendía a los gastos de escuela de Rosa Elena, y también a su subsistencia y establecimiento; que Rosa Elena nació en un hotel que tenía la madre de Esfefanía, en donde se alimentaba Lisandro y tenía relaciones con ésta; que estima que durante unos cuarenta años Lisandro trató y reconoció a Rosa Elena como hija suya; que Eleázar Patiño, hermano de Lisandro, reconocía a Rosa Elena como hija natural de éste, lo mismo que los vecinos, entre los cuales cita algunos.

"Elías Mejía manifiesta que cuando hace cuarenta años se fue a vivir a Santa Rosa, conoció a Lisandro Patiño; que con alguna frecuencia entraba al almacén de éste una señora, de donde salía portando paquetes, de quien Lisandro le dijo que era su concubina, y cuyo nombre era Estefanía Salazar; que después de un tiempo veía que Estefanía iba al almacén en compañía de una niña, saliendo ambas de allí con atados de ropa, y que al preguntarle a Lisandro que quién era la niña, éste le contestó que era una hija suya y de Estefanía; que todas las personas decían que Estefanía era la concubina de Lisandro.

"Juan Arbeláez dice que conoció desde cuarenta y cinco años atrás a Lisandro Patiño; que le consta que éste sostuvo relaciones durante unos cuatro años con Estefanía Salazar; que cuando el testigo tenía unos 12 años de edad Estefanía tuvo una hija; que estando la niña "caminadora", supo, porque Lisandro se lo dijo, que era hija natural de éste; que recuerda que Pati-

ño le regaló a Rosa Elena una máquina de coser, cuando ésta estaba en la escuela; que le consta que Lisandro reconoció a Rosa Elena como hija natural suya, proveyendo a su subsistencia, alojamiento, educación y establecimiento; que Lisandro era visitado por la niña en su almacén, y allí le prodigaba caricias, y que siempre le manifestaba a todo el mundo que se trataba de su hija; que Rosa Elena, estando Lisandro enfermo, iba a visitarlo y a llevarle alimentos; que Eleázar Patiño le manifestó al testigo que a la única que reconocía como hija natural de Lisandro, era a Rosa Elena; que los parientes, amigos y vecinos de Lisandro y Rosa Elena los reputaban como padre e hija naturales, en virtud del trato que se daban uno y otro.

"Tano Rincón expresa que trabajó con Lisandro Patiño en el almacén que éste tuvo en Santa Rosa, y pudo darse cuenta de las relaciones que existieron entre Lisandro y Estefanía Salazar; que después conoció a Rosa Elena, hija de Estefanía, quien desde muy niña iba al almacén, en donde Lisandro la contemplaba y les hacía regalos; que Lisandro le decía que esa niña era su hija natural; que le consta que Patiño le suministraba a esa niña lo necesario para su subsistencia y le daba educación; que en virtud de este tratamiento, todos los vecinos reputaban a Lisandro como padre natural de Rosa Elena".

Estas son las pruebas respecto de las cuales afirma el recurrente haber incurrido el sentenciador en error de hecho evidente. Mas, como los Tribunales "son soberanos en la apreciación de las pruebas", conforme ha sostenido la Corte reiteradamente, su intervención en estos casos se limita "a aquellas en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra". En la sentencia aparecen examinadas cuidadosamente las declaraciones de los testigos y es con base en ese examen como el Tribunal llega a la convicción de que no se ha demostrado, en forma irrefragable, que el tratamiento que Patiño le daba a la demandante constituía una posesión notoria del estado de hijo natural.

Funda su convicción en que los testigos deponen acerca de hechos y circunstancias que no tienen "vigor suficiente para acreditar la posesión notoria de que aquí se trata", por tratarse de hechos aislados, como el obsequio de una máquina de coser, de cortes de tela y otras mercancías de su almacén o el suministro de leche para la alimentación de Rosa Elena cuando estaba pequeña.

Ahora bien, si esas declaraciones, únicas pruebas aportadas al respecto no lograron llevar al ánimo del sentenciador el convencimiento pleno sobre la existencia de las condiciones en virtuo de las cuales la ley permite la declaración de Paternidad natural y no apareciendo, por otra parte, que su estimación de las pruebas choque con la realidad procesal de manera manifiesta con "evidencia tal que se impone de golpe", para emplear una expresión del mismo recurrente, no se ve como sea factible en casación dejar sin fuerza ese convencimiento, siendo así que no se trata de una nueva instancia, sino de un recurso extraordinario, instituído en interés de la ley y que por su naturaleza restringida es opuesto a la consideración, libre y sin limitaciones, de todos los aspectos del debate.

Además, "para que pueda hablarse de error evidente de hecho en la apreciación de una determinada prueba, es necesario que la equivocación en que haya incurrido el Tribunal sea de tal naturaleza que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas, se vea que la apreciación hecha por él pugna evidentemente y de manera manifiesta con la realidad del proceso, bien porque se parte del errado supuesto de que un hecho inexistente o no probado ha sucedido, o de que no ha acontecido uno que realmente se ha producido y está manifiestamente probado en los autos" (G. J. nº 2098, página 345).

Por lo tanto, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve (19) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizáles en el juicio ordinario de Rosa Elena Salazar contra Eleázar Patiño y otros.

Costas a cargo del recurrente.

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

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

AL ACUSAR UN FALLO POR ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS, ESTAS DEBEN DETERMINARSE EXPRESAMENTE EN LA DEMANDA Y SEÑALARSE CON CLARIDAD EL CONCEPTO EN QUE CONSISTE EL ERROR. LA JUSTICIA ORDINARIA, Y NO LOS FUNCIONARIOS POLICIVOS, ES LA QUE TIENE ATRIBUCION LEGAL PARA RESOLVER PROBLEMAS REFERENTES A LA PROPIEDAD DE INMUEBLES.—IDENTIFICACION DE TERRENOS. — COMO DEBE HACERSE

1 — Cuando se acusa un fallo por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es necesario que éstas se determinen expresamente en la demanda y se señale con claridad el concepto en que consiste el error.

En casación, el planteamiento global del problema probatorio que se haga con la finalidad de solicitar de la Corte una convicción judicial distinta de la que se formó el Tribunal sobre la cuestión controvertida, no armoniza con la naturaleza y objeto del recurso extraordinario toda vez que en éste, si se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de la ley sustantiva o quebranto de las formas esenciales de procedimiento, no puede traerse el problema probatorio relativo con el fin de que a la luz de un nuevo estudio de éste se sustituya el juicio que hubo de encausar el Tribunal a la formación de su convencimiento.

El modo legal de fijar los senderos de la convicción que solicite el recurrente de la Corte, debe hacerlo no invitando a la Sala al estudio del acervo probatorio en general, sino particularizando cada elemento probatorio, el hecho que demostraba cada uno, indicando la debida conclusión, y luego la equivocación o el error del Tribunal. Fundar el ataque, simplemente, en la consideración de que del examen que haga la Corte de los distintos elementos de prueba habrá de llegarse a la convicción a que se aspira, se repite, no es de recibo de demandas propias de este recurso extraordinario.

2 — El derecho de dominio, tan solo se demuestra con el pertinente título escriturario debidamente registrado. Cualquier apreciación que hagan los funcionarios policivos sobre dominio o propiedad, resulta menos que inocua, como que a éstos les está vedada la definición, solución y consideración, así sea en forma tangencial, de problemas referentes a la propiedad de los inmuebles. La justicia ordinaria, mediante trámite adecuado y competente, es la que tiene la atribución legal de resolver sobre esta determinada relación jurídica en todos los casos de litigio.

3 — La identificación de un terreno debe hacerse a base de signos precisos que digan relación con sus linderos; y que si es admisible el dicho de testigos para estos fines, debe ser claro, expreso y en forma que no sea susceptible de reservas o interpretaciones de ninguna clase, toda vez que los puntos de referencia de un lindero y éstos mismos sólo pueden fijarse señalándolos expresamente, no a base de aproximaciones simples como sería considerar que un lindero quedó determinado con decir que el mojón correspondiente estaba situado en un filo o loma y otro en donde se levanta una sementera de banano.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente Dr. Daniel Anzola Escobar)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales de fecha 9 de mayo de 1956 en el juicio ordinario iniciado por María Fidelia Alzate vda. de López contra Carmen Rosa Henao de Granada, sobre reivindicación de unos lotes de terreno.

Antecedentes

Dentro del matrimonio contraído por Marco Aurelio López y María Trinidad López nacieron María Teresa, José Roberto, Marco Aurelio, Ana Rita y Pedro María; fallecida la esposa, López contrajo nuevas nupcias con María Fidelia Alzate dentro de las cuales nacieron Francisco Luis, Julio Ernesto y Rosa María. Disuelto este matrimonio por el fallecimiento de López, se adelantaron dentro de una misma cuerda las dos causas mortuorias, diligencias que finalizaron con la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes relictos proferida por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Manizales con fecha 20 de noviembre de 1953.

En dicho trabajo, para pagar a la cónyuge sobreviviente, señora Fidelia de López el valor de su hijuela junto con lo correspondiente a los derechos hereditarios que adquirió dentro de esa misma sucesión por compra que hizo a los herederos Ernesto, Marco Aurelio y Pedro María, se le adjudicaron bienes por un total de $ 8.789,68 entre ellos, los dos primeros lotes materia de la reivindicación, deslindados así:

1) "Un lote que fué separado del proindiviso con María Trinidad Alzate (representante de María Teresa López López en su condición de hija legítima de ésta) según hijuela que se formó para la sucesión de Marco Aurelio López; lote ubicado en el paraje del "Chuscal" del Municipio de Chinchiná con siembros de café y distinguido por estos linderos: Del mojón de piedra que se clavó a la raiz de dos árboles, un dulumoco y un caimo, cerca al camino, lindero con lote adjudicado en esta partición a María Trinidad Alzate; hacia arriba, línea recta lindando con la misma, a un mojón que se clavó distante ocho (8) varas a la derecha de tres matas de cabuya; línea recta hacia arriba, lindando con la misma a salir al camino del chuscal; por un cabuyal arriba; camino abajo, hasta encontrar lindero con terreno de Jesús A. Osorio; lindando con éste hacia abajo, hasta el vallado del agua; siguiendo el vallado de travesía, a un mojón que se clavó a la raiz de un dulumoco; recto hacia abajo, a la quebrada del desarenadero; quebrada arriba, al camino; camino arriba, al mojón, primer lindero". Y

2) Otro terreno situado en el Chuscal de Chinchiná, como de dos puchas, con café, delimitado así: "Del mojón que está en una mata de guadua, a la orilla del camino de servidumbre; siguiendo el camino, hasta donde éste dá una vuelta; siguiendo de travesía lindando con Carmen Rosa Henao, hasta un mojón de piedra, es lindero con Juan de los Santos Velásquez; hacia arriba, lindero con terreno de Juan de los Santos Velásquez, hasta una mata de guadua; de travesía haste un mojón de piedra en un quiebrabarriga; hacia abajo al primer lindero".

A la misma señora, en juicio distinto y como cesionaria de todos los derechos hereditarios en la sucesión de Juan Nepomuceno Arango, se le adjudicó, entre otras el siguiente inmueble:

"Un lote de terreno de una cabida superficiaria de cuadra y media situado en Chinchiná, paraje de "El Chuscal", de topografía inclinada cultivado con cafetos en producción con sombrío de guamo y otros árboles y algunas matas de plátano, alinderado así: "Del mojón de la mata de banano para abajo al mojón del filo; éste abajo al mojón del nogal; de aquí de travesía al mojón del dulumoco, lindero con el vendedor; de aquí siguiendo de para arriba, al mojón de las mafafas; de aquí al mojón de la mata de banano, primer lindero".

El trabajo de partición lo aprobó el juez 1º Civil del Circuito de Manizales por sentencia de 17 de julio de 1954, registrado luego en la Oficina de Registro de la misma ciudad.

Por razones que no es el caso de precisar en esta providencia, varias personas, entre ellas Carmen Rosa Henao de Granada, interrumpieron con distintos actos el goce tranquilo de los bienes adjudicados a la señora Fidelia en los juicios mortuorios aludidos, hechos que dieron lugar a la ocurrencia de varias diligencias de policía que finalizaron con la orden de "mantener el estado de los hechos mientras la justicia ordinaria define lo relacionado con las pretensiones sobre propiedad de una y otra parte".

Esta la razón de la demanda presentada por María Fidelia vda. de López en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Manizales en la que pide, que previo el correspondiente trámite ordinario se hagan por sentencia estas declaraciones y condenas:

Primera — "Que son de propiedad, en dominio pleno, de la señora María Fidelia Alzate v. de López, los siguientes inmuebles:

a) "Un lote de terreno, determinado en el punto octavo de la hijuela de la señora María Fidelia Alzate que le fue adjudicada en el juicio de sucesión doble de Marco Aurelio y María Trinidad López de L. el cual se encuentra protocolizado en la Notaría del Circuito de Chinchiná al tenor de la escritura número 103, de 30 de enero de 1954, situado en "El Chuscal", jurisdicción de Chinchiná mejorado con plantíos de cafetos, de dos puchas de cabida, delimitado así: "Del mo-

jón que está en una mata de guadua, a la orilla del camino de servidumbre; siguiendo el camino, hasta donde éste da una vuelta; siguiendo de travesía lindando con Carmen Rosa Henao, hasta un mojón de piedra, en lindero con Juan de los Santos Velásquez; hacia arriba, lindero con terreno de Juan de los Santos Velásquez, hasta una mata de guaduas; de travesía hasta un mojón de piedra en un quiebrabarriga; hacia abajo, al primer lindero";

b) "Un lote de terreno determinado en el punto primero de la hijuela de la señora María Fidelia Alzate que le fue adjudicada en el juicio de sucesión doble de Marco Aurelio López Tamayo y Trinidad López de López, el cual se encuentra protocolizado en la Notaría del Circuito de Chinchiná por medio de la escritura número 103, de 30 de enero de 1954 situado en "El Chuscal", jurisdicción de Chinchiná, mejorado con plantío de cafetos y otros cultivos, de una cabida de tres almudes y cuartilla aproximadamente, delimitado así: "Del mojón de piedra que se clavó a la raiz de dos árboles, un dulumoco y un caimo, cerca al camino lindero con lote adjudicado a María Trinidad Alzate; hacia arriba, línea recta lindando con la misma, a un mojón que se clavó distante ocho (8) varas a la derecha de tres (3) matas de cabuya; línea recta hacia arriba, lindando con la misma, a salir al camino de "El Chuscal"; por un cabuyal arriba; camino abajo, hasta encontrar el lindero con terreno de Jesús A. Osorio; lindando con éste hacia abajo, hasta el vallado del agua; siguiendo el vallado de travesía, a un mojón que se clavó a la raiz de un dulumoco; recto hacia abajo, a la quebrada del desarenadero; quebrada arriba al camino; camino arriba, al mojón, primer lindero. — De este lote se excluyen almud y medio, los cuales están mejorados con un cafetalito viejo, con un cafetalito nuevo y un potrerito de pasto común, con una casita de habitación, que está ocupada por dependientes de la señora María Fidelia Alzate v. de López; exclusión que tiene los siguientes linderos: De un mojón de piedra que está a la margen izquierda bajando del camino que va de "El Chuscal" a Chinchiná; se sigue de para abajo por el mismo camino, hasta encontrar el lindero con lote de Jesús A. Osorio; se sigue de travesía lindando con el mismo Osorio y hacia la izquierda, por donde hay un vallado de piedra, hasta llegar a un alambrado; se voltea por este alambrado, de para arriba siguiendo el lindero con el terreno de propiedad de María Fidelia Alzate, que retiene indebidamente la señora Carmen Rosa Henao de Granada, o sea el inmueble que queda al hacer esta exclusión, hasta llegar por el mismo alambrado, al primer mojón de piedra, punto de partida.

c) "Un lote de terreno, de una cabida superficiaria de cuadra y media, situado en Chinchiná, paraje de "El Chuscal" de topografía inclinada, cultivado con cafetos en producción, con sombrío de guamo y otros árboles y algunas matas de plátano, que está alinderado así: "Del mojón de la mata de banano para abajo al mojón del filo; éstas abajo al mojón del nogal de aquí de travesía al mojón del dulumoco, lindero con el vendedor; de aquí siguiendo de para arriba, al mojón de las mafafas; de aquí al mojón de la mata de banano, primer lindero". Adquirió los inmuebles anteriores la demandante así: los 2 primeros por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión doble de Marco Aurelio López Tamayo y Trinidad López de López, el cual se encuentra protocolizado en la Notaría del Circuito de Chinchiná por medio de la escritura Nº 103, de 30 de enero de 1954; y el último inmueble lo adquirió por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión del Sr. Juan Nepomuceno Arango, protocolizado en la Notaría Primera de Manizales por medio de la escritura número 1883 del 14 de agosto de 1954. Los inmuebles antes mencionados fueron adquiridos antes por los causantes relacionados, así: Los dos inmuebles primeros los adquirió el señor Marco Aurelio López T. por compra a Florencio Castaño O. (Escritura número 174 del 13 de abril de 1942, de la Notaría de Chinchiná, debidamente registrada el 2 de junio del mismo año en Manizales); y el último inmueble lo adquirió el señor Juan Nepomuceno Arango O. por compra al señor Marco Antonio Alzate, mediante la escritura número 38, otorgada en la Notaría del Circuito de San Francisco (hoy Chinchiná) el 11 de marzo de 1916, registrada el 15 de los mismos mes y año, en el libro 1º Tomo I folios 83 vto. y 84 bajo la partida número 209 de la Oficina de Registro del Circuito de Santa Rosa de Cabal.

Segunda — "Que la demandada señora Carmen Rosa Henao de Granada está en la obligación de entregar a la señora María Fidelia Alzate v. de López, los inmuebles de su propiedad, que aparecen claramente delimitados y especificados en la petición que precede entrega que le hará con sus dependencias, anexidades y mejoras, inmediatamente se ejecutorie la sentencia que ponga fin a este juicio o dentro del término que usted le fije.

Tercera — "Que la demandada señora Carmen Rosa Henao de Granada está en la obligación de restituír a la señora María Fidelia v. de López, los frutos naturales y civiles de los citados inmuebles, que se determinaron en la petición primera de este escrito de demanda, y no solamente los percibidos sino los que la dueña hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los inmuebles en su poder, desde que la demandada Carmen Rosa Henao de Granada los percibió, o sea en su orden, desde el primero de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953) desde el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946) y desde el primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) en adelante, percepción que se contrae a todo el tiempo que ha tenido la señora Carmen Rosa Henao de Granada los citados bienes en su poder y considerando a la misma señora Henao de Granada, poseedora de mala fé.

Cuarta — "Que la demandada señora Carmen Rosa Henao de Granada está igualmente en la obligación de pagar a la demandante María Fidelia Alzate v. de López el valor de los deterioros sufridos por los expresados bienes inmuebles, desde la fecha en que indebidamente tomó posesión material de ellos, o los percibió a cualquiera otro título precario, como mera tenedora, o sea desde el primero de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, para el primer inmuble; desde el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis, para el segundo inmueble, y desde el primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, para el último, en adelante y considerando a la demandada poseedora de mala fé.

Quinta — "Que en el caso de que no se considere a la demandada poseedora de mala fé, se condene a la restitución de frutos civiles y naturales de los citados bienes, que se determinaron en la petición a) de este libelo de demanda y valor de deterioros como de buena fé, y en cualquiera de estos casos se haga al regulación en forma pericial en este o en otro juicio.

Como hechos sustentantes de la acción, a más de los expuestos, y que tienen incidencia en el recurso de casación, se alega:

1º "El inmueble primero de la primera petición de esta demanda, lo mismo que el segundo inmueble de la misma petición fueron adquiridos antes por los causantes Marco Aurelio López T. y Trinidad López de López por compra a Florencio Castaño O. según escritura número 174 del 13 de abril de 1942, de la Notaría de Chinchiná, debidamente registrada el 2 de junio del mismo año en Manizales. Y el último inmueble, que es el tercero, de la misma petición primera de la demanda, lo adquirió el causante señor Juan Nepomuceno Arango O. por compra al señor Marco Antonio Alzate, mediante la escritura número 38, otorgada en la Notaría de San Francisco (hoy Chinchiná) el 11 de marzo de 1916, debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Santa Rosa de Cabal el 15 de los mismos mes y año de su otorgamiento.

2º "La señora Carmen Rosa Henao de Granada invadió arbitrariamente, desde luego sin derecho alguno, los tres inmuebles relacionados en la parte petitoria del presente escrito de demanda así: El primero lo ocupó el primero de agosto de 1953; el segundo lo ocupó, el primero de septiembre de 1946, y el tercero lo ocupó, el primero de octubre de 1954. No medió para tal ocupación ningún contrato traslaticio o adquisitivo de dominio y menos un contrato siquiera que le diera la tenencia, verbal o escrito. Fue una ocupación de hecho, por lo mismo arbitraria, injusta y contra derecho.

3º "No obstante, que las autoridades de Policía o Administrativas se han pronunciado en repetidas ocasiones en defensa de los derechos de propietaria de la señora María Fidelia Alzate v. de López, la demandada continúa ocupando los inmuebles de la actora y ejerciendo en ellos desde la ocupación hasta hoy, contra la justicia y contra derecho, toda clase de actos de dominio. Es así como ilegalmente la señora Carmen Henao de Granada disfruta desde entonces de los plantíos y mejoras de los inmuebles determinados en la parte petitoria o declaración primera de esta demanda. Ejerce sobre sus frutos naturales y civiles, percibidos y pendientes, toda clase de actos dispositivos. Y le niega a la dueña María Fidelia Alzate v. de López su derecho a usufructuar de las mejoras y plantíos en referencia. Le niega también que ejerza la actora el derecho de conservación de sus bienes y, aún por la vía de hecho le impide la vigilancia de sus bienes. No está por demás advertir que desde que la demandada los ocupa, los inmuebles se hallaban en plena producción, en buen estado de conservación y actualmente, en cambio, existen en ellos desmejoras muy considerables".

El apoderado de la demandada contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, no dando asentimiento a los hechos, y antes bien, manifestando a ellos: "Mi mandante posee sus títulos de propiedad". "La

Policía ha prestado protección a mi mandante contra los ataques abiertamente injustos de la demandante". "Mi mandante apenas ejerce s derechos que se derivan de sus títulos".

En el mismo escrito propuso el señor apoderado las excepcions de "Prescripción", "Cosa Juzgada", "Inepta Demanda", "Petición antes de tiempo y de modo indebido", y la genérica "en virtud de la cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Las sentencias de instancia

El juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con sentencia fechada el 28 de octubre de 1955 del siguiente tenor:

"1º Declárase de propiedad de María Fidelia Alzate viuda de López el lote reseñado como tercero en esta providencia, de extensión de un almud aproximadamente, cultivado con café y plátano, situado en la fracción del "Chuscal", municipio de Chinchiná y cuyos mojones que servían anteriormente de linderos eran los siguientes:

"Del mojón de la mata de banano para abajo al mojón del filo; este abajo al mojón del nogal; de aquí de travesía al mojón del dulumoco, lindero con el vendedor; de aquí siguiendo de para arriba al mojón de las mafafas; de aquí al mojón de la mata de banano, primer lindero". Identificado en la diligencia de inspección ocular así: "De la mata de banano citada de donde hay un hoyo, de metro y medio por dos de boca, se sigue hacia la izquierda y de media travesía hasta encontrar el filo en donde se nos dijo existió el mojón del nogal; filo abajo hasta donde se nos dijo por los testigos que existió el mojón de piedra de otro nogal; de aquí de travesía hacia la derecha, en línea recta hasta donde se nos dijo existió el dulumoco, punto éste donde aparece un árbol de lembo; de aquí por el filo arriba hasta la mata de banano primer lindero".

"Este lote se encuentra dentro del inmueble de propiedad de Carmen Rosa Henao de Granada, que adquirió en virtud de la escritura Nº 324, pasada ante el Notario de Chinchiná el treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro y alinderado así: "Del mojón del anón, lindero con Marco López; de para abajo al mojón de la vaga; de aquí de travesía al mojón de un camargo que está en el borde de una chamba; ésta abajo a una aguita; ésta abajo a la quebrada del Chuscal; y siguiendo esta quebrada arriba hasta ponerse en dirección de un dulumoco, lindero con Carmelo Osorio; de aquí al camino de la servidumbre del agua; siguiendo de travesía hasta el mojón del anón, punto de partida".

"En consecuencia se condena a Carmen Rosa Henao de Granada a restituírlo a su propietaria, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, como también a pagarle los frutos percibidos desde el tres de noviembre de 1954 hasta el día de su entrega, previa deducción de los gastos ordinarios invertidos en producirlos, regulación que se hará de conformidad con el artículo 553 del Código Judicial..

"2º Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"3º No se decreta la restitución de los lotes primero y segundo de que trata esta sentencia y en consecuencia se absuelve a la demandada de los demás cargos que se le formulan.

"4º No se hace condenatoria en costas. (Art. 3 del Decreto extraordinario 243 de 1951)".

El Tribunal Superior de Manizales con motivo del recurso de apelación que interpusieron las partes en sentencia de fecha 9 de mayo de 1956 resolvió el litigio así:

"1º Confírmase lo dispuesto por el Juzgado Primero Civil de este Circuito en el ordinal 3º (tercero) de la parte resolutiva de la sentencia apelada;

"2º Se revoca en todo lo demás dicha sentencia, y en su lugar se absuelve a la señora Carmen Rosa Henao de Granada de los cargos que se le formularon en la demanda, relacionados con el tercero dé los lotes de terreno que fueron objeto de esta acción; y

"3º Se condena a la demandante a pagar las costas del juicio en la primera instancia, pues ante el Tribunal no aparece que se hubieran causado.

"Cancélese la inscripción de la demanda".

El Juzgado no accedió a las declaraciones pedidas, relacionadas con los dos primeros lotes porque estimó que la actora no había demostrado el derecho de dominio relativo a ellos. Estas, las consideraciones:

"Se expresó en el escrito petitorio que el causante Marco Aurelio López había adquirido el inmueble del cual se tomaron las hijuelas para María Fidelia Alzate, por compra que le hizo el día trece de abril de 1942 a Florencio Castaño, según escritura Nº 174, pasada ante el Notario del Municipio de Chinchiná'. Fué así como al solicitar la práctica de pruebas y señalar las pertinentes presentó la aludida escritura con la correspondiente nota de registro. (C. Nº 3, folios 2).

"Ocurre que no se alcanza a acreditar que en

realidad de verdad por esta escritura el causante haya adquirido el inmueble del cual se derivan los lotes adjudicados a la demandante. No se expresa en la hijuela de ésta el título originario, y al pretender indagarlo se impone concluír que no concuerda. Basta saber que al tenor de la escritura 174, el lote tiene una cabida aproximada de "una cuartilla", y los peritos determinaron en total para estos dos globos un área de dos "almudes y dos puchas". (Punto doce C. Nº 3 folio 31). Por otro lado, el certificado de tradición no clarifica este punto, pues al indicar el primer eslabón expresa: "...el señor Marco Aurelio López T. compró o adquirió por compra a Florencia Castaño O. un lote de terreno situado en "El Chuscal", de Chinchiná, que parece ser uno de los predios de que se trata..." (C. 1º folios 8).

Sobre las anteriores consideraciones concluye el juzgado declarando: a) que "la falta del título por el cual los causantes de la demandante adquirieron los lotes en referencia hace que no pueda considerarse la hijuela como título justificativo de dominio"; y b) que "en lo tocante al primer lote, a más de ser deficiente el título, no aparece comprobada plenamente la posesión de este lote en cabeza de la demandada, elemento exiomático de la acción de reivindicación. Por otro lado, la parte demandante ha reconocido posesión anterior de la demandada en relación con el título del cual pretende hacer derivar su derecho".

Cuanto al tercero de los lotes especificados en la demanda, el juzgado decretó la reivindicación, porque encontró que en favor de la parte demandante militaban las condiciones y requisitos para el éxito de la acción: cosa singular, dominio de la misma cosa, que lo que se reivindicaba por la actora era lo mismo que la demandada estaba poseyendo.

El Tribunal negó todas las peticiones de la demanda al revocar la determinación del inferior cuanto a la declaración que hizo en favor de la demandante relativa al tercero de los lotes de la demanda.

Son del Tribunal estas consideraciones:

"Siguiendo el mismo orden que adoptó el Juzgado, empezará el Tribunal por estudiar lo relacionado con los dos primeros lotes de terreno a que se refiere la parte petitoria de la demanda. Y así lo hará también por razón de método, ya que son unos mismos los títulos y una misma la causa petendi en que se apoya la acción restitutoria de tales dos lotes de terreno.

"El título que presenta la parte demandante, relativo a los dos inmuebles mencionados, consiste en la copia de una hijuela que se le adjudicó dentro del juicio de sucesión doble a los señores Marco Aurelio Tamayo y Trinidad López de López. (Folios 1 a 4, cuaderno Nº 1) Allí consta que entre los bienes que se destinaron para integrar dicha hijuela están los dos lotes de terreno de que se viene hablando, pues los lindros que a éstos se les asignan en la demanda coinciden exactamente con los que se relacionan en la hijuela.

"Pero estima el Tribunal que existe un doble motivo para no admitir este instrumento como título idóneo por sí solo para la comprobación del derecho de dominio de la demandante.

"En efecto, en la misma demanda se afirma que el primero de los referidos lotes lo ocupó la demandada el 1º de agosto de 1953, y que el segundo lo ocupó el 1º de septiembre de 1946. Y como la hijuela fue registrada el 26 de enero de 1954 (folio 4, cuaderno Nº 1) resulta que este título es de fecha posterior a los orígenes de la posesión de aquélla, y no basta por tanto para destruír la presunción de dueña que la favorece.

"En segundo término, conviene advertir que una hijuela no es por sí misma título de dominio frente a terceros extraños a la partición. Así lo ha resuelto en numerosos fallos la Corte Suprema de Justicia, al decir que los actos de partición de bienes en juicio de sucesión no pueden por sí solos oponerse como título a un tercero, sin probar a la vez que los bienes adjudicados pertenecieron al causante y que estaban en su dominio, o en el de la sucesión, al tiempo de verificarse la partición".

"De manera que en el caso de autos se observa a primera vista la deficiencia probatoria con relación al derecho de dominio que alega la demandante sobre los dos primeros lotes de terreno singularizados en la demanda, ya que por el anotado doble motivo era indispensable la exhibición del título de propiedad de los causantes Marco Aurelio López Tamayo y Trinidad López de López.

"En el hecho 2º de la demanda se afirma que los nombrados causantes adquirieron aquellos inmuebles por compra a Florencio Castaño O. según escritura Nº 174 del 13 de abril de 1942, otorgada en la Notaría de Chinchiná, y registrada en Manizales el 2 de junio del mismo año. Pero aunque tal escritura fue traída a los autos (folio 2, cuaderno Nº 3), es lo cierto que los linderos que allí se mencionan ni siquiera se parecen a los que se leen en la respectiva hijuela que se le adjudicó a la demandante. Por ello el señor

Juez a quo refiriéndose a este título, hace esta juiciosa observación que acoge la Sala: "Ocurre que no se alcanza a acreditar que en realidad de verdad por esta escritura el causante haya adquirido el inmueble del cual se derivan los lotes adjudicados a la demandante. No se expresa en la hijuela de ésta el título originario, y al pretender indagarlo se impone concluír que no concuerda. Basta saber que al tenor de la escritura 174, el lote tiene una cabida aproximada de "una cuartilla", y los peritos determinaron en total para estos dos globos un área de dos almudes y dos puchas". (folio 26, cuaderno Nº 1).

"Además, es incuestionable que sólo mediante una minuciosa identificación de lo que compró Marco Aurelio López en 1942 se habría podido establecer si los dos lotes de terreno de que se trata son lo mismo o hacen parte del inmueble que se relaciona en la citada escritura Nº 174. Pero tal identificación no se llevó a cabo; y, por el contrario los peritos que actuaron en diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia respondieron así al punto 9º del respectivo interrogatorio: "Identificamos detenidamente la ubicación y linderos de los lotes de terreno que describe la hijuela de María Fidelia Alzate, mas no los del inmueble que relaciona la escritura Nº 174 de fecha 13 de abril de 1942 de la Notaría de Chinchiná, porque ningún interesado nos lo indicó. Por tal razón no podemos afirmar que aquéllos formen parte de éste porque los linderos que se describen en ambos títulos son completamente distintos, al menos por la citación de puntos de colindancia. Estudiada la certificación de tradición de la Oficina de Registro del Circuito de Manizales, al hacer referencia al lote 8º de la hijuela de María Fidelia Alzate, dice que parece que sea el mismo inmueble que relaciona la escritura Nº 174, pero no lo afirma, y por tal motivo no podemos nosotros afirmar que el lote 8º de la hijuela de María Fidelia Alzate, forma parte del inmueble que describe la escritura Nº 174 de fecha 13 de abril de 1942". (folio 31 cuaderno Nº 3).

"Resulta de lo dicho hasta aquí que la parte actora no logró destruír en este caso la presunción de dominio que, en consecuencia, sigue favoreciendo a la demandada respecto de los dos primeros inmuebles descritos en el libelo. Lo cual quire decir que no se ha demostrado legalmente con relación a ellos el primero y principal de los extremos configurativos de la acción reivindicatoria; y que, por lo mismo, la sentencia apelada debe confirmarse en lo referente al punto 3º de la parte resolutiva".

En relación con el tercero de los lotes, se lee en la sentencia: "El tercero de los lotes de terreno que pretende reivindicar la señora Fidelia Alzate está delimitado así en la demanda: "Del mojón de la mata de banano para abajo al mojón del filo; éste abajo al mojón del nogal; de aquí de travesía al mojón del dulumoco, lindero con el vendedor; de aquí siguiendo para arriba, al mojón de las mafafas; de aquí al mojón de la mata de banano, primer lindero".

"Para acreditar su derecho de dominio sobre este inmueble, la demandante presentó los siguientes títulos: a) Copia de la hijuela que se le adjudicó en el juicio de sucesión del señor Nepomuceno Arango O. la cual fue registrada el 23 de agosto de 1954. (folios 5 y 6) cuaderno Nº 1). Y b) copia de la escritura número 38 del 11 de marzo de 1916, otorgada en la Notaría de San Francisco y registrada en Santa Rosa el 15 de marzo del mismo año, mediante la cual Nepomuceno Arango O. compró a Marco Antonio Alzate el mismo lote de terreno que en la sucesión del primero le fue adjudicado a la señora María Fidelia Alzate viuda de López. (Folio 1, cuaderno Nº 3). La ubicación y los linderos de este predio que se indican en las dos piezas últimamente mencionadas, coinciden exactamente con los que se determinan en la demanda.

"Estos títulos serían suficientes para que la demandante obtuviera la reivindicación del referido lote, si no fuera porque el Tribunal echa de menos la plena prueba de otro de los extremos de lo que se reivindica.

"En efecto, cuando se realizaba la diligencia de inspección ocular para identificar el tercer inmueble de que trata la demanda, se encontró que casi todas las señales a que se hace referencia en su alinderación habían desaparecido, y que por ello hubo de dejarse la siguiente constancia en el acta: "Con respecto a la limitación de este globo anotan los peritos que fuera de la mata de banano no encontraron los otros árboles y mojones de referencia". Fue entonces cuando el Juzgado llamó a los señores Roberto Alzate y Abel Osorio, para que indicaran los sitios donde habían existido aquellas señales, pero los testigos se limitaron a mostrar tales lugares sin expresar una razón satisfactoria de sus dichos. Dice únicamente el acta que ellos "manifestaron que donde estaba el mojón del nogal es un filo hoy sin señal de ninguna clase, que se encuentra en línea recta y de travesía a un lembo que hay en otro filo en el cual dicen los testigos que se encontraba el mojón del dulumoco. En relación con el mojón de las mafafas informaron los testigos que se refiere al punto donde se levanta hoy unas matas de banano viejas".

"Fue ésta la única base que tuvieron los peritos para proceder a delimitar así el lote que no habían podido identificar: "De la mata de banano citada donde hay un hoyo, de metro y medio por dos de boca, se sigue hacia la izquierda y de media travesía hasta encontrar el filo en donde se nos dijo existió el mojón del nogal; filo abajo hasta donde se nos dijo por los testigos que existió el mojón de piedra de otro nogal; de aquí de travesía a la derecha, en línea recta hasta donde se nos dijo existió el dulumoco, punto éste donde aparece hoy un árbol de lembo; de aquí por el filo arriba hasta la mata de banano primer lindero".

"Pero bien se comprende que aquella base testimonial no podía ser suficiente para establecer a ciencia cierta la verdadera alinderación e identificación del inmueble, máxime si se tiene en cuenta que uno de los peritos, el señor Gilberto Londoño Calle, dejó la constancia expresa en el acta de la diligencia de que "delimita el predio en mención de acuerdo con lo que dijeron los testigos, pero que no se encuentra en capacidad de identificarlo de conformidad con los linderos que se dan en la demanda". (Folios 26 y vuelto, cuaderno Nº 3).

"Es así como resulta sin fundamento serio la afirmación que hacen los peritos al contestar el punto 1º del cuestionario que les formuló el apoderado de la demandante, cuando dicen que el lote tercero de que trata la demanda "forma parte integrante del inmueble que por su ubicación y linderos describe la escritura Nº 324 de fecha 31 de agosto de 1944, otorgada en la Notaría de Chinchiná", título éste presentado por la demandada y en virtud del cual le compró a Marco Antonio Alzate García un predio rural situado en la fracción de "El Chuscal". (Folio 1, cuaderno Nº 2). Porque si al menos uno de los peritos hizo la advertencia de que no estaba en capacidad de identificar el lote singularizado en la demanda, a pesar de las indicaciones de los testigos Alzate y Osorio, no se ve cuál pueda ser la razón lógica para que luego ese mismo perito, en asocio de su compañero, haga la afirmación de que ese lote hace parte del que adquirió y posee materialmente la demandada. Por otra parte, no puede aceptarse que el inmueble haya quedado debidamente identificado con los testimonios de los dos declarantes mencionados, pues ya se dijo que éstos no expresaron la razón de sus dichos ni dieron explicación alguna que permita tener como ciertos los puntos de referencia que mostraron al Juez y a los peritos".

Y finaliza la sentencia: "No se encuentran reunidos en este juicio los extremos configurativos de la reivindicación; porque, respecto de los dos primeros lotes de terreno, no se probó el derecho de dominio de la demandante o no se trajeron títulos anteriores a la posesión de la demandada; y porque, con relación al tercer lote, no fue debidamente identificado y no pudo saberse por tanto si es lo mismo o si hace parte de lo que posee la señora Carmen Rosa Henao de Granada. Y como el Juzgado accedió a las peticiones de la demanda en lo referente a este último lote de terreno, habrá de revocarse en este punto la sentencia apelada".

El recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal la parte demandante interpuso el recurso de casación que admitido y debidamente tramitado por la Corte es la oportunidad de decidirlo.

La demanda de casación

Con fundamento en la primera de las causales de casación el apoderado de la recurrente acusa la sentencia del Tribunal "de ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea"; acusación que desarrolla a través de los cargos que la Sala, con notorio esfuerzo sintetiza bien que transcribiendo en lo posible las palabras empleadas por su autor.

A) En relación con los **dos primeros lotes** se formula este cargo:

El Tribunal incurrió en **error de hecho** que lo condujo al quebranto del artículo 946 del Código Civil, consistente el error en no haber tenido en cuenta "las pruebas que complementan y constituyen un todo con la hijuela de la actora y con la escritura Nº 174 —título del causante—, toda vez que ellas evidencian "la titularidad del dominio de María Fidelia Alzate vda. de López y su posesión regular perturbada por la demandada, en lugar del hallazgo de la presunción que ampara a los poseedores al tenor del artículo 762 del Código Civil, indirectamente violado, en cuanto sólo se tuvo en cuenta la presunción allí establecida y directamente violada la excepción citada".

En el siguiente pasaje de la demanda enumera las pruebas a que se refiere el cargo: a) Copia de la actuación administrativa en la Alcaldía Municipal de Chinchiná, de fecha 22 de octubre de 1953; b) Copia de la actuación administrativa de la inspección Municipal de Policía de Chinchiná,

de fecha Enero 9 de 1954; c) Copia de la actuación administrativa de la misma Inspección de Policía, de fecha 27 de marzo de 1954; d) Diligencia de Inspección Ocular, dentro de la cual se produjo la identificación de los lotes materia del litigio, con la intervención de peritos y declaraciones de los señores Félix R. Sánchez, Abel Osorio, Roberto Alzate, Nicolás Rodas, Liberio Antonio Gambia y Gerardo Salazar.

Considera la Corte:

Cuando se acusa un fallo por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es necesario que éstas se determinen expresamente en la demanda y se señale con claridad el concepto en qué consiste el error. No enfoca el recurrente la acusación por este aspecto, sino que el error lo hace consistir en que el sentenciador dejó de apreciar las pruebas que dice "complementan y constituyen un todo con la hijuela de María Fidelia Alzate vda. de López y con la escritura Nº 174 de 13 de abril de 1942, otorgada en la Notaría de Chinchiná, debidamente registrada, en la cual se origina la hijuela" elementos que, dice, demuestran el dominio de la demandante sobre los dos primeros lotes del litigio, atributo que estimó el Tribunal no probado en favor de la recurrente, porque a) "La sola hijuela que se le hizo en el sucesorio de su esposo no prevalece sobre la posesión anterior de la demandada siendo que ésta es persona extraña a la sucesión fuente del derecho invocado por la actora"; y b) "porque, el título, escritura 174 citado, que se trajo al expediente para demostrar que en su tiempo adquirió el causante los lotes que en la partición de su mortuoria le fueron luego adjudicados a su esposa, no dá esa demostración, toda vez que no resulta establecido que el bien determinado en el título esté formado por los dos lotes del litigio".

Se explica: Las pruebas que dejó de apreciar el Tribunal, como quedó anotado, consisten en la resultante de las diligencias adelantadas en la Alcaldía de Chinchiná relativas al amparo de posesión solicitado por la actora en las que fue la materia, inmuebles que, afirma, son los mismos de la reivindicación. Y dice el recurrente que como en esos trámites se identificaron los lotes, esa identificación vincula a los resultados de este juicio, y en forma, que puede concluírse que la demandante estableció: a) Su dominio, pues siempre fue reputada como dueña por los vecinos y campesinos de la región; b) la identidad de los bienes, objeto de la reivindicación; c) la perturbación de que era objeto o es objeto en su dominio por parte de la demandada Carmen Rosa Henao de Granada".

En casación, el planteamiento global del problema probatorio que se haga con la finalidad de solicitar de la Corte una convicción judicial distinta de la que se formó el Tribunal sobre la cuestión controvertida, no armoniza con la naturaleza y objeto del recurso extraordinario toda vez que en éste, si se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de la ley sustantiva o quebranto de las formas esenciales de procedimiento, no puede traerse el problema probatorio debatido con el fin de que a la luz de un nuevo estudio de éste se sustituya el juicio que hubo de encausar el Tribunal a la formación de su convencimiento. Es la doctrina imperante que "a la Corte en función de casación no le corresponde balancear las pruebas y las contrapruebas del litigio para deducir la verdad de los hechos contestados, que es la misión exclusiva de los sentenciadores de instancia. En casación no se estudian las pruebas sino para deducir error de hecho o de derecho cometido por el Tribunal en su apreciación como medio conducente de violación de ley sustantiva y en presencia de cada cargo concreto".

En la demanda al estudio, incurre el recurrente en esta falta de técnica porque al plantear el cargo manifiesta que previo estudio de las pruebas por la Corte habrá de llegarse a una convicción contraria de la que adquirió el sentenciador al proferir su fallo. El modo legal de fijar los senderos de la convicción que solicita el recurrente de la Corte, debió haberlo cumplido el recurrente no invitando a la Sala al estudio del acervo probatorio en general, sino particularmente cada elemento probatorio, el hecho que demostraba cada uno, indicando la debida conclusión, y luego, la equivocación o el error del Tribunal. Fundar el ataque, simplemente, en la consideración de que del examen que haga la Corte de los distintos elementos de prueba habrá de llegarse a la convicción a que se aspira, se repite, no es de recibo en demandas propias de este recurso extraordinario. Sin embargo, pasando inadvertidas las deficiencias anotadas, se estudia el cargo.

Verdad que el sentenciador no hizo referencia alguna a la prueba resultante de la actuación administrativa relacionada en las copias a que alude el cargo; pero la omisión no tiene el efecto ni el alcance que le atribuye el recurrente porque tal actuación no es ni puede considerarse como complemento o elemento constitutivo de la hi-

juela presentada por la actora para demostrar el dominio sobre los dos lotes de la reivindicación, y porque nada tiene que ver la misma actuación con lo declarado en el otro título —escritura 174— del cual dice, procede el dominio que invoca en la demanda. Lo anterior así, no solo porque el derecho de dominio tan solo se demuestra con el pertinente título escriturario debidamente registrado, sino también, porque cualquier apreciación que hubiesen hecho los funcionarios policivos sobre dominio o propiedad, resultaría menos que inocua, como que a éstos les está vedado la apreciación, solución y consideración, así sea en forma tangencial, de problemas referentes a la propiedad de los inmuebles. La justicia ordinaria, mediante trámite adecuado y competente, es la que tiene la atribución legal de resolver sobre esta determinada relación jurídica en todos los casos de litigio.

Por lo demás, el acta de inspección ocular practicada por la autoridad policiva no vino al proceso; la advierte o a ella hace referencia el funcionario policivo al motivar la resolución en donde dice que fueron recorridos los linderos de inmuebles que no determina, pues allí se lee, que la diligencia se efectuó con el fin, no de singularizar ni determinar esos bienes sino para acreditar el hecho de la perturbación de que se quejaba la demandante María Fidelia Alzate v. de López.

Ocurre también, que en ninguna parte del proceso aparece establecido que el terreno relacionado en la escritura 174, título del causante, tenga alguna relación con los lotes que le fueron adjudicados a la demandante en el sucesorio de éste; es más: si se comparan los linderos del inmueble relacionado en ese título con los de los lotes declarados en la hijuela de la demandante, se obtiene la conclusión de que una y otra pieza singularizan terrenos diferentes. Cierto que en la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio, los peritos identificaron por su situación y linderos los lotes materia de la reivindicación; pero también lo es que al rendir el dictamen manifestaron, expresamente, que no podían conceptuar que los inmuebles identificados formaban parte del inmueble que relaciona el título del causante. Son estas sus palabras: "Identificamos detenidamente la ubicación y linderos de los lotes de terreno que describe la hijuela de María Fidelia Alzate, mas nó los del inmueble que relaciona la escritura Nº 174 de fecha 13 de abril de 1942 de la Notaría de Chinchiná, porque ningún interesado nos lo indicó. Por tal razón no podemos afirmar que aquéllos forman parte de éste porque los linderos que se describen en ambos títulos son completamente distintos, al menos por la citación de puntos de colindancia".

Queda entonces como único título en favor de la actora la simple hijuela de adjudicación de los dos lotes —cuya tradición anterior se desconoce— frente a la posesión de la demandada principiada a ejercitar sobre los lotes mismos de la reivindicación con antelación al acto de partición como tercero o persona extraña a toda vinculación con el causante y con la misma sucesión. Título en estas condiciones, unilateral y aislado, no puede prevalecer sobre la posesión anterior que ha venido ejercitando la demandada.

Lo expuesto evidencia que frente a la demandada, no demostró la actora un mejor derecho que ésta al dominio de los dos primeros lotes a que se contrae la demanda, porque la posesión de ésta anterior al acto legal de la partición prefiere a la adjudicación que se le hizo a la actora en el juicio sucesorio en donde no fue parte la poseedora actual de los inmuebles a que ha venido refiriéndose este capítulo de la sentencia. Entonces, no probado el dominio por parte de la actora frente a la demanda no podía el sentenciador darle paso a la acción; o lo que es lo mismo, no aparece que el Tribunal hubiera quebrantado con ocasión del fallo el artículo 946 del C. C. porque estaba en la obligación de darle aplicación al art. 672 de la misma obra.

Abundante jurisprudencia de la Corte respalda la juridicidad del contenido de estas consideraciones de la Sala.

Se rechaza el cargo.

B — En relación con el tercero de los lotes, formula el recurrente este cargo:

Incurrió el Tribunal en error de hecho al negar la reivindicación "porque no tuvo en cuenta las siguientes pruebas: "a) Certificación del Juez y Secretario sobre idoneidad de los testigos en su calidad de conocedores del terreno que se estaba delimitando; b) el testimonio serio del señor Roberto Chica Giraldo, perito, al discrepar del otro perito, porque tales puntos en donde dijeron existieron los mojones, nos los indicaron sin vacilaciones de ninguna naturaleza y bajo la afirmación que nos hicieron en el acto, de haber trabajado en esos terrenos por algo más de diez años; c) el testimonio de los mismos Roberto Alzate y Abel Osorio, tomados en el mismo acto de la diligencia. Y complementa el recurrente: "Por no haber tenido en cuenta estas pruebas el Tribunal quebrantó el art. 632 del CJ. y por ese medio el 946 del CC. que ampara la acción de dominio".

Considera la Corte

Negó el Tribunal la reivindicación solicitada relativa al tercero de los lotes de la demanda porque dice, "se echa de menos la plena prueba de otro de los extremos fundamentales de la acción de dominio, cual es el de la identificación de lo que se reivindica". Pero arguye el recurrente, y es la base del cargo, que a esta conclusión no habría llegado el sentenciador si hubiese considerado, apreciado y atribuído su valor legal a las aludidas pruebas toda vez que, dice, "con dichos elementos se estableció la identificación del tercero de los lotes materia de la reivindicación".

No resulta fundado el cargo. Como quedó advertido en la parte primera de este fallo, toda la argumentación del Tribunal sobre este punto rueda a través del examen crítico de los citados elementos probatorios; reproduce la sentencia los pasajes salientes de los testimonios rendidos por los señores Alzate y Osorio y al examinarlos, hace ver como la exposición de los testigos adolece de imprecisión sino también de razonamiento motivado en relación con los hechos que exponen, fallas que, advierte, hace que con la resultante de esos simples testimonios no pueda estimarse como establecido el hecho jurídico de la identificación del expresado lote. Por lo demás, la certificación del juez sobre la idoneidad de los testigos en sí misma considerada, no es elemento probatorio de ninguna clase, será comprobante de mejor valía en relación con el mérito que se le dé al dicho del testigo y nada más. También hace el Tribunal detenido comentario al dictamen pericial con el resultado indicado en los pasajes ya transcritos de ese fallo.

Seguramente otras consideraciones habría tenido que formular la Corte si el cargo se hubiese enderezado en el sentido de que el Tribunal negó la reivindicación como resultado de haber apreciado equivocada, indebidamente o con manifiesto error los elementos probatorios. Pero así no se enfocó la acusación.

Se explica más:

En la parte primera de este fallo vienen transcritos los considerandos que sobre el particular consideró hizo el Tribunal, es decir, en orden a declarar que la singularidad de este lote no estaba establecida en el proceso, allí se lee: "cuando se realizaba la diligencia de inspección ocular para identificar el tercer inmueble se encontró que casi todas las señales a que se hace referencia en su alinderación habían desaparecido"; "con respecto a la limitación de este globo anotan los peritos que fuera de la mata de banano no encontraron los otros árboles y mojones de referencia"; "que los testigos Alzate y Osorio llamados a ilustrar la materia se limitaron a mostrar tales lugares sin expresar una razón satisfactoria de sus dichos, manifestando que donde estaba el mojón del nogal es un filo hoy sin señal de ninguna clase, que se encuentra en línea recta y en travesía a un lembo que hay en otro filo en el cual dicen los testigos que se encontraba el mojón del "dulumoco" y que en relación con el mojón de las mafafas se refieren al punto donde se levantan hoy unas matas de banano viejas".

Luego de advertir el Tribunal, que como sobre una simple base informativa, calificada de deficiente y no fundamentada, los peritos levantaron su dictamen, no puede aceptarse ese concepto, porque "bien se comprende que aquella base testimonial no podía ser suficiente para establecer a ciencia cierta la verdadera alinderación e identificación del inmueble, máxime cuando uno de los peritos manifestó "que no se encuentra en capacidad de identificar el lote de conformidad con los linderos que se dan en la demanda".

De este razonamiento resultado del examen probatorio, dedujo el Tribunal que "no puede aceptarse que el inmueble haya quedado debidamente identificado con los testimonios de los dos declarantes mencionados, pues ya se dijo que éstos no expresaron la razón de sus dichos ni dieron explicación alguna que permita tener como ciertos los puntos de referencia que mostraron al juez y a los peritos".

Ahora bien: esta apreciación del Tribunal es la que ataca el recurrente, afirmando, que a términos de su personal criterio o convicción, la Corte debe variar el criterio o convicción del Tribunal y dar por probada la identificación del lote teniendo en cuenta el dicho de los testigos que expusieron tan imprecisamente; que no indica el recurrente en qué consistió el evidente o manifiesto error en que pudo incurrir el Tribunal al motivar la conclusión que se objeta.

Por lo demás, no sobra advertir que la identificación de un terreno debe hacerse a base de signos precisos que digan relación con sus linderos; y que si es admisible el dicho de testigos para estos fines, debe ser claro, expreso y en forma que no sea susceptible de reservas o interpretaciones de ninguna clase toda vez que los puntos de referencia de un lindero y éstos mismos solo pueden fijarse señalándolos expresamente no a base de aproximaciones simples como sería considerar, que un lindero quedó determi-

nado con decir que el mojón correspondiente estaba situado en un filo o loma y otro en donde se levanta una sementera de banano.

No habiendo probado el recurrente que la convicción del Tribunal en relación con el punto discutido haya sido la resultante de equivocaciones o errores manifiestos, no puede aceptarse el cargo, el que por consiguiente debe rechazarse.

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 recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

TECNICA DE CASACION. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO. — VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA POR INTERPRETACION ERRONEA Y POR NO APLICACION. — REPRESENTACION. — DIFERENCIAS CUANDO ESTA PROVIENE DE UN MANDATO O DE UNA GUARDA. — SANCION DE LOS ACTOS JURIDICOS EJECUTADOS CONTRA LEGEM. — COSA JUZGADA. — NO SE PUEDE APLICAR ESTE PRINCIPIO A UNA PROVIDENCIA QUE NO TIENE EL CARACTER DE SENTENCIA. — FUNDAMENTO OBJETIVO DE LA CONDENA EN COSTAS JUDICIALES

1.—La causal segunda de casación, alegada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 520 del C. J. no prospera cuando el fallo ha sido totalmente absolutorio, porque en este caso, la sentencia no sólo en su forma sino en su contenido, no puede adolecer de los defectos a que dicha causal se refiere.

Uno de los requisitos fundamentales que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del C. J., es la exigencia que hace de que en ella se deben expresar con claridad y precisión la causal que se aduzca para infirmar el fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos.

Cuando se acusa la sentencia de violación, por no aplicación de preceptos sustantivos a una situación jurídica determinada, y esa situación implica hechos que deben ser demostrados en el juicio, la técnica de casación indica que deben puntualizarse con toda claridad los errores de hecho y de derecho en que pudo incurrir el Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas; puesto que, de lo contrario, se infringiría una de las normas fundamentales sobre el recurso, como es el de la claridad y precisión en la formulación y fundamentación de los cargos. En el caso sub-judice, el recurrente no indica por qué caminos llegó el Tribunal a esas violaciones, ni si se trata de la interpretación errónea o de la apreciación errónea de determinados medios de prueba; sino que, simplemente, sostiene que la omisión de los inventarios, y el haber fijado el canon en una cuantía ínfima, son suficientes para configurar el ilícito civil que el recurrente imputa tanto al curador arrendador como al arrendatario. La estructura de la norma jurídica, supone siempre actuaciones de hecho que es preciso demostrar, requisito sin el cual es antitécnico alegar su infracción directa, por interpretación errónea, aplicación indebida o no aplicación de la misma norma a una siuación jurídica determinada; principalmente, la no aplicación, exige la demostración de los hechos supuestos por el precepto legal, pues, de lo contrario, la acusación carece de fundamento.

La interpretación errónea de un texto legal sustantivo no es un caso de violación medio sino directa, y es lógico que por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, jamás puede llegarse a una interpretación errónea, salvo que, interpretada erróneamente una disposición legal, se aplique a una situación jurídica dada y que en la demostración de los hechos que la configuran se haya incurrido en yerros de hecho y de derecho, caso en el cual, aún se trata de dos imputacicnes de casación completamente diferentes.

2.—No hay que confundir la institución de la representación proveniente de un mandato convencional con la que confiere la institución de las guardas e, indiscriminadamente, tratar de confundir las reglas para la extinción de la primera con las de la segunda. El título 24 del C. C. no establece reglas para fijar la terminación de las guardas, de un modo expreso, como acontece en el mandato, sino de una manera especial como se determina en el artículo 597 del C. C., pero por incapacidad sobreviniente. Pero la lógica jurídica y la naturaleza misma de la institución están indicando, claramente, que la muerte del tutor o curador, o la del pupilo, determinan la extinción de las guardas. Esto no quiere decir, de ningún modo, que se extingan las obligaciones legalmente contraí-

das por el pupilo, las que pasan a sus herederos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1155 del C. C., porque entonces el ejercicio jurídico del guardador habría sido completamente inocuo.

3.—El artículo 6º del C. C., en el inciso 2º, despeja toda duda en relación con la sanción de los actos jurídicos llevados a cabo contra expresa prohibición de la ley, cuando determina y fija la sanción de la nulidad, no para todos los que se hallan afectados de ese vicio, sino para aquellos en que la ley no ha establecido una sanción distinta. Es lógico que todo acto contra-legem en materia civil es ilícito, pero no todos ellos están sancionados con la nulidad, pues, como lo expresa acertadamente el Tribunal, hay casos, como el contemplado en el artículo 500, que dispone que la sanción establecida al curador consiste en que el acto se considera ejecutado en representación del pupilo, si fuere útil a éste, y no de otro modo.

El único requisito previo, cuya omisión anula todos los actos del guardador, es el que se refiere al discernimiento, de conformidad con lo establecido en el artculo 468 del C. C.; la omisión de los demás requisitos, como el otorgamiento de fianza y de confección de inventarios, cuando se omiten, no invalidan las actuaciones del guardador, sino que le acarrean responsabilidad y el pago consiguiente de los perjuicios patrimoniales que pueda sufrir el pupilo, deducción jurídica que es lógica al tenor de lo dispuesto por el artículo 6º del C. C., segundo inciso.

El artículo 1740 del C. C. establece claramente la nulidad para todos aquellos actos a los que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes, con lo cual se determina claramente que la nulidad sólo es procedente, cuando, o se omiten los elementos esenciales para la validez de todo acto jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, o alguno de los elementos estructurales o esenciales que configuran específicamente un contrato o convención determinados.

4.—El artículo 473 del C. J. es una regla de orden sustantivo, porque establece la invulnerabilidad de los fallos judiciales, cuando estos desatan de una manera definitiva una relación jurídica litigiosa, siempre que concurran los requisitos establecidos por el mismo precepto. No se puede aplicar el principio de la cosa juzgada a una providencia que no tiene el carácter de sentencia, porque no desata una controversia de orden jurídico sustantivo, como es el auto que discierne una tutela o curaduría y ordena la confección de los inventarios de los bienes del pupilo, en favor de quien se ha establecido la guarda, como una medida de protección. Estas providencias se limitan a autorizar el ejercicio de una función administrativa y a prevenir a los guardadores sobre el cumplimiento de determinadas medidas, exigidas por la ley, para el mejor desempeño del cargo. La función de la sentencia, como expresión concreta de la voluntad de la ley, no es adjetiva sino eminentemente sustantiva: estimar o desestimar una acción, que se ha impetrado precisamente para consolidar y establecer una situación jurídica determinada, que por haber sido discutida, se debatió ampliamente dentro de un juicio civil.

5.—El artículo 2º del D. L. 243 de 1951, establece de una manera objetiva, el principio general de que todo litigante vencido debe ser condenado en costas, salvo las excepciones legales. El fundamento de esta regla es muy claro y consiste en que no es justo ni equitativo que los esfuerzos económicos hechos por la parte vencedora en un litigio graven o disminuyan su patrimonio. Precisamente, el criterio objetivo en que está inspirado el decreto legislativo citado, exonera al fallador de dar explicaciones en el fallo, a menos que se trate de algún caso de los contemplados en el artículo 210 del C. J., por exceso en las peticiones de la demanda. Además, ese mismo criterio excluye las acusaciones de casación contra una sentencia, en materia de condenación en costas, pues si el recurso prospera, el fallo de instancia pronunciado por la Corte resolverá lo pertinente; o en el caso de que el recurso no prospere, será condenado el recurrente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide la Corte el recurso de casación inter-

puesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por la señora Mercedes Jiménez de Cajigas y otros contra Luis Alejandro Cárdenas, pronunciada el 23 de marzo de 1955.

Antecedentes

A la interdicta por causa de demencia Felipa Cuervo Monroy se le puso en un principio bajo el cuidado y representación del señor Santos Monroy, su hermano legítimo. Por falta absoluta de éste, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja le designó como curador interino al señor Justo Rafael Galán, a quien el mismo despacho le discernió el cargo, le dio posesión de éste y le hizo entrega de los bienes de la interdicta el día 16 de octubre de 1947; fijándole, además, el plazo de noventa días a partir de la fecha del decreto de discernimiento para que procediera a llevar a cabo el inventario de los bienes de su pupila.

El señor Galán, en ejercicio de sus facultades administrativas, consideró conveniente proceder a celebrar un contrato de arrendamiento de los bienes raíces de la interdicta; y, al efecto, el día 2 de abril de 1952, por medio de escritura pública otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Tunja, dio en arrendamiento al señor Luis Alejandro Cárdenas, dos lotes de terreno, a saber: uno llamado "El Arenal", y otros dos que forman un solo globo, denominados "La Quinta y la Manga", a razón, en conjunto, de un mil trescientos pesos mensuales ($ 1.300.00); seiscientos por el primer lote; y, quinientos por los dos últimos.

La interdicta Edelmira Felipa Cuervo Monroy falleció el 22 de mayo de 1952 y su curador Galán el 11 de enero de 1953.

Fallecida la señorita Monroy, los herederos de ésta no se conformaron con el contrato de arrendamiento, por considerarlo lesivo de los intereses de la sucesión, quisieron ponerle término, y, al efecto uno de ellos, la señora Carmen Jiménez de Cajigas, por medio de apoderado, formuló demanda contra el arrendatario señor Luis Alejandro Cárdenas por medio de libelo de fecha 16 de julio de 1953, en el que fueron hechas por el apoderado las siguientes peticiones:

"1º—Terminación del contrato de arrendamiento contenido en la escritura pública número 317, de 2 de abril de 1952, de la Notaría Primera del Circuito de Tunja, otorgada por los señores Justo Rafael Galán y Luis Alejandro Cárdenas; entrega por parte del demandado a los demandantes herederos de los inmuebles de 'El Arenal', 'La Quinta y La Manga" ubicados en jurisdicción del municipio de Samacá, junto con el valor de los frutos naturales y civiles, como también el de los perjuicios que han resultado y resulten a la parte demandante por causa de dicho contrato y actividades imputables a culpa del arrendatario demandado;

"2º—Que carece de valor legal y efectos contra la parte demandante el contrato contenido en la escritura citada; y el arrendatario debe restituir libre de todo gravamen a la parte demandante los bienes a que dicho aparte se refiere, con las demás prestaciones impetradas en la súplica anterior;

"3º—Que ha sido y es legal y válida la entrega hecha a la parte demandante por el señor Juez Primero Civil del Circuito de Tunja y sin mérito jurídico toda resolución posterior que le sea contraria;

"4º—Condenación en costas a la parte demandada".

Rituado el juicio con todas las formalidades del procedimiento, el Juez Primero Civil del Circuito de Tunja, dictó sentencia favorable a las peticiones de la demanda, a excepción de la súplica contenida en el numeral 2º —la solicitud de condenación en costas—. Contra este fallo apelaron los apoderados de la parte demandante y demandada.

Surtidos los trámites procesales de segunda instancia el Tribunal Superior de Tunja desató la litis en sentencia de fecha 23 de marzo de 1955.

El fallo del Tribunal

En la mencionada providencia el Tribunal revocó la sentencia del Juzgado, negó todas las declaraciones suplicadas en la demanda y condenó a la parte actora a pagar las costas del juicio.

El Tribunal apoya el fallo en las siguientes consideraciones:

"El Juez estimó que como el contrato de arrendamiento se otorgó sin que precediera el inventario a que aluden los artículos 468, y 471 del C. C., ese contrato quedó afectado de nulidad, ya que para entrar en ejercicio de la administración de los bienes de la interdicta, era requisito indispensable, según el artículo 464 citado, el inventario solemne. Pero el señor Juez extremó la interpretación de los artículos 464 y 468 del C. C., comoquiera que la omisión del inventario solemne para proceder a la administración de bienes, no tiene otra sanción que la prevista en el aparte tercero del mencionado artículo 468, sanción relativa a la responsabilidad del curador y no a la invalidez de

los actos de administración, efectuados sin previo inventario solemne.

"Se desprende del artículo 481 del C. C. que el curador interino sí tiene la administración de los bienes del pupilo; ni este artículo, ni ninguno otro, sobre la administración de los tutores y curadores, da fundamento para colegir que los curadores interinos carecen de esa facultad de administración. Por lo tanto, el curador señor Galán sí estaba autorizado para celebrar el contrato de arrendamiento; aún más, estaba obligado a arrendar, pues no podía dejar esos inmuebles en improducción; únicamente estaban limitadas las funciones del curador, en cuanto al tiempo del arrendamiento, por el artículo 469 del C. C. que fija un término de cinco años para los predios urbanos y ocho años para los rústicos, término que no fue excedido en el contrato materia del presente litigio.

"Contra lo afirmado por el Juez, el curador no necesita autorización para efectuar contratos de arrendamiento, comoquiera que la naturaleza de éste y los efectos del mismo, no pueden equipararse ni a la enajenación, ni a los gravámenes a que se refiere el artículo 483 del C. C., actos que sí requieren previo decreto judicial, por expreso mandato de la ley".

Las demandas de casación

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación los apoderados de los herederos de Elvira Felipa Monroy, el que concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, dio lugar a las dos demandas de casación que estudia ahora la Sala.

El primer demandante formula siete cargos con base en la causal primera del artículo 520 del C. J.; como también alega la causal segunda del mismo texto.

Los cargos formulados son los siguientes:

1º—"Violación de los artículos 471, 472, 481, y 593 del C. J., relacionados con el artículo 428 del C. C., el espíritu y la esencia de la institución de las tutelas y curatelas, su objetividad y sus fines".

"2º—Violación de los artículos 506, última parte del 1974, 1530, 1546, inciso 2º del 1568, 1587, 1608, 1605, 1610 1008 2008 2016 y 1603 del C. C., relacionados por imperio del artículo 38 de la ley 153 de 1887, por no haberlos aplicado al caso de la petición primera de la demanda, y por aislada y errónea aplicación del artículo 496 del Código citado".

3º — "Violación de los artículos 63, 1494, 1604, 1605, 1610, 1612, a 1617, 2344, 2356, del C. C. por no haberlos aplicado en cuanto a la acción de indemnización de perjuicios y decidido de conformidad con los mismos, la misma acción, relacionándolos con los artículos 506, 1583, 2343 y 1603 del C. C."

4º — "Violación de los artículos 464, 468. 471, 1502, 1519, 1524, 1740 y 1741 del C. C., por error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda y de los elementos probatorios aducidos por la parte demandante, y error de derecho".

5º—"Violación de los artículos 468, y 473 del C. J., por error de hecho manifiesto en la apreciación del auto de nombramiento del curador Justo Rafael Galán, por no haberlo tenido en cuenta; y por error de derecho debido a que debiendo aplicar dichas normas no las aplicó".

6º—"Violación de los artículos 448 (causales 1ª y 2ª), 1203, 471, 472, y 593 del C. J., relacionados con las normas contenidas en los artículos 506, 2189, y 2194 del C. C., por no haberlos aplicado a la súplica tercera de la demanda, y por haber aplicado otros en los cuales no se fundó dicha petición".

7º—"Violación del artículo 2º, del decreto legislativo número 243 de 1951, por interpretación errónea y aplicación indebida, como base de la condenación en costas de este juicio a la parte demandante".

La acusación con base en la causal segunda del artículo 520 del C. J., la hace consistir en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por error de hecho en la apreciación de la demanda y de los elementos probatorios oportunamente aducidos por las partes como fundamento de dichas pretensiones.

En la segunda demanda de casación, el apoderado de Mercedes Jiménez de C., formula a la sentencia del Tribunal dos cargos, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., en la siguiente forma:

"1º — Violación de los artículos 481, 496, 2027, por interpretación errónea al aplicarlos al caso de autos, habiendo debido aplicar los artículos 464, 468, 471, 472, 474, y 1741 del C. C.

"2º—Violación del artículo 1155 del C. C. interpretándolo erróneamente al aplicarlo; y por dejar de aplicar los artículos 506, 757, 1913, 2189, y 2016 del mismo código".

EXAMEN DE LA PRIMERA DEMANDA DE CASACION

Causal segunda

Seguido el orden de estudio admitido por la Corte, se examina en primer lugar, la causal 2ª.

Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; "Que la demanda consta de cuatro súplicas y de una relación de hechos en seis numerales separados; que la suprema pretensión del demandado se reduce a que el arrendamiento sobre los derechos y posesión que alegan los demandantes violando las normas legales que éstos han invocado o invocan; de acuerdo con esta pretensión alejada por completo del campo legal, la sentencia no puede considerarse acorde con las pretensiones de las partes oportunamente deducidas, sino como un manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda y de los elementos probatorios aducidos en sustentación de esas pretensiones; y de derecho, por lo demostrado al respecto en la fundamentación de la primera causal; y, por consiguiente, como una reiterada violación de las normas de derecho invocadas".

La Corte considera:

Ya ha dicho la Sala, en reiteradas ocasiones, que la causal 2ª de casación, alegada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no prospera cuando el fallo ha sido totalmente absolutorio, porque en este caso, la sentencia no sólo en su forma sino en su contenido, no puede adolecer de los defectos a que dicha causal se refiere. Por otra parte, la causal está planteada de una manera confusa y antitécnica, que a pesar del criterio de amplitud que ha empleado la Corte frente a errores de técnica en la formulación de las demandas de casación, no podría extremarse en el presente caso en que los errores son tan sobresalientes, puesto que el recurrente involucra cargos de la causal primera con la segunda.

Se procede, ahora, al estudio de los cargos formulados con fundamesto en la causal 1ª.

Primero

"Sostiene el recurrente que el fallo es violatorio de los artículos 471, 472, 481 y 593 del C. J., relacionado con el artículo 428 del C. C., el espíritu y la esencia de la institución de las tutelas y curatelas, su objetividad y fines".

En la fundamentación del cargo, el recurrente se detiene en múltiples consideraciones por no haberse conformado el fallo a las disposiciones adjetivas invocadas, relacionadas con los principios técnico-procesales, que deben acatar los jueces al dictar sentencia. Pero sostiene, además, que a esas violaciones llegó el Tribunal por los caminos indirectos de los errores de hecho y de derecho en que incurrió al interpretar piezas del proceso y, principalmente, elementos de prueba. A su vez, que estos errores llevaron al Tribunal sentenciador a violar no solamente el artículo 428 del C. C., sino, también, preceptos de carácter constitucional como los artículos 19 o 16 (sic) de la C. N.

La Corte considera:

Uno de los requisitos fundamentales que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del C. J., es la exigencia que hace de que en ella se deben expresar con claridad y precisión la causal que se aduzca para infirmar el fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos. Este no estuvo atento a este importante requisito en la elaboración de la demanda, porque primero lo estructura alegando violaciones de la ley adjetiva (artículos 471, 472, 481, y 593 del C. J.) para infringir el texto del artículo 428 del C. C. y, luego, afirma, que a esas violaciones llegó por errores de hecho y de derecho en la apreciación del contrato de arrendamiento, de los requerimientos que fueron hechos al arrendatario, diligencia de entrega ordenada por el Juzgado, cartas, dictámenes periciales, diligencia de absolución de posiciones por parte del demandado, y otras consideraciones fuera de lugar que no tienen ninguna relación con el cargo.

Además, en algunos apartes se refiere o da a entender que el fallo no está en consonancia con las peticiones de la demanda, es decir, que involucra la causal primera con la segunda, con lo cual agrava más la confusión en su planteamiento. Es lástima que a pesar de las continuas y reiteradas doctrinas de la Corte, en el sentido de que las demandas de casación se ajusten a los requisitos de técnica establecidos en el artículo 531 del C. J., todavía la Sala se ve en el caso, de tener que rechazar cargos porque los recurrentes no se cuidan del cumplimiento de ellos.

En el caso sub-litem, es visible el error técnico en que incurrió el recurrente en el planteamiento y fundamentación del cargo. En primer lugar, porque se formula por violación a una disposición sustantiva, a la que se ha llegado por los caminos

de la infracción a preceptos de orden adjetivos y que se refieren a los requisitos para el pronunciamiento y elaboración de las sentencias, cuando estas reglas en el caso de violación, si afectan el fallo, dan lugar es a acusaciones contempladas en la causal 2ª del artículo 520 del C. J., en el caso de que esas infracciones determinen la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Y, luego, en las imputaciones que hace por errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas, hace incidir esas violaciones en el artículo 428 del C. C. Este precepto, aunque incluído en el C. C. no tiene el carácter de norma sustantiva, sino simplemente directa, en cuanto da una pauta o guía para la interpretación de los preceptos que regulan las tutelas y curatelas. No estuvo, pues, el recurrente atento a los requisitos técnicos de la casación, razón por la cual el cargo se rechaza.

Segundo

Impugna el recurrente la sentencia del Tribunal por ser violatoria de los artículos 506, última parte del 1974, 1530, 1546, inciso 2º, del 1568, 1587, 1608, 1605, 1610, 1008, 2008, inciso 3º, 2016 y 1603 del C. C. relacionados por imperio del artículo 38 de la ley 153 de 1887 por no haberlos aplicado al caso de la petición primera de la demanda y por aislada y errónea aplicación del 496 del mismo código citado.

En la consideración y fundamentación del cargo el recurrente incurre en los mismos errores técnicos del anterior; principalmente, en lo que se relaciona con las citas de las disposiciones sustantivas que invoca, ya que esas disposiciones se refieren a situaciones jurídicas muy distintas a las sostenidas por el recurrente. Sin embargo, y desentrañando con un espíritu de amplitud el cargo, la queja principal del recurrente, consiste en la imputación que hace al Tribunal de haber aplicado indebidamente el artículo 506 del C. C., al no haber dado por terminado el contrato de arrendamiento celebrado por el curador de la interdicta y procedido a declarar válida la entrega de los bienes de ésta ordenada por el Juzgado y revocada por el sentenciador de segunda instancia.

A este respecto la Corte considera:

El recurrente confunde la institución de la representación proveniente de un mandato convencional con la que confiere la institución de las guardas e, indiscriminadamente, trata de confundir las reglas para la extinción de la primera con las de la segunda. El título 24 del C. C. no establece reglas para fijar la terminación de las guardas, de un modo expreso, como acontece en el mandato, sino de una manera especial como se determina en el artículo 597 del C. C., pero por incapacidad sobreviniente. Pero la lógica jurídica y la naturaleza misma de la institución están indicando, claramente, que la muerte del tutor o curador, o la del pupilo, determinan la extinción de las guardas. Esto no quiere decir, de ningún modo, que se extingan las obligaciones legalmente contraídas por el pupilo, las que pasan a sus herederos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1155 del C. C., porque entonces el ejercicio jurídico del guardador habría sido completamente inocuo.

En el caso sub-judice, muerta la interdicta Edelmira Felipa Cuervo Monroy, terminó la guarda a que estuvo sometida durante el período de interdicción pero no se extinguieron ni los derechos ni las obligaciones que el ejercicio jurídico de su guardador determinó en su patrimonio; y son sus herederos, por el fenómeno de la transmisión hereditaria, los que continúan como sujetos titulares de esos derechos, como también de esas obligaciones, si las situaciones jurídicas que se crearon durante ese ejercicio fueron válidas. Y el contrato de arrendamiento que el curador de la demente celebró con el Sr. Luis Alejandro Cárdenas por escritura pública, consolidó una situación jurídica que obliga a los herederos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2020 del C. C., numeral 2º. De suerte que, tratándose de un contrato de arrendamiento, celebrado con todas las formalidades legales, y, no existiendo, como en efecto, no existieron, causales legales, o convencionales para su terminación el Tribunal no violó ningún precepto sustantivo, como lo sostiene el recurrente, y se limitó a aplicar el numeral 2º del precepto citado, de una manera correcta y acertada.

Como el cargo está dirigido, principalmente, a configurar y fundamentar una violación del artículo 506, la Corte considera que tampoco existe esa infracción, si se tiene en cuenta que dicha regla jurídica está encaminada a definir las obligaciones del curador una vez terminada la guarda y que de ellas también hizo una aplicación correcta el Tribunal sentenciador, al no validar la entrega material de un inmueble, estando afectado a un contrato de arrendamiento, celebrado por escritura pública y en plena vigencia al momento del fallecimiento de la interdicta; porque, en estos casos la entrega es estrictamente jurídica en el sentido de que la tenencia de los bienes raíces

se halla afectada a una situación jurídica anterior, creada por una convención de arrendamiento.

Por las razones anteriores no prospera el cargo.

Tercero

Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 63, 1494, 1604, 1605, 1610, 1612 a 1617, 2344, 2356 del C. C., por no haberlos aplicado en cuanto a la acción de indemnización de perjuicios, y decidido de conformidad con los mismos, la misma acción, relacionándolos con los artículos 506, 1583, inciso 2º, 2343 y 1603 del C. C.

En la fundamentación del cargo el recurrente sostiene que el curador de la interdicta procedió con malicia al celebrar el contrato de arrendamiento con el señor Luis Alejandro Cárdenas y que de ese acto provinieron perjuicios graves para el patrimonio económico de la interdicta; que el Tribunal, al desestimar la acción indemnizatoria suplicada en la demanda, incurrió en las violaciones de que habla en la formulación del cargo, con cita de disposiciones que, a excepción de los artículos 63, 2344, 2356, no tienen ninguna relación ni con el cargo imputado, ni con la situación jurídica controvertida.

En efecto, en el caso sub-judice, el recurrente sostiene que el curador Galán al proceder al contrato de arrendamiento con Cárdenas, sin hacer previamente el inventario solemne y al fijar un precio ínfimo como canon de arrendamiento, lo hizo con la intención positiva de dañar el patrimonio de la interdicta y hace copartícipe de este ilícito civil al arrendatrio Luis Alejandro Cárdenas; que también quiso burlar las diligencias sobre la remoción que del cargo de curador se adelantaba, en síntesis, que entre curador y arrendatario existía una confabulación para perjudicar el patrimonio de la interdicta; y que a esta situación, claramente demostrada en el juicio, el Tribunal no aplicó las disposiciones pertinentes, configurándose, así, una violación de dichos preceptos por no aplicación al caso sub-litem.

A este respecto, observa la Corte, que cuando se acusa la sentencia de violación, por no aplicación de preceptos sustantivos a una situación jurídica determinada, y esa situación implica hechos que deben ser demostrados en el juicio, la técnica de casación indica que deben puntualizarse con toda claridad los errores de hecho y de derecho en que pudo incurrir el Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas; puesto que, de lo contrario, se infringiría una de las normas fundamentales sobre el recurso, como es el de la claridad y precisión en la formulación y fundamentación de los cargos. En el caso sub-judice, el recurrente no indica por qué caminos llegó el Tribunal a esas violaciones, ni si se trata de la interpretación errónea o de la apreciación errónea de determinados medios de prueba; sino que, simplemente, sostiene que la omisión de los inventarios, y el haber fijado el canon en una cuantía ínfima, son suficientes para configurar el ilícito civil que el recurrente imputa tanto al curador arrendador como al arrendatario Cárdenas. La estructura de la norma jurídica, supone siempre situaciones de hecho que es preciso demostrar, requisito sin el cual es antitécnico alegar su infracción directa, por interpretación errónea, aplicación indebida o no aplicación de la misma norma a una situación jurídica determinada; principalmente, la no aplicación, exige la demostración de los hechos supuestos por el precepto legal, pues, de lo contrario, la acusación carece de fundamento.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Cuarto

"Acusa la sentencia el recurrente por violación de los artículos 464, 468, inciso 1º, 471, numeral 6º, 1502, requisitos 3º y 4º, 1519 1523, 1524, 1740, y 1741 del C. C., por error manifiesto de hecho en la apreciación de la demanda y de los elementos probatorios aducidos por la parte demandante, y error de derecho".

En la formulación del cargo el recurrente sostiene que el Tribunal violó las disposiciones invocadas por error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda y de los elementos probatorios aducidos por la parte demandante; y, luego, en la explicación del mismo, sostiene que fueron violados por interpretación errónea, los artículos 464, 468, 471, y por aplicación indebida los artículos 1502, 1519, 1523, 1524, 1740 y 1741 del C. C. Sobresale la falta de técnica en la formulación del cargo, en relación con la acusación de infracción de las tres primeras disposiciones, puesto que la interpretación errónea de un texto legal sustantivo no es un caso de violación medio sino directa, y es lógico que por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, jamás puede llegarse a una interpretación errónea salvo que, interpretada erróneamente una disposición legal, se aplique a una situación jurídica dada y que en la demostración de los hechos que la configuran se haya incurrido en yerros de hecho y de derecho, caso en el cual, aún se trata de

dos imputaciones de casación completamente diferentes.

La Corte entiende, pues, en el caso sub-judice, y porque así lo expresa el recurrente en la explicación y fundamentación del cargo, que la acusación contra la sentencia del Tribunal, la hace es por interpretación errónea de los tres primeros textos citados y aplicación indebida de las restantes, motivada por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y de los medios probatorios producidos por el demandante en el curso del juicio.

La interpretación errónea de las disposiciones citadas la hace consistir el recurrente en que el inciso 2º del artículo 464 contiene una prohibición expresa que inhibe al curador para ejercer actos de administración, mientras no haya hecho inventario solemne, caso en el cual se produce la nulidad de todos los actos llevados a cabo por el guardador; que el Tribunal, mediante esa interpretación equivocada, negó la petición segunda de la demanda, que suplicaba la nulidad del contrato de arrendamiento celebrado entre el curador Galán y Luis Alejandro Cárdenas; y que esa interpretación lo llevó a violar, también, los preceptos legales que rigen la nulidad de los actos jurídicos.

La Corte considera:

El Tribunal no solo interpretó correctamente el artículo 464 del C. C., sino que también aplicó, todas las doctrinas que la Sala ha venido sosteniendo en materia de nulidad de los actos jurídicos. En efecto, el artículo 6º del C. C., en el inciso 2º, despeja toda duda en relación con la sanción de los actos jurídicos llevados a cabo contra expresa prohibición de la ley, cuando determina y fija la sanción de la nulidad, no para todos los que se hallan afectados de ese vicio, sino para aquellos en que la ley no ha establecido una sanción distinta. Es lógico que todo acto contra-legem en materia civil es ilícito, pero no todos ellos están sancionados con la nulidad, pues, como lo expresa acertadamente el Tribunal, hay casos, como el contemplado en el artículo 500, que dispone que la sanción establecida al curador consiste en que el acto se considera ejecutado en representación del pupilo, si fuere útil a éste, y no de otro modo. Y, concretamente, en el caso sub-litem, la omisión de inventarios por parte del curador, no está sancionada tampoco con la nulidad, cuando el inciso 3º del artículo 469 del C. C., fija una pena diferente, consistente en la remoción y en la responsabilidad por toda pérdida o menoscabo patrimonial que de la omisión resultaren al pupilo.

En el caso sub-judice, el señor Luis Alejandro Cárdenas celebró un contrato de arrendamiento por escritura pública sobre unos inmuebles de propiedad de la interdicta, representada legalmente por su curador señor Justo Rafael Galán. La convención se llevó a cabo con todos los requisitos legales y con el conocimiento por parte del arrendatario de que esa representación legal no está afectada de ningún vicio y con pleno convencimiento de que ejecutaba un acto válido. Si hubo omisiones y violaciones a la ley, porque el curador no había procedido a los inventarios de los bienes de propiedad de la interdicta, si hubo negligencia por parte del curador y algún descuido o ligereza por parte de éste al celebrar el contrato mencionado, las sanciones a que se hizo acreedor están claramente definidas en la ley, y no afectan, de ningún modo, como lo sostiene acertadamente el Tribunal, los compromisos jurídicos que surgieron de la convención de arrendamiento mencionado. La estructura jurídica del acto no estuvo afectada de ningún vicio u omisión; de tal suerte que, si el Tribunal no aplicó las disposiciones sustantivas fue porque realmente no eran aplicables a la controversia; falta de aplicación que no fue motivada por errores de hecho en la interpretación de la demanda, ni mucho menos por errores de hecho y de derecho en la estimación de medios de prueba que el recurrente ni siquiera se cuidó de citar con claridad y precisión.

Quinto

Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal viola los artículos 468 y 473 del C. J., que son normas sustantivas y de orden público, por error de hecho manifiesto en la apreciación del auto de nombramiento del curador señor Galán, de fecha 16 de abril de 1947; o por no haberlo tenido en cuenta y fallado en consecuencia favorablemente a la segunda petición de la demanda; y por error de derecho debido a que debiendo aplicar dichas normas no las aplicó.

En la fundamentación del cargo el recurrente sostiene la violación de los preceptos citados, porque el Tribunal no tuvo en cuenta que la providencia del Juzgado, que discernió la guarda al señor Galán y ordenó el otorgamiento de inventarios, estaba ejecutoriada, con lo cual violó el principio de la cosa juzgada, consagrado en el artículo 473 del C. J., precepto que es de carácter sustantivo. Y que, la toma de la anministración sin ese requisito previo, afectaba de nulidad todas las actuaciones del guardador.

La Corte considera:

En realidad el artículo 473, es una regla de orden sustantivo, porque establece la invulnerabilidad de los fallos judiciales, cuando estos desatan de una manera definitiva una relación jurídica litigiosa, siempre que concurran los requisitos establecidos por el mismo precepto. Pero el recurrente, incurre en graves confusiones, al tratar de aplicar el principio de la cosa juzgada a una providencia que no tiene el carácter de sentencia, porque no desata una controversia de orden jurídico sustantivo, como es el auto que discierne una tutela o curaduría y ordena la confección de los inventarios de los bienes del pupilo, en favor de quien se ha establecido la guarda, como una medida de protección. Estas providencias se limitan a autorizar el ejercicio de una función administrativa y a prevenir a los guardadores sobre el cumplimiento de determinadas medidas, exigidas por la ley, para el mejor desempeño del cargo. La función de la sentencia, como expresión concreta de la voluntad de la ley, no es adjetiva sino eminentemente sustantiva: estimar o desestimar una acción, que se ha impetrado precisamente para consolidar y establecer una situación jurídica determinada, que por haber sido discutida, se debatió ampliamente dentro de un juicio civil.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Sexto

Sostiene el recurrente que "la sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 448, causales 1ª y 2ª, 1203, 471, 472, y 593 del C. J. que son de carácter sustantivo y de orden público, relacionados con las normas 506, 2189 del C. C., por no haberlos aplicado siéndolo como lo son a la súplica tercera de la demanda, y por haber aplicado otras, en las cuales no se fundó petición, ni el auto que decretó la entrega a los representantes de la sucesión de la interdicta mencionada, ni la entrega de 2 de marzo de 1953; y por error de hecho en la interpretación de la demanda y de los citados elementos y los que se acompañaron y fundaron dicha actuación; y por error protuberante de derecho consistente en la confusión que hizo la oposición a la entrega y la Sala Unitaria del Tribunal en segunda instancia, de los derechos del arrendador como tal, con los propios de los representantes actuales de la interdicta causante y de la personería sustantiva de cada una de las partes enfrentadas en el acto de la oposición y de las ritualidades propias del cumplimiento del artículo 45 de la Constitución y del 1.203 del C. J., relacionado como se expresa en el cargo que antecede, con normas del C. C. relativas a la terminación y cesación del curador mandatario y obligación de entregar por parte de éste y del Juez que le hizo la entrega de los mismos bienes, a causa de haber fallecido el curador".

La Corte considera:

Sobresalen una vez más la confusión y los errores técnicos en el planteamiento de los cargos, puesto que, en primer lugar, acusa la sentencia por violación de disposiciones que no son sustantivas y que se refieren es a las reglamentaciones adjetivas que debe seguir el Juez en el pronunciamiento de los fallos. Y aunque el recurrente quiere relacionar esas normas con disposiciones de carácter sustantivo, las que invoca, con excepción del artículo 448 del C. C., se refieren es al contrato de mandato y no a la representación legal que implican las tutelas y curatelas. Si hubo violación de las disposiciones adjetivas invocadas, ellas no implican errores de hecho y de derecho sino fallas sin procedendo, y que serían acusaciones a la sentencia por causales distintas a la primera de las contempladas en el artículo 520 del C. J. El Tribunal no aplicó ninguna de las disposiciones sustantivas invocadas, porque, en realidad, no eran aplicables al caso sub-litem. Ni tampoco incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, en lo relacionado con la súplica tercera que ésta contiene, sino que se limitó a darle una aplicación correcta al artículo 448 del C. C., invalidando una entrega que pretendió hacerse con violación de los derechos del arrendatario.

También sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho, consistente en la confusión de los derechos del arrendatario con los de los representantes legales de la sucesión de la interdicta, con fundamento en que, con la muerte del "curador-mandatario" (sic) debió procederse a la entrega de los bienes. No se expresa el recurrente si se trata de error en la estimación de determinados medios de prueba, o de interpretación errónea del artículo 448 del C. C. Si lo primero, no indica cuáles son los medios mal apreciados por el sentenciador; si lo segundo, no indica en este cargo en qué consistió el error de interpretación de que se queja el recurrente. En síntesis, el recurrente, como en otros cargos ya estudiados, no se cuidó de la técnica de la casación, principalmente de la claridad y precisión que en el planteamiento de las acusaciones exige el artículo 531 del C. J.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Séptimo

Acusa el recurrente, por último, la sentencia del Tribunal, por infracción del artículo 2º del decreto legislativo número 243 de 1951, por interpretación errónea y aplicación indebida, como base de la condenación en costas de este juicio a la parte demandante.

La Corte considera:

El precepto invocado y que el recurrente considera violado, establece de una manera objetiva, el principio general de que todo litigante vencido debe ser condenado en costas, salvo las excepciones legales. El fundamento de esta regla es muy claro y consiste en que no es justo ni equitativo que los esfuerzos económicos hechos por la parte vencedora en un litigio graven o disminuyan su patrimonio. Precisamente, el criterio objetivo en que está inspirado el decreto legislativo citado, exonera al fallador de dar explicaciones en el fallo, a menos que se trate de algún caso de los contemplados en el artículo 210 del C. J., por exceso en las peticiones de la demanda. Además, ese mismo criterio excluye las acusaciones de casación contra una sentencia, en materia de condenación en costas, pues si el recurso prospera, el fallo de instancia pronunciado por la Corte resolverá lo pertinente; o en el caso de que el recurso no prospere, será condenado el recurrente.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Cargos de casación de la segunda demanda

Primero

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por ser violatoria de los artículos 481, 496, y 2027, por interpretación errónea al aplicarlos al caso de autos, habiendo debido aplicar los artículos 464, 468, 471, 472, 474, y 1741 ibidem.

En la fundamentación del cargo el recurrente sostiene que para que una persona sea curadora de otra, conforme a las normas civiles, debe cumplir determinados requisitos, señalados en la misma ley. Mientras no cumpla esos requisitos exigidos por la ley, podrá ejercer las funciones dadas a un curador, pero en derecho no lo es.

La Corte considera:

El artículo 496 establece reglas precisas sobre la forma como deben proceder los curadores y tutores en los contratos de arrendamiento sobre bienes de sus pupilos, en lo relacionado, con el tiempo fijado para su duración. Y, el artículo 2027 dispone que los arrendamientos hechos por tutores y curadores, por el padre de familia como administrador de los bienes de su hijo, o por el marido como administrador de los bienes de su mujer se sujetarán (relativamente a su duración después de terminada la tutela o curaduría o la administración marital o paternal) a los artículos 496 y 1813 del C. C. Estos preceptos fueron correctamente aplicados por el Tribunal, si se tiene en cuenta que el contrato de arrendamiento celebrado entre el curador de la interdicta y el señor Luis Alejandro Cárdenas, se hizo de acuerdo con los requisitos establecidos por la primera norma citada. De suerte que el Tribunal obró correctamente al aplicar esas disposiciones al caso de autos, y no incurrió en los yerros de interpretación o indebida aplicación que le imputa el recurrente.

El recurrente sostiene, además, que las disposiciones aplicables son los artículos 464, 468, 471, 472, 474, 1741 del C. C. que indican los requisitos que deben llenarse para poder iniciarse el ejercicio de protección y de administración por parte del tutor o curador. Ya ha estudiado la Sala, en este mismo fallo, al analizar los cargos de la primera demanda de casación que el único requisito previo, cuya omisión anula todos los actos del guardador, es el que se refiere al discernimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 468 del C. C.; la omisión de los demás requisitos, como el otorgamiento de fianza y de confección de inventarios, cuando se omiten, no invalidan las actuaciones del guardador, sino que le acarrean responsabilidad y el pago consiguiente de los perjuicios patrimoniales que pueda sufrir el pupilo, deducción jurídica que es lógica al tenor de lo dispuesto por el artículo 6º del C. C., segundo inciso. De suerte que, la interpretación y aplicación de estos preceptos, en contra de la opinión del recurrente, sí fueron aplicados al caso sub-litem, de modo correcto y acertado.

Insiste el recurrente en que el contrato de arrendamiento, al ser declarado válido por el Tribunal, implica una violación del artículo 1740 del C. C. que establece un criterio básico para la nulidad de los actos jurídicos, confundiendo gravemente los elementos que estructuran el acto jurídico con aquellos requisitos previos que establece la ley para definir una capacidad legal plena. En efecto, el precepto citado, establece claramente la nulidad para todos aquellos actos a los que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes, con lo cual

se determina claramente que la nulidad sólo es procedente, cuando, o se omiten los elementos esenciales para la validez de todo acto jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, o alguno de los elementos estructurales o esenciales que configuran específicamente un contrato o convención determinados. En el presente caso, no se trata de un defecto esencial en la capacidad del curador de la interdicta para haber llevado a cabo el contrato de arrendamiento, sino de la omisión de un requisito que no acarrea la nulidad de los actos de administración ejecutados por el guardador, sino sanciones de orden diferente.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por ser violatoria del artículo 1155 del C. C., interpretándolo erróneamente al aplicarlo, y por dejar de aplicar los artículos 506, 757, 1013, 2189, 2016 ibidem.

En la fundamentación del cargo el recurrente afirma que el Tribunal, al interpretar el artículo 1155, lo hizo erróneamente, porque en el caso no se trata de averiguar, si los herederos son terceros, o, no, con relación al causante. Simplemente se trata de saber, es si los actos de un curador con relación a los bienes del pupilo, obligan a los herederos, después de que termina la curaduría. Que con la interpretación que le dio a la norma anterior, dejó de aplicar las pertinentes al caso, o sean las que señalan la terminación de la curaduría por muerte de la interdicta o la del curador, con los efectos y consecuencias que estas normas determinan.

La Corte considera:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1155 del C. C., los herederos representan a la persona del causante, tanto en la vocación legal como en la testamentaria, para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles. Ellos tienen interés jurídico, no solamente de acciones que tutelan jurisdiccionalmente los derechos que fueron de su causante, sino también en las que se ejerzan en contra de la sucesión.

En el caso sub-judice se trata es de definir si los compromisos jurídicos adquiridos por la interdicta, con base en el contrato de arrendamiento celebrado en su nombre por el curador Rafael Galán con Luis Alejandro Cárdenas, se transmitieron a los herederos, en virtud del fenómeno de transmisión legal contemplado en el artículo 1155 del C. C., por tratarse de un contrato de arrendamiento llevado a cabo con todas las formalidades legales y que consta en escritura pública. Del fenómeno de transmisión de los compromisos jurídicos adquiridos por la interdicta por medio de su curador, no existe ninguna duda, porque de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2020, numeral 1º la transmisión no sólo se ha hecho por título lucrativo, sino además, porque el acto de arrendamiento consta por escritura pública. Y si los causahabientes a título oneroso están obligados a respetar el arrendamiento, en las circunstancias anotadas, con mucho mayor razón están obligados a ese respeto los herederos, en quienes se han radicado los derechos del causante por el solo fenómeno de la transmisión hereditaria.

El Tribunal, al interpretar y aplicar el artículo 1155, citado, le definió a los herederos una situación jurídica frente al contrato de arrendamiento que es la que realmente tienen y le dio a este precepto el sentido y la significación jurídica adecuada. No existe, pues, ningún yerro por parte del Tribunal en ese sentido, razón por la cual el cargo no puede prosperar.

Por todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Tunja de fecha 23 de marzo de 1955.

Se condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Guillermo Garavito Durán—Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas—Juan Manuel Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas V.—Jorge Soto Soto, Secretario.

CRITICA DEL TESTIMONIO. — LAS NULIDADES PROCESALES TIENEN CARACTER ADJETIVO. — ELEMENTOS DE LA ACCION REIVINDACATORIA. — MEDIOS DE PRUEBA ADECUADOS PARA LA DEMOSTRACION DE LA POSESION O DE SU IMPUGNACION EN ESTA CLASE DE ACCIONES

1 — El testimonio, como medio de prueba, requiere ser sometido a una crítica minuciosa. De allí la forma como el C. J. consagra reglas que aseguran la veracidad de los testigos, estableciendo incapacidades de orden físico, mental y moral, fijando hechos que hacen sospechosas las declaraciones y estableciendo requisitos para su recepción, como también reglamentando la comparescencia de los declarantes. Todas estas reglas son de importancia fundamental, puesto que, la omisión de alguna de ellas, le quita veracidad al testimonio. Y en lo que se relaciona con su valor probatorio, en las legislaciones que consagra la tarifa legal de pruebas, señala normas de indispensable cumplimiento para el fallador.

Pero en relación con esos requisitos, unos son de forma y otros son de fondo. Los primeros son los establecidos en los arts. 674, 675, 676, 677, 680, 683, 684, 685, 687, 688, 689, 691, 692 del C. J. Los segundos, en cambio, establecen tres elementos fundamentales para garantizar la veracidad del testimonio, a saber: que sea responsivo, exacto y completo; y además, que los testigos expongan las razones o fundamentos de sus afirmaciones. Es verdad que todos los requisitos tanto los de forma como los de fondo, tienen como finalidad común asegurar la veracidad; pero existe entre ellos una graduación en relación con su importancia, puesto que no afectaría al testimonio de la misma manera la omisión de la edad, el estado civil, la profesión, que una declaración que no expusiera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo constató los hechos afirmados, que omitiera la razón de sus afirmaciones, o que éstas fueran vagas, incompletas o incoherentes.

Que los bienes sobre que deponen los testigos estén situados en lugar distinto del domicilio de éstos, es circunstancia meramente adjetiva y occidental y no afecta en nada la veracidad de sus exposiciones. Se trata de un requisito meramente adjetivo, como la expresión del estado civil, y de la profesión y oficio, elementos que tienden a identificar al declarante y a reunir algunos datos sobre su personalidad en relación remota con la veracidad de sus afirmaciones.

Ni el saber firmar indica ilustración en la persona del declarante, ni el ignorarlo lo inhabilita absolutamente para rendir declaración. Dentro de las exigencias intelectuales de los deponentes sólo se requiere una buena capacidad de aprehensión, de percepción y de relación, pero de ninguna manera algún grado de preparación en el testigo. Y esa capacidad de percepción, de aprehensión, de retención y de relación en los juicios lógicos, son cualidades que se encuentran en el común de las gentes, aún en las personas más sencillas y de la más humilde condición social y económica. Y si a esto se agrega que los declarantes tienem buena capacidad moral para deponer porque son ajenos a las pasiones, a los resentimientos y al interés económico, las exposiciones de estas personas son siempre dignas de crédito.

En concepto de la Corte, no es indispensable en los juicios de dominio que los testigos digan con precisión cuáles son los linderos de la finca o del bien inmueble; puesto que la identificación de éste, y que es uno de los requisitos indispensables para que prospere, se establece adecuadamente es con la inspección ocular mediante un confrontamiento entre los linderos descritos en la demanda, en la prueba que se suministre sobre el dominio y esta diligencia que viene a ser una verificación de las líneas divisorias sobre el terreno que lo configuran como cuerpo cierto.

La facultad otorgada por el art. 688 del C. J debe entenderse en el sentido de que cuando el testigo por dificultades en el lenguaje o por ignorancia no pueda expresarse

con claridad, el funcionario que recibe su exposición puede interpretar el sentido de las respuestas, pero jamás alterar o desviar la intención y la voluntad del declarante en relación con sus afirmaciones.

Es costumbre en los abogados, al elaborar las preguntas emplear una terminología técnica, con el fin de adaptarlas a las expresiones que se usan en los Códigos, con lo cual no es que se quiera poner en boca de los testigos esas mismas expresiones, sino después de desentrañar el sentido auténtico de sus exposiciones. El eminente sentido jurídico que tienen los actos de posesión y de dominio, de explotación económica, las diferencias aunque muy visibles en el campo jurídico entre la posesión del simple poseedor y la del verdadero dueño, implican para los declarantes un sentido jurídico que no está al alcance del común de las gentes. Es por esto por lo que considera la Corte que cuando se trata de estimar exposiciones de testigos sobre hechos judiciales que tengan una eminente significación jurídica, se hace indispensable deslindarlos, pura y simplemente, de las apreciaciones jurídicas que fuera de su función puedan hacer los testigos. Esta es una de las actividades trascendentales del Juez en el examen y estimación del testimonio humano.

Tratándose de configurar la posesión y el lapso prescriptorio correspondiente, para efectos de determinar la prescripción adquisitiva, basta con que los testimonios no den lugar a ninguna duda sobre la naturaleza de los actos ejecutados; puesto que, la calificación jurídica y los efectos del mismo orden, es función exclusiva del fallador, en su actividad específica de aplicación del derecho.

Ya ha aceptado la Corte que además de los requisitos que se indican como fundamentales para la veracidad del testimonio, existe otro de no menor significación e importancia y que consiste en la exigencia de que los deponentes expongan la razón y fundamentos de sus afirmaciones. Estas razones consisten, en la opinión unánime y autorizada de los más ilustres tratadistas de pruebas judiciales en la enumeración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de las cuales se llevó a cabo la observación de los hechos, puesto que sólo de este modo puede creerse en un conocimiento completo por parte del testigo, determinar los yerros en que pudo incurrir o las desviaciones de la voluntad y de la imaginación que son las facultades que se ponem en juego cuando el testigo hace una relación falsa de los hechos. No debe olvidarse que los fenómenos de percepción, aprehensión, y relación cuyo conjunto constituye el acto cognoscitivo pueden estar expuestos a múltiples desviaciones; y es por ésto por lo que el examen del testimonio exige un escrupuloso confrontamiento de las condiciones en que pudo realizarse por parte de los deponentes, para determinar si ése acto cognoscitivo pudo realizarse en condiciones normales y aceptar su veracidad; o, por el contrario, si el conocimiento fue imposible porque no eran favorables las circumstancias para que se llevara a cabo la observación de los hechos y rechazar las afirmaciones de los declarantes.

En reiteradas ocasiones la Corte ha sentado doctrinas de la mayor importancia en relación con el criterio para la estimación de la prueba testimonial, mediante análisis muy completos llevados a cabo de acuerdo con los principios de la ciencia de las pruebas. De todas ellas se desprende que por ser el testimonio un medio probatorio fundamental se hace indispensable tomar todas las precauciones para su estimación, teniendo en cuenta que la ausencia de uno o algunos de los requisitos de fondo le quitan todo valor probatorio: que éste sea responsivo, porque si este requisito se omite, no se tendría una versión auténtica de la exposición testimonial; que sea exacto, porque si se omiten detalles, condiciones y circunstancias de significación, no se obtienem versiones rotundas y categóricas sobre los hechos; que sea completo, en el sentido de que haya una concatenación lógica entre esos mismos detalles, condiciones y circunstancias, porque, de lo contrario, el acto de conocimiento y de recuerdo estarían seriamente afectados con perjuicio de las mismas exposiciones de los testigos. Y, por último, que éstos expongan, además, las razones y fundamentos de sus afirmaciones, en cuanto al modo, tiempo y lugar, puesto que sin este requisito sería completamente imposible para el fallador proceder a una estimación acertada del testimonio.

Pero debe tenerse en cuenta que entre esos cuatro requisitos existen relaciones muy próximas. En efecto, el carácter res-

ponsivo, o sea, la actividad que debe desarrollar el testigo para hacer una relación espontánea de los hehcos, está íntimamente vinculado a la exactitud, a la suficiencia y a las razones y fundamentos de su declaración, ya que todos ellos tienden a suministrarle al fallador elementos para su estimación. Y, del mismo modo, la exactitud y la suficiencia suponen e implican una fidelidad en la relación de los hechos, sin desviaciones ni exageraciones que le mermen veracidad. Es decir, que los tres requisitos mencionados tienden a asegurar que las exposiciones de los declarantes se lleven a cabo dentro de la mayor sinceridad, espontaneidad y rigor lógico, con el fin de que el testimonio sea un eficaz medio auxiliar de la justicia y el derecho.

La constatación del ánimo de dominio es un fenómeno íntimo que puede escapar al testimonio humano; no puede inducirse por los testigos, aunque éstos conozcan la naturaleza de los hechos ejecutados por el supuesto poseedor a pesar que éstos sean para los declarantes de fácil percepción y constatación. De la naturaleza de los actos que ejecuta una persona sobre un fundo, no puede inducirse siempre, lógicamente, si son los de un tenedor, o si por el contrario, son de disposición o de dominio. Entre los primeros y los últimos no existen diferencias y es por esto por lo que, en relación con ellos no existen discrepancias, por el aspecto objetivo, porque ambos desarrollan de una manera amplia, la explotación económica del fundo. Esta es la razón por la cual el legislador, al dar un criterio para determinar los actos del poseedor se refiere a los que solo puede ejecutar una persona con el ánimo de dueño, es decir, que establece una identidad jurídica pero no económica. Es por esto por lo que, en concepto de la Corte, cuando se trata de establecer la posesión, el fallador debe examinar escrupulosamente el testimonio en relación con los actos ejecutados y atenerse más al examen de la naturaleza de éstos que a las afirmaciones o apreciaciones jurídicas de los testigos, cuando éstos atribuyen ánimo de dominio al supuesto poseedor; puesto que, como ya se ha afirmado, la naturaleza íntima de este fenómeno escapa a una constatación directa por medio del testimonio; y, su afirmación implica una inducción que corresponde, principalmente no al testigo, sino al juez.

2 — Las nulidades procesales, tienen carácter adjetivo, porque implican defectos graves en las actuaciones procesales. El procedimiento como sistema, en un juicio determinado, tiene por finalidad esencial lograr la solución judicial de una relación jurídica litigiosa, mediante un normal desenvolvimiento de la relación procesal, que debe ajustarse al sistema legal. La ley adjetiva establece una rigurosa sistematización entre todos los actos procesales sean del juez o de las partes, de tal manera que entre todos ellos existe o debe existir la más completa unidad. Con razón los más autorizados procesalistas afirman que el proceso es uno, que no está compuesto de etapas desarticuladas, sino que entre ellas debe existir la más completa armonía. Estas consideraciones se oponen a que las nulidades adjetivas se refieran a una sola pieza o acto del proceso; porque si se ha llevado a cabo con violación de la ley, esta deficiencia afecta lógicamente todo el juicio, razón por la cual es inocua toda petición de nulidad referida a una sola pieza del proceso.

3 — La acción reivindicatoria, como todas las demás, entraña el ejercicio de un derecho y surge del quebranto que un tercero haya infringido a ese estado, es decir, nace de un ajeno titular del derecho y tiene por objeto el restablecimiento normal de determinada relación jurídica. Pero no basta que una acción exista y resida en la persona del demandante para que le sea reconocida; precisa que dicha acción haya sido deducida de acuerdo con la ley, previa demostración, de los elementos que la configuran; ya que si el actor, en caso dado, descuida la comprobación de alguno de éstos elementos, la acción va inevitablemente a su fracaso. La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular reivindicable; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión o tenencia material en el demandado a tenor del art. 971 del CC. y, d) identificación de la cosa materia de la reivindicación; o sea, que lo que se reivindica por el demandante, sea lo mismo que posee el demandado.

4 — La posesión sobre un inmueble no puede estar expuesta en relación con su prueba ni a las aseveraciones del actor que

la impugna ni a las de la parte opositora que la alega, porque los elementos que configuran esta noción jurídica, "el animus" y "el corpus", no son susceptibles en todos los casos de la prueba de confesión. En relación con "el ánimus", porque quien la sostiene estaría interesado en confesar un hecho que lo favorece; y, para quien la impugna, el ánimo sería un hecho completamente ajeno y no personal. Y lo propio acontecería con el otro elemento, 'el corpus", porque quien sostiene la posesión, estaría interesado en confesar actos cuya naturaleza favoreciera su posición jurídica; y, quien la impugna no podría ni afirmar ni negar esos actos, pues le son completamente ajenos. Se impone, pues, en concepto de la Corte, la doctrina consistente en que, tratándose en un juicio reivindicatorio de la demostración de la posesión o de su impugnación, los medios de prueba adecuados son los objetivos que, como el testimonio, establecen la naturaleza de los actos de explotación económica, facilitan la inducción del ánimo de dominio por parte del fallador en favor de quien alega ser poseedor de un inmueble; las afirmaciones de las partes no son suficientes, ya que la confesión como medio subjetivo de prueba, resulta, en la mayoría de las veces, completamente inadecuado. '

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por parte del demandante contra la sentencia pronunciada por el Tribunal de Manizales el 31 de enero de 1955, en el juicio ordinario promovido por el curador general de José Eliseo Duque en contra del señor Ricardo o Ricardino Arias.

ANTECEDENTES:

Los esposos José Eliseo Duque y Mercedes Zuluaga se establecieron en el paraje de "El Paraíso", del municipio de Finlandia, departamento de Caldas, desde el año de 1908. Con el esfuerzo del primero fueron adquiriendo varios lotes de terreno, hasta completar nueve, formando así una finca o hacienda de consideración destinada principalmente al cultivo del café.

En el año de 1935 José Eliseo Duque cayó en estado de demencia, circunstancia que indujo a su esposa a que solicitara interdicción judicial, la que fue decretada mediante providencia de 5 de diciembre de 1936, proferida por el Juez del Circuito de Finlandia y fue designada curadora interina del demente su esposa, Mercedes Zuluaga de Duque. El Tribunal de Pereira estudió las diligencias de interdicción por consulta y no encontró aceptable la designación de la señora Zuluaga Duque, razón por la cual, a su vez, ordenó al Juzgado que procediera al nombramiento de nuevo curador general, orden e instrucciones que el Juzgado no cumplió.

Obtenido el estado de interdicción del demante, la señora Zuluaga de Duque, su esposa, consideró prudente, para organizar la administración de los bienes de la sociedad conyugal, pedir la separación de éstos y la consiguiente liquidación del patrimonio social, solicitud y diligencias que fueron adelantadas por medio de apoderado y de un curador ad-litem que representara al demente en el juicio separatorio mencionado. La separación fue decretada, lo mismo que la liquidación del patrimonio de la sociedad conyugal, y al señor José Eliseo Duque le fueron adjudicados los tres lotes que componen la finca denominada "El Diamante", en la misma diligencia, y que se describen por sus linderos en los apartes A, B, y D del libelo de demanda.

Con posterioridad al establecimiento de los esposos Duque Zuluaga, en el paraje de "El Paraíso", el señor Ricardo o Ricardino Arias se vinculó a este grupo familiar como agregado y persona de confianza, de los mencionados esposos; y fue así como el mismo Arias colaboró con Eliseo Duque en el manejo y administración de la hacienda, recibió varios lotes de terreno para que organizara su explotación económica y participara de los productos, según afirmación de la demanda, al propietario de ellos, José Eliseo Duque.

A raíz del estado de demencia de Duque, se estrecharon más los vínculos entre Arias y los esposos Duque Zuluaga, hasta el punto de que asumió la administración de todos los bienes de éstos y adquirió mediante contratos de compraventa algunos de ellos, por sí mismo y por conducto de la esposa de Arias, señora Carmen Rosa Arroyave. La señora Zuluaga de Duque traspasó todos los inmuebles que le fueron adjudicados en el juicio de separación; y, el fundo de "El Diamante", según afirmaciones de la demanda, continuó sien-

do explotado económicamente por Ricardino Arias.

Como personas interesadas en el patrimonio de Duque, por nexos de consanguinidad, no se conformaron con la situación del patrimonio del demente Eliseo Duque, solicitaron el nombramiento de un curador general, el que recayó en la persona del señor Pastor Montoya Duque quien, en ejercicio de esa representación legal, formuló demanda ordinaria contra Ricardo o Ricardino Arias, para que fueran hechas las siguientes declaraciones:

"1º Nulidad de la sentencia proferida por el señor Juez del Circuito de Finlandia, aprobatoria de la partición de bienes de la sociedad conyugal Duque Zuluaga;

"2º Restitución de los bienes a que se refiere el juicio separatorio, a favor de la sociedad conyugal, con todas sus anexidades y mejoras.

"3º Obligación a cargo de Ricardino Arias de pagar a la misma sociedad conyugal la cantidad de $ 30.000,00 pesos, por concepto de sesenta arrobas de café, cuatro fanegas de maíz, 32 reses, 4 bestias y el valor líquido de los frutos de las fincas de la sociedad conyugal Duque Zuluaga, a partir del año de 1935; como, también la cancelación en los respectivos libros de registro, tanto del acto de repartición de bienes mencionado, como de todas las escrituras que siguieron a esa inscripción.

"4º Obligación a cargo de Ricardino Arias de pagar a la misma sociedad conyugal el valor de los perjuicios causados por éste con la destrucción de unos potreros y de los pastos de más fácil administración.

Como peticiones subsidiarias contiene la demanda las siguientes:

"1º Declaración de dominio en favor del señor José Eliseo Duque de los bienes que le fueron adjudicados en la diligencia de separación de bienes mencionada.

"2º Restitución de dichos bienes en favor del demente; así como también de los productos de éstos, desde el año de 1935 hasta el día del pago, estimación que debe hacerse de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

Notificada la demanda al señor Ricardo o Ricardino Arias y evacuado el traslado correspondiente, éste se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda y propuso la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria, con fundamento en que, sobre el fundo de "El Diamante", ha ejercido una posesión por más de treinta años.

Rituado el juicio de acuerdo con las formalidades del procedimiento, el Juez del Circuito de Finlandia, en fallo de 25 de Nov. de 1953, desató la litis, negándose a hacer las declaraciones solicitadas en las súplicas principales de la demanda. En cambio, sobre las peticiones subsidiarias declaró en favor del demente José Eliseo Duque el derecho de dominio sobre los tres lotes que integran la finca de "El Diamante"; reconoció en favor del demandado Arias el derecho de retención del inmueble mencionado, hasta tanto le fueran reconocidas las mejoras plantadas en dicho inmueble, o garantizado su importe. Negó las demás peticiones subsidiarias.

Como la parte demandada no se conformó con el fallo del Juzgado, interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Manizales, el que desató la litis por providencia de fecha 5 de diciembre de 1955 y modificó la sentencia de primera instancia. Este fallo confirma el numeral 1º de la sentencia del Juzgado; confirma, también, el punto segundo de la misma; niega las declaraciones principales segunda y quinta de la demanda, como también la petición subsidiaria de la letra C. Y como declaración fundamental admite la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, en favor de Ricardo o Ricardino Arias, respecto del lote de terreno denominado "El Diamante".

La sentencia del Tribunal:

El Tribunal de Manizales, resume los motivos de su providencia, en la siguiente forma:

"Los testimonios aportados por el excepcionante, demuestran con evidencia que el señor Ricardo o Ricardino Arias ha poseído como señor y dueño sin reconocer dominio a nadie el terreno conocido con el nombre de "El Diamante", ejecutando allí los actos a que da derecho el dominio, prueba que cumple la exigencia del artículo 981 del C. C. lo cual se ha operado sin violencia, clandestinidad ni interrupción por un período de treinta años o más, como lo afirman los testigos, que es lo que constituye y funda la prescripción extraordinaria que no requiere título constituti- por el actor, no se establece que Ricardo o Ricardino Arias hubiera ocupado o poseído el in- título 2530 ibidem, suspensión que solo se predica de la prescripción ordinaria.

"Por otra parte, con los testimonios aportados mueble a mero título de tenencia que sería la de en favor de las personas que expresa el ar- vo ni traslaticio de dominio y que no se suspen- circunstancia que impediría que la prescripción no se consumara, con tanta mayor razón cuanto

que Arias no ha reconocido dominio a Duque, ni expresa ni tácitamente, y cuando no está demostrada tampoco la violencia, la clandestinidad ni la interrupción en la posesión.

"De todo se concluye que la excepción o prescripción alegada con respecto al inmueble o lote de terreno conocido con el nombre de "El Diamante" se consumó en favor de Ricardo o Ricardino Arias; y por lo tanto, así habrá de declararse, quedando por ello eliminadas o suplantadas las peticiones subsidiarias".

La demanda de casación:

El recurrente, con fundamento en la causal 1ª del Art. 520 del C. J. acusa la sentencia del Tribunal por error de hecho manifiesto, al apreciar erróneamente los testimonios presentados por el demandado, las posiciones absueltas por Ricardino Arias, la demanda en el juicio de separación de bienes, las escrituras de adquisición por parte de Eliseo Duque, el certificado de pago de impuestos Municipales y las confesiones hechas por el demandado al dar contestación a la demanda, como también los indicios resultantes de las sucesivas compras hechas por Eliseo Duque de varios bienes inmuebles, error que indujo al Tribunal a violar indirectamente los artículos 762 768, 777, 780, ordinal 2º 946 950 952 964 966 apartes 5º y 6º 981, 2.518, 2.531 y 2.532 del CC

El apoderado de la parte demandante resume en la siguiente forma el cargo formulado contra la sentencia del Tribunal:

"El Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar las pruebas del juicio que en seguida comento y al dejar de apreciar otras, lo que lo condujo a dar por establecido en favor del demandado una posesión de más de 30 años, sin estarlo, equivocación que lo llevó a declarar la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio del predio de "El Diamante", alegado por el demandado, con lo cual aplicó indebidamente a este aspecto del pleito las disposiciones enumeradas sobre prescripción y posesión y se abstuvo de aplicar los preceptos aludidos sobre reivindicación debiendo hacerlo".

Examen de los cargos:

PRIMERO

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por violación indirecta de los artículos 762, 768, 777, 780 ordinal 2º, 946, 950, 952, 964, 966, apartes 5º y 6º 981, 2.518, 2.531 y 2.532 del C C, por errores de hecho en relación con las siguientes pruebas:

"1º Apreciación errónea de los testimonios presentados por el demandado.

"2º Falta de apreciación como plena prueba de las posiciones absueltas por el demandado.

"3º Falta de apreciación como prueba de la copia de la demanda de separación de bienes.

"4º Falta de apreciación como prueba de las escrituras públicas Nos. 406 de 13 de diciembre de 1914; 40 de 27 de enero de 1915, de la Notaría de Finlandia; 417 de 14 de julio de 1917, de la misma Notaría.

"5º Falta de apreciación como prueba del certificado de pago de impuestos Municipales.

"6º Falta de apreciación de las confesiones hechas por el demandado en la contestación de la demanda, y de los indicios que se deducen de las adquisiciones de Eliseo Duque.

Para proceder con orden la Sala en el estudio del cargo, se hará un examen separado de cada una de las imputaciones formuladas en la demanda, sobre los errores de hecho en relación con cada uno de los medios de prueba enumerados:

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por bien probada la posesión del demandado Ricardo o Ricardino Arias, con las declaraciones de crecido número de testigos presentados por éste, a quienes atribuye el sentenciador ilustración, precisión y conocimiento de las circunstancias.

Las críticas formuladas contra los testimonios presentados por el demandado pueden resumirse así:

"1º Que el lote denominado "El Diamante" está situado en jurisdicción del municipio de Finlandia, como se lee en todas las piezas del expediente. Y, en cambio, un crecido número de testigos son vecinos del municipio de Quimbaya, como lo dicen en sus respectivas declaraciones los señores Ricardo Rincón, Francisco Zuluaga, José de Jesús Osorio, Quintiliano López, Tomás Ocampo Cardona, Isaac Domínguez, Pedro Pablo López, Manuel María Calderón, Crisanto López, José Franco, José Antonio Osorio, Antonio Fajardo Avila, José Adán Pineda, Gerardo López, Pedro J. Sánchez y Ramón Echeverri.

"2º Que el Tribunal acepta la ilustración de los testigos, con base en que solo unos pocos de estos no saben firmar: Castrillón y Pedro J. Sánchez. Sinembargo, hay otros que tampoco supieron hacerlo: Isidoro Herrera, Isaac Domínguez, José Franco y Mercedes Zuluaga.

"3º Tampoco es exacta la afirmación del Tribunal de que los testigos del demandado determinan y alinderan con precisión el lote denominado "El Diamante". Así, por ejemplo, Ricardo Rincón afirma que conoce en general la finca, pero que no por todos sus linderos. José Franco sostiene que no conoce todos los linderos sino en forma global. José Arnulfo García Pineda, sostiene que no conoce el lote de "El Diamante", por sus linderos, sino también, como el anterior, globalmente. Quintiliano López dice que sabe que Ricardino Arias posee desde hace más de treinta años el lote mencionado, por haber sido vecino de éste por espacio de un año.

"4º Que las respuestas de los testigos fueron sugeridas por el interrogatorio del abogado del demandado y equivalen a exposiciones mecánicas redactadas por el escribiente del Juzgado. Además, que los testigos obraron como autómatas, en cuyos labios se han puesto palabras y hechos que solo están en la mente del habilidoso redactor del interrogatorio. Cita, como ejemplo, el punto tercero del interrogatorio y la forma como lo respondieron no solamente el testigo Quintiliano López, sino, además, todos los declarantes. Por este aspecto hubo violación de los artículos 668 y 687 del C. J.

"5º Que la declaración de la señora Mercedes Zuluaga, esposa del demente José Eliseo Duque, fue obtenida mecánicamente, ya que Ricardino Arias la tiene bajo su vigilancia, alojada en la casa que reformó dentro de la finca de "El Diamante", donde la provee de alimentos y vestuarios y le ha impuesto estas actitudes contradictorias para "irse arreglando el apoderamiento final de los bienes que fueron de la sociedad conyugal".

La Corte considera:

El testimonio, como medio de prueba, requiere ser sometido a una crítica minuciosa. De allí la forma como el C. J. consagra reglas que aseguran la veracidad de los testigos, estableciendo incapacidades de orden físico, mental y moral, fijando hechos que hacen sospechosas las declaraciones y estableciendo requisitos para su recepción, como también reglamentando la comparecencia de los declarantes. Todas estas reglas son de importancia fundamental, puesto que, la omisión de alguna de ellas, le quita veracidad al testimonio. Y en lo que se relaciona con su valor probatorio, en las legislaciones que consagra la tarifa legal de pruebas, señala normas de indispensable cumplimiento para el fallador.

Pero en relación con esos requisitos, unos son de forma y otros son de fondo. Los primeros son los establecidos en los arts 674, 675, 676, 677, 680, 683, 684, 685, 687, 688, 689, 691, 692 del C. J. Los segundos, en cambio, establecen tres elementos fundamentales para garantizar la veracidad del testimonio, a saber: que sea responsivo, exacto y completo; y además, que los testigos expongan las razones o fundamentos de sus afirmaciones. Es verdad que todos los requisitos tanto los de forma como los de fondo, tienen como finalidad común asegurar la veracidad; pero existe entre ellos una graduación en relación con su importancia, puesto que no afectaría al testimonio de la misma manera la omisión de la edad, el estado civil, la profesión, que una declaración que no expusiera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo constató los hechos afirmados, que omitiera la razón de sus afirmaciones, o que éstas fueran vagas, incompletas o incoherentes.

Para desatar el caso sub judice es indispensable tener en cuenta la crítica que hace el recurrente de las declaraciones de los testigos presentados por el demandado, consistente en que fueron obtenidas con pretermisión de los requisitos de forma y de fondo que se dejan indicados; y, si esas violaciones a los preceptos reguladores de la prueba testimonial, repercutieron y determinaron las infracciones a la ley sustantiva de que se queja el recurrente.

La primera crítica a las declaraciones de los testigos mencionados la hace consistir el recurrente en que el lote denominado "El Diamante" está situado en el municipio de Finlandia, cuando la mayoría de los testigos dicen ser vecinos del distrito de Quimbaya; objeción que carece de fundamento y no repercute, de manera desfavorable, en la exposición de los testigos, ya que todos estos afirman que tuvieron conocimiento de los hechos relatados por haber vivido en el paraje de "El Paraíso" del municipio de Quimbaya. El domicilio de los declarantes es circunstancia meramente adjetiva y accidental y el hallarse en sitio distinto en el momento de declarar, no afecta en nada la veracidad de sus exposiciones. Se trata de un requisito meramente adjetivo, como la expresión del estado civil, y de la profesión y oficio, elementos que tienden a identificar al declarante y a reunir algunos datos sobre su personalidad en relación remota con la veracidad de sus afirmaciones.

La segunda crítica la hace consistir el recurrente en que el Tribunal aceptó la ilustración de los testigos, con base en que solo unos pocos de ellos no saben firmar; sin embargo, sostiene el recurrente, hay otros que tampoco supieron ha-

cerlo y sus exposiciones fueron firmadas a ruego. Esta objeción, en concepto de la Sala, carece de fundamento, si se tiene en cuenta que ni el saber firmar indica ilustración en la persona del declarante, ni el ignorarlo lo inhabilita absolutamente para rendir declaración. Dentro de las exigencias intelectuales de los deponentes solo se requiere una buena capacidad de aprehensión, de percepción y de relación, pero de ninguna manera algún grado de preparación en el testigo. Y esa capacidad de percepción, de aprehensión, de retención y de relación en los juicios lógicos, son cualidades que se encuentran en el común de las gentes, aún en las personas más sencillas y de la más humilde condición social y económica. Y si a esto se agrega que los declarantes tienen buena capacidad moral para deponer porque son ajenos a las pasiones, a los resentimientos y al interés económico, las exposiciones de estas personas son siempre dignas de crédito.

La tercera crítica la hace consistir el recurrente en que no es exacta la afirmación del Tribunal de que los testigos conocieran la finca de "El Diamante" por sus linderos, ya que muchos de ellos afirman que apenas la conocen de una manera global o general. En concepto de la Corte, tampoco es indispensable en los juicios de dominio que los testigos digan con precisión cuales son los linderos de la finca o del bien inmueble; puesto que la identificación de éste, y que es uno de los requisitos indispensables para que prospere, se establece adecuadamente es con la inspección ocular mediante un confrontamiento entre los linderos descritos en la demanda, en la prueba que se suministre sobre el dominio y esta diligencia que viene a ser una verificación de las líneas divisorias sobre el terreno que lo configuran como cuerpo cierto.

Al respecto ha dicho la Corte:

"Tratándose de la identificación de predios, es decir, de evidenciar que sus linderos en el terreno son los mismos que los que reza el título, que la alindación dada en éste corresponde a la del terreno, o que dentro de los linderos de un globo general está ubicada la cosa singularizada en la demanda, esa identificación procede o debe hacerse mediante la inspección ocular, por ser éste el medio más adecuado para ello; pero la inspección ocular no es, sin embargo, el único medio pertinente porque también dan esa demostración la prueba pericial y el testimonio.

La cuarta crítica la hace consistir el recurrente en que las respuestas de los testigos fueron sugeridas por el interrogatorio del abogado del demandado y equivalen a absoluciones mecánicas redactadas por el escribiente del Juzgado. Sobre esta objeción la Corte hace un análisis minucioso porque de ser fundada, se violaría un requisito de fondo en la prueba testimonial, como es la exigencia de que el testimonio sea responsivo.

En realidad en la mayoría de las declaraciones se observa una congruencia exacta entre los interrogatorios y las respuestas dadas por los testigos, no solo en su contenido sino también en el lenguaje un poco técnico adoptado en las absoluciones a los interrogantes y que no se acomodan a la expresión sencilla que es de presumir en los declarantes, casi todos de extracción campesina. La única explicación que podría tener esta rara congruencia es la de que el secretario, hizo uso de la autorización contenida en el artículo 688 del C. J. consistente en que el funcionario puede redactar las respuestas, después de conferenciar con el testigo hasta cerciorarse de lo que éste sabe y quiere decir. Pero esta facultad debe entenderse en el sentido de que cuando el testigo por dificultades en el lenguaje o por ignorancia no pueda expresarse con claridad, el funcionario que recibe su exposición puede interpretar el sentido de las respuestas, pero jamás alterar o desviar la intención y la voluntad del declarante en relación con sus afirmaciones. Pero el sentido claro de la objeción que sobre este punto formula el recurrente consiste en que el funcionario no solamente recibió y redactó las declaraciones, sino que fue él quien le dio sentido y congruencia con las preguntas elaboradas por el abogado del demandado, en el punto más importante y fundamental del interrogatorio, puesto que se trataba de establecer los actos de posesión ejecutados por el demandado en el fundo de "El Diamante".

Al respecto, observa la Corte, que no se halla suficientemente establecido que el funcionario que recibió las declaraciones hubiese incurrido en la falta grave de alterar el sentido de las respuestas dadas por los declarantes, sino que, haciendo uso de la facultad conferida por el referido artículo 688 del C. J. incurrió en la rutinaria costumbre de emplear el mismo lenguaje del interrogatorio en la elaboración de las respuestas. Es costumbre en los abogados, al elaborar las preguntas emplear una terminología técnica, con el fin de adaptarlas a las expresiones que se usan en los códigos, con lo cual no es que se quiera poner en boca de los testigos esas mismas expresiones, sino después de desentrañar el sentido auténtico de sus exposiciones. El eminente sentido jurídico que tienen los actos de posesión

y de dominio, de explotación económica, las diferencias aunque muy visibles en el campo jurídico entre la posición del simple poseedor y la del verdadero dueño, implican para los declarantes un sentido jurídico que no está al alcance del común de las gentes. Es por esto por lo que considera la Corte que cuando se trata de estimar exposiciones de testigos sobre hechos judiciales que tengan una eminente significación jurídica, se hace indispensable deslindarlos, pura y simplemente, de las apreciaciones jurídicas que fuera de su función puedan hacer los testigos. Esta es una de las actividades trascendentales del Juez en el examen y estimación del testimonio humano.

En el caso sub-judice, observa la Corte, que los testigos presentados por la parte demandada rindieron su testimonio sobre actos de posesión ejecutados por el demandado sobre el fundo de "El Diamante", a que solo da derecho el dominio. Y en cambio, el grupo de testigos presentados por el demandante, sostiene que esos hechos no los ejecutaba Ricardo o Ricardino Arias sino como administrador o simple tenedor de los bienes del demandante José Eliseo Duque. Como puede observarse, no se trata de discrepancias en relación con la calidad de los hechos o actos ejecutados, pura y simplemente, sino con la posición jurídica que uno y otro grupo de testigos atribuye al señor Arias en relación con los actos ejecutados en el lote ya nombrado. Confrontando las declaraciones de uno y otro grupo se observa que en realidad la naturaleza de los mismos hechos ejecutados, solo son de realización posible con el ánimo de dominio, que es uno de los elementos esenciales de la posesión; de tal suerte que la calificación jurídica que hacen los declarantes no solo está por fuera de sus funciones como deponentes, sino que carecen de significación, en el caso sub-judice. Tratándose de configurar la posesión y el lapso prescriptorio correspondiente, para efectos de determinar la prescripción adquisitiva, basta con que los testimonios no den lugar a ninguna duda sobre la naturaleza de los actos ejecutados; puesto que, la calificación jurídica y los efectos del mismo orden, es función exclusiva del fallador, en su actividad específica de aplicación del derecho.

Ya ha aceptado la Corte que además de los requisitos que se indican como fundamentales para la veracidad del testimonio, existe otro de no menor significación e importancia y que consiste en la exigencia de que los deponentes expongan la razón y fundamentos de sus afirmaciones. Estas razones consisten, en la opinión unánime y autorizada de los más ilustres tratadistas de pruebas judiciales, en la enumeración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de las cuales se llevó a cabo la observación de los hechos, puesto que solo de este modo puede creerse en un conocimiento completo por parte del testigo, determinar los yerros en que pudo incurrir, o las desviaciones de la voluntad y de la imaginación que son las facultades que se ponen en juego cuando el testigo hace una relación falsa de los hechos. No debe olvidarse que los fenómenos de percepción, aprehensión, y relación cuyo conjunto constituye el acto cognoscitivo pueden estar expuestos a múltiples desviaciones; y es por esto por lo que el examen del testimonio exige un escrupuloso confrontamiento de las condiciones en que pudo realizarse por parte de los deponentes, para determinar si ese acto cognoscitivo pudo realizarse en condiciones normales, y aceptar su veracidad; o, por el contrario, si el conocimiento fue imposible, porque no eran favorables las circunstancias para que se llevara a cabo la observación de los hechos, y rechazar las afirmaciones de los declarantes.

En reiteradas ocasiones la Corte ha sentado doctrinas de la mayor importancia en relación con el criterio para la estimación de la prueba testimonial, mediante análisis muy completos llevados a cabo de acuerdo con los principios de la ciencia de las pruebas. De todas ellas se desprende que por ser el testimonio un medio probatorio fundamental se hace indispensable tomar todas las precauciones para su estimación, teniendo en cuenta que la ausencia de uno o algunos de los requisitos de fondo le quitan todo valor probatorio: que éste sea responsivo, porque si este requisito se omite, no se tendría una versión auténtica de la exposición testimonial; que sea exacto, porque si se omiten detalles, condiciones y circunstancias de significación, no se obtienen versiones rotundas y categóricas sobre los hechos; que sea completo, en el sentido de que haya una concatenación lógica entre esos mismos detalles, condiciones y circunstancias, porque, de lo contrario, el acto de conocimiento y de recurso estarían seriamente afectados, con perjuicio de las mismas exposiciones de los testigos. Y, por último, que éstos expongan, además, las razones y fundamentos de sus afirmaciones, en cuanto al modo, tiempo y lugar, puesto que sin este requisito sería completamente imposible para el fallador proceder a una estimación acertada del testimonio.

Pero debe tenerse en cuenta que entre esos

cuatro requisitos existen relaciones muy próximas. En efecto, el carácter responsivo, o sea, la actividad que debe desarrollar el testigo para hacer una relación espontánea de los hechos, está íntimamente vinculado a la exactitud, a la suficiencia y a las razones y fundamentos de su declaración, ya que todos ellos tienden a suministrarle al fallador elementos para su estimación. Y, del mismo modo, la exactitud y la suficiencia suponen e implican una fidelidad en la relación de los hechos, sin desviaciones ni exageraciones que le mermen veracidad. Es decir, que los tres requisitos mencionados tienden a asegurar que las exposiciones de los declarantes se lleven a cabo dentro de la mayor sinceridad, espontaneidad y rigor lógico, con el fin de que el testimonio sea un eficaz medio auxiliar de la justicia y el derecho.

En el caso sub-judice, el recurrente impugna los testimonios de la parte demandada porque en la redacción de las respuestas llevada a cabo no por los declarantes, sino por el funcionario que las recibió, no se tuvieron en cuenta la relación de los hechos por parte de los testigos, sino las preguntas y la propia terminología del interrogatorio elaborado por el abogado de la misma parte.

Es verdad que el grupo de declarantes presentados por el demandante sostienen que Arias era un simple administrador, o tenedor de los bienes de José Eliseo Duque y que todos los actos de explotación económica del fundo de "El Diamante" los hacía en nombre de éste. Estos testigos, también, como los que forman parte del grupo presentado por el demandado, dicen haber vivido en el paraje de "El Paraíso" y tenido algunas vinculaciones con el señor José Eliseo Duque, como trabajadores o propietarios de fundos colindantes. Hay algunos que expresan algún resentimiento con Ricardino Arias, por haberlos despedido de la finca como peones.

En efecto, Vitalino Marín sostiene que todas las mejoras plantadas en el fundo de "El Diamante" son de Arias pero que no conoce los lotes que lo integran, y que Arias ha trabajado en un lapso de treinta años. Julio Serna sostiene que el fundo de "El Diamante" era de Eliseo Duque desde el año de 1910; que Arias trabajaba como agregado de Duque, lo que le consta por haber laborado más de ese lapso en el paraje de "El Paraíso"; y que Arias trabaja en "El Diamante", por un período mayor. Isidoro Gómez afirma que conoce el fundo de "El Diamante" y que es el mismo de Eliseo Duque. Francisco Cardona también sostiene que Arias era jornalero de Duque y que le tocó presenciar pagos de salarios. Pedro Luis Herrera afirma que conoce la finca y que es la misma de Eliseo Duque, lo que le consta por haber sido colindante y vecino de Duque, por espacio de ocho años. Libardo Montoya hace idénticas afirmaciones, lo mismo que el testigo Belisario Ramírez, quien agrega conocer la finca desde 1910; y los declarantes Francisco Roldán, Jesús A. García, Roberto Herrera, Cecilio Herrera, Ramón Parra, Jesús María Cuartas, Emilio Cuartas y Teresa García, hacen idénticas afirmaciones.

El Tribunal se encontró frente a dos grupos de declarantes igualmente numerosos, de las mismas calidades morales e intelectuales, que vivieron en el paraje de "El Paraíso" y que afirman conocer globalmente o por medio de linderos detallados el fundo de "El Diamante"; que rindieron sus exposiciones en las mismas circunstancias y para los cuales la versión de sus testimonios fueron redactadas por el funcionario que las recibió. Ambos grupos sostienen que Arias ejecutó sobre el fundo de "El Diamante", por espacio de treinta años, actos de explotación económica, pero difieren en cuanto a la posición jurídica de acuerdo con la cual el mismo Arias los llevaba a cabo. Los testigos presentados por el demandante sostienen que esa posición era la de administrador, tenedor o agregado de José Eliseo Duque; y, en cambio, los presentados por la parte demandada, dicen que los ejecutaba con ánimo de señor y dueño.

La constatación del ánimo de dominio es un fenómeno íntimo que puede escapar al testimonio humano; no puede inducirse, por los testigos, aunque estos conozcan la naturaleza de los hechos ejecutados por el supuesto poseedor a pesar que estos sean para los declarantes de fácil percepción y constatación. De la naturaleza de los actos que ejecuta una persona sobre un fundo no puede inducirse siempre, lógicamente, si son los de un tenedor; o si, por el contrario, son de disposición o de dominio. Entre los primeros y los últimos no exsiten diferencias y es por esto por lo que, en relación con ellos no existen discrepancias, por el aspecto objetivo, porque ambos desarrollan, de una manera amplia, la explotación económica del fundo. Esta es la razón por la cual el legislador, al dar un criterio para determinar los actos del poseedor se refiere a los que solo puede ejecutar una persona con el ánimo de dueño, es decir, que establece una identidad jurídica pero no económica. Es por esto por lo que, en concepto de la Corte, cuando se trata de establecer la posesión, el ha-

llador debe examinar escrupulosamente el testimonio en relación con los actos ejecutados y atenerse más al examen de la naturaleza de éstos que a las afirmaciones o apreciaciones jurídicas de los testigos, cuando estos atribuyen ánimo de dominio al supuesto poseedor; puesto que, como ya se ha afirmado, la naturaleza íntima de este fenómeno escapa a una constatación directa por medio del testimonio; y, su afirmación, implica una inducción que corresponde, principalmente, no al testigo, sino al Juez.

En el caso sub-judice, ambos grupos de declarantes coinciden en que Ricardo o Ricardino Arias vivió en las propiedades de "El Paraíso" y "El Diamante", por un lapso mayor de treinta años; que emprendió la reconstrucción de la casa en donde vivieron los esposos Duque-Zuluaga; que estableció cultivos de significación e importancia. Pero discrepan en cuanto a que los presentados por el demandado afirman que Arias los ejerció con ánimo de señor y dueño, sin reconocer dominio ajeno; y, en cambio, los presentados por el demandante sostienen que los llevaba a cabo como administrador de José Eliseo Duque.

Pero lo que se ha dicho en relación con la naturaleza de los actos ejecutados sobre un fundo y sobre la demostración del ánimo de dominio, elemento esencial de la posesión, no significa que la naturaleza de los actos ejecutados por Arias prueben de una manera indiscutible el ánimo de dominio por parte de éste y su desconocimiento de dominio ajeno. Y en este punto sí se hace indispensable interpretar las afirmaciones de los testigos del demandado, congruentes literalmente con el interrogatorio, en el sentido de que Arias emprendió varias obras en el fundo de "El Diamante" como reconstrucción de vivienda, establecimiento de cultivos de café, actos que, considerados pura y simplemente, puede ejecutarlos un administrador.

En relación con los otros medios de prueba, en cuya desestimación, según el recurrente, el Tribunal incurrió en errores de hecho, se observa lo siguiente:

De las posiciones absueltas por el demandado, ninguna demostración se desprende que sea favorable a las pretensiones del demandante, si se tiene en cuenta que Arias se limita a responder que desde hace más de treinta y cinco años se estableció en los terrenos del "Paraíso" y que los que actualmente posee, los encontró de ese lapso para atrás, completamente abandonados. El Tribunal, pues, no incurrió en error de hecho, al no estimar como prueba, porque en realidad carece de fuerza probatoria.

En relación con la copia de la demanda que fue presentada al juicio, tampoco puede deducirse la demostración del hecho sobre reconocimiento por parte de Arias del dominio de la sociedad conyugal Duque-Zuluaga, ya que esta demanda fue promovida por Mercedes Zuluaga de Duque; y, si hubo alguna intervención de Ricardino Arias en el juicio de separación, no existe ninguna prueba en el juicio a ese respecto. El Tribunal, al no apreciar la demanda mencionada, como prueba de reconocimiento por parte de Arias del dominio en favor de José Eliseo Duque, no incurrió en error de hecho, porque esta pieza, como la anterior, carece de toda eficacia probatoria para demostrar el reconocimiento de dominio.

En lo que sí incurrió el Tribunal en un grave error de hecho fue en la falta de estimación de las escrituras públicas Nos. 406 de 13 de diciembre de 1914; 40 de 27 de enero de 1915, de la Notaría de Finlandia; 417 de 14 de julio de 1917, de la misma Notaría, y que acreditan las adquisiciones hechas por José Eliseo Duque de fundos que posteriormente formaron parte de la hacienda de "El Diamante", circunstancia que quedó suficientemente demostrada por los peritos. Porque estos instrumentos demuestran, claramente, el dominio pleno de la sociedad conyugal Duque Zuluaga sobre los lotes que formaron la Hacienda y la continuidad de ese dominio por parte de José Eliseo Duque sobre los lotes que le fueron adjudicados en la liquidación de la misma sociedad conyugal.

También incurrió en error de hecho el Tribunal, al dejar de estimar como confesión, las afirmaciones hechas por el apoderado de Ricardino Arias en la contestación de la demanda, cuando, después de contradicciones sobresalientes, reconoce que es verdad que el señor Eliseo Duque adquirió por los instrumentos indicados antes, varios lotes de terreno que forman parte de la hacienda de "El Diamante". Porque esta confesión hecha por el apoderado de Arias, en la contestación de la demanda, tiene pleno valor probatorio, al tenor del artículo 607 del C. J.; y el Tribunal estaba en el deber de apreciarla, tanto más cuanto en la diligencia de identificación de linderos practicada por los peritos dentro del juicio, se constató que dentro de esas extensiones de terreno estaba incluída la porción o lote que Arias disfruta con fundamento en la posesión que alega y que implica un reconocimiento del dominio por parte de Eliseo Duque.

Incurrió también el Tribunal, en grave error de hecho al no considerar plenamente establecido el reconocimiento del dominio sobre el fundo de "El Diamante" por parte de José Eliseo Duque y que se desprende claramente del certificado expedido por el señor Tesorero de caminos sobre el pago de impuesto hecho por Ricardino Arias en nombre de José Eliseo Duque, error que aparece de un modo manifiesto en los autos y que es motivo más que suficiente para la Corte proceder a la infirmación del fallo acusado, ya que por este camino llegó a quebrantar las disposiciones sustantivas que invoca el recurrente.

El Tribunal incurrió, pues, en un grave error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos, al dar por probada la posesión por más de treinta años por parte del demandado, con base en las declaraciones de los testigos de la parte demandante, existiendo en el proceso medios probatorios que la desvirtúan, como el certificado expedido por el Tesorero Municipal de Finlandia, la confesión del apoderado en la contestación de la demanda, las escrituras públicas Nos. 406, de 13 de diciembre de 1914; 40 de 27 de enero de 1915, ambas de la Notaría del Circuito de Finlandia; 417, de 14 de julio de 1917, de la misma Notaría.

El fallo de instancia:

Para dictar el fallo que habrá de sustituír el del Tribunal, además de las razones expuestas, la Sala hace las siguientes consideraciones:

Son peticiones principales contenidas en el libelo de demanda:

"1º Nulidad de la sentencia proferida por el Juez del Circuito de Finlandia el 6 de agosto de 1940, que aprobó la partición de bienes de la sociedad conyugal Duque-Zuluaga, por ilegal representación del demente José Eliseo Duque.

"2º Como consecuencia de la declaración anterior que todos los bienes especificados en la demanda deben volver al patrimonio de la misma sociedad conyugal, con todas sus anexidades y mejoras.

"3º Obligación de pagar a favor de la sociedad conyugal la cantidad de treinta mil pesos, por concepto de sesenta arrobas de café, cuatro fanegas de maíz, 32 reses, cuatro bestias, 17 cerdos de engorde y el valor líquido de los frutos percibidos por el demandado desde el año de 1935.

"4º Pago del valor de los perjuicios causados por desmejoras en los bienes de propiedad de la sociedad conyugal.

Como peticiones subsidiarias hizo las siguientes:

"1º Que José Eliseo Duque es dueño de los bienes que le correspondieron en la partición de aquellos que formaron parte del patrimonio de la sociedad conyugal, a consecuencia de la separación que fue decretada judicialmente.

"2º Restitución de dichos bienes, con todas sus mejoras, aún con las plantadas por el mismo demandado, como poseedor de mala fe; así como el valor de los frutos, desde el año de 1935, hasta el día del pago.

El Juzgado, al desestimar las peticiones principales, no consideró bien probada la acción de perjuicios a que se refiere el numeral 3º de la parte petitoria; y, en cuanto a la nulidad, hizo la desestimación de ésta, por cuanto consideró que se trataba de una nulidad adjetiva, que no era viable, su pedimento, por juicio separado.

No estuvo acertado el fallador de primera instancia al rechazar la acción de nulidad, por los motivos que indica en la sentencia, cuando afirma que se trata de una nulidad que debió pedirse dentro del mismo juicio de separación, si se tiene en cuenta que ésta pudo suplicarse en el juicio ordinario por tratarse de indebida representación del interdicto José Eliseo Duque; y, además, porque el demandante incurrió en un grave error de técnica al proponer no propiamente la nulidad del juicio sino de la sentencia que decretó la partición de bienes y aprobó la liquidación de la sociedad conyugal.

En efecto, las nulidades procesales, tienen carácter adjetivo, porque implican defectos graves en las actuaciones procesales. El procedimiento como sistema, en un juicio determinado, tiene por finalidad esencial lograr la solución judicial de una relación jurídica litigiosa, mediante un normal desenvolvimiente de la relación procesal, que debe ajustarse al sistema legal. La ley adjetiva establece una rigurosa sistematización entre todos los actos procesales sean del Juez o de las partes, de tal manera que entre todos ellos existe o debe existir la más completa unidad. Con razón los más autorizados procesalistas afirman que el proceso es uno, que no está compuesto de etapas desarticuladas, sino que entre ellas debe existir la más completa armonía. Estas consideraciones se oponen a que las nulidades adjetivas se refieran a una sola pieza o acto del proceso; porque si se ha llevado a cabo con violación de la ley, esta deficiencia afecta lógicamente todo el juicio, razón

por la cual es inocua toda petición de nulidad referida a una sola pieza del proceso.

En el caso sub-judice, la demanda solicita de una manera concreta la nulidad de la sentencia que aprobó la partición de bienes de la sociedad conyugal Duque-Zuluaga con fundamento en la indebida representación del demente José Eliseo Duque. El motivo del cargo contra la sentencia aludida consiste en que no se procedió al nombramiento de un curador del demente, conforme las instrucciones y órdenes del Tribunal de Pereira. Pero hay constancias en las diligencias del juicio de separación y de liquidación de la misma sociedad conyugal de que José Eliseo Duque fue representado por un curador ad-litem, con todos los requisitos legales, circunstancia que interfiere, está sí lógicamente, el pronunciamiento de la nulidad. Y, como la petición contenida en el numeral 2º es una consecuencia de la nulidad suplicada, tampoco puede prosperar.

En cuanto a la petición contenida en el numeral 3º tampoco es eficaz, puesto que las pruebas producidas dentro del juicio no establecieron de ningún modo ni la preexistencia de los bienes ni la apropiación de éstos por parte de Arias a que se refiere el pedimento. Los testimonios presentados por la parte demandada fueron dirigidos todos a demostrar que Ricardino Arias fue un agregado de José Eliseo Duque; pero en ninguna parte de los textos de las declaraciones rendidas se hace alusión, de una manera concreta, a la apropiación que la demanda imputa a Ricardo o Ricardino Arias.

Respecto de la acción de perjuicios que también contiene la petición 3ª de la demanda, observa la Corte, que del juicio no se desprende ninguna demostración de los actos perjudiciales que sostiene el demandante. Toda la prueba, como ya ha dicho la Sala, estuvo dirigida a demostrar el demandado su posesión por un lapso prescriptorio de más de treinta años; y, por parte del demandante, a acreditar el dominio o propiedad de José Eliseo Duque sobre el mismo fundo de "El Diamante".

La acción subsidiaria instaurada por el demandante es la reivindicatoria o de dominio, cuyos elementos se hallan plenamente establecidos en el juicio; puesto que, como se verá a continuación, aunque Arias no tiene el carácter de poseedor, sí es un tenedor que retiene indebidamente, en el caso contemplado en el artículo 971 del C. C.

La acción reivindicatoria, como todas las demás, entraña el ejercicio de un derecho y surge del quebranto que un tercero haya infringido a ese estado, es decir, nace de un ajeno titular del derecho y tiene por objeto el restablecimiento normal de determinada relación jurídica. Pero no basta que una acción exista y resida en la persona del demandante para que le sea reconocida; precisa que dicha acción haya sido deducida de acuerdo con la ley, previa demostración, de los elementos que la configuran; ya que si el actor, en caso dado, descuida la comprobación de alguno de estos elementos, la acción va inevitablemente a su fracaso. La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular reivindicable; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión o tenencia material en el demandado al tenor del artículo 971 del C. C. y d) identificación de la cosa materia de la reivindicación; o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

En el caso sub-judice, los títulos exhibidos por el demandante demuestran que José Eliseo Duque emprendió desde el año de 1910 la compra de varios lotes en el paraje de "El Paraíso" del municipio de Finlandia, a saber: dos lotes que posteriormente figuraron con el nombre de "El Diamante" y que son los descritos en los puntos 1º y 2º de la demanda; otro lote denominado "El Edén"; otro lote que también forma parte de el fundo de "El Diamante"; y otros siete lotes más que posteriormente figuraron con distintos nombres. Todos estos predios adquiridos con el esfuerzo de José Eliseo Duque fueron inventariados en el juicio de separación de bienes que a raiz de la demencia de éste estableció la cónyuge Mercedes Zuluaga de Duque; y, en la porción adjudicada al primero, le correspondieron al cónyuge demente precisamente los tres lotes que formaron parte de la Hacienda de "El Diamante", por los linderos generales que en la misma se describen.

En la exposición pericial que figura a folio 90 del expediente los peritos sostienen que todos los lotes identificados formaron el patrimonio de la sociedad conyugal; y que, dentro de éstos, está el fundo de "El Diamante", que es el mismo a que se refiere la parte 5ª de la contestación de la demanda y los testigos presentados por la parte demandada; como también, que está integrado por los lotes a que se refiere el punto 5º de la demanda y los descritos en las letras A, B y D de la diligencia de inventarios y avalúos de la liquidación de la sociedad conyugal; identificación que hicieron so-

bre el terreno y recorriendo todos los linderos objeto de la verificación por sus líneas divisorias. Además, en los dos certificados de registro, se hace una relación de la tradición jurídica de los lotes que integraron "El Diamante"; y en las aclaraciones que la parte demandada solicitó de los peritos, éstos se reafirmaron en sus exposiciones.

Existe en los autos una prueba completa de que Ricardo o Ricardino Arias reconoció el dominio de José Eliseo Duque en el fundo de "El Diamante", en el certificado expedido por el Tesorero de Rentas Municipales del municipio de Finlandia, cuando este funcionario afirma que antes del año de 1935 no figura ningún pago de impuesto predial y de caminos por el señor José Eliseo Duque; pero que después de este año hasta el de 1940, constan los pagos hechos por éste a nombre suyo por el señor Ricardo o Ricardino Arias. No queda ninguna duda, pues, de que Arias después del año de 1935 a raíz de la demencia de José Elisec Duque, fue la persona encargada de administrar sus bienes y de que ninguno de los actos de explotación económica los ejecutó en su propio nombre sino como administrador o mayordomo de la finca de "El Diamante", único bien que quedó en su patrimonio, con posterioridad a la liquidación de la sociedad conyugal, verificada en el año de 1940. Es decir, que cinco años antes, ya Arias había asumido la administración de los bienes de Duque, a raíz de su demencia, como la persona más indicada, pues sus vinculaciones con la familia Duque Zuluaga, se remontaban treinta años atrás, con el carácter de agregado, de peón o de mayordomo, pero en ningún momento con el de poseedor de los tres lotes que componen la hacienda de "El Diamante".

En concepto de la Corte, aunque el demandante acreditó el dominio en favor de Eliseo Duque sobre el fundo de "El Diamante", la identificación del bien que se pretende reivindicar, su delimitación como cuerpo cierto, no probó y, por el contrario, negó implícitamente la posesión de Arias sobre el mismo fundo, ya que en la misma demanda afirma que Arias "había recibido de Duque un lote de cafetal en producción para que lo administrara, productos en compañía y otro lotecito de terreno para que él plantara una sementera y con ella le cubriera la suma de ciento treinta pesos que le había prestado Duque", circunstancia que demuestra claramente que el demandante no le reconoció a Arias un solo instante la calidad de poseedor material del fundo. Por parte de Arias tampoco ha quedado demostrado su carácter de poseedor del inmueble, pues los testimonios presentados por éste han sido rechazados; pero, como ya lo ha expresado la Sala, esta circunstancia no es óbice para que prospere la reivindicación al tenor del artículo 971 del CC.

La posesión sobre un inmueble no puede estar expuesta en relación con su prueba ni a las aseveraciones del actor que la impugna, ni a las de la parte opositora que la alega, porque los elementos que configuran esta noción jurídica, "el animus" y "el corpus", no son susceptibles, en todos los casos, de la prueba de confesión. En relación con "el animus", porque quien la sostiene estaría interesado en confesar un hecho que lo favorece; y, para quien la impugna, el ánimo sería un hecho completamente ajeno y no personal. Y lo propio acontecería con el otro elemento, "el corpus", porque quien sostiene la posesión, estaría interesado en confesar actos cuya naturaleza favoreciera su posición jurídica; y, quien la impugna, no podría ni afirmar ni negar esos actos, pues le son completamente ajenos. Se impone, pues, en concepto de la Corte, la doctrina consistente en que, tratándose en un juicio reivindicatorio de la demostración de la posesión o de su impugnación, los medios de prueba adecuados son los objetivos que, como el testimonio, establecen la naturaleza de los actos de explotación económica, facilitan la inducción del ánimo de dominio por parte del fallador en favor de quien alega ser poseedor de un inmueble; las afirmaciones de las partes no son suficientes, ya que la confesión como medio subjetivo de prueba, resulta en la mayoría de las veces, completamente inadecuado.

Está, pues, suficientemente demostrado, en concepto de la Sala, que Ricardino Arias no ha tenido la posesión sobre el fundo de "El Diamante" y que su posición jurídica es la de un mero tenedor, quien estableció cultivos en este fundo con el consentimiento y aún mediante relaciones contractuales con Elisec Duque; y que, como persona de confianza de la familia Duque Zuluaga, asumió la administración de los bienes del interdicto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando Jus-

ticia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal de Manizales, de fecha 31 de enero de 1955, y en su lugar confirma el fallo del Juez Promiscuo del Circuito de Finlandia de 25 de noviembre de 1953, pero por motivos diferentes a los expuestos en este fallo.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la gaceta Judicial.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla — Francisco de Paula Vargas — Jorge Soto Soto Secretario.

ACLARACION DE SENTENCIA

Es inadmisible la pretensión encaminada a que la Corte entre en consideraciones que vengan a desvirtuar el fallo ya dictado o en especulaciones de carácter jurídico que compliquen su interpretación. El derecho a pedir aclaraciones no puede convertirse en recurso de reposición que dé margen para revocar o reformar el fallo, porque esto lo prohibe expresamente el art. 482 del C. J.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Armando Latorre Rizo)

Por sentencia de fecha veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y siete, la Corte CASO la dictada por el Tribunal de Pereira, de fecha treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y cinco y CONFIRMO la del Juzgado Promiscuo del Circuito de Finlandia, de veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, por motivos diferentes a los expuestos en este fallo, en el juicio ordinario iniciado por Eliseo de Jesús Duque González, por medio de su curador Pastor Montoya Duque, contra Ricardo o Ricardino Arias sobre nulidad de la sentencia aprobatoria de la partición de bienes de la sociedad conyugal Duque-Zuluaga, restitución de unos inmuebles y otras acciones.

En virtud de lo resuelto por la Corte quedó en firme la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Finlandia que en su parte resolutiva dijo:

"1º—No se accede a hacer las declaraciones pedidas en las súplicas principales de la demanda, tendientes a obtener la nulidad de la providencia que declaró en estado de interdicción al demente Eliseo de Jesús Duque González y la revisión del juicio de separación de bienes de los esposos Eliseo de Jesús Duque G. y Mercedes Zuluaga y su consecuente reintegro de los bienes partidos al haber de la sociedad conyugal por ellos formada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia";

"2º — Como consecuencia de lo anterior no se hacen las declaratorias pedidas o comprendidas dentro de los ordinales 3º y 4º de la parte principal suplicatoria y propuestas dentro de la demanda principal como tampoco las súplicas contenidas en la corrección de la misma demanda y que figuran como principales";

"3º—Atendiendo las súplicas subsidiarias a) de la demanda este Juzgado declara que el lote denominado "El Diamante" situado en el paraje de "El Paraíso" de esta jurisdicción, es de propiedad del señor Eliseo de Jesús Duque González por haberle sido adjudicado en la partición de bienes que se aprobó en este despacho por sentencia de seis de agosto de mil novecientos cuarenta, por los linderos que constan en el numeral 5º de la demanda principal que coinciden con la hijuela que le fue adjudicada y en consecuencia se condena al señor Ricardo o Ricardino Arias, mayor y vecino de este distrito, a hacerle entrega real y material a su poseedor inscrito representado por su curador de bienes señor Pastor Montoya, mayor y vecino de Quimbaya, del lote en mención, tres días después de ejecutoriada esta sentencia';

"4º—Se reconoce a favor del demandado Arias el derecho de retención del mueble en mención mientras no le sean reconocidas las mejoras por él plantadas en dicho inmueble, o garantizado su importe, lo cual se hará de conformidad con lo preceptuado por el artículo 553 del C. Judicial; mejoras que le serán reconocidas hasta como plantadas con anterioridad al 1º de mayo de 1953 por haber sido considerado como poseedor de buena fe";

"5º—No se hacen las demás declaraciones pedidas ni se declaran probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, por lo expuesto en la parte final del memorial anterior, en cuanto a lo primero, y en cuanto a lo segundo por las razones expuestas en los considerandos de la sentencia".

Habiendo quedado confirmada esta sentencia, según el fallo de la Corte, es claro que a ella deben atenerse las partes y el Juez encargado de cumplir el mencionado fallo. Sin embargo, el apoderado de Pastor Montoya, curador del demente Eliseo de J. Duque González encuentra conceptos que ofrecen verdadero motivo de duda en la sentencia de casación dictada por la Corte y solicita

una aclaración de ésta con base en los siguientes razonamientos:

La parte motiva de la sentencia sostiene que Ricardo o Ricardino Arias no fue poseedor de la hacienda de "El Diamante" de propiedad del demente Eliseo Duque, sino que asumió la administración de los bienes de éste a raíz de su demencia. El mismo fallo casa la sentencia proferida por el Tribunal de Pereira y, en su lugar confirma la del Juzgado del Circuito de Finlandia que en su parte resolutiva "reconoce a favor del demandado Arias el derecho de retención del inmueble materia de la reivindicación mientras no le sean reconocidas las mejoras por él plantadas o reconocido su importe como poseedor de buena fe".

Se considera: en primer lugar, ya se dijo que la sentencia dictada por la Corte es terminante en cuanto casó la del Tribunal de Pereira y confirmó la del Juzgado Promiscuo del Circuito de Finlandia que viene así a tener plena vigencia y fuerza legal suficiente para desatar los problemas discutidos en el litigio. No puede pretender el memorialista que la Corte entre en consideraciones que vengan a desvirtuar el fallo ya dictado o en especulaciones de carácter jurídico que compliquen su interpretación. El derecho a pedir aclaraciones no puede convertirse en recurso de reposición que dé margen para revocar o reformar el fallo, porque esto lo prohibe expresamente el artículo 482 del C. J. Con razón ha dicho la Corte:

"Los jueces deben tener sumo cuidado de no alterar ni modificar el sentido al explicar o aclarar el concepto oscuro; debiendo hacerlo no cambiando la fuerza ni el entendimiento de la sentencia, según decía la ley de Partida; lo contrario no sería aclarar, que es lo único permitido, sino variar o modificar, lo cual está vedado. (Auto, Sala Plena, 23 septiembre 1938, XLVII, 306)".

Por otra parte el mismo memorialista olvidó lo expresado por la Corte en la última parte de la sentencia en que dijo:

"Está, pues suficientemente demostrado, en concepto de la Sala, que Ricardino Arias no ha tenido la posesión sobre el fundo de 'El Diamante' y que su posición jurídica es la de un mero tenedor, quien estableció cultivos en este fundo con el consentimiento y aún mediante relaciones contractuales con Eliseo Duque y que, como persona de confianza de la familia Duque-Zuluaga, asumió la administración de los bienes del interdicto". La parte transcrita es suficientemente clara y por lo tanto no es necesario que la Corte entre en nuevas consideraciones.

En cuanto a la aclaración referente a que fue el Tribunal de Pereira y no el de Manizales el que dictó la sentencia de segundo grado, ya fue hecha por la Sala y dondequiera que se cita el Tribunal de Manizales debe entenderse que se hace referencia al Tribunal de Pereira. Así debe interpretarse y aplicarse el auto de fecha ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

Por lo expuesto no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas.

Notifíquese.

Alfredo Cock Arango — Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez — Armando Latorre Rizo. Arturo C. Posada — Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.



LA FALTA DE REGISTRO DE UNA SENTENCIA, NO ES OBSTACULO PARA SU OBLIGATORIEDAD Y CUMPLIMIENTO ENTRE LAS PARTES. — EL DECRETO DE SIMULACION NO PRODUCE EFECTOS CONTRA TERCEROS. — NO ES PROCEDENTE ALLEGAR EN CASACION NUEVOS ELEMENTOS PROBATORIOS.— ERRORES DE DERECHO. — LA BUENA FE, ES UN ELEMENTO MORAL QUE PERTENECE AL FUERO INTERNO DEL POSEEDOR.—NO SE PUEDE DESATENDER UN CARGO BIEN FUNDAMENTADO, CON EL SOLO ARGUMENTO DE QUE EL MOTIVO ALEGADO NO SE APOYA EN LA PRECISA CAUSAL QUE LE CORRESPONDE

1.—La falta de registro de una sentencia, no es obstáculo para su obligatoriedad y cumplimiento entre las partes. Quienes fueron litigantes en el juicio en que se dictó, o quienes derivan sus derechos o pretensiones de quien fue litigante, no pueden alegar con éxito que la sentencia no está registrada para evitar su alcance y cumplimiento, porque la fuerza obligatoria surge del fallo mismo, y la formalidad del registro de la sentencia que la ley exige mira a los fines de esa institución relacionados con terceros.

2.—Cuando la doctrina y la jurisprudencia han dicho que el decreto de simulación no produce efectos contra terceros, se refieren a los adquirentes de buena fe antes de decretarse la simulación, pero no podrían considerarse como terceros amparados por esa doctrina quienes con posterioridad a la sentencia que declara la simulación adquieren el derecho del simulante, aun cuando subsista el registro del título que se declaró simulado, por no haberse inscrito el fallo.

3.—No es procedente allegar en casación nuevos elementos probatorios, porque el debate queda terminado en las instancias, ya que el recurso de casación está encaminado exclusivamente a decidir las acusaciones que se formulen contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, por las causales establecidas en la ley. Esta ha sido doctrina constante de la Corte.

4.—El recurrente, al formular el cargo por error de derecho en la apreciación de la prueba, y hacerlo consistir en que el Tribunal dio a esa prueba "un valor probatorio distinto al que en sí tiene", debe indicar cuál fue el valor probatorio que le asignó, y señalar la disposición legal sobre régimen probatorio que el fallador hubiera infringido por razón de esa valoración, porque son indicaciones imprescindibles para la prosperidad del cargo, pues sin ellas se carece de los necesarios extremos para que la Corte pueda hacer la confrontación que le permita establecer si se incurrió en el error de derecho imputado y si a consecuencia de ese erro se infringió la ley sustantiva.

5.—La buena fe, según el artículo 768 del Código Civil, es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. Es, pues, un elemento moral que pertenece al fuero interno del poseedor. La estimación que el sentenciador hace sobre hechos morales, ha dicho la Corte, no puede ser desatendida por ésta en casación, sino por prueba evidente en contrario, desatendida por el Tribunal.

De las anteriores razones depende la relativa autonomía de los falladores de instancia en la apreciación de la buena o mala fe del poseedor, apreciación que sólo puede ser variada en casación cuando se demuestre que el Tribunal ha incurrido en error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas de que se sirvió para calificar la buena o mala fe del poseedor. No es suficiente afirmar que el contrato de compraventa se interpretó en sentido distinto de aquel que el mismo contrato expone, para obtener éxito en la acusación, sino que es necesario demostrar que de la prueba señalada surge la evidencia contraria al concepto del juzgador.

6.—El formulismo de la casación, con ser tan riguroso, no puede llegar hasta desatender un cargo que se aduce con razón, con el solo argumento de que el motivo alegado no

se funda en la precisa causal que le corresponde, máxime si se considera que la misma Corte no ha mantenido un criterio unánime sobre la causal que debe ser alegada en el caso de la REFORMATIO IN PEIUS. Desatendiendo el rigorismo, esta Sala ha encontrado viable un cargo, aun cuando se indique causal distinta a la existente, si al fundamentarlo el recurrente lo justifica debidamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiseis de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán)

La Corte decide sobre el recurso de casación que interpuso la parte demandada contra la sentencia de segundo grado proferida el 16 de enero de 1956 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario de Arturo Boada contra Rafael Munar y otros.

Antecedentes

Ante el señor Juez del Circuito de Chocontá promovió demanda Arturo Boada, por medio de apoderado, contra Rafael Munar, Fideligna Boada y Juan de Jesús Robles V., tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

"a) Pertenece en pleno dominio y propiedad al señor Arturo Boada por tener título justo inscrito, la finca que se determina en los hechos de la demanda. — b) Los demandados están en la obligación de restituir dicho inmueble dentro del término que se fije en el fallo a don Arturo Boada, juntamente con sus frutos civiles y naturales, de acuerdo con la ley, y como poseedores sin justo título, desde el momento de la detención y en la cuantía que se establezca por medio de peritos. c) Se condena a los demandados a restituir el inmueble no sólo con los frutos percibidos sino con los que hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado. — d) Se ordena la cancelación, en el registro, de la escritura número cincuenta y nueve (59) de dos (2) de febrero de mil novecientos cuarenta y siete de la Notaría de Manta. — e) Que en el caso de oposición se condene en costas a los demandados".

Como hechos fundamentales de la demanda manifestó el actor que por medio de la escritura número 81 de 14 de febrero de 1946, no dice de cuál Notaría, adquirió el inmueble cuya restitución solicita, consistente en un lote de terreno denominado "El Porvenir", ubicado en la vereda de Laguna, sitio El Bosque, en jurisdicción del Municipio de Tibirita, alinderado así: Desde una piedra grande que está sobre una cuchilla, sigue toda ésta hasta encontrar un vallado, sigue por todo éste hasta encontrar la peña de "Soatama", limita por este costado con terrenos de herederos de Bautista Huertas y José Valero; vuelve toda esta peña a encontrar una piedra marcada con una "J", de aquí vuelve hasta encontrar una cerca de piedra y sigue toda ésta a encontrar el primer lindero, separando terrenos de herederos de Félix Aldana y Marcedonio Hernández; que los demandados están en posesión de dicho inmueble desde hace unos diez años y que a partir del año de 1941 son detendadores de mala fe por no tener título justo; que por sentencia de fecha 8 de septiembre de 1941, confirmada por el H. Tribunal, se declaró simulado y sin valor el título de adquisición de los demandados Munar y Boada, por ser ficticio; que por razón del fallo antes referido el demandado posee título justo; que los demandados han usufructuado el terreno en su exclusivo beneficio durante diez años; que estos, no obstante conocer el fallo de simulación, celebraron el contrato de compraventa a que se refiere la escritura indicada en la súplica d), y que por ser doloso ese contrato, los demandados Munar y Boada son los actuales poseedores materiales del inmueble.

Surtida la tramitación de rigor, el Juzgado dictó la sentencia de fecha 17 de febrero de 1953, favorable a las pretensiones del demandante. En ella resolvió:

"1º—Declarar dueño, con pleno dominio y propiedad al señor Arturo Boada, del lote denominado 'El Porvenir', el que hace parte otro de mayor extensión, ubicado en la vereda Laguna sitio el Bosque, y cuyos linderos se encuentran claramente delineados en la primera parte de los hechos de la demanda, conformes con los que señala el título número 81 de 14 de febrero de 1946.

"2º—Como consecuencia de la anterior declaración los demandados señores Rafael Munar, Fideligna Boada y Juan de Jesús Robles, en su condición de poseedores materiales del bien, están obligados a restituir dicho lote, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"3º—Para el efecto de la restitución de los frutos naturales y civiles, como de las demás prestaciones mutuas que favoreciere tanto a la parte demandante como a la parte demandada vencida,

se considerará a ésta como poseedores de buena fe, pudiendo hacer valer sus derechos en la forma como lo determina el artículo 553 del C. J., por no haberse establecido dentro del mismo juicio.

"4º—Sin costas por no haberse demostrado una temeridad manifiesta por la parte opositora y vencida".

De esta sentencia solamente apeló el apoderado de los demandados. Tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá pronunció el fallo de 16 de enero de 1956, en el cual resuelve:

"Primero.—Refórmase la sentencia apelada en su segundo aparte para condenar a Juan de Jesús Robles como único poseedor material a la restitución del inmueble dentro del término que le fije el fallador de primera instancia, y absuelve de los cargos de la demanda a Rafael Munar y Fideligna Boada.

"Segundo.—Refórmase el ordinal tercero de la misma para declarar que para las prestaciones mutuas a que haya lugar y en la forma en que lo dispone el mismo fallador, Juan de Jesús Robles será considerado como poseedor de mala fe.

"Tercero—Adicionarse para disponer, como dispone, el registro de la sentencia que pone fin a este juicio y la cancelación del registro de la escritura número 59 de 2 de febrero de 1947 otorgada en la Notaría de Manta, y de que se ha hecho mérito en esta providencia.

"Cuarto.—Se confirma en todo lo demás.

"Quinto.—Condénase al demandado Juan de Jesús Robles al pago de las costas causadas en la segunda instancia".

Contra el anterior fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandado Juan de Jesús Robles, recurso que por haber sido concedido, admitido por la Corte y sustentado oportunamente, es el caso de resolver.

La demanda de casación

El recurrente formula contra la sentencia del Tribunal los siguientes cargos:

Primero.—Error de derecho, por haberle dado el carácter de plena prueba a la sentencia proferida por el Juzgado del Circuito de Chocontá el 18 de septiembre de 1941, llevada al juicio sin la correspondiente comprobación de haber sido registrada, estando sujeta a esa formalidad. Considera infringidos los artículos 593 y 596 del C. J. y 756, 759, 785, 946, 2528, 2652, 2673 y 2674 del C. C.

Segundo.—Error de derecho en la apreciación de la escritura número 59 de 2 de febrero de 1947 de la Notaría de Manta, a la cual le dio un valor probatorio distinto del que en sí tiene, y que lo llevó a considerar como poseedor de mala fe al demandado Robles. Estima infringidos los artículos 746, 768 y 769 del C. C.

Tercero.—No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes causal 2ª de casación), por haber agravado la situación del único apelante, al reformar la sentencia de primer grado para considerar al demandado Robles como poseedor de mala fe. Considera violado el artículo 494 del C. J.

Esta Sala acostumbra, por razón de método y por indicarlo así el orden lógico en que deben estudiarse los cargos, examinar en primer término la causal de incongruencia, pues de ordinario cuando esa acusación prospera incide en el fondo del litigio e impone la casación total del fallo. Mas como esto no ocurriría en el presente caso, en que el cargo de inconsonancia ataca sólo un aspecto, puede decirse secundario, de la sentencia, referente a la mala fe del poseedor vencido, procede al examen de los cargos en el mismo orden en que están presentados.

Primer cargo

Lo intitula "Error de derecho en la aperciación de pruebas" y lo formula el recurrente así: "La sentencia que acuso violó directamente los preceptos sustantivos contenidos en los artículos 2652, numeral 2º, 2673 y 2674 del Código Civil. por haberle dado el carácter de plena prueba a la copia de la sentencia de 18 de septiembre de 1941, llevada al juicio por el actor, sin la correspondiente comprobación sobre su registro, estando sujeta a esa formalidad, en virtud de pretender que tal sentencia causó traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces, error de derecho que incide en el quebrantamiento de los artículos 756, 759, 785, 946 y 2528 del C. C.".

Para sustentarlo afirma el recurrente que la aludida sentencia, para que pudiera producir los efectos que la ley asigna a los títulos traslaticios de dominio, necesitaba ser registrada en los términos que enseña el artículo 2661 del C. C. y que el Tribunal le hizo producir efectos sin la formalidad del registro, ya que la copia presentada no tiene constancia alguna de que se hubiera efectuado el registro, y que por el contrario, dél certificado que el recurrente acompaña a su demanda de casación, expedida por el registrador de instrumentos públicos de Chocontá, aparece que tal sentencia no ha sido registrada y que por tanto los registros de los instrumentos contentivos de

los contratos sobre que versó la simulación declarada se encuentran vigentes. Que en esas condiciones la prueba es legalmente ineficaz y el Tribunal le dio un mérito que no tiene, con lo cual violó también las normas contenidas en los artículos 593 y 596 del Código Judicial. Que el error en la apreciación de esa prueba llevó al Tribunal a violar las disposiciones sustantivas citadas.

Otro aspecto que presenta el recurrente es el de que el demandado Robles no fue parte en el juicio en que se pronunció por el Juzgado del Circuito de Chocontá la sentencia de 18 de septiembre de 1941, que declaró simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura número 152 de 12 de abril de 1934, por lo cual Robles es un tercero que no está obligado a conocer esa sentencia a la cual no se le dio publicidad por medio del registro. Que de consiguiente, esa sentencia no podía surtir efecto legal respecto a Robles, y entonces para él, como tercero, el acto aparente declarado simulado, contenido en la escritura 152 conserva todo su valor, y en tales condiciones la venta que le hizo Fideligna Boada, quien aparecía como verdadera dueña del inmueble que le transfirió por escritura número 59 de 2 de febrero de 1947 de la Notaría de Manta ,tiene todo valor y el demandado es poseedor inscrito y material del inmueble que se reivindica, lo que hace inoperante la acción ejercitada en este juicio.

Insiste en que si la sentencia que declaró la simulación de la escritura 152 causó traslación o mutación de la propiedad del inmueble que ahora se reivindica, traslación que se habría operado del patrimonio de Fideligna Boada al de José Angel Boada, esa sentencia ha debido registrarse y sin ese requisito el Tribunal no ha debido darle el carácter de plena prueba, puesto que conforme al artículo 2673 del C. C. no hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público.

Concluye así su argumentación: "Como el Tribunal de segunda instancia, incurrió en error de derecho, al darle a la sentencia de 18 de septiembre de 1941, el valor de plena prueba, que no tenía, para demostrar que Arturo Boada es dueño del predio objeto de la reivindicación sin serlo, ese error de derecho evidente, lo indujo a quebrantar directamente el precepto de carácter sustantivo contenido en el artículo 946 del C. C., pues, el fallador de segunda instancia concedió la acción reivindicatoria o de dominio a quien no es dueño de la cosa que se quiere reivindicar, y de paso violó las disposiciones sobre tradición de inmuebles: artículos 756, 759 y 785 del C. C.

"Y si la sentencia de 18 de septiembre de 1941, por falta de registro estando sujeta a él, no tiene ningún valor probatorio; si no existe jurídicamente; si, en cambio, conserva el valor de plena prueba sobre su contenido la escritura número 152 de 12 de abril de 1934, de la Notaría de Guateque, porque ella sí se encuentra oportuna y debidamente presentada y registrada, la venta que en ella hizo José Angel Boada a Fideligna Boada produce todos los efectos jurídicos que las leyes le señalan y el estudio de títulos se desata en forma contraria a lo hecho en la sentencia acusada".

Considera la Corte:

La prueba a que alude el recurrente y que estima fue apreciada erróneamente por el Tribunal, es la copia de la sentencia proferida por el Juzgado del Circuito de Chocontá el 18 de julio de 1941 en el juicio que José Angel Boada adelantó contra Fideligna Boada de Munar y otra, sentencia en la cual el Juzgado declaró simulado el contrato de compraventa celebrado por escritura pública número 152 de fecha 12 de abril de 1934 entre los referidos José Angel Boada como vendedor y Fideligna Boada de Munar como compradora.

El cargo consiste en que el Tribunal incurrió en error de derecho al reconocerle a tal sentencia, que no fue registrada, el carácter de plena prueba para demostrar que el demandante Arturo Boada es dueño del predio objeto de la reivindiración.

La acusación es infundada, porque el dominio del inmueble en el demandante lo dedujo el Tribunal del análisis de los títulos y no de la aludida sentencia, la cual estimó solamente como prueba que corroborá la propiedad que José Angel Boada tenía en el predio "El Bosque" cuando se lo transfirió al demandante.

El Tribunal estudia los títulos alegados tanto por el demandante como por el demandado Robles y de ese estudio concluye lo siguiente:

"Los tres derechos que conforme al instrumento 59 de dos de febrero de 1947 tendría el demandado Robles en el bien objeto de la reivindicación, proceden a **non domino**, toda vez que Clemencia, María y Fideligna Boada no adquirieron nada en la estipulación que para ellas e Inés Boada pactaron Tulia Jiménez y José Angel Boada en la escritura 47 de 6 de febrero de 1934.

"En cambio, debido a que José Angel Boada, por virtud de la compra que hizo a Tulia Jiménez de los dos predios La Esmeralda y Las Llanadas, si era propietario de la parte llamada El Bosque, la transferencia que de ésta, con la denominación de

El Porvenir, efectuó en favor del demandante Arturo Boada Contreras, al tenor de la escritura 81 de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y seis extendida en Tibirita ante el Notario de Manta, que es el título en que funda la causa de sus peticiones, si es real, porque procede del verdadero dueño, ya que la tradición del dominio se cumplió con la inscripción de la escritura de venta".

Estudió también la prueba consistente en la copia de la sentencia de simulación proferida por el Juzgado del Circuito de Chocontá, a que alude el recurrente, y del auto proferido por el Tribunal en las diligencias de entrega de las fincas que como consecuencia del decreto de simulación debían volver al patrimonio sucesoral de José Angel Boada. Con referencia a estas pruebas dijo:

"Las providencias citadas constituyen plena prueba, según lo dispone el artículo 632 del C. Judicial, de que la venta de La Esmeralda y Las Llanadas hecha por José Angel Boada en la escritura 152 de 12 de abril de 1934 se declaró simulada, y, por tanto, corroborado el dominio que José Angel Boada tenía en El Bosque, cuando se lo vendió al demandante Arturo Boada Contreras el catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

"Concluye la Sala del estudio que acaba de hacer de las titulaciones presentadas por el demandante y los demandados que aquél ha demostrado ser el dueño del inmueble, objeto de la reivindicación".

Como se ve, el Tribunal halló demostrados el dominio del inmueble en el demandante con los títulos presentados por las partes, conforme al estudio cuidadoso que de ellos hace. La sentencia de simulación la estimó como prueba capaz de corroborar el derecho que José Angel Boada, antecesor del demandante, tenía sobre el bien que transfirió a éste y cuya reivindicación se demanda. Las pruebas en que el Tribunal se basó para estimar demostrado el derecho de dominio del actor, no han sido desvirtuadas ni atacadas en este recurso, por lo cual ese fundamento del fallo continúa en pie.

De consiguiente, aun cuando se aceptara que la aludida sentencia de simulación requería la formalidad del registro; que no se trajo la prueba de que se hubiera cumplido esa formalidad; que por ello carece de valor en juicio, y que el Tribunal incurrió en error de derecho al darle en esas condiciones valor de plena prueba, tal error no sería suficiente para infirmar el fallo, porque aún desaparecida o desestimada esa prueba los fundamentos de la decisión subsisten por tener su apoyo en otras probanzas.

El argumento de que por cuanto Robles no fue demandante ni demandado en el juicio en que se pronunció el decreto de simulación es un tercero a quien el fallo no obliga por no habérsele dado la publicación correspondiente mediante su registro, carece de fundamento, ya que la falta de registro de la sentencia, según doctrina reiterada de la Corte, no es obstáculo para su obligatoriedad y cumplimiento entre las partes. Quienes fueron litigantes en el juicio en que se dictó, o quienes derivan sus derechos o pretensiones de quien fue litigante, no pueden alegar con éxito que la sentencia no está registrada para evitar su alcance y cumplimiento, porque la fuerza obligatoria surge del fallo mismo, y la formalidad del registro de la sentencia que la ley exige mira a los fines de esa institución relacionados con terceros.

El demandado Robles deriva su derecho o su pretensión de Fideligna Boada de Munar, persona que fue precisamente la demandada en el juicio de simulación, y el contrato de compraventa entre estos celebrado es de fecha posterior a la de la sentencia de que se trata. Cuando la doctrina y la jurisprudencia han dicho que el decreto de simulación no produce efectos contra terceros, se refieren a los adquirentes de buena fe antes de decretarse la simulación, pero no podrían considerarse como terceros amparados por esa doctrina quienes con posterioridad a la sentencia que declara la simulación adquieren el derecho del simulante, aun cuando subsista el registro del título que se declaró simulado, por no haberse inscrito fallo.

En sentencia de 23 de marzo de 1957, no publicada aún en la GACETA, dijo esta Sala:

"Cuando la sentencia requiere inscripción o registro, la ausencia de este requisito no implica que aquélla, aun debiendo serlo, carezca de eficacia, como tal. Pues la ley, en esas circunstancias la priva de mérito probatorio en relación con terceros, pero se lo asigna contra las mismas partes. Esto, porque la sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para el futuro, sin que sea necesaria la formalidad del registro para esa determinación; él mira más a los terceros que a las partes que han litigado en el respectivo juicio. El registro de una sentencia es requisito completamente posterior a su expedición, pero sin que él modifique, ni menos desvirtúe la situación que entre las partes crea el fallo".

Respecto al certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de

Chocontá, que el recurrente acompañó a su demanda de casación, con el cual pretende demostrar que está vigente el registro de la escritura número 152 de 12 de abril de 1934 de la Notaría de Guateque, que contiene el contrato declarado simulado, y que no aparece registrada la sentencia que decretó la simulación de ese contrato, debe advertirse que no es procedente allegar en casación nuevos elementos probatorios, porque el debate queda terminado en las instancias, ya que el recurso de casación está encaminado exclusivamente a decidir las acusaciones que se formulen contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, por las causales establecidas en la ley. Esta ha sido doctrina constante de la Corte. En sentencia de casación de 12 de agosto de 1940 (G. J. 1964, pág. 3141), se lee: "Ha dicho repetidas veces esta Sala, que la Corte en Casación, no tiene facultad para estimar elementos probatorios que por primera vez y ante la misma se presentan al debate, porque éste queda cerrado con el fallo del Tribunal. Su misión es puramente doctrinal, y va también a reparar los agravios que infieran las sentencias pero teniendo en cuenta únicamente los fundamentos de hecho aducidos oportunamente; la sentencia recurrida en casación es la que constituye el hecho o la materia sujeta al debate en este recurso, a diferencia de lo que ocurre en las instancias de un juicio en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o hecho demandado; los jueces falladores califican el proceso en su integridad, la Corte, cuando no procede como Tribunal de instancia, juzga en la parte acusada y por las causales o motivos que legalmente se aduzcan".

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Error de derecho en la apreciación de una prueba.

"La sentencia es también violatoria de las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 764, inciso 2º, 768 y 769 del C. C., por haberle dado un valor probatorio distinto al que en sí tiene, al contenido de la escritura número 59 de 2 de febrero de 1947 de la Notaría de Manta".

Para sustentarlo dice el recurrente:

"Al efecto, el H. Tribunal sentenciador, al estudiar la situación del demandado señor Robles, concluye que su posesión es irregular y que para efectos de las prestaciones mutuas, se le debe considerar como poseedor de mala fe, 'porque entró a poseer todo el bien a sabiendas, según reza el título por el cual compró los derechos a Munar y a Boada de Munar...'. Ante los términos de la sentencia cabe la pregunta: ¿a sabiendas de qué entró Robles a poseer todo el bien? A sabiendas de que le vendían la finca de El Bosque, como cuerpo cierto, en su totalidad, y que le hicieron una entrega real, con una posesión que garantizaron los vendedores venir siendo pública desde hacía trece años.

"Interpretando como se interpretó ese contrato en sentido distinto a aquel en que el mismo contrato expone, se incurrió por el sentenciador en un error manifiesto de hecho, en la lectura e interpretación de la prueba, no teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1618, 1620, 1622 del C. C. error de hecho que lo llevó a violar directamente las disposiciones sustantivas que consagran los artículos 764, 765, 768, 769 del C. C. cometiendo así un error de derecho, sobre normas de orden públicó en lo tocante a la posesión y a la buena fe".

Agrega que el artículo 764 del C. C. establece que es posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe. Que el título exhibido por el demandado Robles es el contrato de compraventa que celebró con Rafael Munar y Fideligna Boada de Munar, de que hace mérito la escritura Nº 59 de 2 de febrero de 1947 de la Notaría de Manta, por la cual se le transfirió a Robles todo el bien materia del contrato, y no parte. Que se le hizo "la tradición de la posesión tanto en su aspecto material como en su aspecto formal de conformidad con las exigencias de los artículos 756 y 785 del C. C.". Que "existe una cadena de títulos debidamente registrados por los cuales aparecía que la finca de El Bosque se encontraba en cabeza de los que le vendieron a Robles tal bien, como cuerpo cierto, y le hicieron el traspaso de una posesión regular que contaba ya con varios años de existencia. En estas condiciones el título aparecía a los ojos del comprador como un título justo, y así se debe calificar. Lo contrario lleva a un error de derecho con el que se viola el artículo invocado".

Transcribe algunas definiciones de tratadistas sobre la buena fe y alega que "no otra cosa había venido teniendo Robles en su conciencia frente al dominio sobre el bien objeto de la litis. Pero el H. Tribunal pensando en forma muy moralista llegó a medir la conciencia a través del estudio de títulos, para encontrar que si Robles no podía tener más de 3/4 partes de justo título, la otra cuarta parte que había poseído sin él, viciaba moralmente el resto: como no se estaba en gracia en el

todo, había caído en pecado. Así se llegó a violar directamente el artículo 769 del C. C. por cuanto no existe prueba de la mala fe, y no se ha desvirtuado por tanto la presunción que favorece al demandado".

Concluye la sustentación del cargo así: "Ahora, habiendo tenido Robles buena fe al contratar, resultando con una posesión regular, obtuvo para sí un título justo capaz conforme al artículo 765 del C. C. de transmitirle el dominio pleno sobre el bien materia de la litis, derecho oponible al actor, por lo cual la sentencia acusada violó el artículo 946 del C. C. por reconocer la acción de dominio en el actor contra el verdadero dueño; el 769, en cuanto a la calificación de la buena fe, y los artículos 963 y 964 del mismo Código Civil, en cuanto a las obligaciones mutuas".

Considera la Corte:

El Tribunal dice en su fallo: "Para los efectos de las prestaciones mutuas como son frutos, deterioros o mejoras, Robles debe ser considerado como poseedor de mala fe, porque entró a poseer todo el bien a sabiendas, según lo reza el título por el cual compró los derechos de Munar y Boada de Munar, de que estos pretendían solamente derechos sobre las tres cuartas partes no sobre todo el predio. Por tanto, el aparte 3º que dispone debe considerarse a la parte demandada como poseedora de buena fe, debe también reformarse en el sentido expresado". El Tribunal se refiere al aparte 3º del fallo de la primera instancia.

Este concepto del juzgador es el atacado en el cargo que se estudia. El recurrente formula el cargo por error de derecho en la apreciación de la prueba contenida en la escritura número 59 de 2 de febrero de 1947 de la Notaría de Manta y lo hace consistir en que el Tribunal dio a esa prueba "un valor probatorio distinto al que en sí tiene", pero no indica cuál fue el valor probatorio que le asignó, ni señala la disposición legal sobre régimen probatorio que el fallador hubiera infringido por razón de esa valoración, indicaciones imprescindibles para la prosperidad del cargo, porque sin ellas se carece de los necesarios extremos para que la Corte pueda hacer la confrontación que le permita establecer si se incurrió en el error de derecho imputado y si a consecuencia de ese error se infringió la ley sustantiva.

En forma reiterada la Corte ha exigido la indicación de esos extremos para el estudio del cargo por error de derecho. En recientes fallos ha dicho:

"En tratándose de error de derecho en la apreciación de las pruebas, para producirse la violación de la ley sustantiva, es menester que se produzca ante todo el agravio de los preceptos legales sobre la tarifa de los medios probatorios, según los hechos que se trata de establecer para saber si las pruebas aducidas responden o no a esa tarifa. En esta valoración puede equivocarse el Tribunal, bien otorgando a una prueba el valor de que carece, ora desconociéndole el que tiene según el derecho probatorio; mas para saber esto en casación es indispensable indicar la disposición legal precisa violada por haber atribuído a determinada prueba un valor que aquélla no le da, o por haberle negado el que le da. No hay, no puede haber error de derecho en la estimación de las pruebas, sin tal indicación exacta, porque el error tiene que resultar precisamente de enjuiciar la apreciación del Tribunal ante los textos de la ley que consagran los medios probatorios, su tarifa y su valor. Sin esta confrontación, es imposible saber, primero, si hay error en la estimación de una prueba, y, luego, si el error golpea sobre los textos objetivos que consagran el derecho sustancial cuya efectividad se persigue ante los jueces". (Casación, septiembre 29 de 1954. G. J. 2146, pág. 690).

"El error de derecho en la apreciación de una prueba resulta de la confrontación del mérito reconocido o negado a esa prueba en la sentencia, con el mérito que tiene o de que carece según un texto legal determinado. Si el valor que le atribuye la sentencia es el mismo que le señala ese texto, no hay error de derecho; si es distinto, hay error de derecho. De consiguiente la confrontación no puede hacerse en casación sino con las disposiciones legales sobre pruebas, esto es, las que establecen su tarifa y su valor". (Casación, octubre 19 de 1954, G. J. 2147, pág. 889).

"Todo error de derecho en la apreciación de pruebas implica una doble infracción legal: la del precepto de orden probatorio, que el sentenciador desatendió dando a la prueba un valor que no tiene, o negándole el que tiene; y la de los preceptos tocantes al fondo de la acción. Si, pues, cuando en casación se acusa por esta clase de error no se cita el precepto de orden probatorio, es imposible saber si en la estimación de la prueba que se dice fue mal apreciada se incurrió en error de derecho". (Casación, abril 30 de 1955. G. J. 2153, pág. 109).

"El error de derecho que se configura en darle a la prueba un valor que legalmente no tiene o negarle el que le corresponde, para que prospere en casación es menester indicar qué disposiciones del procedimiento sobre el valor de la prueba han

sido infringidas para que sea tomada en cuenta la violación indirecta de los preceptos sustantivos". (Casación, julio 16 de 1955. G. J. 2155, pág. 707).

"Si el error de derecho supone necesariamente la violación de preceptos legales sobre pruebas, es preciso, para que el cargo por error de derecho sea viable en casación, que el recurente diga cuáles son las disposiciones de esa natualeza que se han violado por el sentenciador". (Casación, agosto 31 de 1955. G. J. 2157, pág. 89).

"Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando se impugna una sentencia por infracción indirecta de la ley sustantiva, a consecuencia de un error de derecho en la estimación de las probanzas, incumbe al recurrente demostrar que el fallador quebrantó las disposiciones legales que señalan la tarifa probatoria, para lo cual debe citar precisamente en su demanda tales disposiciones que indiquen la **violación-medio**, junto con las normas sustantivas atinentes al fondo del negocio. Si el recurrente no cita en su demanda de casación las normas legales sobre régimen probatorio violadas, ella debe rechazarse de plano". (Casación, febrero 8 de 1956. G. J. 2163, pág. 28).

Por no haber indicado el recurrente el precepto legal sobre pruebas violado por el Tribunal, el cargo por error de derecho no es viable. Mas como en la sustentación del cargo dice también que el Tribunal interpretó el contrato contenido en la escritura número 59 de 2 de febrero de 1947 de la Notaría de Manta en sentido distinto de aquel que el mismo contrato expone, incurriendo así en error de hecho manifiesto, conviene agregar lo siguiente:

La buena fe, según el artículo 768 del Código Civil, es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. Es, pues, un elemento moral que pertenece al fuero interno del poseedor. La estimación que el sentenciador hace sobre hechos morales, ha dicho la Corte, no puede ser desatendida por ésta en casación, sino por prueba evidente en contrario, desatendida por el Tribunal.

"Por buena fe entienden los expositores la opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y por mala fe el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia. Cuestiones ambas de conciencia, en que por no aparecer generalmente de manifiesto, ninguna regla o cartabón puede establecer la legislación civil sobre ella, y queda al buen criterió del juzgador definirlas en caso concreto'. (Casación, septiembre 30 de 1924, T. XXXI, pág. 111).

De las anteriores razones depende la relativa autonomía de los falladores de instancia en la apreciación de la buena o mala fe del poseedor, apreciación que sólo puede ser variada en casación cuando se demuestre que el Tribunal ha incurrido en error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas de que se sirvió para calificar la buena o mala fe del poseedor. No es suficiente afirmar que el contrato de compraventa se interpretó en sentido distinto de aquel que el mismo contrato expone, para obtener éxito en la acusación, sino que es necesario demostrar que de la prueba señalada surge la evidencia contraria al concepto del juzgador, lo que no ocurre en el caso presente.

De consiguiente, el cargo no prospera.

Tercer cargo

En tercer lugar se acusa la sentencia del Tribunal por no estar en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, fundando el cargo en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Para sustentarlo dice el recurrente que la sentencia de primera instancia sólo fue apelada por la parte demandada, la que tiene derecho de conformidad con la norma contenida en el artículo 494 del C. J. a que no se le agrave su situación, ya que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante. Que no habiendo apelado el actor, se aceptó por éste el numeral 3º de la sentencia de primera instancia, que dice: "Para los efectos de la restitución de los frutos naturales y demás prestaciones mutuas, la parte demandada se considerará como poseedor de buena fe".

Y agrega: "Es pues, ésta una pretensión que en el juicio estaba aceptada y oportunamente deducida por las partes: por el actor, por cuanto no habiendo apelado contra esa sentencia aceptó la calificación que en ella se daba al demandado, aun cuando en la demanda hubiera pedido otra cosa. O como dicen los procesalistas: para el actor en esa forma quedó nuevamente trabada la litis. Y para el demandado, pues, aun cuando apeló no le era tan desfavorable y el Tribunal la agravó violando de paso el artículo atrás citado, violación que consagró en el punto segundo de la sentencia, al declarar al demandado Robles como poseedor de mala fe para las prestaciones mutuas. El Tribunal como fallador de instancia hubiera podido entrar a calificar ese punto como lo hizo, únicamente en el caso de que el fallador de primera no hubiera resuelto nada con relación al punto

petitorio de la demanda. Mas como el juez a-quo hizo la calificación, ella ya era inmodificable en virtud de que fue aceptada por el actor".

Considera la Corte:

Se trata de un caso evidente de reforma de la sentencia de primer grado en perjuicio del único apelante. Sobre esta materia ha dicho la Corte:

"La reformatio in pejus ha sido admitida por la jurisprudencia para sustentar las causales de casación 1ª, 2ª y 6ª. La primera —violación de la ley— especialmente, según casaciones de 25 de mayo de 1949 (LXVI, 93) y 20 de abril de 1950 (LXVIII, 174); la segunda —incongruencia— fue aceptada en sentencia de 11 de mayo de 1948 (LXIV, 126); y la sexta —nulidad no subsanada— si bien la niega la sentencia de 20 de abril de 1950 (LXVIII, 174) la recibe la de 17 de julio de 1954 (LXXVIII, 85). La primera es la que más se aviene con la naturaleza de la reformatio in pejus, que el artículo 494 del C. J. consagra, pues la enmienda del fallo de primera instancia que empeora el emplazamiento procesal del recurrente, agravia directamente dicho texto, de claro alcance sustantivo. Mas, también es incongruente el fallo que se pronuncia por fuera de la relación procesal modificada por las partes; y adolece igualmente de nulidad, por falta de jurisdicción, ya que el Superior carece de ella para juzgar sobre cuestiones a que debe aplicarse la autoridad de la cosa juzgada". (Casación, marzo 28 de 1955, J. G. 2151, pág. 808).

En sentencia de casación de fecha catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL, la Sala hizo un detenido estudio sobre la causal de casación que debe invocarse cuando ocurra la figura jurídica de la reformatio in pejus, estudio del cual concluyó:

"En cuanto a la causal primera, invocada ad cautelam por el recurrente, la Sala estima que el artículo 494 del C. J. es norma de carácter sustantivo que consagra un derecho a favor del apelante que consiste en prohibir que se corrija en perjuicio suyo la providencia materia de la alzada, y la violación de un precepto sustantivo sólo es atacable eficazmente con apoyo en la causal primera. De consiguiente, la Sala reitera la doctrina contenida en los fallos de 23 de mayo de 1949, 17 de julio de 1954 y 28 de marzo de 1955 referentes a que la reformatio in pejus se debe acusar en casación por medio de la causal primera".

El recurrente formula el cargo por inconsonancia con apoyo en la causal segunda del artículo 520 del C. J., pero al fundamentarlo manifiesta expresamente que el Tribunal violó el art. 494 del Código citado al agravar la situación del único apelante de la sentencia de primer grado, con lo cual ataca el fallo por el motivo señalado en el numeral primero del artículo 520 citado, ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, y así debe entenderse aun cuando no haya hecho especial referencia a ese motivo.

El formulismo de la casación, con ser tan riguroso, no puede llegar hasta desatender un cargo que se aduce con razón, con el solo argumento de que el motivo alegado no se funda en la precisa causal que le corresponde, máxime si se considera que la misma Corte no ha mantenido un criterio unánime sobre la causal que debe ser alegada en el caso de la reformatio in pejus. Desatendiendo el rigorismo, esta Sala ha encontrado viable un cargo, aun cuando se indique causal distinta a la existente, si al fundamentarlo el recurrente lo justifica debidamente. En sentencia de casación de 26 de abril de 1938, G. J. 1934, pág. 318, se expresa así:

"Y no puede decirse que, no habiendo aducido esta causal sino el motivo primero antedicho, no puede admitirse el cargo porque el juzgador, si entiende su misión en conciencia, a que eficaz y expresamente concurre el artículo 472 del C. J., no puede desoír un cargo por la circunstancia de no habérsele denominado bien o de no haberse ubicado, por decirlo así, en el preciso numeral que le corresponde, si, por otra parte, al considerarlo en sí mismo y en sus fundamentos, lo encuentra justificado. Esta manera de proceder tiene precedentes en su abono y respaldo. Por ejemplo la sentencia de la Corte de 29 de octubre de 1937, la cual en párrafo alusivo al artículo 520 del C. J. y en situación del todo análoga a la presente, dijo: 'Empero aunque el recurrente no cita numeral distinto del 1º tantas veces aquí recordado, se halla que en verdad aduce el segundo de los varios motivos allí establecidos, o sea el de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", como pasa a verse, sin que pueda echarse menos la cita precisa de ese numeral 2º o al expresión ritual de este motivo, porque, como es sabido, en nuestro derecho no existen fórmulas sacramentales y porque cuando un motivo dado se formula y aduce claramente, la Corte sacrificaría el derecho a la fórmula si se abstuviera de considerarlo en virtud de aquella omisión".

Ya se dijo que el recurrente además de la in-

consonancia alegó la infracción directa del artículo 494 del C. J., lo cual es suficiente para que prospere el cargo, aun cuando no se hubiera citado la causal primera de casación, ya que evidentemente el juzgador de la primera instancia calificó a los demandados como poseedores de buena fe y habiendo sido la parte demandada la única apelante, el Tribunal reformó la sentencia del Juzgado para calificar al demandado Robles como poseedor de mala fe, sin que tal modificación a esa parte del fallo fuera indispensable porque tuviera relación íntima con otras modificaciones de la sentencia. De consiguiente violó el Tribunal el artículo 494 del Código Judicial en el numeral segundo de su fallo, por lo cual debe ser casado parcialmente para enmendar ese error.

Las razones expuestas para infirmar parcialmente el fallo recurrido sirven a la vez de motivación a la sentencia que corresponde a la Corte dictar como Tribunal de instancia.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 16 de enero de 1956 en el juicio reivindicatorio seguido por Arturo Boada contra Rafael Munar, Fideligna Boada de Munar y Juan de Jesús Robles, en lo relacionado con el punto segundo de la parte resolutiva de esa sentencia, que declara al demandado Robles como poseedor de mala fe, y en su lugar, obrando como tribunal de instancia, confirma el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chocontá el 17 de febrero de 1953, en este mismo negocio, en cuanto dispone que para el efecto de la restitución de los frutos naturales y civiles, como de las demás prestaciones mutuas que favorecieren tanto a la parte demandante como a la parte demandada vencida, se considerará a ésta como poseedor de buena fe, pudiendo hacer valer sus derechos en la forma como lo determina el artículo 553 del C. J. por no haberse establecido dentro del mismo juicio.

A excepción del aparte segundo aludido, en todo lo demás queda en firme la sentencia del Tribunal.

No hay lugar a condenar en costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar—Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas—Juan Manuel Pachón Padilla—Francisco de P. Vargas V. — El Secretario, Jorge Soto Soto.

ELEMENTOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA. — PARA EL EXITO DE ESTA ACCION ES INDISPENSABLE QUE QUIEN LA EJERCITE PRUEBE DE MODO CUMPLIDO LA PROPIEDAD DE LOS BIENES RECLAMADOS. — ES INEFICAZ LA ACCION QUE NO EXPRESA LOS LINDEROS, O QUE NO SE ESTABLECEN EN EL JUICIO, DE LA PORCION O PORCIONES DE TIERRA QUE SE PRETENDE REIVINDICAR

Si no fuera por el natural interés de los litigantes, difícil sería, después de la reiterada y divulgada jurisprudencia de la Corte, continuar olvidando, como con manifiesta frecuencia se olvida, por aquéllos y por los sentenciadores de instancias, que la acción reivindicatoria requiere para su éxito, no sólo la prueba del dominio de la cosa que haya de reivindicarse, sino su perfecta y expresiva identificación, y no sólo estos dos elementos, sino todos y cada uno de los considerados como necesarios y que la ley, la doctrina y la jurisprudencia tienen previstos bajo la denominación de axiológicos de la acción reivindicatoria. De tal manera que en el estudio de la procedencia o improcedencia de esta acción se ha de examinar ante todo y principalmente, la concurrencia de esos elementos, bastando la falta de uno cualquiera de ellos para desestimarla, sin necesidad en tal supuesto, de proceder a comparar las respectivas situaciones jurídicas y los títulos del actor y del demandado, al efecto de determinar la preferencia entre ellos, comparación que sería estéril por lo ineficaz, toda vez que no probando el actor su acción debe ser absuelto el demandado, aunque carezca de todo título o sea inferior al de aquél. .....

..De acuerdo con los principios de derecho positivo que rigen la acción de dominio o reivindicatoria, la Corte, viene declarando con obligada insistencia que para el éxito de esta acción, es indispensable que quien la ejercite pruebe de modo cumplido el título de dominio de los bienes reclamados, acreditando no sólo el derecho a virtud del cual se adquirió la cosa, sino además, el dominio actual de ella, la identidad de la cosa o cosas, de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuáles sean, y la posesión de las mismas por parte del demandado.

Siendo dos las personas demandadas y las que ejecutan, cada una para sí y sobre el mismo terreno, en forma excluyente, actos que pueden calificarse como manifestaciones de posesión por implicar el ánimo de apoderarse para sí, respectivamente de ese terreno, sin que medie vínculo de comunidad alguno, y que por otra parte, poseen lotes o parcelas distintos o separados, es ineficaz la acción reivindicatoria que no expresa los linderos, o que no se establezcan en el juicio, de la porción o porciones de tierra que se pretende reivindicar. No basta expresar que esos lotes forman parte del globo del demandante cuyos linderos generales se expresan o determinan en el juicio; y porque, en estas circunstancias, es notorio en el proceso que el inmueble que se pretende reivindicar, no está singularizado con las circunstancias que son precisas, perfectamente identificadas a tal punto, que por no ser dable determinar que la cosa sea la misma discutida, falta la justificación del título en que la reivindicación se apoya.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes:

El señor Pedro Brito Ojito, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga, como comunero con la señora Agripina v. de Fernández de la finca "La Pureza", en la proporción de dos terceras partes del demandante y la otra tercera parte de aquélla, "a los señores Mitrídates Campo Ruiz y Aristides Campo Ramírez, mayores y de este vecindario, en su condición de únicos poseedores en

común de dicha finca y de administradores únicos y conjuntos de dicha comunidad, para que, mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y con audiencia de dichos demandados, SE FALLE:

"1º Que, desde el día cuatro (4) de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos (1942) hasta el día siete (7) de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), las señoras Emelina Ruiz v. de Henríquez, Esther Ruiz v. de Campo y Agripina Ruiz v. de Fernández fueron comuneras exclusivas, en cuotas iguales, de la finca de árboles frutales y de bananos denominada "La Pureza", y del terreno donde se halla, de cuatro hectáreas más o menos de cabida, situada en la región de Córdoba, en comprensión de este distrito, así alinderada: Norte, finca bananera "La Mina", antes de Ramón Jimeno, hoy de Gabriel González de la Hoz; Sur, finca bananera de Carlos Montalvo; Este, en parte, camino en medio, finca bananera antes de Cayetano Jimeno, hoy de Andrés Jimeno; y en otra parte, finca bananera de Francisca D. de Durán; y Oeste en parte, finca bananera de Isabel C. de Juvinao; en otra parte, finca bananera de propiedad de la Magdalena Fruit Company, poseída por Agripina Ruiz v. de Fernández; y otra parte, finca bananera de propiedad de la Magdalena Fruit Company, poseída antes por Esther Ruiz v. de Campo, hoy por Isabel Pérez.

"La finca que se acaba de describir es la misma inventariada y avaluada en el juicio de sucesión de Clementina Ruiz, que se ventilaba entonces en el Juzgado 2º de este Circuito, en diligencia de 28 de octubre de, 1943, en cuyo acto se afirma que tiene seis (6) hectáreas de cabida y estos linderos, que son errados en parte: Norte, finca de Esther Ruiz v. de Campo y de Andrés Jimeno; Sur, terrenos de Carlos Montalvo; Este, finca de Francia Durán; y Oeste, finca de Agripina Ruiz v. de Fernández y de Esther Ruiz v. de Campo.

" "La finca dicha es también la misma cuyo secuestro se decretó en el aludido juicio de sucesión de Clementina Ruiz, en auto de 13 de noviembre de 1944, cumplido en diligencia de secuestro de 28 de noviembre de 1944.

" "2º Que, desde el día ocho (8) de noviembre inclusive de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) y hasta ahora, ininterrumpidamente, mi mandante Pedro Brito Ojito como causahabiente de los derechos de Emelina Ruiz v. de Henríquez y de Esther Ruiz v. de Campo sobre la finca descrita en el punto precedente y como causahabiente de los derechos de la Magdalena Fruit Company sobre la misma finca, con efecto retroactivo, según se expresará en hechos de esta demanda, y Agripina Ruiz v. de Fernández, como causahabiente de los derechos de Clementina Ruiz sobre la finca descrita en el mismo punto precedente y como causahabiente de los derechos de la Magdalena Fruit Company sobre la misma finca, con efecto retroactivo igualmente, han sido los únicos dueños en comunidad de la finca mencionada y de su terreno, así: mi mandante, de las dos terceras partes de tal finca; y la señora Agripina Ruiz v. de Fernández, de la otra tercera parte.

" "3º Que en consecuencia, debe condenarse, y se condena, a los demandados, en su carácter de únicos poseedores en común de la finca descrita, **por partes iguales, y de administradores conjuntos** de dicha comunidad, a restituír a la comunidad constituída por mi mandante Pedro Brito Ojito y Agripina Ruiz v. de Fernández la finca descrita dentro del plano que fije la sentencia.

" "4º Que debe condenarse, y se condena, a los demandados, en su carácter de poseedores de mala fé, en forma solidaria, a restituír a la comunidad constituída por mi mandante y Agripina Ruiz v. de Fernández los frutos civiles de la finca mencionada desde el veintiseis (26) de abril de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) inclusive hasta la fecha de la restitución; y no sólo los percibidos y que se perciban hasta la restitución, sino los que la comunidad demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la finca en su poder.

" "5º Que se condene en costas a los demandados".

El actor en la fundamentación de la demanda sostiene, en síntesis:

Que la señora Clementina Ruiz adquirió por escritura pública Nº 220 de 15 de septiembre de 1921 de la Notaría Segunda del Circuito de Ciénaga, debidamente registrada el 19 del mismo mes, una finca cultivada de bananos, cacao y árboles frutales, de once y media cabullas, equivalentes a trece hectáreas nueve mil ciento cincuenta metros cuadrados (H. 13-9.150 m. c.) situada en la región d eCórdoba, en comprensión de este Distrito, con los linderos señalados en ese instrumento; que los títulos anteriores a la mencionada escritura los constituyen los números 1.857, 39 de 1904, 123 y 135 de 1906 y 69 de 1919, todas debidamente registradas.

Que Clementina Ruiz vendió dos porciones determinadas, o sea dos cuerpos ciertos, de la finca descrita anteriormente según escrituras números 11 y 14 de 1922 a la señora Agripina Ruiz v. de

Fernández y Esther Ruiz v. de Campo, reservándose la vendedora la porción restante de la finca a que se refiere la escritura 220 citada, finca que luego fué denominada "La Pureza", "descrita en el punto 1º de la parte petitoria de la demanda".

Que Clementina Ruiz vendió, con pacto de retroventa, a la United Fruit Company, según contrato que recoge la escritura pública 589 de 4 de diciembre de 1925, de la Notaría Primera de Santa Marta, debidamente inscrita el 17 del mismo mes, con plazo de cuatro años para el recobro, la finca "La Pureza" de que se habla anteriormente; que vencido este plazo sin que la señora Ruiz hiciera uso del derecho de recobro la United Fruit Company quedó definitivamente dueña de la finca, y posteriormente la Magdalena Fruit Company, sucesora de aquélla por escrituras números 249 de 1943 y 101 de 12 de abril de 1936, celebró contratos sobre el usufructo de la finca y promesa de venta, respectivamente, contrato éste último que no cumplió la señora Ruiz, quedando la finca de propiedad de la Magdalena Fruit Company desde el 11 de abril de 1941, pero continuando la señora Ruiz con la posesión material del inmueble hasta el 4 de diciembre de 1942 día de su muerte.

Que fallecida Clementina Ruiz, entraron en posesión de la finca "'La Pureza", sus herederos Emelina Ruiz v. de Henríquez y Esther Ruiz v. de Campo y Agripina v. de Fernández. Y así, en el juicio de sucesión de la primera de las nombradas fueron reconocidas como sus herederas, en su condición de hermanas, las últimas, y se relacionó e inventarió como bien relicto el que es objeto de la demanda, y además, se dictó decreto sobre posesión efectiva de la herencia a favor de las herederas reconocidas, quienes, excepto Agripina Ruiz v. de Fernández, por escritura pública Nos. 198 de 8 de noviembre de 1945 y 53 de 1º de marzo de 1947, vendieron a Pedro Brito Ojito, las dos terceras partes proindiviso de sus derechos herenciales vinculados en la finca "La Pureza", en la cual se afirmó pertenecer a la sucesión de Clementina Ruiz.

Que según escritura pública Nº 36 de 5 de abril de 1949, la Magdalena Fruit Company vendió a Pedro Brito Ojito y Agripina Ruiz v. de Fernández, en la proporción de dos terceras y una tercera parte, respectivamente el derecho de dominio que había adquirido en la United Fruit Company sobre la finca a que se ha hecho alusión antes. Pero, que antes de otorgarse la escritura anterior, y dentro del juicio de sucesión de Clementina Ruiz, al practicarse la diligencia de cambio de secuestre de la finca "La Pureza", Aristides Campo Ramírez, uno de los demandados, formuló oposición como poseedor material de aquella finca alegando haberlo sido antes y después de la muerte de la señora Clementina, oposición que fué admitida y por tanto quedó en su poder la dicha finca.

Surtido el traslado de la demanda, los demandados se opusieron a ella, y propusieron las excepciones dilatorias de "inepta demanda prevista en el numeral 2º del artículo 333 del Código Judicial". Consistente ésta, en el hecho de que la demanda está dirigida contra "la comunidad formada por los demandados, entidad jurídica distinta de cada uno de éstos, y quienes son poseedores de parcelas distintas y separadas por cercas medianeras", y que por tanto, la demanda debió dirigirse contra "cada uno de los demandados, especificando por sus linderos las parcelas que cada uno ocupa". Y la de inepta demanda contemplada en el numeral 1º del artículo 333 citado, consistente en que aquélla —la demanda— no llenaba los requisitos del artículo 205 ibidem, en cuanto que se olvidó señalarse en ella la cuantía de la acción.

Las excepciones fueron falladas adversamente a los excepcionantes. La primera porque no habían demostrado no ser comuneros, estando la carga de la prueba a su cargo y además, por tratarse de una cuestión de fondo y no de simple procedimiento; y la segunda, porque la demanda sí contiene el señalamiento de su cuantía, aún cuando no en máquina pero sí en manuscrito.

Concretada en estos términos las pretensiones de las partes, se desarrolló la acción de dominio hasta finalizar la primera instancia del juicio con sentencia de 31 de mayo de 1954, en que se reconoció la propiedad de la comunidad formada por la parte demandante, se condenó a los demandados personalmente a la restitución del inmueble, al pago de los frutos civiles y naturales, como poseedores de buena fé a partir de la notificación de la demanda, y al de las costas del juicio, y reconociéndoles derecho al valor de los cultivos establecidos por ellos —los demandados— en la finca, en el período comprendido entre el 4 de diciembre de 1942 y el 24 de noviembre de 1949. En cuanto a la regulación de los frutos y de las mejoras se dispuso estarse a lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial.

La apelación de las partes dio lugar a la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta, la cual la finalizó con la sentencia de 30 de septiembre de 1955, la que reformó la de primer grado y en su lugar decidió:

"1º Refórmase el numeral 1º de la parte resolutiva, así:

"Declárase que, desde el día cinco (5) de abril, inclusive de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta la fecha, Pedro Brito Ojito y Agripina Ruiz v. de Fernández, como causahabientes a título singular de los derechos de la Magdalena Fruit Company, han sido los únicos dueños, en comunidad de la finca "La Pureza", situada en la región de "Córdoba", en comprensión del Distrito de Ciénaga, así alinderada: Norte, finca bananera "La Mina", antes de Ramón Jimeno, hoy de Gabriel González de la Hoz; Sur, finca bananera antes de Cayetano Jimeno, hoy de Andrés Jimeno; y parte, finca banarera de Francisco D. de Durán; y Oeste, en parte finca bananera de Isabel C. de Juvinao; en otra parte, finca bananera de propiedad de la Magdalena Fruit Company, poseída por Agripina Ruiz v. de Fernández; y en otra parte, finca de propiedad de la Magdalena Fruit Company, poseída antes por Esther Ruiz v. de Campo, hoy por Isabel Pérez. La proporción de los derechos es como sigue: dos terceras partes corresponden a Pedro Brito Ojito y una tercera parte a Agripina Ruiz v. de Fernández.

"2º Refórmese el numeral 3º de la parte resolutiva, así:

"CONDENASE a los señores Mitrídates Campo Ruiz y Aristides Campo Ramírez, ambos mayores y vecinos de Ciénaga, a restituír a la comunidad formada por Pedro Brito Ojito y Agripina Ruiz v. de Fernández la finca descrita en el punto anterior.

"3º Refórmase el numeral 3º así:

"CONDENASE a los señores Mitrídates Campo Ruiz y Aristides Campo Ramírez a restituír a la comunidad formada por los señores Pedro Brito Ojito y Agripina Ruiz v. de Fernández los frutos naturales de la finca mencionada en el numeral 1º de la parte resolutiva de este fallo desde el día cinco (5) de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) día desde el cual se le declara dueños, hasta la fecha de la restitución, de acuerdo con el artículo 964 del Código Civil, o sea que si no existieren tales frutos, deberán el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.

"4º Refórmase el numeral 4º de este modo:

"Reconócese a favor de los demandados señores Mitrídates Campo Ruiz y Aristides Campo Ramírez el valor de los cultivos fomentados antes de la muerte de la señora Clementina Ruiz o sea antes del 4 de diciembre de 1942, y con derecho a retenerlos hasta que le sean pagados. Para la regulación del valor de los cultivos se tendrá en cuenta el art. 553 del Código Judicial

"5º Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ciénaga en el sentido de que cancele la inscripción en el Libro de Demandas Civiles que hizo el 8 de noviembre de 1949, Tomo I. Partida Nº 8, folio 5v. con motivo del presente juicio.

"En esta instancia no se condena en costas por haberse reformado la sentencia en todas sus partes".

Como razones fundamentales de su fallo, el Tribunal advierte, después de una relación detallada de todas las incidencias de la actuación, que "son elementos esenciales en el juicio de reivindiación o acción de dominio, según el artículo 946 del Código Civil, la doctrina de los expositores y la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, los siguientes: 1º Derecho de dominio en el demandante; 2º Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 3º Posesión material en el demandado; y 4º Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída. Si alguno de estos elementos llegare a faltar, el juicio o la acción no prospera".

Estudia el sentenciador cada uno de aquellos elementos en relación con las pruebas aportadas al juicio por las partes, comenzando por el del "Dominio en el demandante", aspecto desde el cual considera los distintos títulos exhibidos por el actor para llegar a la conclusión de que: "El dominio del demandante señor Brito Ojito se encuentra plenamente establecido en la finca "La Pureza" como condueño en unión de la expresada señora Agripina Ruiz v. de Fernández".

Continúa el Tribunal, en seguida, el análisis del elemento "Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular", y afirma que: "de conformidad con el art. 949 del Código Civil se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular", que "el señor Pedro Brito Ojito, tiene derecho de dominio en la finca "La Pureza" en forma de copartícipe o sea como cuasi contrato que es el existente, el derecho de los copartícipes está vinculado a la cosa común "sin dividirla de modo que toda entera corresponda a todos sin que ninguno pueda designar su parte". Por ello ha podido promover este juicio".

Después de una nueva relación de los títulos a

partir de la adquisición de la finca demandada por la señora Clementina Ruiz, pasando por el juicio sucesorio de ésta, las ventas de los derechos herenciales de sus herederas vinculados a ese inmueble, así como la de aquélla a la United Fruit Company, la de ésta a la Magdalena Fruit Company y por último la de ésta a los señores Pedro Brito Ojito y Agripina Ruiz v. de Fernández, remata sus consideraciones el sentenciador así: "Como se vio arriba, los señores Ruiz vendieron al señor Brito Ojito "cosa ajen", pero quedó revalidado su título cuando la Magdalena Fruit Company le traspasó todos sus derechos a dicho señor Brito Ojito y a la señora Ruiz v. de Fernández (escritura 36 de 5 de abril de 1949, folios 10 a 19 cuaderno Nº 1, inscrita el 9 de mayo del mismo año)".

"Quedaron, pues, los señores Agripina Ruiz v. de Fernández y Pedro Brito Ojito dueños de la finca "La Pureza", en comunidad, en cuotas proindivisas, o sea la primera con una cuota proindivisa, y dos cuotas partes proindivisas el segundo (Brito Ojito).

"Está perfctamente probado que el señor Brito Ojito, demandante, tiene acción para promover este juicio, en su carácter de comunero, de dos cuotas proindivisas en la finca "La Pureza", de ahí que pueda reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (artículo 949 CC.)"

En relación con "la posesión material en los demandados", el Tribunal dijo: "Aunque el apoderado de los demandados negó todos los hechos del libelo, en el curso del juicio los demaandados se presentaron ccmo ocupantes o poseedores de la finca "La Pureza".

Analiza el Tribunal las pruebas consistentes en declaraciones de testigos, actuaciones judiciales practicadas en el juicio de sucesión de Clementina Ruiz, para afirmar "con declaraciones de testigos y providencias de autoridades del órgano judicial han comprobado los demandados Campos que están ocupando o están en posesión de la finca "La Pureza", que reclama el demandante, señor Brito Ojito, como de la comunidad formada por la señora Agripina Ruiz v. de Fernández y él".

"Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída. En la demanda se pide la entrega de la finca "La Pureza" para la comunidad integrada por los señores Agripina Ruiz v. de Fernández y Pedro Brito Ojito, señalando unos linderos que se consideran errados por el demandante en la petición 1ª aparte segundo, foja 70 v. del Cuaderno Nº primero o principal, pero que al estudiarlos en el Capítulo 1º "Dominio en el demandante" de este fallo, se llegó a la conclusión de que los linderos quedaron determinados o aclarados, en vista de las pruebas presentadas en el juicio sucesorio de la señora Clementina Ruiz y de la inspección ocular practicada dentro de este juicio reivindicatorio, el 29 de septiembre de 1952 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga y los ingenieros Godofredo Armenta y Manuel Rovira Bolaño, quienes llegaron a la conclusión de que el Croquis levantado en un incidente para establecer si los señores Mitrídates y Aristides Campo eran poseedores de los cultivos que existían en la finca "La Pureza" y que compraron con los linderos de dicha finca en la mencionada inspección ocular el 29 de septiembre dicho (folios 127 v.a 130, Cuaderno Nº 8), "son iguales a los determinados y señalados en el plano presentado por el Juzgado".

"Del aludido plano o croquis y de la inspección ocular mencionados se desprende que los linderos de "La Pureza" cuya reivindicación se solicita, son: NORTE, terreno de la finca "La Mina" ocupado antes por el señor Ramón R. Jimeno y actualmente (cuando se practicó la inspección) por el señor Gabriel González de la Hoz; ESTE, terrenos de Andrés Jimeno y de Francisca D. de Durán; SUR, terrenos de Carlos Montalvo; y OESTE, terrenos de Manuel Juvinao, Agripina Ruiz v. de Fernández y Esther Ruiz de Camó. Estos linderos son los determinados en el libelo, petición primera, que es la misma tierra demarcada con las colindancias indicadas en los Inventarios y Avalúos de los bienes de la sucesión de la señora Clementina Ruiz (f. 21, Cuaderno Nº 1º) de 28 de octubre de 1943 y de que se habla en el decreto de posesión efectiva de la herencia, representada por las señoras María Emelina Ruiz v. de Henríquez, Esther Ruiz v. de Campo y Agripina Ruiz v. de Fernández.

"Como se dijo arriba, los demandados vienen discutiendo la posesión de la tierra en litigio, desde que se ventilaba el juicio sucesorio de la señora Clementina Ruiz, cuando el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga por auto de 15 de abril de 1948, los declaró legítimos poseedores de los cultivos de bananos no mayores de cinco años existentes en la finca "La Pureza", de propiedad de la sucesión de la señora Clementina Ruiz, habiendo sido reformado ese auto por el de 18 de agosto de 1948, dictado por el Tribunal por el cual se decidió que "debe considerarse como de la sucesión de Clementina Ruiz, la finca de que se trata con sus plantíos, con exclusión

del banano nuevo que allí existe establecido a partir del 4 de diciembre de 1942, fecha del deceso de la causante, según las explicaciones dadas en la parte motiva de esta Resolución"; y también se resolvió levantar el secuestro respecto de los plantíos de guineo nuevo que existen en el predio de la sucesión". Inmediatamente transcribe el Tribunal la providencia a que viene refiriéndose en su sentencia:

"Así mismo, analiza el sentenciador la prueba testimonial, el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ciénaga sobre los contratos de prenda agraria celebrados entre la señora Clementina Ruiz y la Cooperativa Bananera del Magdalena Ltda. desde el 3 de diciembre de 1934 hasta agosto de 1941 y los formularios sacados de los libros de la United Fruit Company donde aparecen los embarques hechos por la finca "La Pureza" de la señora Clementina Ruiz y los descuentos que le hizo la mencionada Compañía para pagar algunas deudas contraídas por ella directamente, desde diciembre de 1925 hasta primero de octubre de 1942.

Agrega el Tribunal: "Puede verse con facilidad que los señores Mitrídates y Aristides Campo se encuentran en posesión de la finca "La Pureza". De manera oficial también aparece ésta posesión, porque cuando renunció el señor Manuel Joaquín Campo el cargo de secuestre, se hizo nuevo nombramiento interino, y cuando se le entregaba la finca, el señor Aristides Campo se opuso a la entrega alegando que los cultivos nuevos eran de él, por lo cual se le entregó al secuestre interino señor Gabriel Campo, únicamente los cultivos viejos; pero después de firmada la correspondiente diligencia se hizo una ADICION porque el señor Aristides Campo también se presentó como dueño de los cultivos viejos, y entonces se le hizo entrega de éstos, por disposición del Juzgado, encargado del secuestro el señor Aristides Campo de todos los cultivos.

"Debe aclararse que cuando el señor Aristides Campo se presenta reclamando cultivos hechos en la finca "La Pureza" lo hace también para su padre señor Mitrídates Campo o mejor dicho para la comunidad de hecho existente entre ambos, porque ellos son los que vienen sosteniendo tener allí la posesión de la finca y los que han demostrado haber hecho algunos cultivos en ella desde en vida de la señora Clementina Ruiz, por consentimiento de ésta y después de su fallecimiento por propia iniciativa de ellos.

"Queda, pues, establecida la identidad de la cosa que se pretende o que se reivindica por el demandante con la que poseen los demandados".

En cuanto a las prestaciones mutuas, el sentenciador, para los efectos de la calificación de la buena o mala fe de la posesión de los demandados la divide en dos etapas: la primera, antes del fallecimiento de la señora Clementina Ruiz —4 de diciembre de 1942— y la estima como de buena fé por haberse consumado con el consentimiento de ésta; la segunda, la considera de mala fé fundado en que dentro del juicio de sucesión de la Sra. Clementina Ruiz los demandados discutieron con los herederos de ésta la posesión que aquellos alegaban, tal como aparece de la diligencia de entrega de fecha 26 de abril de 1945, folio 138 del Cuaderno Nº 8 y que como no han presentado títulos y sin éstos "no se puede conseguir la posesión de buena fé".

"Siendo poseedores de mala fe, desde el 4 de diciembre de 1942 deben restituír desde dicha fecha, los frutos naturales (art. 964 C. C.), frutos que son los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana (art. 714 Código ibidem) y en el presente asunto el producto de los cultivos de banano y de los demás árboles frutales hasta el día que se haga la restitución.

El recurso de casación

Ambas partes lo interpusieron y tramitados como están los recursos, pasan a decidirse, estudiando en primer término el del demandado recurrente por cuanto el ataque a la sentencia es de fondo e implica la consideración del problema principal planteado en las instancias y, por pedir la casación total del fallo; en cambio, el del demandante recurrente no va encaminado sino a obtener una modificación parcial de él, pero sosteniéndose lo fundamental de la tesis en que el Tribunal lo apoya.

Recurrido en casación, ha dicho la Corte, un fallo por ambas partes y llegándose a su infirmación, es inoficioso estudiar los cargos del recurrente que sustentan en lo general la sentencia acusada y en donde sólo se piden reformas parciales que tienen como base que lo fundamental de la sentencia quede en pie, tal es, lo que acontece en el caso de autos, como se desprende de la demanda de casación del demandante recurrente.

Recurso de la parte demandada

Se pide la casación del fallo recurrido con fundamento en la causal primera del artículo 520

del Código Judicial, por varios extremos, dado que el sentenciador ha violado diferentes textos legales, en los conceptos que se exponen en el respectivo libelo.

El recurso versa sobre varios cargos, los cuales se resuelven en uno, bajo varios extremos, pero que todos inciden en la apreciación de la prueba relativa al dominio del demandante y a la singularización o identidad del inmueble que se pretende reivindicar, y que la Corte reproduce, textualmente los que aluden a aquellas situaciones procesales, para los fines de la decisión que ha de tomar en su estudio.

"Segundo extremo — Consideró el Tribunal que en el decreto de posesión efectiva de la herencia de Clementina Ruiz, dueña que fuera de la finca del pleito —según se admite— la dicha herencia aparece representada por sus tres herederas declaradas: María Emelina Ruiz de Henríquez, y Esther Ruiz de Campo "quienes le vendieron los derechos que creyeron tener en dicha finca, a Pedro Brito, o sea las dos terceras partes proindivisas", y Agripina Ruiz de Fernández, quien ha conservado sus derechos, o sea la tercera parte restante y como por medio de la escritura Nº 36 de 5 de abril de 1948, la Magdalena Fruit Company, sucesora de los derechos de la United Fruit Company, a quien la finada Clementina Ruiz había vendido la finca con pacto de retroventa, sin haber alcanzado a recobrarla, se la vendió a Agripina Ruiz v. de Fernández y Pedro Brito Ojito, en la proporción de una cuota parte proindiviso para la primera y dos cuotas partes proindiviso, para el segundo, según distribución acordada por ellos, "quedaron pues, —dice el fallo— los señores Agripina Ruiz v. de Fernández y Pedro Brito Ojito, dueños de la finca "La Pureza" en comunidad, en cuotas proindiviso, o sea la primera con una cuota parte proindiviso, y dos cuotas partes proindiviso el segundo (Brito Ojito).

"Y concluye: "Está perfectamente probado que el señor Brito Ojito, demandante, tiene acción para promover este juicio, en su calidad de comunero de dos cuotas proindiviso en la finca "La Pureza" y de ahí que pueda reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (artículo 949 CC.).

"Conviene hacer notar, antes de pasar adelante, para la claridad de las ideas, la confusión en que incurre el sentenciador, al concluír, en este punto sobre el derecho que tiene Brito para reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (de la finca "La Pureza"), cuando, de acuerdo con lo que ha quedado establecido en el párrafo anterior, Pedro Brito no reivindica la cuota proindiviso de que se pretende dueño en la finca; él no es el demandante, demandante es la COMUNIDAD que dice Brito que tiene constituída con la señora Ruiz de Fernández, y creyendo tener la personería de tal entidad en su condición de comunero, demanda para ella, para la COMUNIDAD el cuerpo cierto, la cosa singular que es la finca "La Pureza", con el engañoso resultado de la sentencia recurrida.

"Ha incurrido el Tribunal en errores de hecho, que están de manifiesto en los autos, al apreciar la escritura pública Nº 36 de 5 de abril de 1949, en la que vio el título de propiedad de la entidad demandada.

"En efecto: basta leer la escritura para advertir:

"1º Que si en ella la Magdalena Fruit Company aparece vendiendo una finca, esta venta no la hace Agripina Ruiz v. de Fernández y a Pedro Brito Ojito, particularmente, como leyó el sentenciador sino como "causahabientes de Clementina Ruiz"; a la primera, como heredera declarada de dicha señora y al segundo como cesionario de los derechos que en la misma sucesión tenían o correspondían a las otras hermanas, Emelina Ruiz v. de Henríquez y Esther Ruiz v. de Campo, todo lo cual aparece en el decreto de posesión efectiva de la herencia... que dichas personas se llaman en la escritura el comprador, y que "la Magdalena Fruit Company vende pura y simplemente al comprador, sea Agripina Ruiz v de Fernández y Pedro Brito Ojito (representantes de la sucesión de Clementina Ruiz), en la proporción de una cuota parte proindiviso para la primera y dos cuotas partes proindiviso para el segundo, según distribución acordada por ellos, la misma finca descrita en la cláusula primera de esta escritura, cuyos linderos, situación, cabida y demás particulares se dan por reproducidos..." y

"2º Que esa finca no es la misma a cuya restitución condena la sentencia recurrida, porque según las voces de la señalada cláusula primera de la escritura, tiene una cabida de once caballas y media, o sean catorce hectáreas, más o menos y no deslinda por ningún lado con vía pública; en tanto que la que es objeto de la sentencia está ubicada a la orilla de un camino público; sus demás deslindes son así mismo diferentes y lo que vale tenerse en cuenta en la demanda se le atribuye una cabida de apenas cuatro hectáreas, más o menos, es decir de menos de la tercera parte de aquella.

"Las señaladas apreciaciones que de la escritura 36 hizo la sentencia, muestran que lo que al respecto creyó encontrar el Tribunal en ese instrumento, pugna en forma manifiesta con la realidad procesal, con repercusión en el fallo, pues lo llevaron a violar indirectamente la ley, en los arts. 669, 673 745 749 y 756 del CC. que rigen la adquisición de la propiedad inmueble en las circunstancias supuestas, pues no los aplicó y proveyó así a las susodichas personas, de un título que pensó las habilitaba para reivindicar para sí el inmueble demandado, con infracción, además de los artículos 946 y 950 ibidem a causa de haberlos aplicado indebidamente, al despachar la pretensión de la parte actora, en orden a la reivindicación demandada, favorablemente, cuando ha debido absolver a mis clientes".

"Tercer extremo. Pertenece al orden de las alegaciones del cargo precedente, lo que aquí formulo por separado, buscando la claridad de la exposición.

"Como dije en la contestación de la demanda de casación parcial del fallo de Santa Marta, formulada por la contraparte, en la escritura 198 de 1945 (folios 6 Cuaderno Nº 1) dijeron las señoras Ruiz venderle a Brito, "DERECHOS HERENCIALES", cada una de una parte allí demarcada, de la finca de marras, que a cada una de ellas pertenecía; bienes que expresaron que se les habían adjudicado en el juicio mortuorio de su hermana Clementina Ruiz; lo que era falso; tan falso, que por medio de otra escritura, la número 53 de fecha 1º de marzo de 1947, otorgada en la Notaría Segunda de Ciénaga (folios 37, cuaderno 5) —que ignora la demanda de casación— las señoras Ruiz, con la aceptación de Brito, rectificaron la escritura anterior declarando que hasta la fecha **no se había cumplido la partición de los bienes relictos en la sucesión de su hermana:** que por lo expuesto, "era y es **absolutamente imposible la venta de cuerpos ciertos** por las exponentes a Brito, en la forma en que se hizo..." Y rematan con este dislate: que lo vendido a Brito "fueron las dos terceras partes proindiviso de la finca "La Pureza".

"Cuando se conoce claramente por el contexto la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que lo literal de las palabras (art. 1618 CC.) y entender que las partes concluían el negocio sobre las dos terceras partes de los DERECHOS HEREDITARIOS vinculados en la finca, rectificando lo de la venta de las dos terceras partes materiales del bien.

"Y como el fallador estimó que lo que vendieron las señoras Ruiz a Brito, fueron las dos terceras partes proindiviso del dominio del cuerpo cierto consistente en el inmueble de que se trata, incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba consistente en los instrumentos examinados, que aparece de manifiesto a la simple lectura de esas piezas como es visto. Esta equivocación tuvo repercusión en la sentencia, pues llevó a los señores Magistrados de Santa Marta a infringir directamente, por no haberlos aplicado en las circunstancias los arts. 669 673 745 749 y 756 del CC. que rigen la tradición del dominio de bienes raíces, ya que la transferencia así aceptada, esto es, sin el cumplimiento de las exigencias de esas disposiciones legales, vino a constituír el eslabón en la tradición de la finca, de las herederas de Clementina Ruiz, a Brito en lo referente a los pretendidos derechos o cuotas de éstos, sirviendo por tanto, a la prosperidad de la demanda, con infracción, además de los arts. 946 y 950 ibidem, por haberlos aplicado, no siendo el caso de hacerlo en perjuicio de los señores Campos. En consecuencia, acuso el proveído del Tribunal por infracción de los arts. del CC. relacionados, en el sentido que dejo expuesto".

"Cuarto extremo Estimó el Tribunal que todos los derechos en la finca del litigio habían pasado a la Magdalena Fruit Company, Empero, —dice— desconociendo o ignorando los derechos de la Magdalena Fruit Company, las señoras Emelina Ruiz de Henríquez y Esther Ruiz de Campo vendieron al señor Pedro Manuel Brito Ojito las dos terceras partes proindiviso de la finca "La Pureza"... derechos que dice provenirles en unión de la señora Agripina Ruiz v. de Fernández, de la sucesión de la señora Clementina Ruiz, a quien heredaron... Las vendedoras citadas le vendieron al señor Brito Ojito, **cosa ajena,** pero esa venta es válida de acuerdo con el artículo 1871 del CC...."

"Como este es uno de los considerandos que "llevan necesariamente (según el fallador) a la conclusión de que el dominio del demandante señor Brito Ojito se encuentra plenamente establecido en la finca "La Pureza", como condueño de la expresada señora Agripina Ruiz v. de Fernández, acuso el proveído por errónea interpretación del art. 1871, referido en que se apoya en este particular.

"De modo que con la conclusión a que llegó el Tribunal, quebrantó también éstos directamente, los arts. del CC. (740, 749, 756 y 752) que acabo de relacionar cuyos requisitos no se cumplieron para que pudiera tenerse por "plenamente establecido el dominio de Pedro Brito Ojito en la fin-

ca del litigio, como condueño de la viuda de Fernández".

"El sentenciador infringió así mismo directamente, los arts. 946 y 950 ibidem, al decretar la reivindicación demandada, considerando a Brito dueño de su pretendida cuota en la propiedad de la finca, adquirida por el medio criticado, en vez de absolver a los señores Campo por falta de la titularidad del dominio en el reclamante. Por estas infracciones, acuso también el fallo de los señores Magistrados de Santa Marta".

"Quinto extremo — Considera la Sala: "Si es verdad que Emelina Ruiz v. de Henríquez y Esther Ruiz v. de Campo lo vendieron al señor Pedro Brito Ojito la finca (cuotas proindiviso,, siendo ésta de la Magdalena Fruit Company, también lo es que desde el 26 de noviembre de 1945 (fecha de esa venta) quedó el comprador como poseedor a título de propietario... porque con la venta que le hizo la Magdalena Fruit Company al señor Brito, quedó ratificada la que hicieran (aquéllas) vendedoras. Esto se desprende del art. 767 del CC...."

"En apoyo de su tesis agrega el sentenciador: "la única que pudo objetar la venta fué la Magdalena Fruit Company, pero ella no solo guardó silencio sobre tal operación sino que ratificó la hecha al venderle al propio señor Pedro Brito Ojito y a la señora Agripina Ruiz v de Fernández, la finca "La Pureza"...".

"Pero suponiendo que el objeto de la venta hubiera sido el cuerpo cierto determinado que se dice cosa ajena, no hubo tal ratificación con efecto retroactivo, por la que hiciera la Magdalena Fruit Company a Brito y a la viuda de Fernández, ni aún en la hipótesis de que los compradores hubieran sido dichas personas, error éste que ha sido también objeto de acusación en el tercer cargo.

"En tales supuestos, aceptados aquí en gracia de discusión, y limitándome a lo pertinente a la presente demanda, afirmo: 1º Que la ratificación de que trata el artículo 767 del CC. es la del título nulo; 2º Que el título de que se trata, la venta de las viudas de Henríquez y de Campo, a Brito, considerada desde el punto de vista adoptado por el Tribunal, no sería nula. La venta de cosa ajena, por el contrario es válida, según ha quedado establecido en el cargo precedente; y 3º Que el Tribunal entendió que la ratificación con efecto retroactivo de que habla el art. 767 puede ser, como en el caso, la compra a un tercero verdadero dueño de la cosa que se había comprado a un no dueño en anterior contrato, la que se retrotrae en sus efectos a la fecha de este último. Esto es inexacto, porque cuando se compra un bien a una persona y luego se le compra el mismo a otra, no hay cuestión de ratificación ni de efecto retroactivo; el efecto que se produce es el de que sí el comprador entró en posesión de lo que compró dos veces, puede alegar en caso de necesidad, que posee dos títulos (art. 763 CC.)

"No puede ser más patente la violación del artículo 767 del CC. por interpretación errónea en perjuicio de mis clientes, y la de los arts. 946 y 950 ibidem, por aplicación indebida al librar el sentenciador el pleito, a favor de la parte actora, con fundamento en los supuestos títulos considerados, tomándolos por el aspecto aquí estudiado, en vez de absolver a los demandados, por todo lo cual acuso la sentencia recurrida".

Considera la Corte:

Si no fuera por el natural interés de los litigantes, difícil sería después de la reiterada y divulgada jurisprudencia de la Corte, continuar olvidando como con manifiesta frecuencia se olvida, por aquéllos y por los sentenciadores de instancias, que la acción reivindicatoria requiere para su éxito, no solo la prueba del dominio de la cosa que haya de reivindicarse, sino su perfecta y expresiva identificación, y no sólo estos dos elementos, sino todos y cada uno de los considerados como necesarios y que la ley, la doctrina y la jurisprudencia tienen previstos bajo la denominación de axiológicos de la acción reivindicatoria. De tal manera que en el estudio de la procedencia o improcedencia de esta acción se ha de examinar, ante todo y principalmente, la concurrencia de esos elementos bastando la falta de uno cualquiera de ellos para desestimarla, sin necesidad en tal supuesto, de proceder a comparar las respectivas situaciones jurídicas y los títulos del actor y del demandado, al efecto de determinar la preferencia entre ellos, comparación que sería estéril, por lo ineficaz, toda vez que no probando el actor su acción debe ser absuelto el demandado, aunque carezca de todo título o sea inferior al de aquél.

En este litigio el actor declara en el libelo principal, y en el de su corrección, que demanda: "a los señores Mitrídates Campo Ruiz y Aristides Campo Ramírez, mayores y de este vecindario, en su condición de únicos poseedores en común de dicha finca y de administradores únicos y en conjunto de dicha comunidad"; y en la súplica tercera pide: "que en consecuencia, debe condenarse, y se condena a los demandados en

su condición de únicos poseedores en común de la finca descrita, por partes iguales, y de administradores conjuntos de dicha comunidad a restituír a la comunidad constituída por Pedro Brito Ojito y Agripina Ruiz v. de Fernández la finca descrita".

Por otra parte, los demandados, según las constancias del proceso confirmadas por el Tribunal en su sentencia, se opusieron a las pretensiones del actor y negaron todos los hechos de su demanda, con la circunstancia procesal importante de que presentaron un pliego de excepciones dilatorias, fundándose en el hecho de que la demanda está dirigida contra "la comunidad formada por los demandados, entidad jurídica distinta de cada uno de éstos, y quienes son poseedores de parcelas distintas y separadas por cercas medianeras", y que por tanto, "la demanda debió dirigirse contra cada uno de los demandados, especificando por sus linderos las parcelas que cada uno ocupa". Excepción que fué rechazada, entre otras razones, por no tratarse de una cuestión de simple procedimiento o de forma, sino de fondo que debía decidirse en la sentencia, y que no se decidió, con el resultado procesal de que se decretó la restitución del inmueble por parte de los demandados individualmente considerados y nó por la comunidad, que se afirma constituída por éstos, y sin tener en cuenta que ésta fué la expresamente señalada como demandada en el libelo principal; y a la condena al pago de los frutos por los mismos y en idéntica forma, sin consideración, o sin tener en cuenta a la entidad demandada.

En esta situación procesal en que se demandó a la comunidad constituída por Mitrídates Campo Ruiz y Aristides Campo Ramírez, como poseedores y administradores únicos de esa comunidad; en que los demandados negaron poseer en conjunto un sólo cuerpo cierto, pero sí parcelas distintas separadas que hacen parte de él, y sin que se hubiere demostrado en el juicio la existencia de aquella comunidad, ni la posesión en común del inmueble, ni el disfrute de sus productos en la misma forma, o sea: la coposesión, el acto jurídico o vínculo que la implique o la haga presumir, por lo menos, como sería el hecho demostrado de que los demandados están poseyendo en común el inmueble, como cuerpo cierto, el uno para el otro, para los dos, en forma concurrente y no excluyente se hace palpable el yerro del Tribunal, al procurarle éxito a la acción reivindicatoria en aquellas circunstancias. Porque: siendo dos las personas demandadas y las que ejecutan, cada una para sí y sobre el mismo terreno, en forma excluyente actos que pueden calificarse como manifestaciones de posesión por implicar el ánimo de apoderarse para sí, respectivamente de ese terreno, sin que medie vínculo de comunidad alguno, y que por otra parte poseen lotes o parcelas distintos y separados, es ineficaz la acción reivindicatoria que no expresa los linderos, o que no se establezcan en el juicio, de la porción o porciones de tierras que se pretende reivindicar. No basta expresar que esos lotes forman parte del globo del demandante cuyos linderos generales se expresan o determinan en el juicio; y porque, en estas circunstancias, es notorio en el proceso que el inmueble que se pretende reivindicar no está singularizado con las circunstancias que son precisas, perfectamente identificadas, a tal punto que por no ser dable determinar que la cosa sea la misma discutida, falta la justificación del título en que la reivindicación se apoya.

A todo lo anterior, hay que agregar: la confusa posición asumida por el actor en las instancias en relación con el origen del derecho de propiedad que invoca tener sobre la finca que pretende reivindicar, hasta el punto que él mismo y el Tribunal, no fijan con precisión de donde lo deriva: si del título que se desprende de la compraventa de los derechos hereditarios, que recoge la escritura pública Nº 198 de 8 de noviembre de 1945, aclarada por la 53 de 1º de marzo de 1947; o si del decreto de posesión efectiva de la herencia dictado en el sucesorio de la señora Clementina Ruiz, a favor de las herederas reconocidas, en dicho juicio; o si de la compraventa a la Magdalena Fruit Company, escritura pública Nº 36 de 5 de abril de 1949, o si de todos estos títulos en conjunto, dando como resultado final probatorio que no se sepa a ciencia cierta, si se trata de reivindicar una cuota proindivisa vinculada a la finca discutida o si se pretende reivindicar dicho bien como cuerpo cierto, y con el item, de que en todos estos títulos se consignan linderos y cabidas distintos, en cada uno de ellos, y en relación con dicho inmueble.

Pues bien, perfectamente de acuerdo con los principios de derecho positivo que rigen a la acción de dominio o reivindicatoria, la Corte viene declarando con obligada insistencia que para el éxito de esa acción, es indispensable que quien la ejercite pruebe de modo cumplido el título de dominio de los bienes reclamados, acreditando no sólo el derecho a virtud del cual se adquirió la cosa, sino además, el dominio actual de ella la identidad de la cosa o cosas, de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuales sean,

y la posesión de las mismas por parte del demandado. Como los elementos del dominio y de la identidad de la cosa que se pretende reivindicar, no concurren, en el caso en estudio en las condiciones anotadas y estos motivos han sido objeto específico del ataque a la sentencia recurrida por parte del demandado recurrente en casación, se declara la prosperidad de los cargos examinados, y en tal virtud, debe infirmarse la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con la aclaración de que este fallo no alcanza la autoridad de cosa juzgada respecto de la acción de dominio instaurada en este juicio, en cuanto lo fué contra una comunidad o entidad inexistente y no contra los demandados individualmente considerados, como poseedores de parcelas distintas y separadas, pero que hacen parte del terreno discutido.

Esta motivación, a la vez y como tal, sirve para la sentencia de instancia que debe proferir la Corte con motivo de la casación de la proferida por el sentenciador de segundo grado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta de fecha 30 de septiembre de 1955; revoca la del Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga de 31 de mayo de 1954, y decide este pleito así:

Absuélvese a la parte demandada de todos los cargos de la demanda, con la aclaración hecha en la parte motiva de esta decisión.

Costas en primera instancia a cargo del demandante y sin ellas en el recurso de casación.

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

Guillermo Garavito, Durán — Daniel Anzola Escobar — Enrique Giraldo Zuluaga — Pablo Emilio Manotas — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

A LOS JUECES Y FISCALES LES ESTA PROHIBIDO HACER CALIFICACIONES OFENSIVAS RESPECTO DEL PROCESADO, DEBIENDO LIMITARSE AL EXAMEN ESCUETO DE LOS HECHOS Y A LAS CONCLUSIONES JURIDICAS QUE DE ELLOS SE DERIVAREN.-NO COMETE ABUSO DE AUTORIDAD EL JUEZ QUE, EN VEZ DE RECHAZAR UN MEMORIAL INJURIOSO, O DE MULTAR O ARRESTAR A SU AUTOR, SE LIMITA A PROTESTAR ENERGICAMENTE CONTRA LAS OFENSAS LANZADAS EN EL ESCRITO TACHANDO LA ACTITUD IRRESPETUOSA DEL LITIGANTE, PORQUE ELLO ES LA FACULTAD JUSTA Y NATURAL DE PROTESTA QUE NO HAY RAZON PARA NEGARSELA A UN JUEZ

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 163 del Estatuto Procesal, les está prohibido a los Jueces y Fiscales "hacer calificaciones ofensivas respecto del procesado, debiendo limitarse al examen escueto de los hechos y a las conclusiones jurídicas que de ellos se derivaren", y es evidente que la pretermisión de este mandato puede hacer incurrir a tales servidores públicos en las sanciones de que trata el artículo 171 de la misma obra.

Está bien que así sea, porque el lenguaje forense ha de corresponder a la alta misión de administrar justicia entre los hombres, y en él deben aparecer sofrenadas la exuberancia retórica por la sobriedad de la forma y la sensibilidad moral del juzgador frente al delito por el ánimo de esclarecer imparcialmente la verdad, sin indulgencias que favorezcan la impunidad y sin concesiones a la venganza. Pero ello no impide que se censuren actitudes de las partes o de sus apoderados o defensores poco o nada conformes con la dignidad de que se halla investido el funcionario, siempre que éste se mantenga dentro de los límites de lo justo. En este sentido ha dicho la Corte que "no comete abuso de autoridad el Juez que, en vez de rechazar un memorial injurioso, o de multar o arrestar a su autor, se limita a protestar enérgicamente contra las ofensas lanzadas en el escrito tachando la actitud irrespetuosa del litigante de desconforme con la cultura, contraria a la verdad, desleal y otros calificativos por el estilo", porque "ello no es sino el rechazo obligado de una ofensa; es la facultad justa y natural de protesta que no hay razón para negársela a un juez". (XXXVI, 308).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal. — Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Vistos:

Cumplidas las diligencias que la Corte dio orden de practicar al sobreseer temporalmente en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Rogerio Patiño Guerrero, Aureliano Perea Aluma y Guillermo Valencia Ibáñez, sindicados de abuso de autoridad en este proceso, nuevamente se declaró cerrada la investigación, que el señor Procurador Primero Delegado pide se concluya con sobreseimiento definitivo, en razón de que el hecho denunciado no es constitutivo de delito.

Resulta de autos que en las diligencias adelantadas por peculado y falsedad en documentos contra Facundo Valencia Mena, el Fiscal del Juzgado Superior de Quibdó negó la revocatoria del auto de detención proferido por el Juez Penal del Circuito de Istmina; que el doctor Ramón Lozano Garcés, apoderado de Valencia Mena, apeló de la providencia del Fiscal; y que de ese recurso conocieron en el Tribunal los Magistrados doctores Rogerio Patiño Guerrero, como Ponente, y Aurelia-

no Perea Aluma y Guillermo Valencia Ibáñez como integrantes de la Sala.

Los cargos se hacen consistir en que tales funcionarios, al resolver el referido recurso confirmando lo resuelto en la primera instancia, no sólo negaron lo pedido por el apoderado de Valencia Mena, sino que expusieron conceptos y emplearon expresiones que el doctor Lozano Garcés consideró lesivos de su patrimonio moral. Por ello es necesario transcribir, en lo pertinente, la motivación de la respectiva providencia.

Allí se dijo:

"...Consta en las copias que el señor Administrador Principal de Correos del Chocó, quien reside en Quibdó, viajó a la ciudad de Istmina y practicó una visita en la oficina postal de esa ciudad el día 12 de julio de 1952, comprensiva de las operaciones del funcionario visitado partiendo del primero de enero de 1952 al día en que terminó la revisión o sea el 18 de los citados mes y año. Como en esta visita pasada al señor Aministrador Postal de Istmina, señor Facundo Valencia Mena resultó un alcance a cargo de éste por valor de trece mil ochocientos ochenta pesos con veintisiete centavos ($ 13.880.27), consta en esa diligencia que el Visitador señor Vásquez, exigió el reintegro inmediato a Valencia Mena de la cantidad faltante y que éste no tuvo otra contestación que la siguiente: 'No tengo modo de reintegrar los faltantes porque yo no he robado'. Consta igualmente, que el señor Facundo Valencia se ausentó de la oficina visitada y se negó a firmar el acta de visita por lo que tuvo el señor Vásquez que llamar a un testigo para que firmara en nombre del señor Valencia y así lo hizo el señor Gerardo Garcés Doria. El mismo día 18 de junio (sic) de 1952 el funcionario visitante redactó la resolución número 08, por medio de la cual decretó la suspensión del cargo del señor Valencia Mena y fue nombrado en su reemplazo el señor Marcelino Maturana Serna en la condición de interino. Como en la resolución dispuso dar cuenta a la justicia penal del resultado de la visita, para los efectos de la investigación correspondiente, el señor Juez Penal del Circuito de Istmina abrió la correspondiente por auto de 21 de julio y dispuso las actuaciones que habrían de practicarse de acuerdo con el artículo 294 del C. de P. P. El día 24 de julio del mismo año, practicó una diligencia de inspección ocular, asesorado de expertos, de la cual resultó a cargo del empleado señor Valencia Mena, un alcance por la suma de catorce mil quinientos sesenta y cinco pesos con veintiocho centavos ($ 14.565.28) y en ésta intervinieron como peritos los señores doctor Sergio Abadía Arango y Oscar Chamat F., diligencia que aparece practicada con las formalidades y cuidados que la ley exige.....

".....

El doctor Lozano Garcés manifiesta que su patrocinado ha sido víctima del señor Juan J. Vásquez, porque este señor, cuando le pasó la visita obró sin las facultades legales creyendo que las tenía por ser Administrador de Correos de Quibdó. Que el señor Vásquez no tenía para ese acto el carácter de Visitador del Ministerio porque le faltaba la autorización previa del Ministerio de Correos, que si no tenía ese carácter no se le puede dar crédito al acta que levantó, porque actuó en condiciones irregulares. Que en la carrera de desaciertos no se detuvo el señor Vásquez porque procedió a contar el dinero que había en la Caja de la oficina visitada sin estar presente el empleado visitado. Que Valencia Mena desde el primer instante negó haber dispuesto del dinero a él confiado y por razón de su cargo y que si algo faltó no era a su patrocinado a quien podría hacérsele el cargo por ese faltante, sino a quien contó el dinero en ausencia del responsable. Que de allí en adelante, se desenfadó más el empleado visitador porque después de haber permanecido solo en la oficina visitada por varios días, levantó un acta que hizo firmar por dos personas a quienes él llama testigos. Que esa acta en esas condiciones no constituye uno de los documentos públicos a que se refiere el artículo 251 del C. de P. P. y el artículo 1750 del C. colombiano. Más adelante asegura que el señor Vásquez no hizo firmar todas y cada una de las copias del acta de visita que practicó, por el Alcalde de Istmina, requisito indispensable, según el apoderado, para la validez del acta. Que la inspección ocular practicada por los 'peritos' que nombró el Juzgado, se limitó a constatar que lo hecho por Vásquez estaba bien, pero no comprendió ella un examen completo de todo el ejercicio de Valencia como empleado de manejo, para establecer si había errores de asiento en los libros de contabilidad. Que constató un faltante en caja, que desde luego no incumbe a su patrocinado porque él, ni siquiera estaba al frente de la oficina sino su reemplazo, sejor Maturana y para deducirlo se atuvieron al dato que le entregó el Visitador Vásquez. Y también termina así: 'No es prueba ésta de bulto de la falsedad de una acta de visita en cuanto al faltante en caja?' En cuanto al delito de la falsedad, asegura el mismo Lozano Garcés que tampoco se encuentra configurada la infrac-

ción de falsedad documentaria que define y castiga el artículo del C. Penal, porque no hay la prueba de que Valencia haya borrado cifras y colocado otras con el fin de alcanzar un lucro indebido, y en fin presenta el señor apoderado argumentaciones con el objeto de acreditar que se ha cometido un gran abuso con perjuicio del señor Valencia Mena, a quien debe ponérsele en libertad incondicional porque los elementos que sirvieron de fundamento al señor Juez, son falsos y el señor Lozano Garcés no es reticente al hacer el cargo contra el señor Juan J. Vásquez de que pudo ser la persona que sustrajo los dineros de la caja postal de Istmina, cargo que en este caso debe considerarse como hecho directamente ya que más atrás había dicho que el señor Visitador Vásquez había contado los dineros estando solo en la oficina, y en cuanto al delito de falsedad, también afirma que no hay pruebas de que Valencia haya borrado cifras y colocado otras con el fin de alcanzar un lucro indebido, por lo que si este señor no ejecutó aquellos actos, y han aparecido con posterioridad, parece significar el doctor Lozano Garcés, que si esas operaciones se encuentran en los documentos, fue el mismo Vásquez quien las ejecutó. Son éstas, en síntesis, las tachas que hace el doctor Lozano Garcés en su escrito de referencia que da por producido ante esta superioridad, ya que según lo afirma respecto al señor Fiscal del Juzgado Superior 'se limitó en un auto de extremada pobreza jurídica a decidir que estaba bien dictado el auto del señor Juez del Circuito Penal de Istmina'.

"Esto que dice el escrito presentado a la Secretaría del Tribunal el 8 de diciembre de 1952, lo complementa con la siguiente frase: 'Se impone la libertad inmediata de mi poderdante porque no hay formalmente un documento público que haga presumir su responsabilidad en el ilícito que se investiga. Porque la investigación está aún imperfecta. Si a José Manuel Restrepo se le cobija con un sobreseimiento temporal, ¿cómo va a ser legal y jurídico que a Facundo Valencia se le mantenga en la cárcel? Observa el Tribunal la absoluta libertad que en el lenguaje usa el doctor Lozano Garcés que traspasa los límites de lo aceptable desde luego que, por defender a su patrocinado, emplea recursos que tacha la ética más elemental y que trasluce por otra parte su modo de sentir y de proceder, porque, quien ordinariamente procede sin atender a los preceptos de la ética social, muy fácilmente opina y cree que las demás personas actúan bajo el mismo rasero y especialmente, que los funcionarios públicos son torpes, de mala fe, prevaricadores y capaces de cometer infamias, como la que insinúa ejecutó el señor Juan J. Vásquez con perjuicio del señor Facundo Valencia Mena. Solicitar la libertad de su patrocinado manifestando como apoyo para esa petición lo hecho antes con José Manuel Restrepo a quien se le sindicó por el mismo delito de peculado, también traspasa los límites de lo lícito para caer dentro de lo (sic) posible sorpresa para que el Tribunal procediera a satisfacer los deseos del doctor Lozano Garcés. Contra el señor José Manuel Restrepo no se ha pronunciado el Tribunal en ningún sentido ni por delito alguno de peculado, como lo afirma temerariamente el doctor Lozano Garcés.....

"..... ....

"..... ....

Puede suceder que el señor Facundo Valencia, después de iniciada la visita el señor Vásquez, se ausentara de la oficina y no volviera a ella, entonces se pregunta a quién puede perjudicar esta ausencia, si al empleado Visitador o al empleado visitado. Es deber del empleado visitado permanecer en su oficina y estar atento a todo y cada uno de los actos del Visitador, porque se trata de practicar un acto de gran trascendencia oficial y también personal para el empleado visitado, porque de ello depende su buen nombre, sus intereses materiales, los de su familia y su libertad personal, por lo que si al empezar una visita se ausenta de la oficina y no vuelve a estar atento a los actos del Visitador, su actuación se traduce en forma desfavorable a su persona y a sus intereses y a causa del descuido del que no se puede responsabilizar al agente Visitador. Ahora bien, si los resultados de la visita son desfavorables al agente visitado se puede traducir que la ausencia de éste, fue por el temor de ese resultado y entonces se tiene que como el empleado Visitador, al estar ejerciendo ese cargo tiene que haber abonado su conducta en todo sentido, es por demás injusto y temerario asegurar, como lo hace el doctor Lozano, que los resultados de la visita que el señor Vásquez pasó al señor Agente Postal de Istmina, fueron el fruto de la maledicencia del empleado Visitador al contar el dinero existente en la oficina de Istmina en ausencia del señor Valencia Mena. Para complemento de esta parte se debe tener también en cuenta, que en todo momento de la actuación del señor Vásquez, estuvo en la oficina y presenció el acto la señora Freya de Mery. Hecho que infirma más aún, las

imputaciones del doctor Lozano Garcés contra el señor Juan J. Vásquez.....

"..... ....

"..... ....

El Tribunal ha tenido que extenderse en el estudio, por complacer al doctor Ramón Lozano Garcés a fin de que no le quede duda y también en defensa de los empleados a quienes el apoderado se refirió despectivamente, y sin ninguna consideración a su buen nombre ni a su carácter de empleado público..." (fls. 10, 11, 12, 14 y 16 del primer cuaderno).

El carácter oficial de los funcionarios acusados se acreditó debidamente a los folios 7, 8 v., 21, 22 y 23 del informativo, donde —además de la providencia de 20 de febrero de 1953 que se ha dejado en parte transcrita— obran en copia autorizada los alegatos presentados por el doctor Lozano Garcés ante la Fiscalía del Juzgado Superior de Quibdó y el Tribunal Superior del mismo Distrito en defensa de su patrocinado (fls. 44 a 49 y 52 ibidem), así como también un auto de fecha 20 de abril del mismo año (fls. 56 a 59 ibidem) que el Magistrado doctor Perea Aluma le entregó al instructor —al rendir indagatoria— para demostrar que la manera de litigar del abogado denunciante "es siempre la de fustigar sin fundamento suficiente la conducta de los funcionarios oficiales".

Los sindicados, en sus instructivas, se expresaron en los siguientes términos:

"...No recuerdo —declaró el doctor Patiño Guerrero— qué frase hiriente pudiera ser tomada por el doctor Lozano Garcés como pronunciada en su contra... el asunto por peculado contra el señor Facundo Valencia fue discutido detenidamente por la Sala de Decisión del Tribunal y se hizo necesario que la Sala le llamara la atención al doctor Lozano Garcés sobre ética profesional, porque este abogado en su afán de defender a su cliente aseguró de una manera rotunda que quien se había sustraído los dineros faltantes en las cuentas oficiales a cargo del señor Facundo Valencia, había sido el funcionario que le había practicado la visita, afirmación que consideró el Tribunal como audaz, porque en el expediente está plenamente demostrado lo contrario, pues el señor Facundo Valencia, ante la presencia del Visitador, abrió las cajas y sacó el dinero que el Visitador contó, encontrando el faltante que se le reclama, constatada la falta, el dinero lo volvió a guardar en la caja, el señor Facundo Valencia. Por lo demás, son varias las actuaciones del doctor Lozano Garcés que el Tribunal ha considerado como inaceptables en un profesional, entre ellas, la de pretender que una persona sindicada de delitos conexos, no se debe averiguar sino uno solo de esos delitos, manifestando que los otros los cometió como medios para llegar al delito objetivo..." (fl. 18)

. "...su conducta para este caso (la del doctor Lozano Garcés) no fue a juicio del Tribunal lo suficientemente correcta, porque no nos pareció bien que con tanta claridad que había en el expediente, respecto de la responsabilidad de Valencia, se pusiera el doctor Lozano a admitir la posibilidad de que fuera el empleado visitador quien se hurtara los dineros del Fisco Nacional", manifestó el doctor Perea Aluma (fl. 54 v.).

"...Firmé la providencia por la cual se me pregunta —expuso el doctor Valencia Ibáñez— porque consideré que la situación del sindicado Valencia era clara y precisa respecto de las diversas normas legales y jurídicas; porque, al estudiar el aservo probatorio, encontré que tanto el cuerpo del delito de PECULADO, como la responsabilidad penal de Valencia, se hallaban suficientemente demostradas; constaté que las razones expuestas por el Magistrado ponente, armonizaban, sin duda alguna, con los dictados de los Códigos Penal y de Procedimiento. En Sala discutimos todos y cada uno de los fundamentos de derecho que surgían del expediente y que responsabilizaban a Valencia como autor único y exclusivo del delito de peculado, consumado en contra de los intereses de la Nación, mientras el citado Valencia ejerció el cargo de Administrador de los Correos Nacionales en la ciudad de Istmina... No creo que en la providencia dada en Sala y a la cual hace referencia el señor Juez, exista alguna frase que hiera la dignidad personal del doctor Ramón Lozano Garcés o del señor Facundo Valencia. Puede ser que en las tantas veces mentada providencia se encuentre alguna frase que hiera la susceptibilidad de éste o aquél; empero, su dignidad personal, no..." (fl. 61).

Con base en los anteriores resultados, la Sala

Considera:

De la sola lectura del auto dictado por el Tribunal de Quibdó en confirmación del proferido por la Fiscalía del Juzgado Superior del mismo Distrito para detener provisionalmente a Facundo Valencia Mena, se infiere a las claras, por la naturaleza de los hechos investigados y los elementos probatorios que se tuvieron en cuenta, que allí no se incurrió en acto arbitrario o injusto. Bien al contrario, de la amplia y razonada motivación que antecede a la parte dispositiva de tal providencia, aparece su conformidad con lo esta-

tuído en los artículos 397 y 383 del Código de Procedimiento Penal sobre la procedencia de esa clase de decisiones judiciales y los requisitos para su formal pronunciamiento. Pero, aunque así no fuese y se tratara de del juicio simplemente equivocado acerca de una situación dada, sabido es que los errores en la interpretación de las leyes o en la declaración del derecho no conllevan ilicitud penal.

Tampoco se configura en los autos, por el segundo de los aspectos propuestos, el abuso de autoridad denunciado.

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 163 del Estatuto Procesal, les está prohibido a los Jueces y Fiscales "hacer calificaciones ofensivas respecto del procesado, debiendo limitarse al examen escueto de los hechos y a las conclusiones jurídicas que de ellos se derivaren", y es evidente que la pretermisión de este mandato puede hacer incurrir a tales servidores públicos en las sanciones de que trata el artículo 171 de la misma obra.

Está bien que así sea, porque el lenguaje forense ha de corresponder a la alta misión de administrar justicia entre los hombres, y en él deben aparecer sofrenadas la exuberancia retórica por la sobriedad de la forma y la sensibilidad moral del juzgador frente al delito por el ánimo de esclarecer imparcialmente la verdad, sin indulgencias que favorezcan la impunidad y sin concesiones a la venganza. Pero ello no impide que se censuren actitudes de las partes o de sus apoderados o defensores poco o nada conformes con la dignidad de que se halla investido el funcionario, siempre que éste se mantenga dentro de los límites de lo justo. En este sentido ha dicho la Corte que "no comete abuso de autoridad el Juez que, en vez de rechazar un memorial injurioso, o de multar o arrestar a su autor, se limita a protestar enérgicamente contra las ofensas lanzadas en el escrito tachando la actitud irrespetuosa del litigante de desconforme con la cultura, contraria a la verdad, desleal y otros calificativos por el estilo", porque "ello no es sino el rechazo obligado de una ofensa; es la facultad justa y natural de protesta que no hay razón para negársela a un juez". (XXXVI, 308).

Otro tanto cabe decir —y con mayor razón— del contenido de la aludida providencia de 20 de febrero de 1953, emanada del Tribunal de Quibdó, donde no se hizo el rechazo de irrespetos a las personas mismas de los Magistrados, sino de los recursos empleados por el doctor Lozano Garcés al desplazar sobre el Administrador Principal de Correos del Chocó, señor Juan José Vásquez, sin fundamento alguno, los cargos de peculado y falsedad averiguados contra su poderdante; y al aducir en favor de éste el antecedente de una decisión relacionada con el señor José Manuel Restrepo que en ningún momento había proferido aquella Corporación.

Estimó el Tribunal que el referido abogado, al obrar de esa manera, "procede sin atender a los preceptos de la ética social" y que "es por demás injusto y temerario asegurar... que los resultados de la visita que el señor Vásquez pasó al señor Agente Postal de Istmina, fueron el fruto de la maledicencia del empleado Visitador al contar el dinero existente en la oficina de Istmina en ausencia del señor Facundo Valencia Mena"; pero esa apreciación no fue inmotivada o gratuita hasta el punto de merecer la calificación de abusiva, sino que obedeció al natural desarrollo dialéctico de planteamientos hechos por el propio doctor Lozano Garcés en favor de su cliente.

Como dice bien la Procuraduría, las expresiones que el denunciante juzgó lesivas de su patrimonio moral en el auto que es materia de estudio no pecan contra la ley, porque, antes bien, se le estaba dando a ésta aplicación al motivar con ellas lo que se iba a resolver; ni pugnan con la razón, "por cuanto las argumentaciones del abogado Lozano Garcés —que el Tribunal consideró por lo menos audaces— dieron la medida exacta de la réplica que los Magistrados consideraron equitativa para frenar el peculiar estilo áspero de Lozano Garcés cuando se dirige o se refiere a los funcionarios públicos".

El hecho que dio lugar a la investigación se realizó, pues, según las constancias procesales, pero no es constitutivo de delito, por lo cual el sobreseimiento definitivo es procedente al tenor de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Colaborador Fiscal, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor de los doctores Rogerio Patiño Guerrero, Aureliano Perea Aluma y Guillermo Valencia Ibáñez por el delito de abuso de autoridad de que se les sindicó en este proceso, en su condición de Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel—Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello, Secretario.

FINALIDAD DEL RECURSO DE REPOSICION.—CUANDO EL FUNCIONARIO INSTRUCTOR PUEDE ABSTENERSE DE INVESTIGAR LOS HECHOS DENUNCIADOS

1 — No es censurable ni extraño que un Tribunal confirme un sobreseimiento definitivo consultado, y luégo, al resolver la reposición interpuesta contra el mismo y apoyado en razones legales distintas a las que le sirvieron para proferir la confirmación, lo revoque y llame a juicio. Entre los recursos instituidos contra las providencias judiciales, el de reposición tiene precisamente la finalidad de que éllas "SE REVOQUEN, REFORMEN O ACLAREN" (art. 484 del C. Judicial) cuando el funcionario o entidad que las dicta llega al convencimiento de que ello es procedente; y el Juez que, por amor propio, vanidad o pretendida suficiencia, se obstina en sostener sin fundamento resoluciones erradas —fuera de los casos que le acarream responsabilidad penal— no sólo hace nugatorios los efectos de tan importante recurso, sino que se muestra inferior a una misión social cuyo desempeño requiere el desinterés y la imparcialidad más absolutos. No hay derecho de propiedad sobre la razón, y las argumentaciones menos convincentes deben ceder a las de mayor ponderación y fuerza, vengan de donde vinieren. Muchas veces es rectificando, no dogmatizando, como la justicia se administra rectamente.

2 — Es deber de las autoridades investigar de oficio los hechos de que tengan conocimiento por cualquier medio, cuando son competentes para hacerlo y no se trata de aquellos cuya averiguación exige querella de parte, o de dar cuenta a quien corresponda con el mismo objeto. Pero esa obligacion está subordinada al carácter delictuoso con que los hechos se ofrezcan real o hipotéticamente, porque ni la acción penal, ni la civil para indemnización de perjuicios, se originan en actos no punibles legalmente. "Para que la investigación pueda iniciarse —dijo la Sala en auto de 6 de diciembre de 1956— es preciso que en la mente del Juez instructor, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o que como tal pueda reputarse, sin que el abstenerse de hacerlo, en caso contrario, entrañe prejuzgamiento o signifique que el funcionario omite o rehusa un acto propio de sus funciones. No hay delito qué investigar y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la prueba de que el hecho no se considera en la ley con ese carácter, 'procederá, aun de oficio a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo'. En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Solo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso del sumario. Por tal medio se amparan por igual los derechos individuales, que no pueden estar expuestos al peligro de las acusaciones temerarias, y los de la comunidad no menos interesada en reprimir el delito que en mantener incólume la honra de los hombres de bien". (G. J. tomo LXXXIII, 1063).

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal
Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte copia del memorial de fecha 16 de marzo de 1956 que el señor Manuel Pérez Rodríguez dirigió, a su vez, a ese Despacho Ejecutivo en solicitud de que se investigue la actitud del Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla doctor Julio Marenco Romero por los hechos que allí se relatan de esta manera.

"En mi hogar se acabó la paz; en Colombia, no obstante sus reconocidos esfuerzos aún no hay justicia, y yo perdí la libertad.

"Después de dos años, mi ex-socio industrial entabló juicio penal contra mí por falsedad y estafa; rindo mi indagatoria y a los siete meses un juez libra boleta de captura contra mí y voy a la Cárcel Modelo de Barranquilla; al mes se concede mi excarcelación y más tarde el juez falla a mi favor, este fallo es confirmado por el Tribunal y a solicitud de la contra parte es revisado por la Sala Penal dando como resultado el sobreseimiento definitivo de mi caso. Vuelve a mi hogar la tranquilidad y los sagrados postulados de su gobierno cobran todo su vigor.

"Dos años después el Dr. Julio Marenco Romero Presidente del Tribunal Superior de Barranquilla, y el mismo que confirmara mi inocencia, revoca los dos fallos anteriores y se declara impedido para conocer; el Tribunal acepta el impedimento y cuando faltan dos días para nombrar el conjuez resuelve que el impedimento del Magistrado debe pasar en consulta a la Corte Suprema de Justicia y toca al Dr. Domingo Sarasty resolver la consulta.

"Extrajuicio por medio de mutuos amigos, mi demandante me propone varias veces una transacción, pero yo me pregunto si es preciso traicionar nuestra dignidad personal y nuestros principios cristianos basados en una conciencia limpia por miedo a las consecuencias de una demanda injusta y para satisfacer a terceros.

"Ahora bien, puedo yo esperar justicia de un Magistrado que me absuelve primero, revoca sus propios fallos dos años después y se declara luego impedido para conocer nuevamente?..."

Ordenada la ratificación del denunciante, no pudo cumplirse esa diligencia, porque —según informe visible al folio 8v del Cuaderno 2º aquél "se halla huyendo a la justicia, por cuanto contra él existe un auto de detención preventiva y por lo consiguiente boleta de captura que no ha podido hacerse efectiva por desconocerse el paradero del citado Pérez Rodríguez".

Se dispuso entonces, antes de resolver si era el caso de abrir investigación por los hechos denunciados, solicitar copia de la actuación del Tribunal Superior de Barranquilla en el respectivo proceso, y de ella resulta:

a) Que el 6 de diciembre de 1954 el Juzgado Segundo Superior de Barranquilla remitió al Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, en consulta del sobreseimiento definitivo proferido con fecha 6 de noviembre del mismo año, el proceso contra Manuel Pérez Rodríguez y José A. Carrioni por falsedad y estafa, del cual le correspondió conocer por reparto al Magistrado doctor Julio Marenco Romero (1);

b) Que el señor Fiscal Segundo de la Corporación pidió se confirmara el auto consultado y así se resolvió en providencia de 12 de abril de 1955, notificada al Agente del Ministerio Público el 13 y por estado a las demás partes el 15 de los mismos (2 a 16);

c) Que el doctor Polearco Rodríguez Arrieta, apoderado de Luis A. Haupt, parte civil en las diligencias, solicitó reposición de la providencia confirmatoria para que se profiriera enjuiciamiento, o en subsidio, sobreseimiento temporal (16 a 57) a lo cual el Tribunal accedió abriéndoles causa criminal a Pérez Rodríguez por el delito imperfecto de estafa y a Carrioni como cómplice, en providencia que lleva fecha 29 de septiembre de 1955 (63 a 84), contra la cual recurrieron a su vez en reposición los representantes de los sindicados a fin de sustentar la de sobreseimiento definitivo (88 y 89);

d) Que en el escrito dirigido a nombre de la parte civil para pedir reposición del auto en que el Tribunal confirmó el de sobreseimiento del inferior, el doctor Rodríguez Arrieta solicitó igualmente del Magistrado doctor Marenco Romero "se declare impedido para seguir conociendo del caso de autos" (56);

e) Que el doctor Marenco Romero se negó en un principio a manifestarse impedido (60), pero con fecha 7 de diciembre de 1955 dijo:

"Sin entrar a decidir acerca de la solicitud de reposición hecha por los señores defensores de los sindicados contra el auto del Tribunal de fecha 29 de septiembre último, debo hacer saber que hace poco he tenido conocimiento de que el procesado señor José A. Carrioni es padre del señor Edilberto Carrioni, persona con quien me ligan tantas relaciones de amistad como sentimientos de franca camaradería y compañerismo nacidos de la vinculación de ambos al Club de Leones de esta ciudad circunstancia ésta que, en la mayoría de los casos da lugar a la estimación y aprecios mutuos entre sus miembros... Por ello creo que es mi deber declararme impedido, como en efecto lo hago, para seguir actuando en este proceso. En consecuencia, pase el negocio al H. Magistrado que sigue en turno, para los efectos legales consiguientes". (121);

f) Que los restantes Magistrados de la Sala aceptaron el impedimento y ordenaron elección de conjuez (122) y (123), en proveído contra el cual recurrió el apoderado de la parte civil y que la Sala revocó disponiendo el envío de los autos a la Corte "a fin de que esa alta entidad decida el incidente, en armonía con el art. 74 del Código de Procedimiento Penal..." (136 a 144).

Tal es la actuación que se había cumplido en el Tribunal de Barranquilla —hasta el momento de enviarse al Ministerio de Justicia la referida comunicación del señor Manuel Pérez Rodríguez— dentro de las diligencias sumarias en que fue llamado a responder en juicio por el delito imperfecto de estafa en su calidad de Gerente de "Farmacia Vida y Cía." con la complicidad de José A. Carrioni, empleado contador de esa firma comercial.

Lo primero que en dicha comunicación se advierte es que ella no constituye propiamente una denuncia, pues ningún cargo se formula allí contra el Magistrado Ponente de las providencias que se han dejado relacionadas. Simplemente se duele el memorialista de haber perdido su libertad como consecuencia de la acusación interpuesta contra él por su ex-socio industrial Luis A. Haupt; de que los mismos Magistrados que habían confirmado el auto de sobreseimiento proferido a su favor en la primera instancia lo revocaran luégo, a virtud de reposición solicitada por la parte civil, y de que el doctor Marenco Romero se hubiera manifestado impedido después para seguir actuando en el proceso.

Se observa, en segundo lugar, que las diversas tesis enunciadas en el debate judicial a que se hace referencia aparecen sustentadas con razonamientos de orden jurídico cuya contraposición en dilatados estudios (el apoderado de la parte civil solicitó el enjuiciamiento de los sindicados en un memorial de 41 folios, las reclamaciones de los representantes de Pérez Rodríguez y Carrioni suman 26, y lo actuado en el Tribunal da un total de 184 fojas) demuestra lo intrincado de la cuestión sub-judice y excluye la posibilidad de encontrar en cualquiera de las dos providencias dictadas en sentido contrario —consideradas en sí mismas— arbitrariedad o injusticia.

Ante unas razones el Tribunal confirmó el sobreseimiento definitivo proferido en la primera instancia; y ante otras revocó esa confirmación y llamó a juicio. Nada tiene esa conducta de censurable o extraña. Entre los recursos instituídos contra las providencias judiciales, el de reposición tiene precisamente la finalidad de que ellas "SE REVOQUEN, REFORMEN O ACLAREN" (artículo 484 del Código Judicial) cuando el funcionario o entidad que las dicta llega al convencimiento de que ello es procedente; y el Juez que, por amor propio, vanidad o pretendida suficiencia, se obstina en sostener sin fundamento resoluciones erradas —fuera de los casos que le acarrean responsabilidad penal— no sólo hace nugatorios los efectos de tan importante recurso, sino que se muestra inferior a una misión social cuyo desempeño requiere el desinterés y la imparcialidad más absolutos. No hay derecho de propiedad sobre la razón, y las argumentaciones menos convincentes deben ceder a las de mayor ponderación y fuerza, vengan de donde vinieren. Muchas veces es rectificando, no dogmatizando, como la justicia se administra rectamente.

Menos podría ser acto investigable penalmente el haberse manifestado impedido el doctor Marenco Romero para conocer del sumario en mención cuando fue informado de que uno de los sindicados era hijo del señor José A. Carrioni, a quien lo ligaban "relaciones de amistad" y "sentimientos de franca camaradería y compañerismo nacidos de la vinculación de ambos al Club de Leones" de Barranquilla. Ni esa manifestación ni los autos en que los Magistrados restantes de la Sala —doctores Gabriel Francisco Porras y Julio Roncallo Acosta— decidieron sucesivamente declararla fundada y revocar lo resuelto para que la Corte se pronunciara al respecto, se apartan de lo prescrito en la ley sobre tramitación de esta clase de incidentes.

Es deber de las autoridades investigar de oficio los hechos de que tengan conocimiento por cualquier medio, cuando son competentes para hacerlo y no se trata de aquellos cuya averiguación exige querella de parte, o de dar cuenta a quien corresponda con el mismo objeto. Pero esa obligación está subordinada al carácter delictuoso con que los hechos se ofrezcan real o hipotéticamente, porque ni la acción penal, ni la civil para indemnización de perjuicios, se originan en actos no punibles legalmente. "Para que la investigación pueda iniciarse —dijo la Sala en auto de 6 de diciembre de 1956— es preciso que en la mente del Juez Instructor, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o que como tal pueda reputarse, sin que el abstenerse de hacerlo, en caso contrario, entrañe prejuzgamiento o signifique que el funcionario omite o rehusa un acto propio de sus funciones. No hay delito qué investigar y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la prueba de que el hecho no se considera en la ley con ese carácter, 'procederá, aun de oficio, a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo'. En uno y otro caso la razón es la misma inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Sólo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso del sumario. Por tal medio se ampa-

ran por igual los derechos individuales, que no pueden estar expuestos al peligro de las acusaciones temerarias, y los de la comunidad, no menos interesada en reprimir el delito que en mantener incólume la honra de los hombres de bien". (LXXXIII 1063)

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de investigar los hechos denunciados.

Comuníquese al Ministerio de Justicia Departamento de Vigilancia Judicial - lo resuelto, en atención a lo solicitado en la parte final del oficio Nº 10.819 de 4 de mayo de 1956.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Montalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Arguello Secretario.

DE ACUERDO CON REITERADA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, LA SOLA DISPARIDAD DE CRITERIOS EN LA APLICACION DE LA LEY O EN LA DEFINICION DEL DERECHO NO CONSTITUYE ILICITO PENAL

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal — Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Pamplona el auto de sobreseimiento definitivo proferido en las diligencias adelantadas contra el doctor José Lobelo Manjarrés, como Fiscal del Juzgado Superior de Ocaña, a virtud de denuncia formulada por Dionisio Quintero Verjel.

Surtida la tramtiación legal pertinente, la Sala entra a revisar la decisión consultada, cuya confirmación solicita el señor Agente del Ministerio Público con base en que los hechos que dieron lugar a la instrucción no se han realizado.

Se originó la investigación en las siguientes comunicaciones dirigidas por Quintero Verjel a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio de Justicia y al Presidente del Tribunal a-quo, con fechas 14 y 16 de julio de 1951:

"...Fiscal José Lobelo Manjarrés violando ley acaba libertar Ernesto Caicedo quien hace solamente quince meses encuéntrase detenido motivo asesinar con sus hermanos a mi hijo Jorge Quintero no obstante Juzgado Superior haberle negado beneficio libertad recientemente, estar conociendo Tribunal Superior apelación interpuesta sindicado, apoderado parte civil. Mismo funcionario viene libertando otros sindicados mismas condiciones mediante dádivas repártense su subalterno, pueden atestiguar interesados..."

"...Está por demás informar a esa Honorable Corporación que fuera de los hechos anteriormente denunciados poseo otros informes contra el mencionado funcionario como son el de haber libertado a un señor Manzano quien el padre de éste tuvo que vender (sic) y darle al señor Fiscal la módica suma de $ 400,00 para conseguir la libertad de su hijo; la de un señor Abel Sepúlveda quien sólo estuvo detenido unos pocos días por cuenta del Juzgado Superior por la muerte de un señor Molina, por la suma de $ 1.000; la de un señor González también por dinero, de este último sí no le puedo precisar cuánto costó..." (1 y 2).

Al presente informativo se allegó, en copia, parte del proceso adelantado contra Ernesto Caicedo por homicidio en la persona de Jorge Enrique Quintero, y de ella aparece: a) Que el sindicado solicitó ante el Juzgado Superior de Ocaña el beneficio de libertad incondicional y, en subsidio, con fianza; b) Que el Fiscal de ese despacho, que lo era entonces el doctor José Lobelo Manjarrés, se pronunció en favor de ese pedimento por estimar que Caicedo había actuado en ejercicio del derecho de legítima defensa de su vida; c) Que el Juzgado denegó lo pedido "por cuanto considera que la causal de legítima defensa del honor y de la vida de sus hermanos no se encuentra comprobada de autos en forma clara e inequívoca como lo exige la ley", y porque "ni tampoco en el caso de que Ernesto Caicedo hubiera obrado en estado de ira e intenso dolor, es permisivo (sic) la concesión de tales recursos (sic)"; d) Que posteriormente, a virtud del carácter de funcionarios de Instrucción que por el Decreto 1231 de 1º de junio de 1951 se dio a los Fiscales de los Juzgados Superiores, le correspondió conocer del negocio al doctor Lobelo Manjarrés, quien por auto de 13 de julio del mismo año excarceló incondicionalmente a Caicedo con base en las razones que había aducido en la oportunidad recordada antes; y e) Que al revisar el Tribunal Superior de Pamplona el proveído del Fiscal Instructor Lobelo Manjarrés, por apelación de la parte civil, revocó lo allí resuelto por tratarse de "un homicidio que no admite excarcelación, tanto más que el delito se halla rodeado de circunstancias que le imprimen gravedad especial" (110, 111 a 113, 120 a 123 y 165 a 170).

Todo lo que se infiere de la anterior prueba documental es que, entre los funcionarios de primera y segunda instancia que conocieron del incidente de libertad en el proceso contra Ernesto Caicedo, se suscitó un debate contradictorio de no ordinaria frecuencia por la diversidad de opi-

niones a que dieron lugar los elementos probatorios en orden a establecer si en el sujeto activo había concurrido la causal de justificación del hecho contemplada en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal. El Tribunal, coincidiendo con el Juzgado Superior de Ocaña, se pronunció negativamente; y el Fiscal doctor Lobelo Manjarrés, en las dos intervenciones que tuvo en la sumaria, conceptuó lo contrario.

Como observa el Procurador Delegado, "del estudio de las piezas interlocutorias se llega a la conclusión de que se trata de una situación jurídica compleja que exige detenido estudio y da base para aceptar que la interpretación dada por el Fiscal fue hecha de buena fé y resuelta en el convencimiento de estar interpretando la norma legal correspondiente".

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, la sola disparidad de criterios en la aplicación de la ley o en la definición del derecho no constituye ilícito penal.

Agregó el denunciante Quintero Verjel —en su memorial al señor Presidente del Tribunal Superior de Pamplona— que el Fiscal Lobelo Manjarrés les había concedido igualmente el beneficio de libertad, esta vez mediante pago de dineros, "a un señor Manzano", a Abel Sepúlveda y a "un señor González".

Sobre la primera de estas imputaciones obran en el expediente las declaraciones de Antonio Verjel Portillo y de Julián Claro Bayona. **Dijo el primero:** "...hace alrededor de unos tres meses llegó a la pesa o expendio de carnes que tiene el señor Dionisio Quintero en el Mercado de esta ciudad, a ofrecerle unas reses al señor Quintero; y estando presente el señor José del Carmen Manzano, estaba diciéndole a Quintero y a un señor Claro que también estaba presente, que su hijo (de Manzano) había salido de la cárcel el día anterior y que no había necesitado de abogado pero **que le había tenido que dar cuatrocientos pesos al Fiscal. Que para algo le había servido el campito...**" (14 v); **y el segundo expuso:** "...Hace más o menos tres meses que estando yo en el mercado de esta ciudad en un expendio de carnes que tengo contiguo al del señor Dionisio Quintero, oí perfectamente que José del Carmen Manzano le estaba diciendo a Quintero estas palabras: 'compadre, **cómo le parece que si más tengo que vender el campo, pero ya no** porque Olaya (se refería Manzano a un hijo suyo) va a salir incondicional y me tocó que darle cuatrocientos pesos al Fiscal..." (15) Subraya la Sala.

Tan enfática versión, fuera de ser contradictoria, quedó plenamente infirmada en los autos. De una parte, el propio José del Carmen Manzano declara que jamás conversó nada con el doctor Lobelo Manjarrés sobre el negocio en que aparecía sindicado por homicidio en Luis Salazar su hijo del mismo nombre (alias "Olaya") y que fue al defensor de éste, doctor Luis Enrique Rochels, a quien le pagó la suma de que hablan el denunciante y los testigos de cargo. "Repito —dice— que todo lo que han dicho Dionisio Quintero, Verjel y Claro es una solemne mentira, una calumnia pues eso no ha sucedido. Hago constar que yo sí vendí un terreno para atender a los gastos de la defensa de mi hijo José del Carmen Manzano Clavijo y en gastos para él en la cárcel, para que estuviera bien, campo que vendí en dos mil doscientos o dos mil trescientos a Emiliano Ascanio, dinero del cual conservo una parte todavía, habiendo sacado los cuatrocientos que le pagué al doctor Rochels y no a Lobelo como mentirosamente se ha dicho. Por cierto que desde La Ermita le mandé los doscientos pesos restantes al doctor Rochels con el señor Pedro Navarro y un joven Torrado que era Guardián de la cárcel del Circuito y quien ahora se encuentra ausente" (15v. y 184 a 185). De otra, tanto el abogado Rochels (41) como los testigos Navarro (16v) Torrado (217) y Ascanio (202v.) ratificaron en su integridad lo afirmado por José del Carmen Manzano, quien nuevamente desmintió a Quintero, Claro Bayona y Verjel Portillo en los respectivos careos (203v. 229v. y 230).

El cargo referente a la libertad de Abel Sepúlveda Puentes, sindicado de homicidio en Samuel Arturo Molina, tampoco tuvo comprobación alguna. Al folio 278 se insertó copia de la providencia por la cual el Fiscal acusado le otorgó incondicionalmente dicho beneficio a Sepúlveda Puentes, pero es éste quien afirma, después de manifestar que ni siquiera conocía a Lobelo Manjarrés: "A quien entregué yo mil pesos fue a mi apoderado doctor Valentín Piñeros Andrade y eso en una letra pues no le entregué en efectivo, pero no sé de donde pudo haber sacado esa información de que le había entregado mil pesos al Fiscal del Juzgado Superior para obtener mi libertad" (178 y vto.)

Por lo demás, el mencionado auto se dictó —anota la Procuraduría— "previa una motivación que también aparece hecha de buena fe, con el honrado criterio de interpretar normas jurídicas".

Finalmente, el cargo relacionado con la libertad de "un señor González" no pasó de la simple enunciación. El individuo de ese apellido no

fue hallado; y cuando, para identificarlo, el Juez Primero del Circuito de Ocaña llamó al denunciante, éste manifestó que ignoraba su nombre y el de la víctima así como el delito en que hubiera incurrido y la fecha de su salida de la cárcel. El acusador irresponsable que en su escrito de denuncia había expresado ya no saber el monto del dinero que el Fiscal hubiese recibido por la excarcelación de González, se escuda ahora en la maledicencia pública para explicar en los siguientes términos la inconsistencia de sus afirmaciones: "...sé que hubo entre ellos un arreglo para que este González saliera de la cárcel; estos hechos los oí conversar a varias personas que no puedo precisar; sobre estos hechos no puedo informar concretamente al Juzgado" (180).

Es el mismo abogado que representó al denunciante constituído parte civil en las diligencias que se le siguieron a Ernesto Caicedo por la muerte de Jorge Enrique Quintero el que —después de reconocer que el doctor Lobelo Manjarrés "se ajustó a normas estrictas de pulcritud" en la tramitación de aquéllas— atribuye a móviles de venganza la acusación formulada contra el Fiscal por el padre del occiso. "Supongo —dice el doctor Luis Enrique Rochels— que el motivo de ese denuncio haya sido la libertad del procesado y no me extraño de esos procedimientos porque en los pueblos la justicia se ve a través (sic) de los propios intereses y cuando no se satisfacen esas aspiraciones quedan en las partes litigantes rencores y malquerencias, la mayoría de los casos injustos" (41).

Oído en indagatoria el doctor Lobelo Manjarrés —cuya calidad oficial por la época de los hechos consta de autos (7 y 8, 13v y 14) manifestó que ni siquiera de vista había conocido a Dionisio Quintero, Antonio Verjel Portillo y José del Carmen Manzano , padre de Manzano Clavijo; que las acusaciones de que se le hizo objeto "son infames y calumniosas" y que, al decretar cualesquiera beneficios de excarcelación como Fiscal de Ocaña, obró "única y exclusivamente porque consideraba que así daba aplicación a la justicia" (36 y 37).

Procedió, por tanto, legalmente el Tribunal a quo al aplicar en este informativo lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, y su decisión debe mantenerse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia de su colaborador Fiscal y acorde con él, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquse y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E Arguello Secretario.

NO PUEDE RECHAZARSE LA CONSTITUCION DE PARTE CIVIL CON EL PRETEXTO DE QUE EN' LA DEMANDA NO SE PUNTUALIZARON LOS PERJUICIOS CAUSADOS, SI SE INDICARON EN ELLA Y ESTIMO EL MONTO DE SU REPARACION. — TAMPOCO PUEDE RECHAZARSE CUANDO LA PERSONA QUE PRETENDE CONSTITUIRSE PARTE CIVIL ESTA VINCULADA A LOS HECHOS, COMO POSIBLE PERJUDICADO, AUNQUE POR SUS CARACTERISTICAS EL DELITO AFECTE PRIMORDIALMENTE AL ESTADO. — EN LA ACTUACION PROCESAL, POR EL EJERCICIO DE LA PARTE CIVIL, ES DONDE SE ACREDITA NO SOLO LA CALIDAD DE LOS PERJUICIOS SINO TAMBIEN EL VALOR CORRESPONDIENTE, Y POR ESTO NO PUEDE RECHAZARSE LA RESPECTIVA DEMANDA AUNQUE CAREZCA DE RESPALDO PROBATORIO AL SER INTRODUCIDA. — NI LA DUDA ACERCA DE LA EXISTENCIA DE PERJUICIOS, NI LA CUANTIA INFIMA DE SU VALOR SON SUFICIENTES PARA RECHAZAR LA CONSTITUCION DE PARTE CIVIL

1. — El artículo 118 del C. P. P. enseña, precisamente, que la causa, única para que la demanda de constitución de parte civil pueda rechazarse, es la ilegitimidad de la personería del demandante. El artículo 119, consecuencia tanto de la naturaleza jurídica de la parte civil, como de la disposición antes citada, ordena que aún de oficio se admita la demanda rechazada si posteriormente se comprueba la legitimidad de la personería en el demandante. Por tal motivo, no es pertinente acudir al artículo 114 para alegar contra la admisión de la demanda, por el aspecto de que no se puntualizaron los perjuicios causados, porque, además, basta que se hayan indicado y el monto en que se estima su reparación, para que puedan darse por cumplidos los requisitos de dicha norma legal.

2.—Mientras se prosigue acción penal en orden a reprimir un ilícito, existe para el particular perjudicado el camino para adelantar acción civil dentro del proceso penal, tendiente a lograr el resarcimiento de los perjuicios, morales y materiales, originados por el delito. No es lícito rechazar apriorísticamente la constitución de parte civil, pues basta la posibilidad de que se ha causado daño resarcible para que esa constitución sea y deba ser procedente, en cuanto quien pretende ser parte civil sea persona vinculada a los hechos, materia de investigación, como posible perjudicado. No puede afirmarse que, por las características de un delito, que primordialmente interese al Estado, un particular no sufra perjuicios; es evidente que hay ilícitos por cuya comisión no resulta perjudicada una persona distinta del Estado y entonces nadie, fuera de éste, puede considerarse vinculado a los hechos materia del proceso, pero también es evidente que, existiendo el nexo, no puede hacerse abstracción de éste ni de la persona perjudicada, para sólo ver el interés estatal. Aunque se trate de un delito contra la administración pública, jamás puede decirse de antemano que el único que puede sufrir perjuicios es el Estado, o que una persona distinta a éste sólo podrá constituírse parte civil cuando demuestre que existió daño, que deba repararse pecuniariamente porque esto equivaldría a desnaturalizar la acción. Lo que debe examinarse es si el particular en alguna forma pudo ser perjudicado, si no es por entero ajeno a los hechos, sin vinculación alguna con ellos y, por tanto, sin interés de ninguna clase en el proceso. Si existe este interés por aquella vinculación, o sea, si hay relación entre la persona y los hechos que pueden generar indemnización, entonces debe admitirse la parte civil, aunque a la postre resulte demostrado o que no hubo hecho delictuoso del cual se derive indemnización, o que, si lo hubo, el procesado no es responsable de él o que, aún siendo responsable no se causaron perjuicios, etc.

3.—Es noción elemental la de que no es dable, para aceptar la constitución de la

parte civil, exigir que de antemano se pruebe la existencia de perjuicios, ya que, en la actuación procesal, por el ejercicio de la acción civil, es donde debe acreditarse no sólo la calidad de ellos sino el valor correspondiente, y de ahí la razón de ser del artículo 123 del C. P. P., que faculta a la parte civil, una vez admitida la demanda, no sólo para solicitar pruebas respecto del esclarecimiento del cuerpo del delito, de los autores o partícipes en el ilícito y de su responsabilidad, sino sobre la cuantía y, por tanto, como su presupuesto sobre la existencia y naturaleza de los perjuicios irrogados. Decidir anticipadamente, es impedir al presunto perjudicado el ejercicio de su derecho y juzgar de antemano que tales daños no se causaron, o que éstos fueron producidos por determinada persona, antes de todo procedimiento legal y de toda decisión pertinente.

4.—La simple consideración de que pudo no haber perjuicios materiales o morales o son de ínfima cuantía, no es suficiente para rechazar la constitución de parte civil, si existe aquella vinculación tantas veces aludida; la cuantía del perjuicio y de la indemnización hacen precisamente parte del debate que ha de resolverse en su oportunidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Criminal.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

En estas diligencias que, en virtud de denuncia presentada por N. N. se siguen contra el doctor X. X., Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de..... por abuso de autoridad y otras infracciones, el Juez comisionado reconoció a Y. Z. como parte civil. El apoderado del doctor X. X., reclamando contra la providencia, oportunamente interpuso los recursos de reposición y apelación, que no fueron resueltos, en lo que era de su resorte, por el comisionado. Corresponde, pues, decidir, agotada como se halla la tramitación legal.

Para el recurrente, en primer término, la demanda no se ajusta a los requisitos del artículo 114 del C. P. P., en cuanto aquella no especifica los perjuicios de orden material causados con el ilícito, vale decir, no están determinados; además, la rapidez en la actuación del doctor X. X. hizo que no se produjeran gastos ni perjuicios materiales. Pero la parte fundamental de lo alegado por el recurrente es esta: "...las infracciones que se persiguen (y que no han existido, como se demostrará oportunamente) son contra la administración pública, y solamente en el caso de un posible delito de abuso de autoridad, por lo de no declararse impedido en un negocio del doctor Y. Z. (posibilidad que no se vislumbra jurídicamente) podría admitirse, usando de largueza, que el doctor Y. Z. recibió perjuicios y que, en consecuencia, puede ser admitido como parte. Pero aún así se presentaría la dificultad de estar interviniendo un particular en un proceso cuyo interés sólo es para el Estado. En consecuencia, el doctor Y. Z. carece de personería sustantiva para figurar como parte en el proceso en que ha sido admitido. Así pues demando... con base en el artículo 118 del C. de P. P. que se revoque el auto mencionado... también invoco el artículo 114, es decir, la norma del mismo Código que habla de la falta de requisitos en la demanda o solicitud de constitución de parte civil".

Considera la Corte:

El artículo 118 del C. P. P., enseña, precisamente, que la causa, única para que la demanda de constitución de parte civil pueda rechazarse, es la ilegitimidad de la personería del demandante. El artículo 119, consecuencia tanto de la naturaleza jurídica de la parte civil, como de la disposición antes citada, ordena que aún de oficio se admita la demanda rechazada si posteriormente se comprueba la legitimidad de la personería en el demandante. Por tal motivo, no es pertinente acudir al artículo 114 para alegar contra la admisión de la demanda, por el aspecto de que no se puntualizaron los perjuicios causados, porque, además, basta que se hayan indicado y el monto en que se estima su reparación, para que puedan darse por cumplidos los requisitos de dicha norma legal.

Así pues, debe entrarse a examinar lo atinente a la personería del demandante.

Mientras se prosigue acción penal en orden a reprimir un ilícito, existe para el particular perjudicado el camino para adelantar acción civil dentro del proceso penal, tendiente a lograr el resarcimiento de los perjuicios. morales y materiales, originados por el delito. No es lícito rechazar

apriorísticamente la constitución de parte civil, pues basta la posibilidad de que se ha causado daño resarcible para que esa constitución sea y deba ser procedente, en cuanto quien pretende ser parte civil sea persona vinculada a los hechos, materia de investigación, como posible perjudicado. No puede afirmarse que, por las características de un delito, que primordialmente interese al Estado, un particular no sufra perjuicios; es evidente que hay ilícitos por cuya comisión no resulta perjudicada una persona distinta del Estado y entonces nadie, fuera de éste, puede considerarse vinculado a los hechos matèria del proceso, pero también es evidente que, existiendo el nexo, no puede hacerse abstracción de éste ni de la persona perjudicada, para sólo ver el interés estatal. Aunque se trate de un delito contra la administración pública, jamás puede decirse de antemano que el único que puede sufrir perjuicios es el Estado, o que una persona distinta a éste sólo podrá constituírse parte civil cuando demuestre que existió daño, que deba repararse pecuniariamente porque esto equivaldría a desnaturalizar la acción. Lo que debe examinarse es si el particular en alguna forma pudo ser perjudicado, si no es por entero ajeno a los hechos, sin vinculación alguna con ellos y, por tanto, sin interés de ninguna clase en el proceso. Si existe este interés por aquella vinculación, o sea, si hay relación entre la persona y los hechos que pueden generar indemnización, entonces debe admitirse la parte civil, aunque a la postre resulte demostrado o que no hubo hecho delictuoso del cual se derive indemnización, o que, si lo hubo, el procesado no es responsable de él o que, aun siendo responsable no se causaron perjuicios, etc. También es noción elemental la de que no es dable, para aceptar la constitución de la parte civil, exigir que de antemano se pruebe la existencia de perjuicios, ya que, en la actuación procesal, por el ejercicio de la acción civil, es donde debe acreditarse no sólo la calidad de ellos sino el valor correspondiente, y de ahí la razón de ser del artículo 123 del C. P. P., que faculta a la parte civil, una vez admitida la demanda, no sólo para solicitar pruebas respecto del esclarecimiento del cuerpo del delito, de los autores o partícipes en el ilícito y de su responsabilidad, sino sobre la cuantía y, por tanto, como su presupuesto, sobre la existencia y naturaleza de los perjuicios irrogados. Decidir anticipadamente, es impedir al presunto perjudicado el ejercicio de su derecho y juzgar de antemano que tales daños no se causaron o que éstos fueron producidos por determinada persona, antes de todo procedimiento legal y de toda decisión pertinente.

Por otra parte, la simple consideración de que pudo no haber perjuicios materiales o morales o son de ínfima cuantía, no es suficiente para rechazar la constitución de parte civil, si existe aquella vinculación tantas veces aludida; la cuantía del perjuicio y de la indemnización hacen precisamente parte del debate que ha de resolverse en su oportunidad.

Ahora bien. El demandante en estas diligencias tiene relación con los hechos que se investigan, en cuanto, de existir, pudieron entrabar su actividad profesional como apoderado en el proceso en que el Fiscal del Tribunal no se declaró impedido. Y esta es la razón fundamental que se expone en la demanda, y que justifica la personería sustantiva. Por tanto fue procedente aceptar la constitución de parte civil.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO REVOCA el auto de doce de marzo del año en curso.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel—Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL CONCEPTO DE FONDO DE LOS FISCALES COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

En la causal 4ª de recusación, contenida en el artículo 73 del C. de P. P., hay evidentemente aspectos que sólo pueden predicarse de personas que antes no estaban investidas de autoridad y que luego, como Jueces o Magistrados, han de decidir sobre algún proceso. Tal sucede, por ejemplo, con la calidad de apoderado o defensor. Pero también es evidente que aquel artículo del C. P. P., dentro de la causal citada, comprende situaciones referentes a personas que, como Jueces o Magistrados de una categoría inferior, han pasado a la superior y así tienen que conocer de negocios sobre los cuales habían dado concepto u opinión en su primitivo carácter de funcionarios de grado inferior. Ha sostenido reiteradamente la Corte que debe aceptarse como impedimento, comprendido dentro de la causal 4ª del artículo 73 del C. de P. P., el hecho de que el Juez o Magistrado haya dado concepto u opinión, no en virtud del ejercicio profesional de la abogacía, o en su carácter privado, sino como funcionario, porque en esta calidad la opinión o el concepto son producto precisamente del análisis de la responsabilidad y del delito y, por tanto, del estudio de la relación jurídica que debe definirse. Y si el Juez o Magistrado que dictó providencia de aquel carácter tiene que declararse impedido y ha de aceptársele el impedimento, lo mismo cabe decir del Fiscal, teniendo presente el artículo 79 del C. P. P., dado que, como Agente del Ministerio Público y, por tanto, como parte en el proceso mediante el análisis, no sólo de las pruebas, sino de lo atinente a la responsabilidad y a la figura delictiva, se formó juicio especial y concreto mediante el cual hubo de pedir el sobreseimiento o el llamamiento a juicio, o sea, expresó un concepto fundado acerca del fondo del proceso y se creó en él el vínculo intelectual aludido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Encontrándose en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el proceso contra Jesús María Cano Fernández, por homicidio, en consulta del sobreseimiento definitivo proferido por el Juez Superior del mismo Distrito, el magistrado ponete, doctor Cicerón Domínguez, se declaró impedido para conocer de dicho negocio, en auto de 4 de septiembre de 1956, en razón de haber emimitido concepto de fondo cuando desempeñaba el cargo de Fiscal del Juzgado Superior, en que concluyó que debía llamarse a juicio a Clodomiro Rueda, y sobreseer definitivamente en favor de Jesús María Cano Fernández.

En auto de 19 de septiembre de 1956, no fue aceptado el impedimento, por haberse considerado aplicable la jurisprudencia de la Corte, según la cual "la esencia de las causales de recusación o impedimento se reduce a un presunto interés del Juez o magistrado, ora en favor del reo, ya en su perjuicio y la causal cuarta sólo puede entenderse respecto de la persona particular que ha emitido su concepto acerca de la cuestión penal debatida, y luego le corresponde conocer de la misma cuestión como Juez o Magistrado, o también respecto del Magistrado o Juez que opina extraoficial o privadamente sobre la materia subjudice que a su despacho tiene o llegare a tener después".

En la causal 4ª de recusación, contenida en el artículo 73 del C. de P. P., hay evidentemente aspectos que sólo pueden predicarse de personas que antes no estaban investidas de autoridad y que luego, como Jueces o Magistrados, han de decidir sobre algún proceso. Tal sucede, por ejemplo con la calidad de apoderado o defensor. Pero también es evidente que aquel artículo del C. P. P., dentro de la causal citada, comprende situaciones referentes a personas que, como jueces o magistrados de una categoría inferior, han pasa-

do a la superior y así tienen que conocer de negocios sobre los cuales habían dado concepto u opinión en su primitivo carácter de funcionarios de grado inferior. Ha sostenido reiteradamente la Corte que debe aceptarse como impedimento, comprendido dentro de la causal que se estudia, el hecho de que el Juez o Magistrado haya dado concepto u opinión, no en virtud del ejercicio profesional de la abogacía, o en su carácter privado, sino como funcionario, porque en esta calidad la opinión o el concepto son producto precisamente del análisis de la responsabilidad y del delito y, por tanto, del estudio de la relación jurídica que debe definirse. Y si el Juez o Magistrado que dictó providencia de aquel carácter tiene que declararse impedido y ha de aceptársele el impedimento, lo mismo cabe decir del fiscal, teniendo presente el artículo 79 del C. P. P., dado que, como agente del Ministerio Público y, por tanto, como parte en el proceso mediante el análisis, no sólo de las pruebas, sino de lo atinente a la responsabilidad y a la figura delictiva, se formó juicio especial y concreto mediante el cual hubo de pedir el sobreseimiento o el llamamiento a juicio, o sea, expresó un concepto fundado acerca del fondo del proceso y se creó en él el vínculo intelectual aludido. Por tanto, debe aceptarse el impedimento en el caso presente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA FUNDADA la causal de impedimento manifestada por el doctor Cicerón Domínguez para intervenir en el conocimiento del proceso que se adelanta contra Jesús María Cano Fernández, por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel—Domingo Sarasty Montenegro—Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

IMPEDIMENTOS DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

Ya la Corte ha dicho cómo, cuando la opinión o el concepto se han dado sobre puntos diferentes de aquellos sobre los cuales posteriormente ha de tratar, no existe relación que pueda influir en el segundo de ellos por consecuencia del proceso intelectivo seguido en el primero, que pudiera desviar el criterio y que llevase a repetir en la segunda ocasión lo que ya se dijo en la primera, por vinculación intelectual entre quien dio la opinión o el concepto y las diligencias en que tal acaeció.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Corresponde a la Corte decidir sobre el impedimento manifetsado por el doctor Mario Suárez Paz, en su carácter de Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en estas diligencias contra Francisco Antonio Pérez y Rafael Sarria por delito contra la propiedad

Llegado al Tribunal el expediente, en consulta de la providencia que declaró sobrevenido el evento de la prescripción y ordenó, en consecuencia, cesar el procedimiento, el doctor Suárez Paz, como Fiscal de aquella corporación, se consideró impedido por cuanto, como agente del Ministerio Público en el Juzgado 2º Superior del mismo distrito, había conceptuado que se sobreseyese definitivamente a favor de los procesados, aunque el Juez del conocimiento no lo aceptase y, en cambio, declarase la prescripción. Basa el impedimento el doctor Suárez Paz en la causal 4ª prevista en el artículo 73 del C. P. P., en armonía con el artículo 79 del mismo Código.

El Tribunal no aceptó la manifestación de su colaborador, porque "una es la calificación de fondo de un negocio, a que se refiere el señor Fiscal Segundo del Juzgado en la Vista mencionada, y otro el dictamen favorable del Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 153 del C. de P. P. Y sobre esto último no conceptuó ciertamente el citado colaborador Fiscal. Luego su prístina opinión no lo liga al caso sub-judice del estatuto procesal en la forma puntualizada por el señor Juez Tercero Superior".

No corresponde a la Corte estudiar la situación creada por no haberse tenido en cuenta que la aplicación del artículo 153 del C. P. P. requiere concepto favorable del agente del Ministerio Público, y que, en el caso de autos, éste no se pronunció sobre la prescripción, ni el expediente le fue pasado, cuando se le pidió concepto, para que estudiase tal punto. Pero esto mismo está indicando cómo no hay relación directa entre lo que fue materia del primer concepto y lo que debe ser materia del segundo. Ya la Corte ha dicho cómo, cuando la opinión o el concepto se han dado sobre puntos entre sí muy diferentes, no existe relación que pueda influir en el segundo de ellos por consecuencia del proceso intelectivo seguido en el primero, que pudiera desviar el criterio y que llevase a repetir en la segunda ocasión lo que ya se dijo en la primera, por vinculación intelectual entre quien dio la opinión o el concepto y las diligencias en que tal acaeció. Cuando el doctor Suárez Paz emitió concepto en su carácter de Fiscal del Juzgado 2º Superior de Cali analizó puntos distintos a las consideraciones para saber si, por el transcurso del tiempo, ha prescrito la acción penal, es decir, su actividad actualmente se limitaría a opinar si, por el tiempo transcurrido a partir de la fecha en que se cometió el ilícito hasta otra posterior, es el exigido por el artículo 105 del C. P. para que la acción se extinga por prescripción, atendida la calificación legal del delito, en tanto que cuando era Fiscal del Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial en referencia, si bien analizó elementos indispensables para aquella calificación, sin embargo no se pronunció en ningún momento sobre materia acerca de la cual se le pide ahora opinión. Por tal motivo, no encaja su actuación dentro de la causal invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento que manifestó el doctor Mario Suárez Paz, Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para conocer del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa—Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA VINCULACION DEL PARENTESCO NO PUEDE TENERSE EN CUENTA DENTRO DE LA CAUSAL CUARTA CONTENIDA EN EL ARTICULO 73 DEL C. P. P., EN RELACION CON EL 79 DEL MISMO ESTATUTO, YA QUE NO ES ORIGEN DE INTERES NACIDO POR APRECIACIONES JURIDICAS Y ACTIVIDADES DE ESTA INDOLE, PERSONALES Y PROPIAS EN TODO CASO. — DICHA CAUSAL HACE REFERENCIA A LA RELACION ENTRE DETERMINADA PERSONA Y UN PROCESO, NO A EXCLUSIVAS RELACIONES ENTRE AQUELLA Y UN TERCERO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Debe resolverse el impedimento que, como Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, manifestó el doctor Leonardo Garcés Sinisterra y que no fue aceptado por aquella corporación, en estas diligencias contra José Harold Bonilla Prado, por homicidio.

Invocó el doctor Garcés Sinisterra la cuarta de las causales contenidas en el artículo 73 del C. P. P., en relación con el 79 del mismo Código, y la fundó en que el Fiscal del Juzgado de primera instancia, que intervino en este negocio, es su hijo legítimo.

Sabido que las causales de impedimento no tienen alcance extensivo, que cada una de ellas es de interpretación restrictiva, y que la alegada tiene su base jurídica en el probable vínculo intelectual del funcionario respecto de un proceso, por apreciaciones y actuaciones anteriores, que le impiden desarrollar una actividad, ya como funcionario, totalmente imparcial e independiente, entonces la causal en referencia sólo puede entenderse respecto de dicha persona, individualmente considerada, en quien puede existir aquella relación con el proceso por actuaciones propias, como apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de éstas, o por haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso. No puede extenderse el sentido de la causal mediante la consideración de que un tercero ejerció alguna de aquellas actividades, por íntimos y afectuosos que sean los nexos entre personas. De tal suerte que la vinculación del parentesco no puede tenerse en cuenta dentro de la causal alegada, ya que no es origen de interés nacido por apreciaciones jurídicas y actividades de esta índole, personales y propias en todo caso. La causal hace referencia a la relación entre determinada persona y un proceso, no a exclusivas relaciones entre aquélla y un tercero. No puede, en consecuencia, aceptarse el impedimento alegado, que se engendra, como lo anota el Tribunal, en un sentimiento de personal delicadeza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADA la causal de impedimento invocada por el doctor Leonardo Garcés Sinisterra como Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para intervenir en el proceso que se adelanta contra José Harold Bonilla Prado por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete—Jesús Estrada Monsalve—Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro. Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA CONSISTENTE EN QUE ES INDISPENSABLE ACREDITAR LA CALIDAD DE ABOGADO EN EL PROFESIONAL ACUSADO POR FALTAS COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA

Con respecto a la aplicación de sanciones disciplinarias por faltas contra la ética y la moral profesional determinadas en la ley 69 de 1945, la Corte uniforme e invariablemente ha sostenido ser requisito indispensable para que tengan pertinencia las disposiciones de la citada ley, que se acredite en debida forma la calidad de abogado graduado o admitido en el sujeto pasivo de la acción. Si la ley quiso prevenir y poner un dique necesario a los abusos y faltas en que pudieran incurrir los abogados precisamente por razón del ejercicio profesional, es apenas elemental que las medidas dictadas con tal objeto no puedan dirigirse contra quienes no exhiban la condición de ser abogados, porque al no cumplirse ese requisito, falta uno de los presupuestos esenciales de la acción.

Si el sujeto contra quien se dirige la querella no actúa en el proceso con la calidad referida, desaparece para el Estado la facultad creada por la ley para sancionar por faltas contra la ética profesional a quien siendo abogado, infrinja tales normas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en providencia del 25 de mayo de 1956 absolvió al abogado Jorge Ariza Reyes de los cargos que se le formularon por faltas contra la moral profesional.

La Corte —Sala de Casación en lo Criminal— en ejercicio de la facultad consagrada en el Decreto número 2593 de 1956 en concordancia con el artículo 10 de la ley 69 de 1945, una vez cumplidos los trámites legales, procede a revisar el mérito de la citada providencia.

Antecedentes

El señor Pedro Erasmo Contreras Malagón, detenido entonces en la Cárcel de El Socorro, en memorial suscrito el 7 de marzo de 1955 acusó ante el Procurador General de la Nación al doctor Jorge Ariza Reyes por los siguientes cargos:

"...después del infortunado caso en que tuve que obrar en legítima defensa de mi propia vida, nombré como mi apoderado al doctor Jorge Ariza Reyes, abogado titulado quien tiene oficina en las poblaciones de Vélez y Puente Nacional. El doctor Jorge Ariza Reyes me pidió por defenderme la suma total de $ 700- que yo acepté pagarle con la condición de hacerme poner en libertad pronto conforme él me lo prometió, únicamente tenía que venir a aquí al Socorro para que me dieran la libertad... Del negocio citado el doctor Ariza Reyes me hizo firmarle tres letras de cambio una por la suma de $ 300.00 y las dos restantes por $ 200.00 cada una, esto lo firmé porque el doctor Ariza me decía que firmara eso para adelantarme rápido el negocio... Sucede ahora que mi esposa le canceló al doctor Ariza una letra por la suma de $ 300.00 y el doctor Ariza sin haberme siquiera asistido a mi indagatoria ni haber hecho tampoco nada por defenderme, presentó un juicio ejecutivo contra mí por el dinero de dichas letras que me obligó a firmarle con las esperanzas de que me pusieran pronto en libertad... Como no son legales los procedimientos del doctor Ariza Reyes pues quiere pagarse por las malas de un trabajo o negocio que no ha cumplido aprovechándose de mis cortos conocimientos de hombre campesino agricultor que ganaba para el sustento de mi hogar con el trabajo honrado, muy respetuosamente pido al señor Procurador, como fiel representante de la justicia colombiana, se digne tener la bondad de protegerme contra este ilícito atropello contra mis propios intereses pues tengo entendido que el doctor Jorge Reyes Ariza quiere embargarme una pequeña finquita donde vive mi desamparada familia y la cual les sirve de sustento, para pagarse él de un negocio que no cumplió en la más mínima parte y que abusando de mi

ignorancia me obligó a firmarle obligaciones de pago anticipado... Hay necesidad de informar al señor Procurador que estoy preso desde hace diez meses y hasta la fecha el doctor Ariza Reyes no ha ejecutado ningún acto en bien de mi defensa y en cambio sí quiere perjudicarme con sus ejecuciones".

El Fiscal del Tribunal Superior de San Gil, comisionado por la Procuraduría, adelantó la investigación y remitió el negocio al Tribunal para los efectos consiguientes.

Surtida la tramitación que indica la ley 69 de 1945, tal entidad llegó a las siguientes conclusiones:

"a) Que el doctor Jorge Ariza Reyes tomó posesión del cargo de apoderado de Pedro Erasmo Contreras, el primero de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro; y que dicho abogado, en su condición expresada, concurrió al sitio denominado 'Providencia', jurisdicción de Puente Nacional, a una diligencia de inspección ocular o reconstrucción de los hechos que motivaron el proceso por homicidio;

"b) Que el doctor Jorge Ariza Reyes desplegó actividad en orden a conseguir, con el apoyo de la fuerza pública, que en dicha diligencia no se presentaran incidentes y que la vida del procesado no corriera peligro...

"c) Que el contrato de mandato celebrado entre Contreras Malagón y el doctor Jorge Ariza Reyes se limitó a que éste atendiera el proceso en la etapa sumarial o, al menos, mientras el expediente se encontrara en Puente Nacional. Así lo certifica el doctor Abundio Bohórquez, Juez 2º Civil del Circuito de Vélez, quien tuvo oportunidad de presenciar el arreglo entre el sindicado y el abogado Ariza Reyes, y

"d) Que por razón de no haber cumplido el sindicado Contreras Malagón el pago oportuno de los honorarios pactados, el doctor Ariza Reyes se vio precisado a cobrarlos ejecutivamente, hecho que desagradó profundamente a Contreras y que fue el único motivo que tuvo para elevar la queja ya conocida. El mismo Contreras Malagón así lo acepta en la diligencia de careo que se practicó entre acusador y acusado, quien agrega, además, que la denuncia contra el doctor Ariza Reyes fue fruto del consejo recibido de sus compañeros de presidio en El Socorro. Admite también, en esa misma diligencia, que su apoderado concurrió a la inspección ocular y que, en general, lo atendió en la etapa sumarial, mostrándose conforme con las actuaciones de su abogado Ariza Reyes. Tampoco desmiente Contreras Malagón a su denunciado, en lo que respecta a la cuantía de los honorarios, limitándose a decir, para exculparse, que no recuerda, con exactitud, la suma pactada, por encontrarse en el tiempo en que hizo el arreglo muy conturbado en su ánimo".

Termina el Tribunal afirmando que el abogado doctor Jorge Ariza Reyes cumplió a cabalidad sus deberes de mandatario, y que su actividad en el sumario y especialmente en la inspección ocular por él pedida, fue de gran interés para el procesado.

Se considera:

Con respecto a la aplicación de sanciones disciplinarias por faltas contra la ética y la moral profesional determinadas en la ley 69 de 1945, la Corte uniforme e invariablemente ha sostenido ser requisito indispensable para que tengan pertinencia las disposiciones de la citada ley, que se acredite en debida forma la calidad de abogado graduado o admitido en el sujeto pasivo de la acción. Si la ley quiso prevenir y poner un dique necesario a los abusos y faltas en que pudieran incurrir los abogados precisamente por razón del ejercicio profesional, es apenas elemental que las medidas dictadas con tal objeto no puedan dirigirse contra quienes no exhiban la condición de ser abogados, porque al no cumplirse ese requisito, falta uno de los presupuestos esenciales de la acción.

Si el sujeto contra quien se dirige la querella no actúa en el proceso con la calidad referida, desaparece para el Estado la facultad creada por la ley para sancionar por faltas contra la ética profesional a quien siendo abogado infrinja tales normas.

En el presente caso no se trajo a los autos elemento alguno que compruebe que el doctor Jorge Ariza Reyes llena las condiciones exigibles para la aplicación de la ley. No obra en el proceso ni la copia del acta de grado, ni la del Acuerdo dictado por un Tribunal en que se hubiera admitido al doctor Jorge Ariza Reyes como abogado, ni la constancia de que éste haya sido inscrito como tal en alguna oficina judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, REVOCA la providencia consultada y ORDENA que por el Tribunal a quo se allegue la prueba de que el acusado Jorge Ariza Reyes es abogado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA ENTRE LA RAMA ADMINISTRATIVA —POLICIA— Y LA JUSTICIA ORDINARIA. — LA CORTE REAFIRMA LA TESIS DE QUE NO TIENE FACULTAD LEGAL PARA RESOLVER SOBRE TALES INCIDENTES Y SE ABSTIENE DE CONOCER DE ELLOS

En providencia de 30 de octubre de 1956 dictada en un caso similar que se presentó entre la Gobernación del Departamento de Santander y el Tribunal Superior de San Gil, la Sala, luego de hacer una clara diferenciación entre los géneros de peligrosidad social o predelictual y criminal o posdelictual, al estudiar lo referente a la colisión de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y policiva frente a los estados de especial peligrosidad contemplados en el Decreto 0014 de 1955, expresó que la Corte no tiene jurisdicción y competencia para resolver la colisión de competencias provocada por la Gobernación del Departamento (Despacho de Gobierno y Policía —Juzgado Departamental de Garantías Sociales—) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

La Sala reafirma la tesis expuesta concluyendo que la Corte no tiene facultad legal para resolver el incidente de que se ha venido tratando y debe abstenerse de dirimirlo por carencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

Entre la Gobernación del Departamento de Santander (Juzgado de Garantías Sociales) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, se ha promovido colisión de competencias para conocer del proceso que se adelanta contra Benjamín Pérez Pabón por el delito de hurto ("abigeato"), a cuya virtud se remitió el expediente respectivo a la Corte para que, en función del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, se dirima el incidente.

Relación procesal

El señor Fortunato Flórez ante la Alcaldía Municipal de Concepción y con fecha 7 de marzo de 1955, formuló denuncia contra Benjamín Pérez Pabón por el hecho de haberle sustraído tres semovientes que mantenía en la hacienda de su propiedad denominada "Sol y Sombra", situada en jurisdicción del municipio de Tona.

Inicialmente y previo el procedimiento especial señalado en el Decreto número 0014 de 1955, conoció del negocio el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, oficina que por sentencia de veintisiete de octubre del año citado, condenó al acusado Pérez Pabón como agente de aquella infracción; al surtirse la segunda instancia, el Tribunal, considerando que se había incurrido en la causal prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal por cuanto que la competencia para conocer de tales negocios corresponde a las autoridades de policía, declaró nulo lo actuado a partir del "momento en que el Juzgado asumió la jurisdicción".

Remitido el informativo a la Alcaldía Municipal de Tona, lugar en que se cometió el hecho investigado, se aprehendió por tal entidad el conocimiento del negocio y con fecha 9 de mayo de 1956 profirió fallo, el que al ser consultado con la Gobernación, suscitó el incidente de colisión de competencias que estudia la Corte por estimar aquella entidad, contrariamente a la tesis del Tribunal, que a la justicia ordinaria correspondía el conocimiento del caso **sub-judice.**

Razones de la Gobernación

En providencia del 9 de agosto de 1956, se expresó:

"El Alcalde de Tona falló el negocio en sentencia de nueve de mayo de este año, con la equivocación de condenar a Benjamín Pérez por el delito, y absolvió de los cargos a José Rojas Rojas, Daniel Bustos, Apóstol Navarro y Custodio Cal-

derón, con las accesorias atendibles en la Justicia Ordinaria.

"Somete a consulta dicha sentencia, y al entrar a su estudio la Gobernación se viene en conocimiento de que se trata de ilícitos consumados en diciembre de 1954, y como el Decreto 0014 del año próximo pasado que erigió en peligrosidad el delito de "abigeato", y determinó la competencia en la Policía, no principió a regir sino el primero de febrero de ese año, no encaja el hecho dentro de la peligrosidad adscrita a la Policía, y en esas circunstancias, el Alcalde de Tona carece de jurisdicción para "el juzgamiento que somete a consulta de segunda instancia".

Razones del Tribunal

"Aunque los delitos fueron consumados en la noche del trece de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro —dice el Tribunal—, la investigación sólo se inició el siete de marzo del año en curso (1955). En esta última fecha ya estaba en vigencia el Decreto Ejecutivo número 0014 de 1955, pues su último artículo dispone que comenzará a regir desde el primero de febrero de ese año. Y como el artículo 83 dispone que "el presente decreto se aplicará a los procesos que se iniciaren con posterioridad a su vigencia, no hay duda alguna de que este caso se halla cobijado bajo la reglamentación del mencionado decreto, desde luego que el sumario fue 'iniciado' cuando las nuevas normas eran ya de aplicación. Es obvio, de acuerdo con la clara redacción del artículo copiado, que la nueva legislación comprende las investigaciones que se empezaron luego de su vigencia, aunque al tiempo de aplicar la sanción que corresponde al funcionario debe tener en cuenta la ley más favorable, si el delito se consumó antes de entrar en vigor el aludido decreto. En otras palabras: el procedimiento, que es de orden público, se aplica a los delitos cometidos antes pero empezados a investigar después de la vigencia del decreto; pero las reglas sobre cuantía y calidad de las penas se rigen por la ley anterior, cuando la infracción tuvo ocurrencia antes del 1º de febrero de 1955".

La Corte considera:

En providencia de fecha 30 de octubre de 1956 dictado en un caso similar que se presentó entre la misma Gobernación del Departamento de Santander y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, la Sala, luego de hacer una clara diferenciación entre los géneros de peligrosidad social o predelictual y criminal o posdelictual, al estudiar lo referente a la colisión de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y policiva frente a los estados de especial peligrosidad contemplados en el Decreto 0014 de 1955, expresó lo siguiente:

"Dentro de las atribuciones conferidas por el Legislador a la Corte Suprema —Sala de Casación Penal, artículo 42, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, sólo tiene atribución para decidir de la colisión de competencias suscitadas en asuntos criminales 'entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial, entre dos Juzgados de Distritos Judiciales, y, finalmente, entre la jurisdicción militar y la ordinaria'; es decir, se omitió la facultad para dilucidar un incidente de esta naturaleza entre las autoridades administrativas o de policía y la justicia ordinaria, lo cual equivale a afirmar que la Corte no tiene jurisdicción y competencia para resolver la colisión de competencias provocada por la Gobernación del Departamento (Despacho de Gobierno y Policía —Juzgado Departamental de Garantías Sociales)— y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil".

"Estima la Corte —se dijo también en la memorada providencia— que la competencia negativa no debió ser propuesta al Tribunal sino al Juzgado que tiene jurisdicción y competencia para conocer en primera instancia del delito investigado, para que este funcionario expresara su pensamiento en el sentido de aceptar o negar su competencia para conocer del proceso, pues quien debe resolver el incidente es el respectivo Tribunal a términos de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 82 del Código Judicial, por ser esta disposición aplicable al presente negocio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal".

La Sala reafirma la tesis expuesta concluyendo que la Corte no tiene facultad legal para resolver el incidente de que se ha venido tratando y debe abstenerse de dirimirlo por carencia de jurisdicción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la

ley, SE ABSTIENE de dirimir el incidente de colisión de competencias por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Dése cuenta de lo resuelto al señor Gobernador del Departamento de Santander.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de procedencia.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho. — **Julio E. Argüello R.**, Secretario.

DELITO DE FUGA. — SU EXISTENCIA ESTA CONDICIONADA A LA COMISION DE UN ILICITO PENAL

El delito de "la fuga" se predica respecto de la persona que se halla legalmente detenida por imputársele la comisión de un delito. La detención puede emanar de cualquier funcionario bien sea de la Rama Jurisdiccional o de la Administrativa, siempre que para ello se reúnan los presupuestos que la Constitución y la Ley exigen para detener, y esa determinación —privación de la libertad— debe ser consecuencia necesaria de la comisión de un delito. En otros términos, la fuga presupone la existencia de un auto de detención; provisional, por la imputación de un hecho constitutivo de infracción penal, o definitivo, como resultado de una sanción por el delito cometido, y la sustracción o evasión de ese estado jurídico de restricción o privación de la libertad, es lo que la ley sanciona como delito de fuga.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, el Código Penal Colombiano vincula necesariamente la fuga a "la comisión de un delito", lo que equivale a decir que quien se evade por no imputársele directa o indirectamente la realización de un hecho constitutivo de infracción penal, no incurre en las sanciones previstas en el Capítulo V, Título IV de la Ley Sustantiva, como sería el caso del sujeto sindicado por la comisión de un estado antisocial. Es claro que dentro de los estados de "prevención social" o de "especial peligrosidad" (Decreto 0014 de 1955) o dentro de la ley sobre vagos, maleantes y rateros (Ley 48 de 1936) se contemplan verdaderos delitos, evento en el cual la evasión sí constituye un delito de fuga, pero —por regla general— en los demás casos no.

En el problema sub-judice no existe delito de FUGA PROCURADA que sería la imputación que podría hacerse al funcionario acusado, por ausencia de uno de los elementos necesarios para estructurarlo. Si bien es verdad que Julio Fernández se hallaba legalmente detenido por imputársele la comisión de un ilícito —homicidio— también es evidente que éste no se fugó, circunstancia que legalmente impide la configuración del ilícito.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio 22 de 1957.

Magistrado Ponente Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

Por consulta procede la Corte a revisar la providencia de trece de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Sobresee definitivamente en favor del doctor J. Adán Montoya, por los cargos lanzados (sic) en este expediente y por los cuales hubo de ser indagatoriado".

HECHOS:

Miguel Angel López G. Fiscal del Tribunal, en petición de diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, expresa que el doctor J. Adán Montoya —Fiscal del Juzgado Primero Superior— estuvo en el Corregimiento de La Virginia practicando una diligencia de reconstrucción de hechos en la investigación que por un delito de homicidio se adelanta contra Julio Fernández.

Para la práctica de esa diligencia se estimó que era necesaria la presencia del sindicado Julio Fernández, quien fuera conducido a dicho lugar bajo la responsabilidad personal del doctor Montoya —Fiscal del Juzgado—. En la Virginia el sindicado "solicitó permiso para visitar a sus familiares"; el señor Fiscal "le concedió el permiso y ocho días más para quedarse en La Virginia, hasta el día de hoy que se presentó voluntariamente".

Este hecho y el de haber recibido a Julio Fernández sin guardia para que lo custodiara, fueron investigados como un posible delito de "la fuga de presos".

SUMARIO

Al proceso se allegaron estos documentos:

a) Acuerdo de nombramiento y Acta de pose-

sión para demostrar la calidad de funcionario público que en ese entonces tenía el doctor J. Adán Montoya como Fiscal del Juzgado Primero Superior.

b) Copia de la constancia del Director de la Cárcel Municipal de Manizales, en donde se expresa que Julio Fernández fué dado de baja de ese establecimeinto para remitirlo a la "Corregiduría de La Virginia el 4 de diciembre de 1953".

Que el sindicado fué entregado a Daniel Pérez G. empleado de la Fiscalía, y que, Julio Fernández se presentó voluntariamente a dicho establecimiento el día 10 de diciembre de 1953.

c) Declaración de Daniel Pérez, empleado de la Fiscalía, en que manifiesta ser cierto el hecho de haber reclamado en compañía del Fiscal al detenido Julio Fernández, sindicado por un doble delito de homicidio y que en asocio de éste y del personal de la Fiscalía se trasladaron al Corregimiento de la Virginia.

También afirma ser cierto el hecho de que el Fiscal Dr. Montoya, le concedió permiso al sindicado para visitar a sus familiares.

En idéntico sentido declara Efrén López, y dice ser verdad que el Fiscal le concedió permiso al sindicado para visitar a su familia.

d) Declaración de Julio Fernández en la cual afirma que solicitó permiso al Fiscal para visitar a su esposa que se encontraba enferma y que este funcionario le concedió esa gracia por el término de cinco días. Que no se pudo presentar al vencimiento de dicho término por no haber encontrado "carros" para el transporte. Que posteriormente lo hizo ante el Fiscal, quien le ordenó se presentara ante el Director de la Cárcel.

e) Copia del auto de detención proferido contra Julio Eduardo Fernández por un doble delito de homicidio, auto que lleva las correspondientes notificaciones, como también la constancia de la boleta de encarcelación. Y,

f) En el curso del sumario se recibió declaración indagatoria al presunto sindicado, quien afirma ser ciertos los hechos objeto de la denuncia, lo que equivale a reconocer, primero: Que el doctor Montoya, Fiscal del Juzgado, pidió la comparecencia de Julio Fernández para que intervenga en la diligencia de reconstrucción de los hechos ocurridos en el Corregimiento de La Virginia; que el sindicado fué entregado sin guardia alguna para su custodia; y, segundo: Que efectivamente concedió permiso a Julio Fernández, bajo la exclusiva responsabilidad del acusado quien actuaba en esas diligencias como funcionario investigador.

Con base en los anteriores elementos de prueba, el Tribunal dictó la providencia que por consulta revisa la Corte.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera necesario reabrir la investigación para que en el curso de ella se practiquen algunas pruebas que —en su concepto— juzga indispensables para acreditar determinados hechos, pero ocurre que esos elementos probatorios se encuentran en el proceso.

En efecto: tanto el auto de detención como la fecha de ingreso de Julio Fernández a la Cárcel de Manizales se hallan debidamente acreditados, y en cuanto al hecho de si se hallaba vigente la detención, es natural presumirlo así. Si contra el sindicado no hubiera existido auto de detención, al llegar al Penal el director del establecimiento no hubiera podido recibirlo por no existir auto de detención y la correspondiente boleta de encarcelación. Por esto es por lo que la Sala estima que los elementos de juicio pedidos por su Colaborador se encuentran en el proceso, y procede a su estudio.

Se considera:

El delito de "la fuga" se predica respecto de la persona que se halla legalmente detenida por imputársele la comisión de un delito. La detención puede emanar de cualquier funcionario bien sea de la Rama Jurisdiccional o de la Administrativa, siempre que para ello se reúnan los presupuestos que la Constitución y la Ley exigen para detener, y esa determinación —privación de la libertad— debe ser consecuencia necesaria de la comisión de un delito. En otros términos, la fuga presupone la existencia de un auto de detención; provisional, por la imputación de un hecho constitutivo de infracción penal, o definitivo, como resultado de una sanción por el delito cometido, y la sustracción o evasión de ese estado jurídico de restricción o privación de la libertad, es lo que la ley sanciona como delito de fuga.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, el Código Penal Colombiano vincula necesariamente la fuga a "la comisión de un delito", lo que equivale a decir que quien se evade por no imputársele directa o indirectamnte la realización de un hecho constitutivo de infracción penal, no incurre en las sanciones previstas en el Capítulo V Título IV de la Ley Sustantiva

como sería el caso del sujeto sindicado por la comisión de un estado antisocial. Es claro que dentro de los estados de "prevención social" o de "especial peligrosidad" (Decreto 0014 de 1955) o dentro de la ley sobre vagos, maleantes y rateros (Ley 48 de 1936) se contemplan verdaderos delitos, evento en el cual la evasión sí constituye un delito de fuga, pero —por regla general— en los demás casos no.

En el problema sub-judice no existe delito de fuga procurada que sería la imputación que podría hacerse al funcionario acusado, por ausencia de uno de los elementos necesarios para estructurarlo. Si bien es verdad que Julio Fernández se hallaba legalmente detenido por imputársele la comisión de un ilícito —homicidio— también es evidente que éste no se fugó, circunstancia que legalmente impide la configuración del ilícito.

El hecho de que el doctor J. Adán Montoya, Fiscal del Juzgado Primero Superior, le hubiera concedido permiso a Fernández, bien sea por el peligro inminente de ser atacado, o por tener necesidad de visitar a su esposa gravemente enferma, no entraña la comisión de un delito, porque éste no se realizó. Su actuación puede ser irregular, negligente y censurable, pero en ningún caso violadora de la ley penal. Otra sería la situación del sindicado si por su culpa y por consecuencia del permiso concedido se hubiera consumado la fuga. En ese evento, la conducta del acusado hubiera podido ser objeto de sanción penal, pero en ausencia del hecho —fuga— no hay lugar a deducir responsabilidad por carencia de un elemento necesario e indispensable para configurar el delito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor J.Adán Montoya, por los cargos materia de la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Arguello Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. — FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE LA GOBIERNAN

El artículo 104 del C. P. establece que la acción penal se extingue por prescripción. Vale decir que, aquél fenómeno jurídico presupone —al menos— la existencia del hecho que dio origen a la investigación; por esto es por lo que, la prescripción de la acción penal implica cesación del derecho que tiene el Estado para proseguir la investigación, bien sea porque el factor dominante —tiempo— aminora la alarma social causada por la infracción, ó dificulta la creación de pruebas para demostrar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque impide que determinada persona continúe indefinidamente sometida a sindicación penal sin definirse su situación jurídica frente a la ley.

Se afirma y reconoce la prescripción de la acción penal respecto de un hecho que —por lo menos— tuvo un principio de existencia como delito, pues dentro del ámbito del derecho y en el campo de la lógica jurídica no puede declararse extinguida la acción por prescripción, cuando el hecho origen de ella no tuvo existencia legal, bien porque no es constitutivo de delito, o porque la ley no lo considera como infracción penal, o porque no se realizó. En estos eventos falta el presupuesto esencial para declaratoria de prescripción de la acción penal o sea; el delito origen de aquélla y su reconocimiento —en esta forma— por una parte engendra duda o sospecha sobre la conducta del sindicado y, por otra, crea un principio de responsabilidad que sólo un obstáculo legal —transcurso del tiempo— hizo imposible deducirle consecuencias jurídico-penales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio 22 de 1957.

Magistrado ponente Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, consulta la providencia de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, cuya parte resolutiva dice:

"Declárase prescrita la acción penal que venía ejercitándose en este proceso contra el doctor Lisandro Castañeda Acosta a virtud de denuncia del señor Marco Tulio Deaza U. y ordena cesar todo procedimiento contra el mencionado doctor Lisandro Castañeda Acosta, ex-Juez Segundo Penal del Circuito de Facatativá".

Antecedentes

Los hechos que dieron origen a la presente investigación se hallan contenidos en el memorial de denuncia de doce de septiembre de mil novecientos cincuenta, suscrito por Marco Tulio Deaza, en el cual se afirma que: la investipación iniciada en la Alcaldía Municipal de Bituima, por un delito de lesiones personales cometido en Antonio López, Bernardo Vera expresó: que el Juez del Circuito doctor Lisandro Castañeda le manifestó que pondría en inmediata libertad a Baldomero Castañeda (hijastro de Vera) tan pronto como el negocio fuera remitido de la Alcaldía al Juzgado del Circuito Penal de Facatativá, del cual era titular el sindicado.

Que el veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta, a las dos y media de la tarde arribó a la población de Bituima el señor Juez Segundo Penal de Facatativá en compañía de su Secretario, del abogado doctor Juan Romero y de dos Agentes de la Guardia de Cundinamarca. "Se desmontaron frente a la casa de Luis Daniel Galvis, en seguida penetró todo el personal en asocio de los sindicados Vera y Arévalo y se dieron a la tarea de libar alcohol en buena cantidad". Posteriormente el Juez se presentó al despacho de la Alcaldía y solicitó el sumario contra los mencionados señores por el delito de "asonada, ataque a mano armada y lesiones personales". El Alcalde manifestó que no se encontraba el negocio en su despacho sino en poder del Juez Municipal, respuesta que enojó al señor Juez y calificó el hecho de que el Alcalde lo estaba tomando del pelo" y "ordenó a la guardia que no dejara salir al suscrito del recinto de la Alcal-

día". Entonces procedió a examinar otros asuntos; luégo abandonó el despacho encaminándose con su comitiva a casa de Luis Daniel Galvis; momentos después salió de esa población con destino a Facatativá.

Investigación

La jurisdicción y competencia tanto del Tribunal para conocer en primera instancia como de la Corte para la segunda, se halla determinada por el carácter de funcionario público que en ese entonces tenía el acusado como Juez Segundo Penal del Circuito de Facatativá, circunstancia que se halla demostrada en el proceso.

Se trajeron a los autos copias —en lo pertinente— del sumario seguido contra Luis Bernal Galvis y otros por "ataque a mano armada y otros" como también del sumario contra Marco Tulio Deaza U. por un delito de detención arbitraria.

Se practicó una diligencia de inspección ocular sobre los libros radicadores e índices de la Alcaldía Municipal de Bituima.

Se recibieron varios testimonios con los cuales se pretendió acreditar la verdad de los hechos objeto de la denuncia, y en el curso de la investigación, el acusado rindió declaración indagatoria, las cuales se analizan posteriormente.

PRUEBA TESTIMONIAL

Luis Daniel Galvis

El declarante afirma ser cierto el hecho de haber viajado en compañía del Juez, el Secretario, el abogado doctor Romero y dos Guardias de la Policía de Cundinamarca. No estuvo en la población de Bituima, sino en su finca situada en Viani; cuando el personal del Juzgado retornó a Facatativá, lo trajeron en su compañía. El testigo no afirma nada en relación con los hechos principales objeto de la investigación.

Máximo Villarraga

Expresa ser verdad que tanto el Juez como el Secretario se presentaron al Despacho del Alcalde y le pidieron las diligencias seguidas contra Bernardo Vera y otros, con el objeto de practicar una inspección ocular, pero este funcionario manifestó que el negocio se encontraba en poder del Juez Municipal "luego empezaron a discutir el Juez Castañeda y el Alcalde Deaza sobre asuntos penales, por lo que el Juez les ordenó a los dos Agentes que venían con él que se hicieran a las puertas de la Alcaldía y no dejaran salir a nadie hasta cuando él diera nueva orden" (folios 26 a 28).

Agustín Hernández

Al ser preguntado sobre los hechos sucedidos entre el Juez y el Alcalde, contesta: "No me consta absolutamente nada, ni presencié los hechos porque se me pregunta". (Fls. 31).

José Oliverio López

Se expresa en relación con los hechos así: "No me consta porque después como a la media hora de haber llegado el carro yo me fuí para el campo y yo no ví nada. Y Esteban Bautista, al igual que el anterior, dice: "De eso no me consta nada, porque yo me encontraba en mi tienda trabajando, solamente ví cuando llegó el automóvil y las personas que llegaban en él y en seguida me entré nuevamente a mi tienda y ni me dí cuenta de nada más" (pág. 71).

Guillermo Téllez Castañeda, dice:

"No me constan esos hechos por no haberlos presenciado" (Folio 72).

Finalmente Noé Velásquez expresa: "De eso no me consta nada porque yo me encontraba en el campo comprando unos cerdos".

El Juez acusado, en su declaración indagatoria expresa que el motivo de su viaje a Bituima fué el de practicar una inspección ocular sobre el expendiente adelantado en la Alcaldía contra Luis Galvis Baldomero Castañeda y otros. Que el Alcalde manifestó al Juez que los negocios se encontraban en el Juzgado Municipal y que esa oficina se encontraba cerrada por lo cual no pudo practicar la diligencia. Que al volver a la Alcaldía este funcionario le manifestó que le había concedido licencia al Juez Municipal para ausentarse del lugar por el término de cuarenta y ocho horas. Posteriormente extendió el acta en uno de los negocios cuyos protagonistas fueron el Alcalde, el Personero y los señores Galvis. Que al preguntarle este funcionario por su nombre completo, expresó que él no era el Alcalde sino su Secretario, porque hacía unos días que aquél se encontraba en uso de licencia. En fin, refiere incidentes que revelan poco respeto por parte de este funcionario para el Juez que iba a practicar una diligencia sobre uno de los negocios que instruía el Alcalde del Municipio de Bituima.

De la prueba testimonial que se deja trans-

crita, la única conclusión deducible es la de inexistencia del hecho y la de imposibilidad del sindicado para realizarlo.

SE CONSIDERA:

El artículo 104 del C. P. establece que la acción penal se extingue por prescripción. Vale decir que, aquel fenómeno jurídico presupone —al menos— la existencia del hecho que dio origen a la investigación; por esto es por lo que, la prescripción de la acción penal implica cesación del derecho que tiene el Estado para proseguir la investigación, bien sea porque el factor dominante —tiempo— aminora la alarma social causada por la infracción, o dificulta la creación de pruebas para demostrar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque impide que determinada persona continúe indefinidamente sometida a sindicación penal sin definirse su situación jurídica frente a la ley.

Se afirma y reconoce la prescripción de la acción penal respecto de un hecho que —por lo menos— tuvo un principio de existencia como delito, pues dentro del ámbito del derecho y en el campo de la lógica jurídica no puede declararse extinguida la acción por prescripción, cuando el hecho origen de ella no tuvo existencia legal, bien porque no es constitutivo de delito, o porque la ley no lo considera como infracción penal, o porque no se realizó. En estos eventos falta el presupuesto esencial para la declaratoria de prescripción de la acción penal o sea el delito origen de aquella y su reconocimiento —en esta forma— por una parte engendra duda o sospecha sobre la conducta del sindicado, y por otra, crea un principio de responsabilidad que sólo un obstáculo legal —transcurso del tiempo— hizo imposible deducirle consecuencias jurídico penales.

Lo anterior no significa que el fenómeno jurídico de finalización de la acción penal y cesación del procedimiento contemplado en el artículo 153 del C. de PP. no pueda aplicarse en estos casos. No. Lo que ocurre es que los motivos que sirven de base para la declaratoria son distintos, pues la acción penal —en el caso sub judice— no guarda ninguna relación con la prescripción porque falta el hecho primordial origen de aquélla, máxime cuando la prueba testimonial demuestra plenamente que los hechos imputados no tuvieron existencia legal, y que, por consiguiente, la persona sujeta a sindicación no los pudo cometer; vale decir que hay ausencia absoluta de elementos objetivos y subjetivos para estructurar la infracción penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, REFORMA la providencia consultada en el sentido de declarar que la cesación del procedimiento en ella decretado obedece, no al transcurso del tiempo, sino a la inexistencia de los hechos imputados. En lo demás la confirma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hermández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Arguello Secretario.



IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. — EXCEPCION A ESTE PRINCIPIO. — LEY PERMISIVA O FAVORABLE. — COMO SE APLICA. — VEREDICTO CONTRAEVIDENTE. — QUIEN LO DECLARA Y EN QUE OPORTUNIDAD DEBE HACERSE

1 — Estos principios sobre los cuales se funda el fenómeno jurídico de la irretroactividad de la ley penal procedimental, están sujetos a la excepción de retroactividad de la misma, el cual se opera en el tránsito de una legislación a otra, bien para aquellos negocios en que "las actuaciones y diligencias ya estuvieren iniciadas, las cuales se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación" (Art. 40 de la Ley 153 de 1887 parte in fine), ora para aquellos procesos en que se agravan las condiciones del acusado como resultado de aplicar la nueva ley. En estos casos, si bien es verdad que el procesado no puede invocar derechos adquiridos por leyes anteriores, la vigencia inmediata de la nueva ley no puede llevarse a efecto porque en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Si así no fuera, la nueva ley lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría con perjuicio manifiesto de las partes que intervienen en el proceso.

Pero la aplicación del principio de "la ley permisiva o favorable" en el tránsito de una legislación a otra, no puede sujetarse a las consecuencias del fallo ni al capricho de las partes, sino al ejercicio del derecho en los trámites procesales, bien sea en presencia de actuaciones y diligencias ya iniciadas o cuando se agravan los intereses del procesado por la aplicación de la nueva ley. Vale decir que, el derecho contenido en el artículo 26, inciso 2º de la Constitución Nacional, artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, y parte in fine del artículo 4º Ley 153 de 1887, debe actualizarse en el proceso porque el ordenamiento de estas normas obedece a necesidades de orden público, pero la vigencia e imperio de ellas en el proceso se subordina al principio de ser "la ley permisiva o favorable", derecho que previamente debe ser invocado por el sindicado o su defensor, ya que sólo ellos, —apreciación subjetiva— tienen seguridad y certeza de que la ley anterior y no la nueva contempla mejores sistemas de defensa y da más amplitud en los trámites procesales. Esta la tesis de la Corte repetida en múltiples fallos, entre otros, casación de 13 de septiembre de 1945; casación de octubre 29 de 1945.

2 — La declaración de contraevidencia del veredicto sólo puede hacerse en las instancias del juicio, porque el estudio de hechos y pruebas del proceso en causas con intervención del Jurado, es de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales según lo dispuesto en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, declaración que puede hacerse de oficio o a petición de parte; lo primero, cuando el funcionario estudia el veredicto para acomodarlo a las disposiciones legales que sanciona la infracción (Art. 537,) o bien, cuando el Tribunal al estudiar la sentencia observe que el veredicto no se atempera a la realidad de los hechos investigados ni a las respectivas preguntas del cuestionario (Art. 554); lo segundo, —petición de parte— cuando las personas que intervienen en el proceso penal así lo solicitan.

Fuera de estos casos, la declaración de contraevidencia del veredicto es inoperante, por estas razones: a) Porque el examen de hechos y pruebas del proceso —en los juicios con intervención de Jurado— corresponde apreciarlos y calificarlos a los Jueces de conciencia (Art. 27 Ley 4ª de 1943) y no a la Corte. Lo contrario convertiría a esta Entidad en Tribunal de instancia y desnaturalizaría la institución del Jurado. b) Porque ese no es el espíritu ni la letra del Numeral 2º del Art. 567 del C. de P.P; desvirtuarlo en su contenido esencial o formal por una interpretación reñida con normas legales, equivaldría a darle un alcance distinto para el cual fué consagrado.

c) Porque ese no fué el pensamiento de la Comisión Redactora de la Ley 94 de 1938 cuando afirma que "no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto —dice— tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son lo que declaró el Jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". Y, d) Porque la doctrina de la Corte ha sido constante y reiterada a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, en el sentido de afirmar que la causal segunda de casación —en los juicios por Jurado— es inoperante alegarla como razón de impugnación del fallo; jurisprudencia que ha sido ratificada en fallos de abril 23 de 1954 (casación de Humberto Freydell Vásquez), mayo 17 de 1954 (Casación de Obdulio o Teodulo Pérez Rincón), agosto 3 de 1954 (Casación de Roberto Arias), diciembre 15 de 1954 (Casación de Roberto Prieto Torres), marzo 9 de 1955 (Casación de Milciades Hurtado Ruiz y Jesús Antonio Murillo M.) febrero 14 de 1956 (Casación de Toribio Galindo Daza).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veintidós de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, condenó a Guillermo Gallón Cardona y Claudio Osorio Valencia, a la pena principal de dos años y seis meses de prisión respectivamente, como responsables de un delito de violencia carnal cometida en la persona de María Cristina Bedoya.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación y se formuló la correspondiente demanda; como se hallan cumplidos los trámites legales, se procede a su estudio.

Prenotandos

El doce de noviembre del año de mil novecientos cuarenta y cinco, María Cristina y Ana Rosa Bedoya y José Ignacio Bedoya se encontraban en la finca denominada "La Eva" donde las dos primeras preparaban alimentos para sus hermanos que trabajaban en el campo. Aproximadamente entre las cinco y las seis de la tarde emprendieron el retorno a su casa de habitación; en el trayecto encontraron a Gallón Cardona y Osorio Valencia, quienes se adelantaron hasta "una vuelta del camino" y allá las esperaron.

"Cuando llegamos allí —dice la ofendida— Gallón me cogió de los brazos y me retuvo; entre tanto dije a mi hermana que alcanzara a José Ignacio para que fuera a defenderme. Entre tanto Gallón como digo, me tiró al suelo sin que hubiera medios de defensa, mientras le insinuaba a Osorio que cogiera a la otra, es decir, a mi hermana la cual salió corriendo y fué a esconderse. En ese momento yo en el suelo, Gallón por medio de la fuerza trató de abusar de mi persona pero como le fuera imposible dominarme pidió ayuda a su compañero Osorio el que, aunque remiso al principio se acercó y entre los dos ya me dominaron. Osorio con un revólver me amenazaba para que no lanzara gritos ni hiciera movimientos de ninguna clase". Mientras tanto Gallón aprovechando estas circunstancias consumó el acto de la posesión sexual.

Sobre estos hechos se adelantó la correspondiente investigación, se recibió la prueba necesaria y se dictó auto de proceder. En el curso de la causa, a la consideración de los miembros del Jurado se propuso el siguiente cuestionario:

"Cuestión Primera"

"El acusado Guillermo Gallón Cardona, es responsable de haber sometido al acceso carnal a María Cristina Bedoya Gómez, sin consentimiento de ésta y mediante violencia física y moral, hecho ocurrido entre las cinco y las siete p. m. del día doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco en el paraje "El Vesubio", situado en jurisdicción del Municipio de San Roque?".

El Jurado por unanimidad contestó:

"SI ES RESPONSABLE".

"Cuestión Segunda"

"El acusado Claudio Osorio Valencia es responsable de haber tomado parte en la ejecución del hecho a que se refiere el cuestionario anterior, por haber prestado a Guillermo Gallón Cardona un auxilio o cooperación eficaces para que este hecho lo consumara?"

El Jurado por unanimidad contestó:

"SI ES RESPONSABLE".

En desarrollo de este veredicto el Juzgado Segundo Superior de Medellín condenó a los procesados a la pena principal de dos años y seis meses para cada uno, sentencia que al ser revisada por el Tribunal fué confirmada.

DEMANDA..

Para impugnar la sentencia se invocan las causales contenidas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En el estudio de ellas, la Sala examinará como primera la cuarta, pues el Numeral 1º por regla general, es consecuencia lógica de aquélla, y en cuanto a la segunda, se observa que es improcedente en los juicios con intervención del Jurado.

Causal Cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

"La sentencia de segunda instancia que condenó a Guillermo Gallón —dice el recurrente— se pronunció en un juicio viciado de nulidad, ya que se desatendió el cánon constitucional —26— que ordena aplicar de preferencia las leyes preexistentes al acto imputado, y solo cuando las disposiciones posteriores favorezcan al procesado, se deben aplicar éstas y no aquéllas. Si no le favorecen y si —por el contrario— le perjudican, le son menos amplias, le son en cualquier manera desfavorables o siquiera indiferentes, el reo tiene derecho (y la justicia con sus funcionarios, obligación de aplicarles las preexistentes), a que se le juzgue de acuerdo con éstas".

"Aplicar —como en el caso presente— las leyes posteriores al acto imputado, perjudiciales para el reo, como lo es el contenido del Decreto Ejecutivo 1951, a los seis años de ejecutados los hechos, dictado, es sencillamente violar la Constitución de la República y lesionar enormemente al enjuiciado, e incurrir en la nulidad suprema, supralegal, constitucional 'sustancial' como la ha denominado bella y justamente la H. Corte Suprema de Justicia, en varios fallos".

Se considera:

Es evidente que en la tramitación del proceso el Juzgado dio aplicación a normas establecidas por el Decreto Extraordinario Nº 242 de 1951, Art. 1º sobre integración de miembros del Jurado en número de tres en vez de cinco, a que hacía referencia el Art. 481 del Código de Procedimento Penal, pero también es cierto que esa irregularidad —si la había— en su debida oportunidad y a petición de parte, fué subsanada. Si bien es verdad que el Juzgado negó la petición, el Tribunal al revisar por apelación la mencionada providencia, la revocó, sobre la base de que la doctrina constitucional y legal que sostiene la Corte "es la de que en tratándose de normas procedimentales, las disposiciones posteriores a la comisión de un hecho no son de aplicación inmediata cuando habiendo solicitud de parte se observa que son más desfavorables al procesado que las del procedimiento anterior". Es decir, dio aplicación exacta a la excepción sobre principio de irretroactividad de la ley penal, que es la tesis que defiende la Sala.

"La finalidad de la ley procedimental —ha dicho la Corte— radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal; en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario, los amplía y aumenta las posibilidades de éxito en orden a élla, la ley procedimental en su ejercicio y aplicación es de orden imperativo e inmediato".

"Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por normas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de dictar sentencias, o si ella contempla formalidades no de esencia, sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata. Estos preceptos tienen respaldo en lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 53 de 1887, que dice: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir'.

"Conforme a esta disposición cuando la nueva ley procedimental entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a sustanciación y ritualidad de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nue-

va ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia sin menoscabar los sistemas defensivos del procesado, ya que estos postulados son normas supremas de justicia penal por los cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado".

Estos principios sobre los cuales se funda el fenómeno jurídico de la irretroactividad de la ley penal procedimental, están sujetos a la excepción de retroactividad de la misma el cual se opera en el tránsito de una legislación a otra, bien para aquellos negocios en que "las actuaciones y diligencias ya estuvieren iniciadas, las cuales se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación" (Art. 40 de la ley 153 de 1887 parte in fine), ora para aquellos procesos en que se agravan las condiciones del acusado como resultado de aplicar la nueva ley. En estos casos, si bien es verdad que el procesado no puede invocar derechos adquiridos por leyes anteriores, la vigencia inmediata de la nueva ley no puede llevarse a efecto porque en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Si así no fuera, la nueva ley lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría con perjuicio manifiesto de las partes que intervienen en el proceso.

Pero la aplicación del principio de "la ley permisiva o favorable" en el tránsito de una legislación a otra, no puede sujetarse a las consecuencias del fallo ni al capricho de las partes, sino al ejercicio del derecho en los trámites procesales, bien sea en presencia de actuaciones y diligencias ya iniciadas o cuando se agravan los intereses del procesado por la aplicación de la nueva ley. Vale decir que, el derecho contenido en el artículo 26, inciso 2º de la Constitución Nacional, artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, y parte in fine del artículo 4º Ley 153 de 1887, debe actualizarse en el proceso porque el ordenamiento de estas normas obedece a necesidades de orden público, pero la vigencia e imperio de éllas en el proceso se subordina al principio de ser "la ley permisiva o favorable", derecho que previamente debe ser invocado por el sindicado o su defensor, ya que solo ellos, —apreciación subjetiva— tienen seguridad y certeza de que la ley anterior y no la nueva contempla mejores sistemas de defensa y da más amplitud en los trámites procesales. Esta la tesis de la Corte repetida en múltiples fallos, entre otros, casación de 13 de septiembre de 1945; casación de octubre 29 de 1945.

Mas como en el caso de estudio, la integración del Jurado se hizo de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal —vigente en aquel entonces— y no de acuerdo con el Decreto 242 de 1951 posterior a aquéllas, no hay fundamento para que prospere la causal de nulidad con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional, si se tiene en cuenta, por otra parte que en la tramitación del proceso se cumplieron todas las formalidades legales y el sindicado tuvo todos los medios de defensa que consagra la ley.

"En tales condiciones —dice la Procuraduría— resulta demasiado forzado sostener que se violó el artículo 26 de la Carta, sin demostrar en qué consistió la pretermisión de formalidades o garantías para el sentenciado y sin comprobar por qué el procedimiento adoptado lo perjudicaba ni por qué en el término probatorio señalado dejaron de pedirse las correspondientes pruebas que pudieran haber hecho variar el curso del plenario".

"Durante las audiencias hubo amplia y nueva oportunidad de defensa del encausado, sin que hubiera logrado llevarse a la convicción del Jurado de conciencia la inocencia del mismo. De este modo surtida la base legal para el Juez de Derecho y no habiendo encontrado viable la declaratoria de contraevidencia, era preciso aplicar el artículo 480 del C. de PP. y fundamentar el fallo condenatorio como en realidad se hizo, siendo confirmado plenamente por el H. Tribunal".

Por estos motivos la causal alegada no prospera.

Causal Primera

Ser la sentencia violatoria de la Ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"La sentencia —dice el recurrente— que condenó a Guillermo Gallón es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma. El canon 203 del C. de PP. dice que no se podrá dictar sentencia condenatoria sino cuando aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, la infracción por que se llamó a juicio y la responsabilidad del procesado".

"En el caso presente hay plena prueba de que no hubo fuerza ni violencia en la desfloración de María Cristina y plena prueba de que Gallón no tuvo acceso carnal a ella contra el querer de ésta. Y si alguna duda quedare al respecto, sa-

béis bien vosotros, señores Magistrados, que el Art. 204 del C. de PP. enseña, manda cómo se debe resolver la situación: In dubio, pro reo; numquam contra eum".

SE REPLICA

Cuando se invoca la causal primera de casación, el demandante debe demostrar que en la sentencia se han violado las disposiciones de la Ley, indicando cuáles son los preceptos quebrantados y las causas de esa posible violación, es decir, si la ley se infringió por error en la interpretación o por indebida aplicación de la misma; pero a esta conclusión no puede llegarse sino mediante el razonamiento jurídico que demuestre que la ley fue mal interpretada o indebidamente aplicada con la indicación de las disposiciones violadas y las que en vez de aquellas debieron aplicarse, finalidad que no puede conseguirse con la simple enunciación de la causal sin demostración alguna.

Los fundamentos de esta causal son distintos a los contenidos en los numerales 2, 3, 4 5 6 y 7 del Art. 567 del Código de Procedimiento Penal; por consiguiente, no pueden alegarse —como lo hace el recurrente— motivos que sirven de base para sustentar la causal segunda, atinentes al cuerpo del delito y de la responsabilidad, como razones para fundamentar la causal primera, porque ésto revela falta de técnica en la demanda y omisión de las exigencias requeridas por disposiciones legales a las cuales debe ceñirse la demanda (Art. 531 del CJ.)

"La sola lectura de los cargos —dice la Procuraduría— y argumentaciones para sustentarlos, conduce sin la menor vacilación a la inequívoca conclusión de que el distinguido abogado incurre nuevamente en una confusión de las finalidades propias de cada causal de casación, por cuanto trata de plantear simplemente hechos relacionados íntimamente con la causal segunda como son los atinentes a la objetividad de la infracción, o los elementos considerados como base de la responsabilidad penal reconocida por el Jurado y aceptados en el fallo condenatorio conforme al artículo 480 del C. de PP; y por cuanto lejos de demostrar la indebida aplicación de la ley penal, refutando los fundamentos jurídicos del fallo acusado, se limita a una referencia general al artículo 203 del C. de PP. tomando como punto de partida todo lo referente a la causal segunda que como ya se demostró no tiene cabida en los juicios con intervención del Jurado".

Causal Segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

"La sentencia que condenó a Gallón en segunda instancia —dice el recurrente— se basó en un veredicto notoriamente injusto; y la H. Corte Suprema de Justicia, interpretando la ley con grande amplitud, ha admitido que dentro de la causal segunda y solo en señalados casos puede ser motivo de casación la injusticia del veredicto que no tenga respaldo en las pruebas del proceso, porque si lo tiene y suficiente, no se puede considerar notoriamente injusto".

"La notoria injusticia del veredicto, en el supuesto de que un recurrente en casación la invoque de modo razonado y extenso, ha de resultar tan palmaria que se imponga como evidente" (G. J. Tomo LV).

Se observa:

La declaración de contraevidencia del veredicto sólo puede hacerse en las instancias del juicio, porque el estudio de hechos y pruebas del proceso en causas con intervención del Jurado, es de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales según lo dispuesto en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, declaración que puede hacerse de oficio o a petición de parte; lo primero, cuando el funcionario estudia el veredicto para acomodarlo a las disposiciones legales que sanciona la infracción (Art. 537), o bien, cuando el Tribunal al estudiar la sentencia observe que el veredicto no se atempera a la realidad de los hechos investigados ni a las respectivas preguntas del cuestionario (Art. 554); lo segundo, —petición de parte —cuando las personas que intervienen en el proceso penal así lo solicitan.

Fuera de estos casos, la declaración de contraevidencia del veredicto es inoperante, por estas razones: a) Porque el examen de hechos y pruebas del proceso —en los juicios con intervención de Jurado— corresponde apreciarlos y calificarlos a los Jueces de conciencia (Art. 27 Ley 4ª de 1943) y no a la Corte. Lo contrario convertiría a esta Entidad en Tribunal de instancia y desnaturalizaría la institución del Jurado. b) Porque ese no es el espíritu ni la letra del Numeral 2º del Art. 567 del C. de PP; desvirtuarlo en su contenido esencial o formal por una interpretación reñida con normas legales, equivaldría a darle un alcance distinto para el cual fué consagrado. c) Porque ese no fue el pensamiento de la Comi-

sión redactora de la Ley 94 de 1938 cuando afirma que "no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto —dice— tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son lo que declaró el Jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". Y, d) Porque la doctrina de la Corte ha sido constante y reiterada a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, en el sentido de afirmar que la causal segunda de casación —en los juicios por Jurado— es inoperante alegarla como razón de impugnación del fallo; jurisprudencia que ha sido ratificada en fallos de abril 23 de 1954 (Casación de Humberto Freydell Vásquez), mayo 17 de 1954 (Casación de Obdulio o Teodulo Pérez Rincón), agosto 3 de 1954 (Casación de Roberto Arias), diciembre 15 de 1954 (Casación de Roberto Prieto Torres), marzo 9 de 1955 (Casación de Milcíades Hurtado Ruiz y Jesús Antonio Murillo M.) febrero 14 de 1956 (Casación de Toribio Galindo Daza).

"Si la Corte acepta como impugnación del fallo —en los juicios por Jurado— la causal 2ª del Art. 567 del C. de PP, al invalidar la sentencia por estar en desacuerdo con la evidencia de los hechos procesales, el fallo que la reemplazaría no se dictaría de acuerdo con el veredicto (Art. 480) sino en desacuerdo con él, es decir, allí sí, violando la ley se incurriría en otro motivo de impugnación o sea EL DE HABER DICTADO LA SENTENCIA EN DESACUERDO CON EL VEREDICTO DEL JURADO, porque, caprichosamente se terminaría con la institución del Jurado y con los mandatos legales que la reglamentan".

Por estos motivos, la causal no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él NO INVALIDA el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta y cinco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

LA DEMANDA Y LA TECNICA PROCESAL. — SI SE CONSIDERA QUE EL JURADO VALORO MAL LAS PRUEBAS Y DECIDIO CONTRA LA EVIDENCIA, SU VEREDICTO PUEDE DISCUTIRSE ANTE EL JUEZ DEL CONOCIMIENTO O ANTE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA, NO ANTE LA CORTE EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

1.—En el recurso extraordinario de casación, esencialmente formalista, la ley fija requisitos encaminados a hacer girar el procedimiento alrededor de la sentencia recurrida, y a impedir que se convierta en una especie de revisión general del proceso o de tercera instancia. Contiene, pues, ordenamientos que pueden denominarse de orden sustantivo, en cuanto al demandar debe determinarse lo demandado, y expresarse los hechos, las disposiciones que se consideren violadas con la providencia, y la causal de casación que se estime aplicable, lo que a su turno exige requisitos de técnica procesal, es decir, referentes a la parte formal del escrito en que se pretende enjuiciar la sentencia, para que, por uno y otro aspecto, no degenere en alegato de instancia; así, para poderse tener como correctamente formulada, no debe involucrar entre sus antecedentes, recuento histórico que sirve para mejor comprenderla, ni la discusión de pruebas u otros elementos de juicio, ni la propiamente jurídica para enlazar las conclusiones sali das de aquellas premisas con la respectiva causal de casación, porque todo esto es precisamente lo que forma la parte esencial, el cuerpo de la demanda. Y dentro de ésta, debe haber un orden procesalmente lógico, porque la indicación de las disposiciones que se consideran violadas en la sentencia ha de hacerse con las discusiones del valor de las piezas procesales pertinentes y exactamente mostrarse cómo pudo violarse cada una de aquellas normas legales, para poder llegar a la conclusión definitiva de que la sentencia recurrida incide en una o varias de las causales de casación del artículo 567 del C. de P. P.

2.—La apreciación del valor probatorio de los hechos, en cuanto sean elementos constitutivos del delito, o determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad del actor o partícipe, o circunstancias influyentes en la determinación de la sanción, no compete al juez de derecho en los juicios en que interviene el jurado, al cual no se le fijan límites en sus apreciaciones, ya que forma moralmente su convicción; su veredicto, si no es claramente contrario a la evidencia de los hechos, ha de ser acogido. No tratándose de aquel caso excepcional, prima la apreciación del jurado sobre la que se formaría el juez de derecho. Si se considera que el jurado valoró mal las pruebas y decidió contra la evidencia, su veredicto puede discutirse ante el Juez del conocimiento o ante el Tribunal de instancia, no ante la Corte en el recurso extraordinario de casación, porque en éste no se debate el valor de las pruebas en cuanto informaron al jurado y le llevaron a la convicción de la responsabilidad o la conclusión contraria. De otra manera se llegaría a negar validez al veredicto en forma que sólo puede hacerse en las instancias. No es pertinente en el recurso extraordinario invocar la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., fundamentándola en argumentos acerca de las apreciaciones probatorias hechas por el Juez de primera instancia y el agente del ministerio público ante aquél, o contra las del Tribunal y su colaborador, en juicio en que, interviniendo el jurado, no se halló ni declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Carlos José Gutiérrez, como también su defen-

sor, que lo es asimismo de **Helí o Agustín Castañeda Molina**, interpuso recurso de casación contra la sentencia que, el 18 de julio de 1956, dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, mediante la cual confirmó la de primera instancia, en que fueron condenados Gutiérrez y Castañeda, como autores del delito de homicidio en Gonzalo Correa Duque, a sufrir la pena de quince años de presidio, a las accesorias correspondientes —respecto de una de las cuales se hizo una aclaración— y al pago de perjuicios causados con el ilícito.

Agotados los trámites, debe decidirse.

Hechos:

Antonio José Duque, dueño de una fonda, situada en "El Arenillo", jurisdicción municipal de Manizales, tenía como trabajador suyo a su sobrino, Gonzalo Correa Duque. Este, el 22 de diciembre de 1954, hacia las siete de la noche, se hallaba acostado en un banco del corredor de la fonda, y allí fue ultimado, con arma corto-punzante, por Carlos José Gutiérrez, mientras Helí o Agustín Castañeda distraía la atención del tío de la víctima.

La sentencia recurrida

Después de transcribir apartes del auto mediante el cual confirmó el de llamamiento a juicio, por cuanto allí el Tribunal estudió todas las pruebas con detenimiento, y analizó los diversos aspectos jurídicos del caso, aquella entidad confirmó la decisión del inferior, aclarándola únicamente en lo que respecta a la patria potestad, en el sentido de condenar a los procesados a la pérdida y no a la suspensión de ella como rezaba la providencia del inferior, y al encontrar admitida la responsabilidad de los procesados por los jueces de hecho y decidido por el juez en consonancia, por cuanto la valoración de la prueba correspondía al jurado y no iba el veredicto contra la evidencia procesal, y por cuanto encontró legales la graduación de la pena privativa de la libertad, la aplicación de las penas accesorias —con la antedicha salvedad— y la condena al pago de perjuicios.

Sustentación del recurso

Comienza el recurrente por decir que formula demanda de casación contra la sentencia de 18 de julio de 1956, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, sin indicar precisamente en qué causa —aunque este punto pueda tenerse como aclarado por el epígrafe que encabeza todo el memorial—. Se refiere en seguida al fallo de primera instancia, para luego hacer algunas consideraciones sobre el de segunda, así: "Tanto el Agente del Ministerio Público del Juzgado Segundo Superior, quien en su vista fiscal del 19 de julio de 1955, a fls. 103 dijo: 'Está pluralidad de indicios, **todos necesarios**...' desconociendo por completo el señor Fiscal lo que es indicio necesario, como el Juez de la causa y más tarde el H. Tribunal Superior, le dieron al acerbo (sic) probatorio del proceso un valor en total desacuerdo con lo estipulado por nuestro C. de P. P. en sus artículso 223, 222, 218, 217, 206, 205, 204 y 203, porque ninguno de los indicios recogidos en el expediente está probado plenamente y es imposible jurídicamente sostener que con el reconocimiento que hace Antonio Duque (tío del occiso) a fls. 7, quede probado plenamente este indicio y en las mismas circunstancias están los demás indicios, todos los cuales no forman más que uno solo... En el informativo quedó probada plenamente la coartada o alibi...". Se refiere luego indirectamente a determinada jurisprudencia de la Corte, sobre prueba indiciaria, para concluir: "En todo el proceso está brincando (sic) la duda sobre la responsabilidad de mis defendidos, haciendo imperioso (sic) la aplicación del artículo 204 del C. P. P. si se tiene en cuenta el acertado principio jurídico: "La más alta probabilidad de certeza, no excluye la mínima posibilidad de error". En seguida, invoca el recurrente la causal segunda de casación, contenida en el artículo 567 del C. P. P., porque considera "que la sentencia le ha atribuído a los hechos indiciarios del proceso un valor probatorio que no tiene". Y finaliza pidiendo la invalidación del fallo y que se proceda según el ordinal primero del artículo 570 del citado Código.

Concepto de la Procuraduría

Después de recapitular los puntos pertinentes del escrito en que se sustenta el recurso, el Ministerio Público, por medio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su cuidadoso estudio advierte, en relación con la causal invocada, cómo el recurrente no tuvo en cuenta que se trataba de un proceso en que intervino el jurado, el cual determinó la responsabilidad de los

procesados sin que el juez de la causa hubiese hallado contrario a la evidencia de los hechos el veredicto. Acogida por el Ministerio Público la jurisprudencia reiterada, según la cual el recurso de casación no puede prosperar cuando se trata de la causal segunda en juicios de la índole del presente, y puestos de presente los defectos de la demanda, concluye en que se debe declarar desierto el recurso, o, subsidiariamente, no casar el fallo recurrido.

Estudio de la Corte

La demanda y la técnica procesal.—En el recurso extraordinario de casación, esencialmente formalista, la ley fija requisitos encaminados a hacer girar el procedimiento alrededor de la sentencia recurrida y a impedir que se convierta en una especie de revisión general del proceso o de tercera instancia. Contiene, pues, ordenamientos que pueden denominarse de orden sustantivo en cuanto al demandar debe determinarse lo demandado, y expresarse los hechos, las disposiciones que se consideren violadas con la providencia, y la causal de casación que se estime aplicable, lo que a su turno exige requisitos de técnica procesal, es decir, referentes a la parte formal del escrito en que se pretende enjuiciar la sentencia, para que, por uno y otro aspecto, no degenere en alegato de instancia; así, para poderse tener como correctamente formulada, no debe involucrar entre sus antecedentes, recuento histórico que sirve para mejor comprenderla, ni la discusión de pruebas u otros elementos de juicio ni la propiamente jurídica para enlazar las conclusiones salidas de aquellas premisas con la respectiva causal de casación, porque todo esto es precisamente lo que forma la parte esencial, el cuerpo de la demanda. Y dentro de ésta, debe haber un orden procesalmente lógico, porque la indicación de las disposiciones que se consideran violadas en la sentencia ha de hacerse con las discusiones del valor de las piezas procesales pertinentes y mostrarse precisamente cómo pudo violarse cada una de aquellas normas legales, para poder llegar a la conclusión definitiva de que la sentencia recurrida incide en una o varias de las causales de casación del artículo 567 del C. P. P.

Por el aspecto de la técnica procesal, es defectuosa la demanda en el presente caso, en la forma que, con todo acierto, pone en evidencia el colaborador de la Sala. Es cierto que la Corte ha sido y es exigente en cuanto hace a los requisitos de la técnica de casación, pero considera sin embargo que, puede estudiarse aquella aunque adolezca de fallas, porque, si bien desordenada y poco cuidadosa, contiene los elementos indispensables atrás aludidos.

La causal alegada.— La apreciación del valor probatorio de los hechos, en cuanto sean elementos constitutivos del delito, o determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de autor o partícipe, o circunstancias influyentes en la determinación de la sanción, no compete al juez de derecho en los juicios en que interviene el jurado, al cual no se le fijan límites en sus apreciaciones ya que forma moralmente su convicción; su veredicto, si no es claramente contrario a la evidencia de los hechos, ha de ser acogido. No tratándose de aquel caso excepcional, prima la apreciación del jurado sobre la que se formaría el juez de derecho. Si se considera que el jurado valoró mal las pruebas y decidió contra la evidencia, su veredicto puede discutirse ante el juez del conocimiento o ante el Tribunal de instancia, no ante la Corte en el recurso extraordinario de casación, porque en éste no se debate el valor de las pruebas en cuanto informaron al jurado y le llevaron a la convicción de la responsabilidad o a la conclusión contraria. De otra manera se llegaría a negar validez al veredicto en forma que sólo puede hacerse en las instancias. No es pertinente en este recurso extraordinario invocar la causal segunda del artículo 567 del C. P. P., fundamentándola en argumentos acerca de las apreciaciones probatorias hechas por el Juez de primera instancia y el agente del ministerio público ante aquél, o contra las del Tribunal y su colaborador, en juicios en que, interviniendo el jurado, no se halló ni declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto.

Así, la causal no debe prosperar y la casación ha de negarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— acorde con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, procedente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

PREVARICATO.—LA INTERPRETACION DE LA LEY CUANDO ES EQUIVOCADA PERO NO DE MALA FE, NO DA LUGAR A DEDUCIR CONSECUENCIAS PENALES

1.—Para que exista delito de prevaricato cometido por empleado público en ejercicio de funciones, es necesario e indispensable que la sentencia, resolución o dictamen sean contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, y que el auto o providencia se dicte a sabiendas de que con ellos se viola la norma legal, por motivos de simpatía a unos interesados o por animadversión hacia otros; en ausencia de uno de los elementos que tipifican el delito no puede hacerse la afirmación de que el funcionario ha violado la norma penal, porque es la concurrencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos los que dan base para hacer la afirmación de que se ha cometido delito.

2.—En la interpretación de los textos legales y en la aplicación de ellos a casos concretos, no hay delito de prevaricato cuando no se demuestra que el funcionario obró a sabiendas de que su decisión era contraria a la ley y de que con esa determinación, sin razón ni justicia lesionaba arbitrariamente los derechos de las partes, animado por móviles de simpatía o animadversión hacia las personas que intervienen en el proceso penal, pues tratándose de un hecho esencialmente doloso, la intención, elemento moral del delito, debe estar plenamente demostrada, ya que, la simple interpretación de la ley y la aplicación de sus preceptos a un caso concreto, no puede ser objeto de regulación penal cuando ella está inspirada en un criterio de buena fe y en el deseo de acertar; la equivocación o el error, en la interpretación de la ley, de buena fe, constituye una irregularidad pero nunca delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta consulta la providencia de junio veintiseis de mil novecientos cincuenta y seis, por medio de la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor **Ramiro Goenaga Riveira**, por los cargos materia de la presente investigación.

Hechos

La investigación se adelantó para averiguar la responsabilidad en que hubiera incurrido el doctor Ramiro Goenaga en la tramitación de los negocios contra Pablo Ballesteros sindicado por un delito de homicidio cometido en la persona de Carlos Palacio, el cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, a quien concedió libertad provisional dentro del mencionado sumario, beneficio que fue otorgado según se dice "a la serie de atenciones recibidas y a los obsequios de los propietarios de casa para ellos" y, también por haber concedido el beneficio de libertad a Raúl Quintero Sotillo, sindicado de la muerte de Oscar Suárez.

Adelantada la correspondiente investigación y traídas al proceso las copias pertinentes de los respectivos juicios en los cuales —según se dice— se realizaron los hechos denunciados, se recibió declaración indagatoria al sindicado sobre los hechos averiguados. El Tribunal, previo concepto de su colaborador Fiscal, pronunció la providencia objeto de la consulta.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal no encuentra en las actuaciones realizadas por el sindicado la posibilidad de que se hubiera cometido delito alguno, si bien es cierto que critica las actuaciones del funcionario; con todo —dice—

esas irregularidades no son constitutivas de delito, y expresa:

"1º—Perc, con todo ello, la Procuraduría no alcanza a encontrar que se hubiese consumado alguno de los delitos de prevaricato, concusión o cohecho en el proferimiento de las mentadas providencias de libertad de los sindicados Ballesteros y Quintero Sotillo (fls. 7 vto. y 50), las cuales muy acertada y fundadamente fueron revocadas por el señor Juez 74 de Instrucción Criminal Nacional (fls. 42 y 52) designado por el Ministerio de Justicia, este sí para perfeccionar la investigación.

"2º—No aparece comprobada (ni se ven posibilidades de que pueda ser comprobada aunque se dictare un sobreseimiento temporal), la simpatía hacia unos interesados o la animadversión hacia otros (incluyendo entre dichos interesados al abogado respectivo) que hubiese influído en el ánimo del doctor Goenaga Riveira para dictar las providencias mencionadas; y aún para haber obrado con tal diligencia, extraña y excepcional en él, en los procesos respectivos.

"3º—Tampoco aparece comprobado ni existe la posibilidad de serlo aún en el mismo supuesto anterior, que el doctor Goenaga Riveira hubiese constreñido o inducido a alguno de los interesados en los procesos en cuestión, para que le diera o le prometiera dar a él mismo o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad.

"4º — Igual cosa puede decirse con respecto a que el doctor Goenaga Riveira hubiese recibido indebidamente para sí o para un tercero dinero o dádivas, o aceptado promesas remuneratorias, directas o indirectas, o que el doctor Tayeh Vega o alguno o algunos de los interesados a favor de los sindicados Ballesteros y Quintero Sotillo, lo hubiese hecho.

"5º — Todo lo anterior significa que no se ha alcanzado a establecer la incorrección moral del Fiscal Goenaga Riveira al pronunciar las dos providencias de que tanto se ha hablado en este concepto".

Fundamentos de la libertad provisional

La libertad provisional concedida a Pablo Ballesteros, dice el funcionario acusado, la otorgó —porque en su concepto— no se trataba de un homicidio intencional y porque de acuerdo con los dictámenes periciales el procesado "se encontraba perturbado mentalmente", circunstancia y afirmación que se halla corroborada en la sentencia dictada por el Tribunal el 31 de enero de 1956 que ordena "recluir al procesado en Colonia Agrícola que señale el Gobierno Nacional por el tiempo que sea conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 64 del Código Penal" y en relación al proceso adelantado contra Raúl Quintero Sotillo, dice: "Que dados los antecedentes de Suárez y pluralidad de circunstancias del proceso me llevaron a la convicción de que se trataba de legítima defensa subjetiva. Así opiné y por consiguiente revoqué el auto de detención, afirmación que también se halla comprobada dentro del proceso cuando al ser interrogado el Jurado sobre los hechos materia de la investigación respondió al cuestionario en esta forma: 'Sí pero en defensa subjetiva de la vida'.

"Por lo anteriormente expresado por el doctor Goenaga —dice el Tribunal— corresponde a la realidad procesal en ambos casos, ya que a Pablo Ballesteros se le consideró para el hecho como un enajenado mental, que por fallo tanto del Juez como del Tribunal, debe estar vigilado por sus parientes en las condiciones de la sentencia por no ser sujeto peligroso sin ingerir alcohol y respecto de Quintero Sotillo, a pesar de ser llamado a juicio, el Jurado que intervino en su causa, consideró que al cometer el hecho en Suárez, usó de legítima defensa".

Se considera:

Para que exista delito de prevaricato cometido por empleado público en ejercicio de funciones, es necesario e indispensable que la sentencia, resolución o dictamen sean contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, y que el auto o providencia se dicte a sabiendas de que con ellos se viola la norma legal, por motivos de simpatía a unos interesados o por animadversión hacia otros; en ausencia de uno de los elementos que tipifican el delito no puede hacerse la afirmación de que el funcionario ha violado la norma penal, porque es la concurrencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos los que dan base para hacer la afirmación de que se ha cometido delito.

En la interpretación de los textos legales y en la aplicación de ellos a casos concretos, no hay delito de prevaricato cuando no se demuestra que el funcionario obró a sabiendas de que su decisión era contraria a la ley y de que con esa determinación, sin razón ni justicia lesionaba arbitrariamente los derechos de las partes, animado por móviles de simpatía o animadversión hacia las personas que intervienen en el proceso penal,

pues tratándose de un hecho esencialmente doloso, la intención, elemento moral del delito, debe estar plenamente demostrada, ya que, la simple interpretación de la ley y la aplicación de sus preceptos a un caso concreto, no puede ser objeto de regulación penal cuando ella está inspirada en un criterio de buena fe y en el deseo de acertar; la equivocación o el error, en la interpretación de la ley, de buena fe, constituye una irregularidad pero nunca delito.

Cuando el funcionario acusado concedió el beneficio de libertad provisional a los sindicados Ballesteros y Quintero Sotillo, interpretó la ley —criterio subjetivo— de acuerdo con los principios que regulan la materia; para el primer caso, hizo la afirmación de que por tratarse de una persona anormal no debía estar detenida en un establecimiento carcelario y que por no existir dentro de su jurisdicción establecimiento de detención de esta naturaleza, debía concedérsele libertad vigilada, y para el segundo, apreció por una parte que el delito no tenía el carácter de intencional, y por otra, que el hecho se había realizado en estado de legítima defensa subjetiva, y este criterio en cuanto a apreciación esencial de los hechos, tuvo respaldo en las conclusiones de los fallos que afirmaron el estado de anormalidad y la existencia de la legítima defensa subjetiva. En tales circunstancias, si hubo error en la interpretación de los hechos y en la aplicación de las normas legales, ello no era constitutivo de delito, máxime cuando en las consecuencias finales de los dos negocios las apreciaciones del funcionario fueron confirmadas, es decir, el Fiscal no dictó a sabiendas providencia —libertad provisional— contraria a la ley expresa o manifiestamente injustas por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

La circunstancia de que las partes que intervienen en el proceso penal hubieran solicitado el traslado del funcionario al lugar donde se realizaron los acontecimientos para la práctica de diligencias concernientes a la defensa de sus intereses, no es constitutiva de delito. Este hecho está autorizado por la ley en sus artículos 562, 568 y 570 del Código Judicial, aplicable a negocios penales por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

Si en el cumplimiento de sus deberes la conducta del funcionario no es violatoria de la ley, la circunstancia de que las partes cubran los correspondientes valores de traslado, permanencia y habitación de los funcionarios en la práctica de diligencias pedidas por éstos, no es hecho que el legislador lo hubiera erigido en infracción de la ley penal, porque el concepto de justicia gratuita no puede tener otro alcance —dentro del proceso penal— que aquel que implica para el Estado la retribución de servicios a Jueces y Magistrados y mantenimiento de personal científico destinado a cumplir una función auxiliar de la justicia represiva, pero esto no se opone a que las partes o sus apoderados puedan solicitar la práctica de pruebas fuera del lugar donde el Juez reside, para lo cual, por mandato de la ley, deben sufragar los gastos que ellas demanden; y la circunstancia de aceptar el pago de esos valores —se repite— no constituye al Juez en responsable de un delito.

"Por lo que hace a la pérdida de los revólveres y de veintitrés pesos —dice el Tribunal— esos objetos y valores estaban al cuidado y bajo la responsabilidad del Secretario de la Fiscalía Sergio Robles, quien en consecuencia debe responder de tales elementos.

"Sobre este cargo —dice el sindicado— en cuanto a lo que se refiere a los revólveres y al dinero, eso estaba bajo el cuidado de mi Secretario y debido a la conducta irregular de este funcionario tuve que destituírlo y nombré a Juan Robles Castaño y siguió un proceso en el Juzgado Segundo Superior para averiguar la conducta de Sergio Robles Samper, quien no es pariente de Juan Robles Castro y fue detenido".

Si actualmente se sigue un proceso para averiguar esa responsabilidad, es obvio que al culminar la investigación se establecerá en poder de qué funcionario se encontraban esos elementos el día en que ocurrieron los hechos, y si como resultado del proceso se demuestra que esos objetos estaban a disposición del Fiscal doctor Ramiro Goenaga, el Tribunal adelantará la correspondiente investigación para deducir responsabilidad, mas, por ahora, no se justifica adelantar otro proceso que en último resultado llegaría a la misma conclusión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia consultada, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de veintiseis de junio de mil novecientos cincuenta y seis.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

EL DESCONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y DE MENOR PELIGROSIDAD, DEBIDAMENTE ACREDITADAS EN EL PROCESO, NO CABE ALEGARLO, COMO CAUSAL DE CASACION, DENTRO DE LA SEGUNDA DEL ARTICULO 567 DEL C. P. P., SINO EN LA PRIMERA. — LOS ELEMENTOS QUE HAN SERVIDO PARA CONFIGURAR EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA, NO PUEDEN, A LA VEZ, SER TOMADOS COMO CONSTITUTIVOS DE CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD. — CABE RECONOCER CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD EN CASO DE EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA. — LA GRAVEDAD DEL DELITO DE HOMICIDIO NO HA DE TOMARSE POR EL SOLO ASPECTO DE LA SUPRESION DE UNA VIDA, SIEMPRE GRAVE, SINO POR EL CONJUNTO DE CIRCUNSTANCIAS QUE MEDIARON, PARA NO DESVIRTUAR LA LEGITIMA DEFENSA, AUNQUE HAYA EXCESO EN ELLA

1.—Las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad deben estimarse por el juez de derecho; los hechos sobre los cuales se basan, como es obvio, también deben valorarse por aquél y no por el Tribunal popular; finalmente, tales circunstancias influyen en la determinación de la pena. Pero el desconocimiento de alguna de ellas, debidamente acreditada en el proceso, o el reconocimiento de otra que carezca de este respaldo, no cabe alegarlo, como causal de casación, dentro de la segunda del artículo 567 del C. P. P. sino en la primera, como repetidamente lo ha venido sosteniendo la Corte, porque, aunque influyan en la graduación de la pena, y aún apreciadas en cuanto hechos, el ejercicio indebido de esta facultad por parte del Juez es el que configura más claramente una violación de la ley penal que una interpretación o apreciación errónea de los hechos, materia propia de la causal segunda. Y esto se hace más patente cuando en la sentencia se toman aquellas circunstancias unas veces como elementos constitutivos del delito, y otras como de mayor peligrosidad.

2.—Si se sanciona por el exceso en la defensa, y para configurarlo se incluyen elementos que, separados y para el homicidio simplemente voluntario o para el cualificado, constituirían circunstancias de mayor peligrosidad, no podían tomarse esos mismos elementos como constitutivos de alguna de tales circunstancias, porque estaría destruyéndose la defensa aceptada y el exceso reconocido; en cuanto dichos elementos dan entidad jurídica al exceso, son antinómicos de las circunstancias de mayor peligrosidad; y si se reconoce aquél, no pueden, por lo mismo, existir éstas.

3.—Pero, al contrario, en la legítima defensa ejercida en exceso, han de reconocerse circunstancias de menor peligrosidad, porque en sí mismas jamás son factores que den fisonomía a aquello por lo cual se va a aplicar la sanción, o sea el exceso. Ni debe olvidarse que en éste también entra el hecho de que la víctima es el injusto provocador inicial, porque de otra manera no habría ninguna justificación en la represión del ataque.

4.—No puede entenderse que, por ser de suma gravedad, el homicidio en sí, por implicar la supresión de la fuente de todos los derechos, ha de tomarse, el cometido en legítima defensa, así sea excesiva, sin esta salvedad para agravar la sanción; dicho de otra manera: la gravedad del delito de homicidio no ha de tomarse por el solo aspecto de la supresión de una vida, siempre grave, sino por el conjunto de circunstancias que mediaron, para no desvirtuar la legítima defensa, precisamente razón justificativa en concepto de la sociedad, de la eliminación del injusto y actual agresor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Recurrida en casación, por el defensor de **José Dolores García Gómez**, la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el 1º de agosto de 1956, en estas diligencias por homicidio en Reyes Cristancho, y agotados los trámites legales, debe decidirse.

Hechos:

Los hermanos Sixto y José Dolores García habitaban muy cerca el uno del otro en la fracción de Cartavita, jurisdicción municipal de Tutasá, dentro del Distrito Judicial mencionado. En las primeras horas de la noche del 9 de febrero de 1954, Reyes Cristancho, apeándose de su cabalgadura, y mediante la fuerza y con expresiones soeces, penetró en la casa de Sixto, quien se escondió, mientras su madre salía a pedir auxilio; cabalgó nuevamente Cristancho, seguido de Sixto, para dirigirse a la casa de José Dolores, en donde aquel repitió sus actos de violencia física y verbal, hasta que el morador salió; trabada la lucha entre los tres individuos, al atacante le tocó la peor parte; aunque usara latigazos y puntapiés, fue dominado por los García que le llevaron en retroceso hasta una era cercana a la casa de José Dolores, quien le ultimó de varias cuchilladas.

El veredicto

Llamado a juicio José Dolores por el homicidio en Reyes Cristancho, al cuestionario respondieron los jueces de hecho: "Sí es responsable por haber excedido los límites impuestos por la necesidad de la legítima defensa".

La sentencia recurrida

En ésta se sostiene que, siendo procedente la condenación, han de tenerse en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad. La primera, es la comprendida en el artículo 37 del C. P., en su numeral 6º, porque el doble ataque de los García dificultó la defensa de la víctima; la segunda, la contenida en el numeral 7º de dicho artículo, por cuanto el procesado abusó de circunstancias desfavorables a la víctima, consistentes tanto en el hecho de estar ya desarmada cuanto en el de usar zamarros, que dificultaban sus movimientos. Por modo expreso, se elimina en la providencia la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 9º y se acepta la de menor peligrosidad del numeral 1º del artículo 38 de la obra en cita.

El Tribunal considera que el juez de primera instancia sufrió equivocación al graduar la pena principal, si se atienden los artículos 36 y 39 del C. P., "el primero enumera los factores que deben tenerse en cuenta con ese objeto y el segundo traza la pauta de que solamente puede aplicarse el mínimo sancionatorio (sic) cuando medien apenas circunstancias de menor peligrosidad y el máximo cuando sean todas de mayor. El hecho, materia de este proceso, ofrece gravedad si se considera que eliminar una vida constituye el más grave de los delitos, aunque la circunstancia atenuante que declaró el jurado, disminuye en mucho la sanción; el motivo determinante mediato, fue como lo dijo el Sr. Juez en el auto de proceder, el cargo que se le atribuyó a Cristancho por parte de la familia García, de que había hurtado una máquina de coser... el móvil inmediato fue la conducta agresiva que empleó Cristancho cuando llegó a la casa del inculpado y su familia. Obran dos circunstancias de mayor peligrosidad, por una de menor y la personalidad del agente no es peligrosa socialmente".

Con esta base, el Tribunal condenó a José Dolores García, a la pena de cinco años de presidio, en lugar de los dieciseis meses de la misma calidad impuestos por el Juzgado; confirmó la sentencia de primer grado en cuanto se refiere a sanciones accesorias, con la necesaria aclaración sobre interdicción de derechos y funciones públicas, y revocó la libertad concedida al sentenciado en la misma providencia del inferior.

Lo demandado

Invoca el recurrente, en primer término, la causal a que se refiere el C. P. P. en el numeral 2º del artículo 567; en segundo lugar, la del numedal 1º del mismo artículo.

Causal segunda de casación. — Se argumenta, como base general, que sí es pertinente en procesos en que ha intervenido el jurado, esta causal no en cuanto roce con la soberanía que aquél tiene respecto de la prueba del delito o de las circunstancias específicas de responsabilidad, pero sí cuando la interpretación o apreciación errónea de los hechos "incide sobre 'circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción', y que, siendo distintas de las constitutivas y de las modificadoras, no pueden ser otras que las de mayor y menor peligrosidad", cuyo estudio com-

pete exclusivamente al Juez de derecho, por aplicación de los artículos 28 de la ley 4ª de 1943 y 499 del C. P. P. Ha de existir, por otra parte, certeza para que se pueda considerar una circunstancia de mayor peligrosidad, para lo cual ha de acudirse también a la noción jurídica de peligrosidad, o sea, que "el hecho que el juez erija en circunstancia de mayor peligrosidad debe implicar la conclusión plena de que es probable que el procesado vuelva a delinquir, de que es peligroso socialmente", y si no se llega a tal conclusión, es errónea la respectiva estimación probatoria. Además, la circunstancia de mayor peligrosidad no debe estar prevista como modificadora o elemento constitutivo del delito, para no incurrir en infracción del principio contenido en el aforismo de non bis in idem.

Con estos presupuestos, expone luego la demanda dos motivos generadores de la causal invocada, cada uno con diversos argumentos.

En cuanto al primer motivo, erró la sentencia al dar por aplicable al numeral 6º del artículo 37 del C. P., porque, reconocido el exceso de legítima defensa, el procesado al obrar constreñido, no eligió sitio, medio ni modo, sino el atacante. La actividad de Sixto García no podía influir en la calificación del homicidio, en virtud del sobreseimiento definitivo que le ampara, de tal suerte que su conducta no puede calificarse como abusiva para aumentar o hacer más eficaz la actividad de su hermano. El dificultar la defensa del ofendido o perjudicado implica el que dicha defensa provenga de una reacción justa, o sea, que la víctima no sea el agresor injusto; cada uno de los García obraba según reacción justa de defensa contra el ataque violento, actual e injusto de Reyes Cristancho. Para que se pueda aplicar el artículo 27 del C. P., es indispensable que el exceso en la defensa surja de la sinceridad del agente, o sea, que exista el miedo justo, que no revela peligrosidad ni insensibilidad moral, porque el que obra mediante el influjo de pasiones de la índole de aquel miedo no está en aptitud de medir buscar, ni aprovechar estados de inferioridad de su atacante; cada uno de los procesados obró contreñido por la necesidad de la defensa, dominado por el miedo que impidió juzgar la inferioridad del contrincante; las circunstancias de los hechos muestran la sinceridad de la apreciación. Finalmente, la acción conjunta, con la desproporción que implica, es elemento constitutivo del exceso en la legítima defensa y, por tanto, no puede ser tomado como circunstancia de mayor peligrosidad. En todos estos casos se concluye en que se dio a la acción un valor probatorio del que carece y se le negó el que tiene.

Segunda causal presentada. — Como se dijo, es la primera del artículo 567 del C. P. P.

Doctrinariamente, la peligrosidad es un estado distinto de la forma de responsabilidad; aunque el artículo 37 del C. P. une ambos conceptos, junto con el referente a la personalidad del agente, la peligrosidad está especificada en el artículo 80. Si la sentencia reconoce que la personalidad del procesado no es socialmente peligrosa, se impone la convicción de que aquel no es peligroso y de que no volverá a delinquir, o sea, debe tenerse en cuenta el artículo 80; si de las modalidades del hecho se hacen surgir características de peligrosidad, se interpreta erróneamente el concepto de ésta y se aplica indebidamente el artículo 37, que también se interpreta erróneamente y se aplica indebidamente al tener circunstancias constitutivas del delito como de mayor peligrosidad: tales son la acción conjunta de los García y el hecho de estar desarmada y con zamarros la víctima. Las modalidades que generan una reacción desmedida son inhibidoras o limitativas de la clara inteligencia y la voluntad plena, influyentes en la calidad subjetiva antisocial del agente; la sentencia, al erigir en circunstancias de mayor peligrosidad hechos cometidos en estado de defensa, al impulso de una pasión excusable, interpretó erróneamente el artículo 37, en sus numerales 6º y 7º, y los aplicó indebidamente. El proveído yerra al suponer que se pueden tener como tales circunstancias las definidas en los antedichos numerales del artículo 37, porque si el atacante u ofensor se convierte en víctima, con su conducta injusta "ha dado lugar a la situación crítica"; ésta no es producto único de la voluntad del que se defendió y es inicuo exigirle que facilite el ataque y la prolongación de la ofensa o del peligro.

En la graduación de la pena no influye la gravedad del hecho, en el sentido en que la considera la sentencia, porque la modalidad declarada por el jurado no sólo disminuye la sanción "sino su base, la responsabilidad", y porque, para valorar la gravedad de un delito, ha de tenerse presente, no sólo su "dosimetría penal", sino la integridad de factores constitutivos y concurrentes. "Eliminar una vida es apenas un elemento del delito de homicidio, y si hay justificación no hay delito"; si en general un delito de los llamados graves se comete con grandes atenuantes y móviles tales como la conducta agresiva de la víctima, pierde gravedad penal, aunque afectiva y socialmente conmueva lo profundo del espíritu. Califi-

car de grave el cometido en exceso de legítima defensa, aunque sea intrascendente en la sanción, es interpretar erróneamente el artículo 27 del C. P., relacionado con el 36, y aplicarlos indebidamente.

La sentencia aplicó indebidamente el artículo 38 del C. P. porque no consideró como circunstancia de menor peligrosidad la presentación voluntaria y la subsiguiente confesión del procesado ante la autoridad.

Finalmente, con aquella providencia se violaron los artículos 39 y 36 del C. P. El último porque no se aplicó la sanción de acuerdo con la calidad y modalidades del hecho delictuoso, ni se tuvieron en cuenta los motivos determinantes, ni la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad ni se reconoció el probado mayor número de las de menor peligrosidad. Y se aplicó indebidamente el artículo 39 porque, en vista de lo anterior, sólo podía imponerse el mínimo de la sanción, o sea, dieciseis meses de presidio en vez de los cinco años fijados en el fallo.

Así, debe invalidarse éste y reemplazarse por otro, en que se señale el mínimo a que se refiere el artículo 27 del C. P.

Concepto del Ministerio Público

Por medio del Procurador Delegado Primero en lo Penal, la Procuraduría General de la Nación es de concepto de que se invalide el fallo recurrido, por estimar procedente la causal invocada en segundo término, aunque la traída primeramente en la demanda no prospere.

Recuerda la Procuraduría cómo, frente a voto disidente, la Corte ha reafirmado que, si bien es cierto que, en tratándose de la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, en cuanto no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, su estudio corresponde al juez de derecho, y sirvan para señalar la sanción, tal facultad, indebidamente ejercida, encaja con mayor propiedad dentro de la causal primera de casación que dentro de la segunda. Concluye, por tanto, el colaborador de la Sala, en que no es conducente lo demandado en este sentido.

En cuanto a la causal primera de casación estima la Procuraduría que, de haberse encontrado aplicables los elementos a que se refiere el Tribunal —ser dos los atacantes, estar desarmada la víctima y usar zamarros— no encajan dentro de la circunstancia de mayor peligrosidad por aquél contemplada: el primero, estaría dentro de la séptima, por constituir inferioridad personal, lo mismo que el hecho de estar desarmada la víctima, en tanto que el uso de zamarros caería dentro del concepto de haber abusado de circunstancias desfavorables al ofendido. Sin embargo, observándose que quien se defendía no era Cristancho sino los García, y que la demanda centra el ataque en la violación del primer inciso del artículo 37 del C. P., no hay posibilidad de estudiar los elementos de cada una de las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en la sentencia. En ésta se violó claramente el citado inciso; en efecto, "demostrando que las circunstancias del delito daban suficiente base para considerar que el procesado 'había excedido los límites impuestos por la necesidad de la legítima defensa'; pero al tomar esas mismas bases como hechos constitutivos de circunstancias de mayor peligrosidad, fue claramente contra el postulado 'non bis in idem' que prohibe la disposición legal citada".

Si pues la demanda debe prosperar y habida cuenta de que no existen contra el procesado circunstancias de mayor peligrosidad, y sí demostrada su buena conducta anterior y la circunstancia de haberse presentado voluntariamente a las autoridades y confesado el delito, o sea, hechos constitutivos de circunstancias de menor peligrosidad según los numerales 1º y 9º del artículo 38 del C. P., debe reemplazarse el fallo recurrido por otro en que, para fijar la pena, se tenga en cuenta el artículo 27 de aquel código, en relación con los 36 y 39, a fin de que se condene a José Dolores García Gómez a la pena principal de dieciseis meses de presidio y a las accesorias de rigor.

Estudio de la Corte

Las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad deben estimarse por el juez de derecho; los hechos sobre los cuales se basan, como es obvio, también deben valorarse por aquél y no por el Tribunal popular; finalmente, tales circunstancias influyen en la determinación de la pena. Pero el desconocimiento de alguna de ellas, debidamente acreditada en el proceso, o el reconocimiento de otra que carezca de este respaldo, no cabe alegarlo, como causal de casación, dentro de la segunda del artículo 567 del C. P. P. sino en la primera, como repetidamente lo ha venido sosteniendo la Corte, en contra del argumento de que, por influir en la graduación de la pena, estarían comprendidas tales circunstancias dentro de la cau-

sal segunda, porque, aún apreciadas en cuanto hechos, y aunque sirven al juez para señalar la sanción, el ejercicio indebido de esta facultad es el que configura más claramente una violación de la ley penal que una interpretación o apreciación errónea de los hechos, materia propia de la causal segunda. Y esto se hace más patente cuando, como en el caso de autos, en la sentencia se toman aquellas circunstancias unas veces como elementos constitutivos del delito y otras como de mayor peligrosidad. Así debe desestimarse lo alegado en relación con la causal segunda para pasar a estudiar la demanda en lo tocante con la primera.

Nítidamente dice la sentencia, después de precisar aquellos hechos de ser dos los atacantes de Cristancho, de estar éste desarmado y de usar zamarros: "Hubo, pues, una marcada desproporción entre el ataque y la reacción, lo cual no permite estructurar la eximente de responsabilidad y sí lleva a concluir que el procesado se colocó en el terreno del exceso de la defensa". Es decir, que no se podía reconocer la legítima defensa como eximente de responsabilidad, por la existencia de aquellos factores, y que éstos contribuyen a configurar el exceso. Y con la misma nitidez, esos mismos hechos se consideran como circunstancias de mayor peligrosidad; "...el ataque efectuado por ambos hermanos García, el uno con un palo y el otro con un cuchillo, indudablemente dificultó la defensa de la víctima, que se encontraba en situación desventajosa ante el doble ataque, luego tiene aplicación el numeral 6º del artículo 37. Además, no se puede desconocer que cuando fue herido Cristancho, ya se encontraba desarmado y el hecho de tener zamarros, dificultaba sus movimientos; quiere decir ello que el delincuente abusó de estas circunstancias que fueron, a no dudarlo, desfavorables a la víctima. Luego tiene aplicación también el numeral 7º del artículo citado".

Es entonces de toda evidencia que el fallo recurrido considera doblemente unos mismos hechos, para agravar la situación del procesado. Pero si el exceso de la defensa, legítima como se ha reconocido, estaba en aquellos factores, mal podían estos constituir circunstancias de mayor peligrosidad. En la providencia que se examina se afirmó la tesis de la legítima defensa, es decir, se acogió la noción fundamental de que no hubo delito en cuanto había defensa, y se admitió también la de que el extremo, único sobre el cual podía recaer sanción disminuída, era el exceso, o sea, en lo que la defensa sobrepasó la necesidad. Si se sanciona por el exceso, y para configurarlo se incluyen elementos que, separados y para el homicidio simplemente voluntario o para el cualificado, constituirían circunstancias de mayor peligrosidad, no podían tomarse esos mismos elementos como constitutivos de algunas de tales circunstancias, porque estaría destruyéndose la defensa aceptada y el exceso reconocido; en cuanto dichos elementos dan entidad jurídica al exceso, son antinómicos de las circunstancias de mayor peligrosidad; y si se reconoce aquél, no pueden, por lo mismo, existir éstas. Pero al contrario, en la legítima defensa ejercida en exceso, han de reconocerse circunstancias de menor peligrosidad, porque en sí misma jamás son factores que den fisonomía a aquello por lo cual se va aplicar la sanción, o sea, el exceso. Ni debe olvidarse que en éste también entra el hecho de que la víctima es el injusto provocador inicial, porque de otra manera no habría ninguna justificación en la represión del ataque. Ni puede tampoco entenderse que, por ser de suma gravedad, el homicidio en sí, por implicar la supresión de la fuente de todos los derechos, ha de tomarse, el cometido en legítima defensa, así sea excesiva, sin esta salvedad para agravar la sanción; dicho de otra manera: la gravedad del delito de homicidio no ha de tomarse por el solo aspecto de la supresión de una vida, siempre grave, sino por el conjunto de circunstancias que mediaron, para no desvirtuar la legítima defensa, precisamente razón justificativa, en concepto de la sociedad, de la eliminación del injusto y actual agresor.

Se violaron, pues, los artículos 27, 36 y 39 del C. P.

La demanda debe prosperar tanto por lo que antecede como por la violación del artículo 38 del citado Código, en su numeral 9º, por no haber sido tenida en cuenta la circunstancia de menor peligrosidad consistente en la presentación voluntaria ante la autoridad y la confesión completa de los hechos; la primera se acredita no sólo con la declaración instructiva del procesado sino con otras piezas, como las diligencias de indagatoria rendidas por Angélica Verdugo y Ana Joaquina Gómez, cuyo dicho, a pesar del parentesco que tienen entre sí y respecto de José Dolores, no aparece interesado; y, por otro lado, basta leer la indagatoria para encontrar que sí constituye confesión.

Desaparecidas las circunstancias de mayor peligrosidad que el Tribunal estimó existentes, probada otra de menor peligrosidad que no tuvo en cuenta, y tratándose de homicidio cometido en exceso de legítima defensa, se tienen las bases para graduar la pena en forma diferente a las que

tomó la entidad falladora en segunda instancia. El artículo 362 del C. P. fija para el homicidio simplemente voluntario un mínimo de ocho años de presidio y un máximo de catorce; el artículo 27 del mismo Código ordena que la sanción, cuando se han excedido los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, no sea menor de la sexta parte de aquel mínimo, ni mayor de la mitad del máximo. Y así se encuentra ajustada a la legalidad la pena impuesta por el juzgador de primera instancia, y que tanto el demandante como el ministerio público han solicitado se aplique. Así, al revocar la sentencia recurrida, debe condenarse a José Dolores García a la pena de dieciseis meses de presidio, a las accesorias consiguientes y al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción.

Como se observa que ha cumplido con creces la pena impuesta, el procesado debe ser puesto en libertad inmediata.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— acorde con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley INVALIDA el fallo recurrido y en su lugar dispone:

1º—Condénase a José Dolores García, de condiciones civiles conocidas de autos, a la pena principal de dieciseis meses de presidio, que cumplirá en el establecimiento designado por el Gobierno, como autor del delito de homicidio en Reyes Cristancho, acaecido en circunstancias de tiempo, modo y lugar a que se refiere esta providencia;

2º—Condénase al mismo José Dolores García a sufrir las siguientes penas accesorias: la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad; la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; la pérdida de la patria potestad y la publicación especial de la sentencia;

3º—Condénase, en abstracto, al mismo procesado, al pago de perjuicios causeados con la infracción de que tratan estas diligencias;

4º—Ordénase la libertad inmediata del procesado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS PROCESOS CONTRA LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ADUANAS

El art. 42 del C. de P. Penal señala expresamente los negocios cuyo conocimiento compete a la Corte por medio de la Sala Penal, sin que entre ellos se encuentren incluídos los juicios que se sigan contra los funcionarios de que aquí se trata.

El ordinal 6º del artículo citado, armónico con el inciso 2º del artículo 151 de la Constitución Nacional, se refiere a las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución y las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las Fuerzas Nacionales, el Contralor General de la República, el Tesorero General de la misma y los Intendentes y Comisarios; no menciona la disposición a los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas.

La jurisprudencia que ha admitido que las causas contra los Fiscales de los Tribunales Superiores sean ventiladas ante la Corte, encuentra respaldo en el artículo 142 de la Constitución que concede a los funcionarios del Ministerio Público igual categoría y los mismos privilegios que a los Magistrados ante quienes ejercen sus funciones, y en el artículo 144 que exige para desempeñar el cargo de Fiscal de Tribunal idénticas condiciones que a las pedidas para ser Magistrado de Tribunal Superior.

No ocurre lo mismo con los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas. Al contrario, el Decreto Legislativo Nº 0700 de 1954 (marzo 5) creó y organizó independientemente la "jurisdicción aduanera" y señaló en el artículo 11 para el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas condiciones distintas a las exigidas para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

No habiendo dicho la Ley 94 de 1938 a quien corresponde el conocimiento de las causas que por razón de sus funciones se inicien contra los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas, forzoso es dar aplicación a las reglas generales del procedimiento.

Así lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones (G. J. Tomo LXIV página 153, LXXVII, pág. 913)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente doctor Luis Sandoval Vaicárcel.

VISTOS:

El Juez 7º Superior de Bogotá remitió a la Corte el sumario que se adelanta contra el doctor José Manuel Cuéllar, Magistrado del Tribunal Supremo de Aduanas, por el delito de falsedad, considerando que a esta entidad compete el conocimiento del negocio.

Las disposiciones legales que señalan lo referente a la competencia para ejercer la jurisdicción que radica en el Estado, son de orden público y por tanto, taxativas y perentorias.

El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal señala expresamente los negocios cuyo conocimiento compete a la Corte por medio de la Sala Penal, sin que entre ellos se encuenrten incluídos los juicios que se sigan contra los funcionarios de que aquí se trata.

El ordinal 6º del artículo citado, armónico con el inciso 2º del artículo 151 de la Constitución Nacional, se refiere a las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución y las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las Fuerzas Nacionales, el Contralor General de la República, el Tesorero Gene-

ral de la misma y los Intendentes y Comisarios; no menciona la disposición a los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas.

La jurisprudencia que ha admitido que las causas contra los Fiscales de los Tribunales Superiores sean ventiladas ante la Corte, encuentra respaldo en el artículo 142 de la Constitución que concede a los funcionarios del Ministerio Público igual categoría y los mismos privilegios que a los Magistrados ante quienes ejercen sus funciones, y en el artículo 144 que exige para desempeñar el cargo de Fiscal de Tribunal idénticas condiciones que a las pedidas para ser Magistrado de Tribunal Superior.

No ocurre lo mismo con los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas. Al contrario, el Decreto Legislativo Nº 0700 de 1954 (marzo 5) creó y organizó independientemente la "jurisdicción aduanera" y señaló en el artículo 11 para el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas condiciones distintas a las exigidas para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

No habiendo dicho la ley 94 de 1938 a quién corresponde el conocimiento de las causas que por razón de sus funciones se inicien contra los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas, forzoso es dar aplicación a las reglas generales del procedimiento.

Así lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones (Gaceta Judicial Tomo LXIV, página 153, LXXVII, página 913).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE INHIBE para conocer del presente negocio y DISPONE devolver el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández P. Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey Oficial Mayor.

NO SE PUEDE DECIDIR UN INCIDENTE DE COLISION DE COMPETENCIAS, MIENTRAS NO OBRE EN EL EXPEDIENTE LA PROVIDENCIA EN LA CUAL EL FUNCIONARIO ANTE QUIEN SE PROPONE, EXPONGA LA RAZON JURIDICA DE SU RENUENCIA PARA ASUMIR EL CONOCIMIENTO DEL PROCESO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente doctor Luis Sandoval Valcárcel.

VISTOS:

Ha llegado a la Corte el proceso adelantado contra Eulogio Montes Fernández por el delito de homicidio para dirimir la colisión de competencias que el Comando de la Quinta Brigada —Batallón de Infantería Nº 13 "García Rovira" con sede en Bucaramanga le ha provocado al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

Actuación Procesal :

En providencia de fecha 17 de febrero de 1955, el Comando de la Quinta Brigada, calificó el sumario y llamó a responder en juicio al sindicado Montes Fernández por un delito de homicidio, considerando que lo amparaba el fuero especial castrense.

Ventilada la causa y surtida la audiencia pública, la Presidencia del Consejo de Guerra Ordinario que juzgó al citado Montes Fernández, se abstuvo de proferir el fallo correspondiente, pues estimó que la jurisdicción y competencia para conocer del proceso radicaba en la justicia ordinaria y en consecuencia, ordenó remitir el expediente al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pamplona (folios 245 a 247).

Equivocadamente el Comando remitió el proceso al Tribunal Superior Militar de Bogotá y esta entidad ordenó que por conducto del mismo Comando se enviara el negocio a la Corte para desatar el incidente de colisión de competencias que se provocó al Juzgado Superior de Pamplona.

SE CONSIDERA:

El conflicto relativo a la colisión de competencias surge entre dos o más jueces pertenecientes a una misma o a diferentes jurisdicciones, desde el momento en que el funcionario ante quien se propone, la rechaza en providencia motivada, en la cual exponga claramente la razón jurídica de su renuencia para asumir el conocimiento del proceso, tal como lo dispone perentoriamente el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, pues de lo contrario, al aceptarla, avoca de inmediato el conocimiento, caso en el cual como es obvio, cesa el incidente.

En el presente caso, como ya se dijo, el Comando de la Quinta Brigada se abstuvo de remitir el negocio al Juzgado Superior de Pamplona para que se diera cumplimiento a lo estatuído en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual no solo se pretermitieron las formalidades propias que rigen en esta clase de incidentes, sino que se ha dejado de cumplir el acto en que el Juzgado Superior de Pamplona manifieste si acepta o rechaza la competencia. Antes de tal actuación no es siquiera posible saber si nace a la vida jurídica el incidente de competencias, cuya resolución se persigue,

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE INHIBE de conocer del incidente de colisión de competencias provocada por el Comando de la Quinta Brigada al Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pamplona para conocer del proceso de que se trata y ORDENA devolver el negocio a la oficina remitente para que se obre de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey Oficial Mayor.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD. — COMPROBACION DE LA CALIDAD DE FUNCIONARIO PUBLICO

Para determinar la jurisdicción y competencia en los juicios que por responsabilidad se adelantan contra los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, es indispensable la comprobación del carácter de empleado público, mediante el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión. La omisión de estos requisitos priva tanto al Tribunal en primera instancia, como a la Corte en segunda para conocer de estos negocios, pues la jurisdicción y competencia que confiere la ley para estos casos, la condiciona a la calidad de funcionario o sea a la investidura que tiene el sindicado, y no a la simple persona del mismo. De manera que si, previamente, estos requisitos no se demuestran, tanto el Tribunal como la Corte, carecen de facultad legal para conocer y fallar del negocio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, consulta la providencia de septiembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y seis, por la cual se declara prescrita la acción penal adelantada contra MAURICIO DAZA OVALLE por los hechos materia de la presente investigación.

Antecedentes:

Alicia Domínguez v. de Barrera denuncia al doctor Daza Ovalle, porque en su carácter de Juez del Circuito de Turbo pronunció el auto de diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y uno, por el cual se modifica un fallo que tenía el carácter de ejecutoriado; Alicia Domínguez v. de Barrera fue condenada a "restituir al señor Tanios Yabur treinta metros de terreno de que fué despojado como lo define la controversia, o su valor correspondiente, es decir, cien pesos en que fué estimada la acción". Esta providencia fué ejecutoriada y la demandada consignó el valor de cien pesos ($ 100.00) para cumplir la sentencia; posteriormente el Juez denunciado por medio del auto de abril diez y siete de mil novecientos cincuenta y uno "ordena la entrga de treinta metros de tierra en un solar que tengo el título de él, con lo cual ha consumado el despojo más inaudito, el atropello más descarado contra una pobre mujer indefensa", pues habiendo hecho el depósito por el valor ordenado en el fallo no había lugar a revocarlo para ordenar en vez del dinero la entrega del terreno.

Al sumario se allegaron copias de la actuación cumplida en la tramitación del mencionado negocio, y se practicaron las pruebas que el funcionario instructor creyó convenientes para el esclarecimiento de los hechos.

Concepto del Ministerio Público

"Al folio 4 del expediente —dice el Procurador Primero Delegado en lo Penal— se encuentra la copia del Acta de Posesión del citado doctor Daza Ovalle 'del cargo de Juez del Circuito de esta localidad (Turbo) y para que fué nombrado según oficio número 60 de fecha 17 de febrero del citado año de 1951, así como la constancia de ser el nombramiento en interinidad'.

"Al folio 69 vto. del mismo expediente se encuentra la copia de otra acta de posesión del mismo doctor Daza Ovalle, para el propio cargo de Juez del Circuito de Turbo (Ant.) la cual lleva fecha de 3 de julio de 1953 y hace referencia al nombramiento en interinidad efectuado por el H. Tribunal de Medellín por medio del Acuerdo número 140 de fecha 25 de junio del citado año de 1953".

"Asimismo al folio 71 vuelto del investigativo se encuentra la copia del Acuerdo acabado de citar aunque no con la fecha del 25 de junio de 1953 sino del 24 del mismo mes, y sin expresarse la calidad del nombramiento, es decir, si lo era en propiedad o en interinidad".

"Indudablemente que estos dos documentos sobran pues no tienen influencia ninguna en el

proceso ya que éste se refiere a un hecho sucedido con mucha anterioridad a los actos que allí se relacionan".

"Lo que ha debido traerse al investigativo es la copia del Acuerdo del H. Tribunal de Medellín al cual se refiere el oficio Nº 60 del 8 de febrero de 1951, citado en el Acta de posesión del folio 4".

"No estando pues, acreditada la calidad de funcionario favorecido con fuero especial en la persona del sindicado, tampoco lo está la competencia que para juzgarlo tenga el H. Tribunal consultante en la primera instancia y la H. Corte en la segunda, ya que el acto de nombramiento no es presumible, como sí lo es el de la posesión".

"Por lo tanto es indispensable allegar a las presentes diligencias la prueba mencionada".

SE CONSIDERA:

Para determinar la jurisdicción y competencia en los juicios que por responsabilidad se adelantan contra los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, es indispensable la comprobación del carácter de empleado público, mediante el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión. La omisión de estos requisitos priva tanto al Tribunal en primera instancia, como a la Corte en segunda, para conocer de estos negocios pues la jurisdicción y competencia que confiere la ley para estos casos, la condiciona a la calidad de funcionario o sea a la investidura que tiene el sindicado, y no a la simple persona del mismo. De manera que si, previamente, estos requisitos no se demuestran, tanto el Tribunal como la Corte, carecen de facultad legal para conocer y fallar del negocio.

En el presente caso no se ha demostrado la calidad de funcionario de la Rama Jurisdiccional que tuviera el sindicado. Existe sí el Acta de posesión de febrero diez y siete de mil novecientos cincuenta y uno, pero en autos no reposa el documento público con el cual se acredite que el acusado estaba revestido de la calidad de Juez del Circuito de Turbo. Mientras este requisito no se acredite, la Corte no tiene facultad para revisar la providencia consultada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, REVOCA la providencia de diez y ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para que se cumpla con la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.



EXTRAVIO O PERDIDA DE EXPEDIENTES. — ACCIONES QUE DE ELLA SE DERIVAN

La pérdida de un negocio da origen a dos investigaciones: la primera, para averiguar la responsabilidad de los funcionarios que por negligencia o dolo hubieren dado lugar a ella; la segunda, tendiente a reconstruír o reponer el proceso desde un principio, cualquiera que sea la instancia en que se encontrare. Las acciones son diferentes puesto que por medio de ellas se persiguen fines diversos; la relativa a responsabilidad de los funcionarios se vincula a los trámites ordinarios señalados en el Código de Procedimiento para deducir consecuencias penales (Art. 155 C de PP); la otra referente a reconstrucción del proceso, simplemente entraña una especie de acción de carácter administrativo —si así pudiera denominarse— para allegar datos o documentos probatorios en orden a deducir consecuencias ajenas al juicio de responsabilidad (Art. 154 ibidem). Así lo entendió el Tribunal y por esto es por lo que ordenó separar las investigaciones, la penal y la de reconstrucción del proceso.

Los negocios de que deben conocer los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, se distribuyen entre sus miembros por el Presidente, y en la diligencia de reparto se aplican las disposiciones del reglamento de la Entidad respectiva (Art. 83 del CJ.), disposicion no solo aplicable a los procesos civiles sino también a los penales o de sanciones disciplinarias por mandato del artículo 7º del C. de PP. Si en virtud de este mandato y de acuerdo con los reglamentos internos de la Corporación, el Presidente del Tribunal adjudica determinado negocio —reconstrucción del proceso— a un Magistrado, la obligación y deber del funcionario es cumplir esa resolución que se halla de acuerdo con la ley y con el reglamento. Toda discusión frente a preceptos claros y expresos que regulan la diligencia de reparto, que solo implica una distribución equitativa del trabajo, es perjudicial no sólo para los intereses de la justicia sino también para la sociedad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, remite a la Corte las diligencias iniciadas en esa Entidad para reconstruír el proceso que por sanciones disciplinarias —faltas cometidas contra la ética profesional— se adelantaba contra el señor Emiliano Gómez A. en su condición de abogado aceptado.

La providencia que dispone lo anterior, expresa:

"TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL. — Presidencia. — Pasto, julio once de mil novecientos cincuenta y siete. Compulse la Secretaría copia de todo lo actuado en este negocio y remítase a la Corte Suprema, con el fin de que decida sobre la renuencia del H. Magistrado Dr. AUGUSTO ESPARZA, a quien se le adjudicó este proceso porque así lo resolvió el Tribunal en pleno. Cumplido lo anterior, regrese el expediente al Despacho del Dr. Esparza. — Cúmplase. Efrén Osejo Peña — Luis G. Zambrano D. Secretario".

Antecedentes

El Fiscal del Tribunal, Abogado Alberto Bravo Guerra, en oficio dirigido a la Sección de Vigilancia del Ministerio de Justicia expresa que hace más de un año se adelantaba un expediente contra Emiliano Gómez "abogado inscrito pero sin título" y que por haberse perdido el negocio "no sigue su curso de rigor"; que como este hecho "entraña una falta grave para el despacho donde se hubiere perdido", solicita un investigador especial, ora para que se averigüe la responsabilidad en que hubiren incurrido los funcionarios que tenían a su conocimiento el nego-

cio, bien para que se reconstruyan las mencionadas diligencias.

El Tribunal, sobre la base de los informes allegados en auto de quince de junio de mil novecientos cincuenta y siete, dispuso levantar la correspondiente investigación y en providencia de veinticuatro de junio dispuso se verificara el reparto de las diligencias sobre reconstrucción del proceso. Cumplido este acto el negocio correspondió al Magistrado Rebolledo Pérez, quien en Resolución de julio tres del mismo año invocando el artículo 83 del Código Judicial y el 56 del reglamento interno del Tribunal, sostiene que el reparto se hace por adjudicación cuando "el negocio se confiere directamente al Magistrado por haber conocido ya con anterioridad del mismo negocio" y como las anteriores diligencias fueron de conocimiento previo del Magistrado Esparza, es a éste y no a aquél a quien debe adjudicarse el negocio". La Presidencia del Tribunal teniendo en cuenta seguramente, el informe anterior, en julio cinco de mil novecientos cuarenta y siete expresó: "Las anteriores diligencias sométanse a reparto, debiéndose adjudicar al Honorable Magistrado Dr. Augusto Esperza G. por haber conocido anteriormente".

A su vez el doctor Esparza sostiene que quien debe conocer de la reconstrucción del proceso extraviado "es el Magistrado en cuyo Despacho se registró la pérdida de las diligencias", y ordena devolver la actuación a la Presidencia para que disponga lo que a bien tenga. Con motivo de esta determinación, la Presidencia ordenó pasar la actuación al Magistrado Esparza; sin embargo este funcionario insiste en sus puntos de vista, diciendo que las diligencias seguidas contra Emiliano Gómez Apráez, por faltas contra la moral profesional, no deben confundirse con las presentes que sólo sirven para que "la Presidencia del Tribunal, convenientemente informada, resolviera sobre apertura de la investigación penal correspondiente y sobre la refacción del proceso extraviado".

Seguramente el Magistrado Esparza omitió la lectura del auto de quince de junio de mil novecientos cincuenta y siete, en el cual, precisamente, se contienen los puntos a que hace referencia su petición. Allí se dispone: PRIMERO Abrir la investigación penal para averiguar la responsabilidad en que hubieran incurrido los funcionarios por la pérdida del expediente, y SEGUNDO. Rehacer el expediente que se adelantaba contra Emiliano Gómez A. "por faltas contra la ética profesional", es decir, con antelación se satisficieron las aspiraciones del doctor Esparza.

Se considera

La pérdida de un negocio dá origen a dos investigaciones: la primera, para averiguar la responsabilidad de los funcionarios que por negligencia o dolo hubieren dado lugar a ella; la segunda, tendiente a reconstruír o reponer el proceso desde un principio, cualquiera que sea la instancia en que se encontrare. Las acciones son diferentes puesto que por medio de ellas se persiguen fines diversos; la relativa a responsabilidad de los funcionarios se vincula a los trámites ordinarios señalados en el Código de Procedimiento para deducir consecuencias penales (Art. 155 C. de PP); la otra referente a reconstrucción del proceso, simplemente entraña una especie de acción de carácter administrativo —si así pudiera denominarse— para allegar datos o documentos probatorios en orden a deducir consecuencias ajenas al juicio de responsabilidad (Art. 154 ibidem). Así lo entendió el Tribunal y por esto es por lo que ordenó separar las investigaciones, la penal y la de reconstrucción del proceso.

Los negocios de que deben conocer los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, se distribuyen entre sus miembros por el Presidente, y en la diligencia de reparto se aplican las disposiciones del reglamento de la Entidad respectiva (Art. 83 del CJ.) disposición no solo aplicable a los procesos civiles sino también a los penales o de sanciones disciplinarias por mandato del artículo 7º del C. de PP. Si en virtud de este mandato y de acuerdo con los reglamentos internos de la Corporación, el Presidente del Tribunal adjudica determinado negocio —reconstrucción del proceso— a un Magistrado, la obligación y deber del funcionario es cumplir esa resolución que se halla de acuerdo con la ley y con el reglamento. Toda discusión frente a preceptos claros y expresos que regulan la diligencia de reparto, que sólo implica una distribución equitativa del trabajo, es perjudicial no sólo para los intereses de la justicia sino también para la sociedad.

Seguramente debido a una falsa interpretación de la ley el Magistrado Esparza cree que la reconstrucción del expediente —sobre sanciones disciplinarias— que se adelantaba contra el señor Emiliano Gómez, debe perfeccionarla el Magistrado en cuyo despacho ocurrió la pérdida del proceso, pero de acuerdo con la ley —Arts. 83 C. J. y 154 y 155 del C. de PP. y 56 del Reglamento del Tribunal— la reconstrucción debe hacerla el Magistrado a quien, con anterioridad a la pérdida, se le había adjudicado.

Mas como la renuencia del H. Magistrado doctor Augusto Esparza no es un incidente legal, ni la ley ha establecido normas para resolverlo, la Sala no tiene jurisdicción y competencia para conocer.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE INHIBE para conocer del presente negocio.

Cúmplase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DENUNCIA. — QUIEN PUEDE FORMULARLA. — DERECHOS Y OBLIGACIONES IMPUESTOS POR LA LEY. — EL DENUNCIANTE NO PUEDE INTERPONER RECURSOS

1 — Es verdad que de conformidad con el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, todo habitante del territorio colombiano —con las excepciones allí establecidas— está en la obligación de denunciar ante la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento, pero esta obligación y el deber correlativo a ella no le confiere ningún derecho para intervenir en diligencias posteriores a la denuncia, fuera de la ampliación de la misma y la de jurar los cargos en ella contenidos cuando se ha omitido, inicialmente, cumplir con esta formalidad.

Si con motivo de la posible comisión de un delito se originaren perjuicios para el denunciante, la ley establece los caminos legales para intervenir en el proceso y para reclamarlos, y éstos no son otros que la de constituírse parte civil (art. 112), derecho que puede ejercitarse en cualquier estado del proceso, antes de que el negocio haya entrado al despacho del Juez o Magistrado para dictar sentencia (Art. 113). Sólo a partir de este acto —constitución de parte civil— puede ejercitar los derechos consagrados por la ley (Art. 123) y reclamar contra las decisiones de los funcionarios judiciales que en una u otra forma puedan causarle perjuicio; mientras esto no ocurra, la ley no le otorga ninguna facultad para intervenir en el proceso.

2 — La calidad de simple denunciante no le da derecho para intervenir en la actuación, por la obvia razón de no ser parte. Los derechos que pueden hacerse efectivos dentro del proceso penal, los confiere la ley a las personas que en él intervienen y éstas no son otras que el Ministerio Público, el Procesado, los Apoderados, Defensores y la Parte Civil. La ley guarda silencio en cuanto a los derechos que puedan tener los denunciantes en materia de recursos, pues su intervención se halla limitada por lo dispuesto en los artículos 12, 14, y 275 del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que contemplan los deberes del denunciante sobre formulación de cargos, juramento de ellos y ampliación de los mismos, expresando terminante y perentoriamente su pensamiento en relación con las obligaciones del denunciante cuando dice "QUEDANDO A ESTO REDUCIDA SU INTERVENCION".

Si por mandato del legislador las obligaciones y deberes del denunciante quedan reducidas a las determinaciones consignadas en las normas anteriores, es natural y obvio que el denunciante no tiene derecho para interponer recurso contra las decisiones judiciales mientras no tenga el carácter de parte civil, requisito que confiere derecho para solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes de la responsabilidad penal, naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado, y como consecuencia de ello, la facultad amplia e ilimitada para interponer recursos en los casos determinados por la ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en providencia de diez y ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, en su parte resolutiva dispone:

"En concordancia con lo expuesto, el Tribunal Superior, en Sala Penal de Decisión y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que no constituyen infracción penal los hechos denunciados por la señora Delfina Pavajeau viuda de Maestre, y en consecuencia, NO INSTRUYE SUMARIO contra el Juez ad hoc del Circuito de Valledupar, doctor Manuel ANTONIO OVALLE".

"Comisiónase al señor Juez Promiscuo Municipal de Valledupar, a quien para ello se enviará éste expediente tres días después de cumplida la notificación al señor Fiscal de la Corporación, para que a la mayor brevedad posible notifique personalmente esta providencia a la denunciante. En el Juzgado comisionado se mantendrá el expediente durante los tres días siguientes a dicha notificación personal, para que dentro de ese término pueda la mencionada señora Delfina Pavajeau viuda de Maestre hacer uso de los recursos legales (Arts. 185 y 187 del C. de PP); y vencido el indicado término de tres días, se devolverá el expediente al Tribunal".

La denunciante por memorial de octubre 20 de 1956, interpuso recurso de apelación contra la providencia del Tribunal. Esta entidad, en auto de doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, concede el recurso de apelación y ordena remitir el negocio a la Corte para que resuelva sobre el mérito legal de la mencionada providencia.

Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al referirse al tema de estudio expresa:

"El simple denunciante, es decir, el que no se ha constituído en parte civil, aunque tenga un interés directo en la acción penal y sus resultados, no es parte en el proceso criminal y, por lo tanto, no puede apelar de los autos del funcionario.

"Así lo reconoció la H. Corte en su auto de fecha 9 de julio de 1923, G. J. Tomo XXX página 157, proceso contra los Magistrados Miguel Bermúdez y Octavio Gómez del Tribunal de Santa Marta".

"No puede, pues, la H. Corte, entrar a fallar sobre el caso por haber sido concedida la apelación indebidamente, es decir, que ella no tiene jurisdicción ninguna sobre este asunto".

Posteriormente agrega:

"No está por demás hacer también la observación siguiente:"

"Examinado detenidamente el contenido del expediente por esta Procuraduría, no ha hallado por ninguna parte que se hubiere comprobado dentro de él la calidad de funcionario favorecido con fuero especial que concurra en el sindicado y, por lo tanto, no está demostrada la competencia que tenga el Tribunal para conocer en primera instancia y la H. Corte en segunda, de la acción penal ameritada".

"Esta prueba es indispensable, como en muy repetidas ocasiones lo ha prescrito la H. Corte, pues ella no solamente tiene razón directa con la calidad y la naturaleza de la infracción sino que también establece la competencia para conocerla y juzgarla".

"Por lo anteriormente expuesto, la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, solicita atentamente de la H. Corte que se INHIBA de conocer de la apelación concedida por el Tribunal de Santa Marta en el presente negocio y devuelva los autos a dicha entidad".

Se considera

Tanto los recursos ordinarios —reposición, apelación de hecho y de queja— como los extraordinarios —Casación y Revisión— fueron instituídos por el legislador en defensa de las partes y de los fueros de la sociedad con el fin de tutelar los intereses de las personas que intervienen en el proceso y corregir los posibles errores que en la actuación se cometan por decisiones equivocadas, arbitrarias o injustas de los funcionarios de la rama jurisdiccional, restableciendo en esta forma el equilibrio de la justicia y restaurando la posibilidad de un derecho violado.

Pero el titular de estos derechos —por regla general— en los procesos penales, son las partes que en él intervienen; es decir, el Agente del Ministerio Público, el procesado, los apoderados y defensores, y la parte civil, —quienes en un momento dado y dentro de la actuación procesal— pueden ejercitar el derecho que la ley les confiere para interponer los correspondientes recursos contra las actuaciones o determinaciones judiciales que, por uno o por otro aspecto, puedan menoscabar sus intereses.

Es verdad que de conformidad con el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, todo habitante del territorio colombiano —con las excepciones allí establecidas— está en la obligación de denunciar ante la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento, pero esta obligación y el deber correlativo a ella no le confiere ningún derecho para intervenir en diligencias posteriores a la denuncia, fuera de la ampliación de la misma y la de jurar los cargos en ella contenidos cuando se ha omitido, inicialmente, cumplir con esta formalidad.

Si con motivo de la posible comisión de un delito se originaren perjuicios para el denunciante, la Ley establece los caminos legales para intervenir en el proceso y para reclamarlos, y és-

tos no son otros que la de constituírse parte civil (Art. 112), derecho que puede ejercitarse en cualquier estado del proceso, antes de que el negocio haya entrado al despacho del Juez o Magistrado para dictar sentencia (Art. 113). Sólo a partir de este acto —constitución de parte civil— puede ejercitar los derechos consagrados por la ley (Art. 123), y reclamar contra las decisiones de los funcionarios judiciales que en una u otra forma puedan causarle perjuicio; mientras esto no ocurra, la ley no le otorga ninguna facultad para intervenir en el proceso.

La calidad de simple denunciante no le da derecho para intervenir en la actuación por la obvia razón de no ser parte. Los derechos que pueden hacerse efectivos dentro del proceso penal, los confiere la ley a las personas que en él intervienen y éstas no son otras que el Ministerio Público, el Procesado, los Apoderados Defensores y la Parte Civil. La ley guarda silencio en cuanto a los derechos que puedan tener los denunciantes en materia de recursos, pues su intervención se halla limitada por lo dispuesto en los artículos 12, 14 y 275 del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que contemplan los deberes del denunciante sobre formulación de cargos, juramento de éllos y ampliación de los mismos, expresando terminante y perentoriamente su pensamiento en relación con las obligaciones del denunciante cuando dice "quedando a ésto reducida su intervención".

Si por mandato del legislador las obligaciones y deberes del denunciante quedan reducidas a las determinaciones consignadas en las normas anteriores, es natural y obvio que el denunciante no tiene derecho para interponer recurso contra las decisiones judiciales mientras no tenga el carácter de parte civil, requisito que le confiere derecho para solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes de la responsabilidad penal, naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado, y, como consecuencia de ello, la facultad amplia e ilimitada para interponer recursos en los casos determinados por la ley.

Así pues, el recurso de apelación concedido al denunciante sobre la providencia —abstención de investigar— no se sujeta a preceptos legales; por consiguiente, la Corte no tiene jurisdicción y competencia para conocer de un recurso que no se ciñe a las disposiciones procedimentales, por cuanto la persona que lo interpuso no tiene facultad legal para hacerlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, SE INHIBE para conocer del presente recurso, por no tener jurisdicción y competencia para ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

SALA DE CASACION LABORAL

LIMITE DEL INTERES JURIDICO PARA RECURRIR EN CASACION CUANDO NO SE APELA DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.—LA "REFORMATIO IN PEJUS" — EL PRINCIPIO DE LA LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO RIGE TANTO PARA EL JUZGADOR DE PRIMERA COMO PARA EL DE SEGUNDA INSTANCIA. — REQUISITOS DE LA ACUSACION POR ERROR DE HECHO

1 — El alcance de la impugnación no puede extenderse a los términos señalados por el acusador, o sea, a que casada la sentencia absolutoria del Tribunal, la Corte haga las declaraciones de condena de acuerdo con las peticiones de la demanda inicial, pues la parte demandante —ahora recurrente— no apeló del fallo de primera instancia que condenó por unos extremos, absolvió por otros y declaró una prescripción. Esta circunstancia procesal hizo que el interés jurídico de la parte demandante para acudir en casación quedara limitado, por su propia voluntad, al contenido de dicha providencia en lo favorable y en lo desfavorable. Tal restricción la impone también el principio de la REFORMATIO IN PEJUS (arts. 494 del C. J. y numeral 2º del artículo 87 del C. de P. del T.) según el cual no le es posible al Superior hacer más gravosa la situación del único apelante, que en el caso SUB JUDICE lo fué la parte demandada.

2 — La circunstancia de que el Tribunal se hubiera separado del criterio que guió al A-QUO en el análisis de las pruebas, no implica infracción directa de ningún principio procesal sobre libre formación del convencimiento, ya que tanto los juzgadores de primera como de segunda instancia gozan de la misma facultad al respecto. Otra cosa muy distinta es que la decisión del Tribunal resulte equivocada por mala apreciación o falta de apreciación de las pruebas, pero entonces la infracción de la ley se produce por vía indirecta y no de manera directa.

3 — Como tan repetidamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte y como claramente lo manda el inciso 2º del numeral 1º del artículo 87 del C. de P. del T, cuando se acusa por error de hecho no basta enunciar las pruebas y enfrentar el criterio personal a la decisión del AD-QUEM sobre la simple afirmación de que aquellas fueron mal apreciadas o dejadas de apreciar, sino que es requisito necesario para la estimación del cargo, demostrar el error mediante un proceso de racionamiento que haga ver la ostensible contradicción entre el defecto valorativo de la prueba y la realidad procesal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, seis de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín)

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de JUAN DE JESUS ALDANA contra la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el 2 de septiembre de 1955, en el juicio adelantado por el recurrente contra APARICIO MOLINA.

Antecedentes:

Juan de Jesús Aldana demandó, por medio de apoderado, ante el Juez del Circuito de La Mesa, a APARICIO MOLINA, para que se condenara a éste a pagarle la suma de $ 6.785,20 por concepto de salarios insolutos, cesantía, vacaciones, primas de servicio, trabajo en domingos y festivos, horas extras y zapatos y overoles. Pidió

también la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del CS. del T.

Los hechos del libelo pueden resumirse así: que Aldana trabajó en las fincas de propiedad del demandado, desde el 10 de diciembre de 1943 hasta el 15 de noviembre de 1952, día en que fue retirado; que Aldana devengó un salario de $ 4,00 diarios o $ 120,00 mensuales, laborando una jornada que empezaba a las 6 a. m. y terminaba a las 6 pm; que Aldana trabajó durante todos los domingos y días feriados sin disfrutar del descanso compensatorio; que el demandado no pagó tampoco al actor los salarios que le correspondían como celador durante el tiempo que duró en servicio; y que al ser despedido Aldana, el demandado no le pagó ni los salarios ni las prestaciones que reclama.

El demandado se opuso a la acción alegando no haber tenido vínculo de carácter laboral con el actor; y propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación y prescripción.

El Juez del conocimiento, en fallo de 31 de mayo de 1955, condenó al demandado a pagar al demandante Aldana las siguientes sumas: $ 1.400 por cesantía, compensación de vacaciones y primas de servicio; $ 4.068,00 como indemnización por el retardo en el pago de las prestaciones, liquidadas hasta la fecha de la sentencia; y $ 4,00 diarios por cada día que transcurra a partir de esta última fecha sin que se verifique el pago de las sumas correspondientes a las prestaciones reconocidas. Declaró prescrito el derecho a vacaciones y primas de servicio anterior al 1º de marzo de 1951. Absolvió al demandado de los demás cargos del libelo inicial y no condenó en costas.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al conocer por apelación interpuesta por la parte demandada, en sentencia de 2 de septiembre del mismo año, revocó las condenas hechas por el A-QUO y absolvió a Molina de todos los cargos de la demanda; además, condenó al actor al pago de las costas en ambas instancias.

LA CASACION

A través de cinco cargos persigue que la sentencia del tribunal "sea revocada y reformada en su integridad y en su lugar se declaren las peticiones de la demanda, porque se ha demostrado la relación jurídico contractual laboral entre el demandado y mi poderdante.

"Y consecuencialmente son irrefutables los derechos que le asisten a mi mandante Juan de Jesús para que se le hagan los pagos por concepto de Cesantía, de nueve años, ocho meses, tres días, y si no digo mal este derecho es concreto a nueve años, once meses, seis días por ser la prestación de servicio personales desde el diez de diciembre de 1942 hasta inclusive el 15 de noviembre de 1952. Que se hagan las declaraciones de condena de vacaciones, de primas de servicios, de dominicales, de días festivos, de zapatos y overoles, de horas extras, de indemnización y condenación en costas en todas las instancias y por el presente recurso contra el demandado a favor de mi poderdante".

Se observa:

Advierte la Sala, como cuestión previa, que 'el alcance de la impugnación no puede extenderse a los términos señalados por el acusador, o sea, a que casada la sentencia absolutoria del Tribunal, la Corte haga las declaraciones de condena de acuerdo con las peticion s de la demanda inicial, pues la parte demandante —ahora recurrente— no apeló del fallo de primera instancia que condenó por unos extremos, absolvió por otros y declaró una prescripción. A folios 52 vto. aparece la constancia del apoderado del actor, quien al ser notificado del fallo del a-quo manifestó "que está conforme con la providencia leída y que no interpone contra ella recurso ninguno". Esta circunstancia procesal hizo que el interés jurídico de la parte demandante para acudir en casación quedara limitado, por su propia voluntad, al contenido de dicha providencia en lo favorable y en lo desfavorable. Tal restricción la impone también el principio de la reformatio in pejus (arts. 494 del CJ. y numeral 2º del art. 87 del C de P del T) según el cual no le es posible al Superior hacer más gravosa la situación del único apelante, que en el caso sub-judice lo fué la parte demandada: Lo anterior es suficiente para rechazar la acusación en cuanto se refiere a las horas extras (arts. 161 y 168 del CS del T.) y al suministro de calzado y overoles (arts 231 y ss. ibidem y artículo 9º del Decreto 617 de 1954), pedimentos de los que absolvió el a-quo, y para DESECHAR DE PLANO EL CARGO QUINTO que acusa violación del artículo 488 del CS. del T. con miras a que se condene a la compensación de vacaciones y a las primas de servicio en el tiempo anterior al 1º de marzo de 1951, cuyo derecho fue declarado prescrito por el Juez de primer grado.

Cargos primero y segundo

Se estudiarán conjuntamente por la relación

íntima que guardan entre sí.

Primer cargo — Acusa infracción indirecta de los artículos 1º de la Ley 8ª de 1945; 22, 23, 24 y 38 del CS. del T. y 14 de la Ley 10 de 1934, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la confesión en posiciones de la parte demandada (folios 17), al responder a las preguntas 2ª a 7ª del pliego de posiciones, en el sentido de que Aldana sí fué trabajador del absolvente y que, por tanto, sí existió una relación jurídico-laboral entre las partes; y de los testimonios de Eduardo Cortés, Pedro Pablo Martínez y Julio Arias (folios 22 a 24, 26 y 30).

Dice el recurrente que para el Seccional no hubo ninguna relación de trabajo porque la declaración de los testigos "dizque son imprecisas en su dicho, ya que al referirse al tiempo de servicio lo hicieron con notoria vaguedad"; que a esta conclusión equivocada llegó el Tribunal por falta de análisis de las pruebas mencionadas, ya que ellas demuestran que lo que existió entre las partes de esta litis, de acuerdo con las normas legales indicadas, fué una relación individual de trabajo que duró por espacio de 9 años, 11 meses y 6 días, tal como lo dedujo el Juez de primera instancia informándose en los principios científicos sobre crítica de la prueba y en la conducta procesal observada por las partes, ya que el apoderado del actor (sic) no logró la destrucción de la existencia de la relación jurídica del contrato de trabajo.

Segundo cargo — Acusa infracción directa, por error de derecho de los artículos 61 del CS. del T. (sic), y 3º (inciso 4º) de la Ley 75 de 1945; aplicación indebida del artículo 697 del CJ; é infracción indirecta de los artículos 249, 186, 195 306, 231 y ss. 161 (literal -a-) 168 y 65 del CS. del T y 9º del Decreto 617 de 1954.

Afirma el recurrente que de acuerdo con el artículo 61 del CS. del T. (sic) y con el inciso 4º del artículo 3º de la Ley 75 de 1945, el Juez laboral, para formar su íntimo convencimiento, no está sujeto a la tarifa legal de pruebas; que el Tribunal desestimó el íntimo convencimiento del **a-quo** a pesar de que éste, para buscar la verdad en su fallo, hizo un estudio cuidadoso y concienzudo de las pruebas aportadas al juicio, exponiendo con toda claridad las razones que lo convencieron para declarar la existencia de una relación **jurídico - laboral** entre demandante y demandado por espacio de 9 años, 8 meses y 3 días, y para determinar que el último salario devengado por el actor fué de $ 4.00 diarios; que el **ad-quem**, al separarse del criterio del **a-quo** sobre la existencia del contrato de trabajo, infringió directamente, por error de derecho, los dos preceptos antes indicados, por aplicación indebida del artículo 697 del CJ. en las cuestiones de derecho laboral, y violó además, indirectamente las otras normas del CS. del T. que cita al enunciar el cargo y que consagran los derechos sociales reclamados.

Se considera:

El Tribunal fundamentó su fallo absolutorio, así:

"El Juzgado del conocimiento, desató la litis condenando al demandado a pagar al actor el valor de la cesantía, vacaciones, primas de servicio indemnización por mora en el pago de las prestaciones causadas y absolviéndolo en lo demás.

"Esta superioridad, no comparte los argumentos expuestos por el a-quo, al hacer la respectiva crítica de la prueba testimonial, pues si se hace una lectura detenida de las dos declaraciones que le sirvieron de base al Juez, para dictar el fallo condenatorio, se concluye que dichos testimonios, en lugar de contribuír a despejar las dudas que surgen en el ánimo del fallador, esto es, en lugar de arrojar luz sobre los hechos controvertidos, ofrecen confusión, como en efecto se verá:

"Los dos únicos testigos que dijeron haber sido compañeros de trabajo del demandante en una de las fincas del demandado Aparicio Molina, y que responden a los nombres de Eduardo Cortés y Pedro Pablo Martínez, fueron bastante imprecisos en su dicho, ya que al referirse el tiempo de servicios lo hicieron con notoria vaguedad. El primero de los nombrados dice que conoció a Juan de Jesús Aldana desde el año de 1940 para acá, lo conoció "por ahí o una cosa así", fueron compañeros de trabajo por cuenta del señor Molina. Agrega el testigo que estuvo trabajándole a éste último "por ahí en el cuarenta y dos y duró trabajándole como dieciocho años, en las siguientes labores: rocerías, limpiezas de lagunas, cuido de las fincas y de los ganados". Más adelante, al solicitársele dijera en forma precisa el tiempo durante el cual Jesús Aldana le sirvió al demandado y si los servicios fueron de carácter permanente contestó: "Pues siempre yo lo conocí trabajando como diez años, pero no puedo recordar desde qué año a qué año; mientras yo estuve dándome cuenta, trabajaba en forma permanente, unas veces en una finca y otras veces en otra". En otra parte de su declaración se contradice el testigo, ya que primero dijo que Aldana trabajaba unas veces en una finca y en ocasiones en otra, para decir más tarde que había sido destinado a trabajar en una sola. Agrega que cuando él bajaba a la finca, uno o dos días

a la semana, veía laborar allí al actor, lo cual indica que el testigo no siempre permanecía en el lugar de los hechos. Como puede verse, este testimonio no prueba en forma fehaciente, el tiempo de servicios del actor, ya que apenas demuestra que éste último le trabajó al demandado aunque sin conocerse, a ciencia cierta, los lapsos en que laboró a destajo y los que trabajó a jornal; ni menos se sabe en forma concreta cuáles fueron las fincas en que prestó sus servicios.

"El segundo de los testigos nombrados, y pese a que en la demanda expresamente se dice que el actor comenzó a prestar servicios al demandado el 10 de diciembre de 1943, fija como fecha de iniciación de las labores, el 10 de diciembre de 1942, lo cual está indicando que está en abierta contradicción con lo afirmado en el hecho primero del libelo de demanda. También afirma, que el demandante fue trabajador de Aparicio Molina, a jornal "por ahí durante seis años, en la finca de San Miguel". Este testigo no tiene presente la fecha de salida del demandante pues dice así: "fue hasta por ahí en marzo de mil novecientos cincunta y dos".

"Obsérvese, pues, como éste último testimonio adolece de los mismos defectos que el anterior. Las otras declaraciones que obran en los autos, tampoco contribuyen a esclarecer los hechos que han sido materia del presente debate, ya que los testigos, se limitan a decir que vieron a Juan de Jesús Aldana trabajándole al demandado unas veces a jornal, otras a destajo, y en ocasiones en fincas de distintos propietarios. En estas circunstancias no es posible efectuar condena alguna, debiéndose revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar absolver al demandado de todos los cargos formulados en la demanda.

"No hay lugar a hacer pronunciamiento alguno en relación con las excepciones propuestas por la parte demandada".

La impugnación concretada en estos dos primeros cargos, es inestimable por las siguientes razones:

a) Porque en su primer aspecto afirma que para el Tribunal "no hubo ninguna relación de trabajo", es decir, acusa la comisión de un error de hecho en que el Seccional no incurrió ya que como puede observarse del aparte transcrito de su sentencia, aquél no llegó a su conclusión absolutoria porque negara la existencia de la relación laboral, sino por una consideración muy distinta como fué la de no hallar probado en forma fehaciente el tiempo durante el cual el actor prestó sus servicios al demandado.

b) Porque la circunstancia de que el Tribunal se hubiera separado del criterio que guió al a-quo en el análisis de las pruebas, no implica infracción directa de ningún principio procesal sobre libre formación del convencimiento, ya que tanto los juzgadores de primera como de segunda instancia gozan de la misma facultad al respecto. Otra cosa muy distinta es que la decisión del Tribunal resulte equivocada por mala apreciación o falta de apreciación de las pruebas, pero entonces la infracción de la Ley se produce por vía indirecta y no de manera directa.

c) Y finalmente, porque en el aspecto de infracción indirecta por error de hecho, en cuanto a la continuidad y tiempo de duración del contrato que puede también entenderse que el acusador formula alegando mala apreciación de la prueba de confesión en posiciones del demandado y de los testimonios de Cortés, Martínez y Arias, la impugnación tampoco puede examinarse, porque como tan repetidamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte y como claramente lo manda el inciso 2º del numeral 1º del artículo 87 del C. de P. del T cuando se acusa por error de hecho no basta —como lo hace el recurrente— enunciar las pruebas y enfrentar el criterio personal a la decisión del ad-quem sobre la simple afirmación de que aquéllas fueron mal apreciadas o dejadas de apreciar, sino que es requisito necesario para la estimación del cargo, demostrar el error mediante un proceso de razonamiento que haga ver la ostensible contradicción entre el defecto valorativo de la prueba y la realidad procesal. Como el recurrente no se preocupó de adelantar este esfuerzo demostrativo y la Corte no puede suplir oficiosamente este vacío de la acusación, los cargos, por esta circunstancia y por las expresadas en los literales a) y b), no pueden prosperar.

Y como lo hasta aquí resuelto deja en firme la total absolución del Tribunal por los extremos principales de la litis, es inoficioso penetrar en el estudio de los cargos tercero y cuarto que acusan infracción directa é indirecta del artículo 65 del C. S. del T cuya aplicación sólo sería proce-

dente invocar en el caso de que, en virtud de la prosperidad de algunos de los dos primeros cargos, la Corte hubiera reconocido a favor del demandante una o varias de las prestaciones demandadas.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio Secretario.

RECURSO DE HECHO. — FIJACION DE LA CUANTIA PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E. once de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón)

El doctor Adán Arriaga Andrade, a quien se reconoce personería por este mismo auto, ha presentado dentro del término debido, las copias correspondientes al recurso de hecho con el que procura obtener se conceda el de casación interpuesto por el apoderado de Jorge Lenis contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali (Sala Laboral) de fecha 22 de noviembre de 1956, en el ordinario promovido por aquél contra el Municipio de Buga. Funda, además, la solicitud respectiva con el memorial de folios 18 del presente cuaderno.

El Tribunal mencionado negó el recurso de casación por estimar que el juicio no tenía la cuantía requerida por el artículo 9º del decreto 1762 de 1956, esto es, que la suma de todas las peticiones de la demanda inicial no superaba la cantidad de $ 4.000,00.

El apoderado de Lenis solicitó reposición de la providencia anterior alegando que en la demanda con que se inició el juicio se fijó la cuantía en suma superior a $ 3.000; que dicho juicio fue iniciado bajo la vigencia del artículo 86 del decreto 2158 de 1948; que las leyes no tienen efecto retroactivo y que la que debe tenerse en cuenta para los efectos del recurso interpuesto es la vigente al tiempo de su iniciación; que existe antecedente sobre el particular, como el de la consulta absuelta por el Ministerio del Trabajo acerca del decreto 0456 de 2 de marzo de 1956, sobre conocimiento por la justicia laboral de los juicios referentes a honorarios profesionales, en el sentido de que los juicios iniciados bajo una ley procesal anterior debían continuar rigiéndose por la del tiempo de su iniciación; y que habiéndose estimado en el libelo inicial la cuantía del pleito en suma superior a $ 3.000 el recurso es viable porque $ 4.000 también es una cantidad superior a aquella suma.

El Tribunal, fundándose en los artículos 154 del CPT, 1.228 del CJ y 40 de la Ley 153 de 1887 y en varias jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, no accedió a reponer su proveído, por estimar que la norma aplicable era el citado artículo 9º del decreto 1762 del año próximo pasado, disposición vigente al tiempo en que se interpuso el recurso. Y sobre el argumento final de que $ 4.000 es suma mayor que la de $ 3.000 indicada en el libelo, dijo: "La Sala considera que por las partidas líquidas que arroja la demanda y el tiempo de servicios que se afirma en ella —tres meses— no se configura duda ninguna en torno a su valor real, inferior en todo caso a $ 4.000 circunstancia que no hace viable el recurso de acuerdo con el artículo 9º del decreto 1762 del 26 de julio de 1956, pero a la vez esta misma circunstancia demuestra claramente que no es necesario acudir a la doctrina del artículo 92 del C de P Laboral".

Ante la Corte, el apoderado de Lenis sustenta su solicitud en los siguientes términos:

"Para fundar el derecho que creo tener a que se conceda dicho recurso de casación, me basta observar que en la demanda se afirma que mi mandante trabajó del 1º de noviembre de 1949 al 31 de enero de 1950, o sea durante 3 meses, con un contrato de trabajo a término fijo de un año y con un sueldo de $ 75,00 mensuales, y que en ella se solicitan específicamente las condenas por lucro cesante (salarios del tiempo faltante), indemnización por mora en el pago, cesantía, vacaciones y primas. Tal demanda fue presentada el 31 de enero de 1954 y notificada en julio del mismo año.

"Con esos solos datos, y sin tomar en cuenta la viabilidad o improcedencia de las peticiones, tendríamos estos valores:

"a) Lucro cesante (9 meses)	$	600,00
"b) Mora (en 31-50 en 31-54)	$	3.600,00
"c) Cesantía de 3 meses	$	18,75
"d) Prima de 3 meses	$	18,75
"e) Vacaciones proporcionales	$	9,37
	$	4.246,87

Para resolver se considera:

En la demanda inicial el actor afirma que de-

vengó un salario de $ 75 mensuales, y sobre esa base pide los siguientes: lucro cesante en suma de $ 600 (8 meses); $ 2.700 por "salarios caídos" causados desde el 1º de febrero de 1951 hasta el 31 de enero de 1954, o sea, en un lapso de 36 meses, y los que se causen desde esa última fecha hasta cuando se le cancelen totalmente las prestaciones que reclama, y "las demás prestaciones sociales que se probaren en el curso del juicio tales como cesantía, vacaciones, primas etc". y a las cuales el memorialista sustentador del recurso de hecho atribuye un valor de $46,87 en razón del tiempo servido y del sueldo devengado, factores sobre los cuales las calcula. Dentro de los anteriores pedimentos, y como no hubo fallo **extra** ni **ultra petita**, la cuantía del juicio, para efectos del recurso de casación sería de $ 3.346,87 según las cuentas estimables del recurrente, o de $ 3.421,87 si se le corrige el error de computar en $ 600 los 9 meses del lucro cesante cuando por ese concepto corresponderían $ 675,00. En aquellos totales se limita a la presentación de la demanda el valor de los denominados "salarios caídos", pues lo que pudiera calcularse con posterioridad a ese momento no se computa en la masa valuable del juicio, según reiterada jurisprudencia de la Corte (Autos de 28 de febrero, 7 de marzo y 31 de mayo de 1957).

Para el recurrente la cuantía del juicio asciende a la suma de $ 4.246,87 porque calcula el valor del pedimento sobre indemnización moratoria en la cantidad de $ 3.600,00 equivalente a los salarios del tiempo comprendido entre el 31 de enero de 1950, fecha de la terminación del contrato, y el 31 de enero de 1954 día en el que fue presentada la demanda. Pero como el actor solamente pidió condena por este extremo de la litis, a partir del 1º de febrero de 1951, no le es posible a la Sala ampliar el petitum de la demanda para tomar una fecha anterior a la señalada en ella y obtener así la cifra a que llega el recurrente en busca de que se le conceda el recurso de casación, ya que ello constituiría una reforma oficiosa, por la Corte del libelo inicial.

La Sala encuentra, por lo tanto, ajustada a derecho la valoración de la cuantía del juicio, en suma inferior a $ 4.000 y la declaratoria consiguiente sobre la no procedencia del recurso, conforme al artículo 9º del decreto 1762 de 1956, vigente a la fecha en que fue instaurado. (Auto de 11 de abril de 1957).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— considera BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Jorge Lenis contra la sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el juicio seguido por el recurrente contra el Municipio de Buga.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior de Cali para que conste en los autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACTIVIDADES DE LOS TERCIADORES, ACARREADORES O BRACEROS QUE OFRECEN SUS SERVICIOS AL PUBLICO EN GENERAL ASI FUERE LA EMPRESA O PATRONO QUE LES DE PREFERENCIA EN EL TRABAJO. — LA SUBORDINACION O DEPENDENCIA COMO ELEMENTO ESENCIAL

En las relaciones de trabajo a que pueda haber ocasión, fácilmente aparecen los elementos, prestación de servicio y remuneración; mas lo difícil en esas distintas relaciones para configurar su especial naturaleza contractual - laboral, es hallar en los diversos casos el elemento subordinación o dependencia requerido como esencial. No puede quedar sometido en su actividad de trabajo con la requerida subordinación, quien usa de su libertad para ofrecer sus servicios a quien lo busque como lo hacen los terciadores o acarreadores, que reparten su actividad entre las varias exigencias que se vayan presentando y que al obrar de esta manra no los liga permanentemente a ninguna empresa o patrono, así fuera la que les dé preferencia en el trabajo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, doce de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Sergio Antonio Ruano)

Jesús María Gil, por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Primero del Trabajo de Manizales a la Sociedad Comercial denominada "HIJOS DE MARCO GOMEZ LTDA", representada por su Gerente señor Eduardo Gómez Arrubla, para que por los trámites legales, fuese condenada a pagarle al actor las siguientes prestaciones:

Pensión jubilatoria por haber trabajado más de veinte años al servicio de la firma; excedente en los 38 años, correspondiente a auxilio de cesantía; dominicales; días feriados, religiosos y patrios; vacaciones causadas y no disfrutadas durante cuatro años; primas de servicios durante el mismo lapso y una compensación en dinero equivalente al no pago oportuno de dichas prestaciones; además, las costas del juicio si se opusiere la Sociedad demandada.

Como fundamento de la acción, el apoderado del demandante presenta los siguientes hechos:

Que el señor Marco Gómez ha ejercido la profesión de comerciante en la ciudad de Manizales desde mucho tiempo atrás y que los hijos fueron incorporados a las empresas del padre, desde el año de 1915, bajo la razón social "GOMEZ HERMANOS LTDA". que integran los señores Antonio, Alberto, José y Daniel Gómez Arrubla, todos sucesores del señor Marco Gómez, y bajo la Gerencia del señor Antonio Gómez Arrubla.

A principio de 1916, dicha empresa comercial utilizó como mandadero y acarreador, a JESUS MARIA GIL, quien recibía una remuneración semanal y variable que consistía, en la anotación de cada "mandado" o "acarreo" que se le ordenara hacer, y al fin de la semana, se hacía la liquidación de los servicios prestados y se le pagaban.

La empresa en referencia tuvo varios cambios de razón social, dividieron capital los socios y pusieron diferentes almacenes con diversos nombres sociales, mas conservando la firma que denominaron, "Hijos de Marco Gómez Ltda", gerenciada por el señor Eduardo Gómez Arrubla, con quien continuó trabajando permanentemente el actor y, así mismo, recibiendo semanalmente el valor de sus servicios, pero no el valor de los dominicales y días festivos; tampoco se le concedieron vacaciones, no se le pagaron primas, ni prestaciones de ninguna especie, porque sus patronos consideraron que no teniendo un salario o jornal fijo, carecía de derecho a tales beneficios.

Dice que durante los cinco años finales, su procurado devengaba un salario promedio de $ 25,00 semanales, hasta el día 27 de marzo de 1954, fecha en que quedó cesante después de haber trabajado en forma permanente, durante 38 años al servicio de sus patronos sin recibir al momento de su despido ningún auxilio o prestación social, no obstante tener al tiempo de su salida, una edad mayor de 60 años, por lo cual se hacía acreedor al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

Al contestar el traslado el apoderado de la sociedad demandada, manifestó ignorar el contenido de los hechos 1º a 3º, declaró no ser verdad el

4º; y en cuanto al 5º dijo, que la sociedad nunca tuvo vínculo laboral con el señor Jesús María Gil; que solamente utilizó los servicios del demandante en ocasiones en que era necesario ocupar braceros o cargadores para algún "acarreo" o "mandado", ya que la empresa tiene como actividad principal la venta al por mayor de mercancías, solicitándosele dichos servicios a cualesquiera de los braceros que se encontraran en las calles comerciales de la ciudad. No era, pues, Jesús María Gil trabajador al servicio de "Hijos de Marco Gómez Ltda". sino que, se le prefería por su capacidad de trabajo y experiencia en tales menesteres y por lo tanto si se encontraba en la esquina con otros braceros, era contratado, mas cuando no se encontraba al señor Gil, se utilizaban los servicios de cualquier otro de los cargadores disponibles.

El valor del trabajo ejecutado por los braceros o por Gil era contratado a tanto el fardo; una vez concluída la labor, el trabajador pasaba la lista de los fardos empacados y le era cubierto su importe; actividad que ejecutaba Gil u otro de los acarreadores que comúnmente se encuentran en el cruce de la carrera 22 con la calle 20 de Manizáles, y luego de recibir el valor del trabajo, el bracero que bien podía ser el actor, se dirigía al lugar de su preferencia en busca de quien le ocupara nuevamente.

Como su ocupación cuotidiana era la de hacer mandados y empacar fardos o transportarlos, prestaba esa clase de servicios no solamente a "Hijos de Marco Gómez Ltda". sino también, a otras casas comerciales o personas que requirieran su trabajo, quienes le buscaban en el lugar comúnmente acostumbrado por él, cumplido lo cual, Gil quedaba desligado de ellos y en espera de quien volviera a ocuparle.

En cuanto a los demás hechos, manifestó ignorar unos y acusó de no ser ciertos otros.

En síntesis, la parte demandada afirma que Jesús María Gil nunca fue trabajador de "Hijos de Marco Gómez Ltda". vinculado por contrato de trabajo; y mal podía habérsele reconocido prestación alguna sin existir el vínculo laboral, requisito indispensable para tal reconocimiento.

Negó el hecho afirmado por el actor cuando dice, que le era pagado su jornal al fin de semana, pues esto sucedía sólo cuando Jesús María Gil no cobraba los acarreos inmediatamente después de ejecutados, con el fin de dejar acumular alguna cantidad de dinero y recibirla en un sólo pago, para lo cual era mandado a llamar a la esquina ya citada.

El Juzgado Primero del Circuito Judicial del Trabajo de Manizales desató el negocio con fallo absolutorio para la firma comercial, por estimar que conforme a las consideraciones hechas en la parte motiva, no se configura un convenio de vida jurídica laboral, es decir, no se estableció la existencia de un contrato de trabajo.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación contra la sentencia anterior, y al subir los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, éste confirmó la providencia con la consideración final, de que el actor no tiene derecho a prestaciones, por tratarse de una labor debida a exigencias momentáneas y carente de continuada dependencia.

El demandante recurrió en casación, y llegado el expediente a esta Sala, después de la tramitación de rigor, va a decidirse, previo el estudio de la correspondiente demanda.

El Recurso

Pretende la casación del fallo, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia, decida sobre los puntos de la demanda inicial, con excepción de la pensión jubilatoria, por haber demostrado la Sociedad que su capital es inferior al requerido para esta prestación. En subsidio y para el caso de que la Sala Laboral de la Corte acoja el fallo pronunciado por el Seccional, que dá al trabajador demandante la calidad de ocasional, accidental o transitorio, se condene al pago de la remuneración correspondiente a los dominicales y festivos y a la indemnización por no pago de los salarios en estos días de descanso.

Con fundamento en la primera causal del art. 87 del C de PL. y con cargo único, acusa la violación de los artículos 6º, 22, 23 del CS. del T. por aplicación indebida, por errónea apreciación de las pruebas, documental, testimonios y confesión lo cual condujo al Tribunal fallador, a dejar de aplicar los artículos 172, 173, 174 176 186 189 249, 306 y 65 del mismo Código, violando de esta manera en forma directa estas disposiciones, e indirectamente las primeras.

Para sustentarlo, observa, que aunque en el fallo recurrido se reconoce que existió entre las partes una relación de trabajo, ocasional, accidental o transitorio, no se aceptó la configuración de un contrato de trabajo; mas de una interpretación exacta del extracto contable presentado por la parte demandada, de la confesión hecha en la contestación de la demanda y de las posiciones absueltas, bien se tiene que pudo configu-

rarse el contrato de trabajo.

Porque el Tribunal cometió error, al apreciar la planilla o detalle de pagos (folios 28 y 29), si se tiene en cuenta que allí no se hacen figurar los días laborales, sino los días de pago, que corresponden a días sábados. Esta relación de fechas y pagos que tiene valor de confesión, no presenta solución de continuidad desde el 3 de marzo de 1951 hasta el 27 de marzo de 1954, relación que, por lo demás, está ratificada por los testimonios. Se trata, agrega, de pagos semanales y no es mera coincidencia que ellos se verificaron el sábado al final de la semana.

También quedó demostrado, que las actividades de empacar, cargar y transportar, son labores que corresponden al giro normal del negocio de comercio a que se dedica la Sociedad.

Por último, sostiene, que aunque se tratara de labor ocasional, de corta duración como lo acepta en su fallo el Tribunal, no le quita su naturaleza de contrato de trabajo fijados como quedaron los elementos, prestación de servicio, remuneración por tal prestación, y subordinación o dependencia.

Porque este último elemento, "como poder jurídico del patrono de dar órdenes y la correlativa obligación del trabajador de cumplirla", es independiente de la duración larga o corta, transitoria o permanente, de la labor realizada. Que la otra exigencia como elemento, "la exclusividad", a que se refiere el Tribunal, choca contra lo preceptuado en la ley en relación con la coexistencia de contratos (art. 26 del CS.. del T)

Para el recurrente, en conclusión, el Tribunal se equivocó cuando no apreció en las pruebas aportadas, los elementos que configuran el contrato de trabajo, de conformidad con los artículos 22 y 23 del CS. del T.. y por ello les dio indebida aplicación y al hacerlo así, dejó de aplicar las normas que tutelan los derechos del recurrente a que se hizo referencia al comienzo.

Se estudia:

El Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales en el fallo recurrido, después de un análisis que hace del material probatorio, llega a la conclusión, para confirmar la sentencia del a-quo, "de que no se ha configurado el contrato laboral entre las partes, cuya existencia ha sido desconocida por el demandado desde la contestación de la demanda", porque no pudo acreditarse la continuada subordinación o dependencia, ya que sus funciones fueron más bien las de un trabajador ocasional, debida a exigencias momentáneas, porque Gil no tenía obligación de estar pendiente de las órdenes de los demandados, y porque, como se desprende de la planilla o detalle (fls. 28 y 29) "en ningún mes de los allí señalados —marzo 1951 a marzo 1952 (sic)— laboró con estos más de seis (6) días consecutivos".

La Corte, sinembargo observa, que aunque en la comunicación dirigida por el Gerente de la Firma, con fecha 10 de julio de 1954 (folio 28), se dice "con la presente remitimos un detalle adicionado con las respectivas cuentas formuladas por el señor Jesús María Gil de su puño y letra, sobre los pagos que a éste hizo la firma "Hijos de Marco Gómez" no aparecen aportadas al expediente tales cuentas, que hubieran sido de un valor muy estimable para la decisión, y sólo está (folio 29) el "detalle" de pagos, de donde se desprende que del 3 de marzo de 1951 al 17 de marzo de 1954, todos se verificaron durante ese lapso en día sábado, sin que pueda obtenerse en el informativo el número de días y horario durante el cual hiciera los trabajos, ni la naturaleza de la labor ejecutada correspondiente a cada pago, aunque se sabe por el mismo libelo inicial y por la prueba, que fueron "mandados", "acarreos", 'empaques y embalajes', en ocasiones en que el establecimiento los requería.

Estos trabajos, según lo afirma la contestación de la demanda, eran efectuados por braceros o cargadores cuando su necesidad los exigía, para lo cual eran buscados en la esquina del Banco de Bogotá —cruce de la carrera 12 con la calle 20 de Manizales— lugar donde se reúnen ordinariamente estos trabajadores para ofrecer sus servicios a quien haya menester de ellos. Jesús María Gil, era preferido por su especial experiencia en aquellos quehaceres, mas sin que estuviera bajo la dependencia de la firma, porque cumplida la labor para la cual se le buscaba quedaba desligado de ella, y en espera de quien lo volviera a ocupar. Lo mismo aconteció con los otros almacenes o personas que como la firma de "HIJOS DE MARCO GOMEZ LTDA". recurrieron ocasionalmente a sus servicios.

Marco Aristizábal L. Antonio Jaramillo Restrepo, David Uribe Restrepo, comerciantes de Manizáles, Bernardo Escobar Pizano, Gerente del Banco de Bogotá en la dicha ciudad, y Emilio Vélez Botero, extrabajador de la firma demandada, acordes están en afirmar la calidad de bracero a disponibilidad del actor Gil, quien ofrecía sus servicios al público con los demás del gremio, en la esquina del Banco de Bogotá, porque todos ellos a excepción del último de los declarantes, ocuparon sus servicios en esas condiciones y les consta que en las mismas circunstan-

cias, tomaba sus servicios, la Sociedad "Hijos de Marco Gómez Ltda"

Florencio Londoño Correa, Francisco Isaza, Miguel A. Serna, Emilio Gallego, compañeros del actor en el gremio de terciadores o cargueros, mandaderos, aparecen identificados en sostener, que desde 1916, Jesús María Gil, venía trabajando en las actividades de su oficio y en los distintos almacenes que pertencieron a los hermanos Gómez y, últimamente, le veían trabajar en los mismos menesteres con "Hijos de Marco Gómez Ltda".; que Gil, con ellos, permanentemente ofrecía sus servicios en la esquina del Banco de Bogotá, frente a las oficinas del Banco de la República, aunque Gil sí tenía por costumbre ofrecer cada día sus servicios a la Sociedad demandada, la cual le daba preferencia si había ocupación, y sólo cuando ésta no tenía que realizar labores de empaque, embalaje o descargue, se encargaba él —Gil—, de estos mismos menesteres en otros almacenes y ofrecía sus servicios a quien quisiera usar de ellos.

En la diligencia de inspección ocular, suscrita por el Juez del Trabajo (folio 27 del expediente) se lee:

"No sobra agregar que se observó que el señor Jesús María Gil no aparece en los libros y comprobantes de la entidad demandada como empleado de ella, ni a sueldo, ni a jornal. En la cuenta de gastos generales que es aquella en la que se relacionan todos los gastos menudos ocasionales del Almacén, aparecen cargados los pagos hechos a Jesús María Gil por empacadas o mandados, lo mismo que los que por estos mismos conceptos se han hecho a otros empacadores o mandaderos".

De lo anterior se desprende, que el objeto de la prestación que en todo momento realizó Gil para la sociedad demandada desde que aparece les prestara servicios, estuvo constituído por el resultado de una obra: mandado, empaque de mercancía, embalaje descargue, cada una de ellas en forma ocasional y cuando la actividad de la firma lo requería, para lo cual buscaban generalmente en la esquina al mentado demandante Gil; que no figura en los libros como empleado, ni a sueldo ni a jornal; su remuneración era, pues, un precio que él dejaba reunir para cobrar semanalmente en cuentas que pasaba de las labores realizadas y que para estas no se le fijaba tiempo, ya que se sabía de su larga experiencia en tales quehaceres. Se encargaba, pues, del mandado, de hacer los bultos, de verificar los acarreos, de actuar en descargues, en todo lo cual no se ve la existencia de un poder jurídico del beneficiado sobre el operario, si todo dependía de la voluntad del trabajador o de su disponibilidad para prestar el servicio con remuneración convenida para cada caso; que, por lo demás, en sus actividades en general, en ningún lapso se ligó permanentemente a la firma ni a ningún otro comerciante, con quien realizara esta misma forma de ganarse la subsistencia.

En las relaciones de trabajo a que pueda haber ocasión, fácilmente aparecen los elementos, prestación de servicio y remuneración; mas lo difícil en esas distintas relaciones para configurar su especial naturaleza contractual - laboral, es hallar en los diversos casos el elemento subordinación o dependencia requerido como esencial. No puede quedar sometido en su actividad de trabajo con la requerida subordinación, quien usa de su libertad para ofrecer sus servicios a quien lo busque como lo hacen los terciadores o acarreadores, que reparten su actividad entre las varias exigencias que se vayan presentando y que al obrar de esta manera no les liga permanentemente a ninguna empresa o patrono, así fuere la que les dé preferencia en el trabajo, como en el caso de Gil con la empresa demandada.

No es equivocada, en consecuncia, la apreciación del Seccional cuando no aceptó configurada la existencia de un contrato de trabajo, por faltar el elemento continuada subordinación o dependencia, si las actividades de Gil fueron debidas a exigencias momentáneas y cuando pasada cada una de ellas quedaba desligado de su relación. Si no se configura en el negocio sub-lite contrato de trabajo, tesis aceptada en el fallo recurrido, no podía darles el Seccional del Trabajo aplicación a los artículos 172, 173 y demás, que el recurrente cita como no aplicados, porque su estimación tiene cabida si se parte de la demostración como existente, de un contrato de trabajo.

En mérito de lo expresado la Corte Suprema d Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio Secretario.

NOTIFICACION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. — LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA SE PRONUNCIAN EN AUDIENCIA Y SE NOTIFICAN EN ESTRADOS Y LA DE CASACION, CUANDO NO SE PROFIERE EN AUDIENCIA, SE NOTIFICA POR EDICTO. — RECURSO DE HECHOS

El Código Procesal del Trabajo, consagra la notificación en estrados como única forma de notificar las sentencias de primera y de segunda instancia. Esta es la correcta interpretación de los artículos 81 y 82 de la obra que se acaba de mencionar, en consonancia con el artículo 41 ibidem, y con la doctrina que informa el principio de la oralidad, dominante en el procedimiento laboral.

En efecto, el ordinal 2º del artículo 41 citado, dispone que se harán en estrados, oralmente, las notificaciones de providencias que se dicten en las AUDIENCIAS PUBLICAS (se subraya) y como de conformidad con los artículos 81 y 82 el juzgamiento se produce en audiencia pública, es natural que las sentencias tendrán que ser notificadas en estrados.

Los autos interlocutorios y de sustanciación cuando no se hubieran dictado en audiencias, se notificarán por estado (numeral 3º del artículo 41), lo cual quiere significar que cuando se producen en audiencias, se notifican en estrados.

El artículo 82 del Código Procesal del Trabajo, permite que si terminada la audiencia de juzgamiento no se pronuncia el fallo oral, se cite para otra audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes con el fin de proferir el fallo, que desde luego producido, como debe hacerse, en AUDIENCIA, se notificará también en estrados y no por edicto.

Para la casación es diferente porque prevalece el procedimiento escrito. Cuando el fallo se produce en audiencia, es claro que se hará la notificación en estrados; mas si no se profiere en audiencia, como el Código Procesal del Trabajo no dice cómo ha de surtirse la notificación, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en creación jurisprudencial que esta Sala acoge, estableció la notificación por edicto con aplicación analógica de las disposiciones pertinentes del Código Judicial, atendiendo a la categoría de las providencias y teniendo en cuenta que sólo los autos interlocutorios y de sustanciación dictados fuera de audiencia, según el Código de Procedimiento Laboral, se notifican por estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y ocho de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

El doctor Víctor Pacheco Osorio, en su calidad de apoderado judicial de Antonio Ruiz Uribe, en el ordinario laboral que éste sigue contra Textiles Nylon S. A., ha recurrido de hecho contra el auto de veintiuno de mayo del presente año, que le negó el recurso de casación contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que como decisión de la Corte se le conceda el recurso de casación y así se comunique al Tribunal de segunda instancia, o en subsidio, se ordene por la Corporación a aquél, notifique la sentencia recurrida en debida forma, por no ser procedente la notificación en estrados.

Acompaña a su escrito las siguientes copias:

"1ª—De la sentencia de 13 de abril, que es la providencia recurrida.

"2ª—En la misma sentencia hay constancia de que se **notificó en estrados, cuando no podía ni debía hacerse en esa forma.**

"3ª—De mi memorial de 9 de mayo en que interpuse el recurso de casación, cuando la sentencia no se había notificado, sin estar en firme, y que aún está sin notificar.

"4ª—Del auto de 21 de mayo, en que se negó el recurso.

"5ª—De mi memorial de reposición y sobre recurso de hecho".

Dice el recurrente para sustentar su solicitud que en el comienzo del fallo se afirma, que los apoderados de las partes no comparecieron a la

audiencia de juzgamiento, y al final, que la sentencia queda notificada en estrados, sin que haya constancia de que en el curso de su pronunciamiento se hubieran presentado las partes, ni ninguna de ellas, en particular. Que en tales circunstancias, sería insólito pensar, que un simple auto de sustanciación que se notifica por estado, tuviera más garantía para las partes, que una sentencia que tenga que notificarse por estrados y sin la concurrencia de aquellas, cuando la misma Sala Laboral de la Corte, notifica por edictos sus fallos, lo cual debe entenderse que no pueden quedar exonerados de esta forma de notificación "los funcionarios de primera y segunda instancia, máxime si se tiene en cuenta la corruptela de que las sentencias nunca se notifican en estrados, vale decir, nunca se pronuncian oralmente, nunca se leen por ningún funcionario, ni siquiera se firman en su fecha, pues es inveterada costumbre que se pronuncian por escrito, casi siempre después del día fijado para el efecto, lo cual entraña una falsedad sumamente peligrosa".

Que el artículo 82 del C. de P. L., establece que después de oír las alegaciones de las partes y de deliberar, pronunciará el Tribunal de segunda instancia el FALLO ORALMENTE y lo notificará en estrados, lo cual quiere decir, que cuando no asisten las partes no pueden retirarse a deliberar, y es absurdo notificar en estrados si no están presentes.

Que en el caso de autos, el fallo no se profirió inmediatamente después de haber oído a las partes y luego de que el Tribunal hubiera deliberado, pues, apenas ocurrió lo que establece la última parte del artículo 82 citado, o sea, que si el fallo no se profiere luego de oír los alegatos, se citará para otra audiencia con el fin de proferir el fallo y notificarlo, el cual ya no dice que se proferirá oralmente, ni se notificará por estrados, luego ha de hacerse por edicto.

La Sala observa, en el material que se presenta, que la sentencia se profirió el día 13 de abril del corriente año, "en el día y hora señalados en providencia anterior para verificar la audiencia en el presente juicio" y que "vencida la hora judicial sin que los apoderados de las partes hubieran comparecido" se profirió el fallo. Que la "sentencia queda notificada en estrados a las partes".

Luego en 3 de mayo se informa por la Secretaría, que contra el fallo de 13 de abril no se interpuso ningún recurso, lo que dio base para declarar en esa misma fecha la ejecutoria de la providencia, y quedó notificada por anotación de estado el 6 del mismo mes de mayo.

El 9 de mayo, el apoderado de Antonio Ruiz Uribe, sostiene en memorial, con los mismos argumentos ya mencionados del escrito ante la Corte, que por no hallarse en firme la sentencia por no estar notificada todavía, interpuso el recurso de casación.

El Tribunal niega la solicitud con fundamento, en que la sentencia fue notificada en estrados, y al ser solicitada la deposición la Entidad la negó y ordenó la expedición de las copias solicitadas para recurrir de hecho.

Se considera:

El Código Procesal del Trabajo, consagra la notificación en estrados como única forma de notificar las sentencias de primera y de segunda instancia. Esta es la correcta interpreación de los artículos 81 y 82 de la obra que se acaba de mencionar, en consonancia con el artículo 41 ibidem, y con la doctrina que informa el principio de la oralidad, dominante en el procedimiento laboral.

En efecto, el ordinal 2º del artículo 41 citado dispone que se harán en estrados, oralmente, las notificaciones de providencias que se dicten en las **audiencias públicas** (se subraya) y como de conformidad con los artículos 81 y 82 el juzgamiento se produce en audiencia pública, es natural que las sentencias tendrán que ser notificadas en estrados.

Los autos interlocutorios y de sustanciación cuando no se hubieran dictado en audiencias, se notificarán por estado (numeral 3º del artículo 41), lo cual quiere significar, contra la estimación del recurrente, que cuando se producen en audiencias, se notifican en estrados.

El artículo 82 del Código Procesal del Trabajo, permite que si terminada la audiencia de juzgamiento no se pronuncia el fallo oral, sè cite para otra audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes con el fin de proferir el fallo, que desde luego producido, como debe hacerse, en AUDIENCIA, se notificará también en estrados, no como lo sugiere el recurrente que tiene que notificarse por edicto.

Para la casación es diferente porque prevalece el procedimiento escrito. Cuando el fallo se produce en audiencia, es claro que se hará la notificación en estrados; mas si no se profiere en audiencia, como el Código Procesal del Trabajo no dice cómo ha de surtirse la notificación, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en creación jurisprudencial que esta Sala acoge, estableció la

notificación por edicto con aplicación analógica de las disposiciones pertinentes del Código Judicial, atendiendo a la categoría de las providencias y teniendo en cuenta que sólo los autos interlocutorios y de sustanciación dictados fuera de audiencia, según el Código de Procedimiento Laboral, se notifican por estado.

Como de las piezas acompañadas a la solicitud del recurso se desprende, que el Tribunal cumplió estrictamente el ordenamiento legal, y la afirmación del representante de la parte actora sobre el hecho de haberse producido el fállo fuera de la audiencia celebrada en la fecha en que se citó, carece de comprobación alguna, puesto que está confirmado que no asistiera a ella, no es el caso de acceder a la solicitado.

Sobre las demás afirmaciones y acusaciones hechas por el recurrente, ninguna decisión puede esperarse dentro de este recurso, que no se ha establecido para tales fines.

En 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,

RESUELVE:

No se accede a ordenar que se conceda el recurso de casación interpuesto como fue, según se ha establecido, en forma extemporánea, ni a la petición subsidiaria de una nueva notificación de la sentencia, por haber quedado ésta en firme una vez ejecutoriada.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior de Bogotá para que conste en autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO DE AGENTES VENDEDORES Y DE AGENTES VIAJEROS. — SUS CARACTERISTICAS. — AGENTE VIAJERO CON CONTRATO MERCANTIL. — LA FALTA DE LICENCIA EN EL AGENTE VIAJERO NO DESNATURALIZA EL CONTRATO DE TRABAJO SINO QUE HACE INCURRIR AL AGENTE EN SANCION ADMINISTRATIVA. — EMPRESA COMERCIAL COMO EJERCICIO PROFESIONAL DE UNA PERSONA NATURAL—COEXISTENCIA DE CONTRATOS

1.—La concepción de una empresa en su sentido amplio desde el punto de vista del Derecho Laboral y en su necesaria relación con el campo económico, entraña un organismo con fines a la producción para el mercado, de ciertos bienes o servicios, con independencia económica respecto a cualquiera otra entidad, organismo jerarquizado para el completo desarrollo de sus fines. Más restringido el término, a una concepción individualista, y siempre entendida como actividad económica, una empresa bien puede ser el ejercicio profesional de una persona que ofrece bienes o servicios con independencia de relaciones de carácter laboral en un juego libre de actividades. Comprendido de esta manera el ejercicio profesional del comercio, hay oferta de bienes o servicios que bien puede adelantarse teniendo como referencia un lugar o establecimiento donde a menudo ocurran las ventas o intercambios, mas sin sometimiento de parte de quien lo ejerce, de jerarquía alguna en cuanto a tiempo, instrucciones o determinados cumplimientos, para que pueda presumirse la existencia de una relación de carácter laboral.

2.—El contrato de trabajo que establece el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, para los agentes vendedores y agentes viajeros, exige servicio personal con licencia para el ejercicio, bajo continuada dependencia y mediante remuneración y, que no constituyan por sí mismo una empresa comercial. Por las modalidades que requiere es muy especial, y por ello mismo, no puede tener el cumplimiento de exigencias, en cuanto a tiempo o cantidad de trabajo, horario de reglamento y órdenes en cualquier momento. Aquí se debe tener en cuenta, como requisito indispensable, la existencia de la subordinación jurídica en circunstancias posibles dentro de la especialidad del contrato, porque los agentes viajeros vendedores carecen de autonomía en sus determinaciones, semejante a los "empleados dependientes" que actúan en la oficina local de las empresas, por la subordinación a las instrucciones a que deben atenerse en el expendio de mercancías, solo que el agente viajero, es enviado asiduamente a ejercer sus funciones en diversas localidades cuyos mercados conoce, aunque puede darse el caso de un agente viajero representante de firmas, que tenga contrato mercantil y no de trabajo, pero éste actuará con autonomía, no recibirá órdenes concretas, tendrá los precios no estipulados por patrono alguno, que sujetará al libre juego de una habilidad mercantil, la cual le irá aconsejando su decisión en cada caso.

3—"El establecimiento de la licencia, constituye una reglamentación para el ejercicio de una profesión, y la falta de la misma sólo puede acarrear sanciones al infractor, impuestas por el Gobierno, pero en manera alguna hacer degenerar su relación laboral en una de carácter civil o de otra naturaleza, determinando así las garantías propias de su contrato de trabajo. La claridad de esta interpretación es más visible, si se reparan las normas que precedieron al artículo 98 del C. S. del T.

"El artículo 1º de la Ley 48 de 1946 no incluyó entre las condiciones para que el agente viajero fuera parte de una relación de trabajo la licencia oficial, la que se mencionó adelante, en el artículo 5º, como requisito para el ejercicio de la profesión. Y el Decreto reglamentario de esa ley, número 2332 de 1947, sólo se refirió a la tal licencia, también en su artículo 5º, bajo el acápite "condiciones para el ejercicio de la profesión", concluyendo en el 17 que las personas que la ejercieran sin poseer el documento, serían sancionadas por el Ministerio de Economía Nacional con multas de $ 20- a $ 200-.

De suerte que la única consecuencia de que un agente vendedor haya ejercido su oficio mediante un contrato, que por lo demás puede llegar a considerarse como de trabajo, sería la de que fuera sometido a una sanción administrativa por el quebrantamiento de un mandato que regula el ejercicio de esa profesión, pero no la de que se desnaturaliza su relación laboral. (Sentencia de 4 de febrero de 1954. Tribunal Supremo del Trabajo).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticinco de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Correspondió al Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá el conocimiento de la demanda presentada por el apoderado de Juvenal Pacheco L. contra la firma "Alberto Perlman & Cía.", para que en sentencia definitiva se hicieran por dicho Juzgado, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, las siguientes declaraciones y condenaciones:

"Primera.—La firma Alberto Perlman & Cía. tiene la obligación de reconocerle y pagarle al señor Juvenal Pacheco L., el salario correspondiente al mes de enero y cuatro días del mes de febrero de 1954, es a saber, $ 2.500.00 o lo que se probare procesalmente.

"Segunda.—La firma Alberto Perlman & Cía. tiene la obligación de reconocerle y pagarle al señor Juvenal Pacheco L. los siguientes valores, o los que respectivamente se probaren procesalmente: $ 3.326.00 por auxilio de cesantía en dos años dos meses y 19 días; $ 3.000.00 por las cuatro primas de servicios correspondientes a los años de 1952 y 1953; $ 1.500.00 por los dos años de vacaciones, efectuando los cómputos anteriores con un salario promedio de $ 1.500.00 mensuales.

"Tercera.—Los salarios caídos.

"Cuarta.—Los gastos y costas del presente juicio".

Los hechos del libelo, pueden sintetizarse así:

El actor prestó sus servicios a "Alberto Perlman & Cía.", como agente viajero durante los años comprendidos entre el 15 de noviembre de 1951 y el 4 de febrero de 1954.

En desarrollo de dicha actividad el señor Pacheco L., recibía órdenes de la Empresa para verificar las correrías; tomaba instrucciones sobre los negocios que debía ejecutar; la Compañía fijaba precios, concedía plazos y percibía el dinero, debiendo el agente hacer cobros, reclamar letras aceptadas y tomar los pedidos a nombre de dicha firma.

Por la prestación de sus servicios, el actor devengaba un sueldo promedio de $ 1.500.00 mensuales, a razón de un 5 % sobre el valor de las ventas que efectuara; mas en la liquidación del mes de enero y cuatro (4) días del mes de febrero, se incluyeron porcentajes anteriores no cancelados, razón por la cual se le deben al actor por la Compañía $ 2.500.00 aproximadamente; no se le han pagado auxilios de cesantía, primas de servicios, ni vacaciones causadas y no disfrutadas por todo el tiempo en que se cumplió el respectivo contrato de trabajo, el cual fue verbal. El actor recurrió en un principio a las autoridades administrativas del trabajo, a fin de lograr mediante su intervención, que sus patronos le pagaran lo que a su juicio le adeudan, sin haber obtenido resultado favorable, por lo cual se vio en la necesidad de instaurar la demanda, ya que él no constituye por sí solo empresa comercial alguna y se dedica personalmente al oficio de agente viajero, con la licencia que se exige para ejercer esta profesión.

Al contestar el traslado, la demandada no aceptó la existencia de un contrato de trabajo, negó los cuatro primeros hechos, y en lo que respecta al pago de porcentajes dice, que estos se hacían a Juevanal Pacheco L., no porque fuera su agente viajero, sino porque, como profesional independiente, mantenía relaciones comerciales con "Alberto Perlman & Cía.", en virtud de las cuales Pacheco L., cada vez que lo consideraba conveniente para sus intereses, solicitaba autorización de la firma para colocar con clientes interesados, artículos de propiedad de la Compañía, por cuya intervención se le reconocía un cinco por ciento (5%) que se le liquidaba, no sobre la totalidad de las ventas que efectuaba Pacheco L., sino sobre aquellas cuyos artículos fueran despachados por Perlman & Compñía, directamente al respectivo cliente.

En cuanto a los demás hechos, manifestó ser cierto el sexto, de que recurriera a la Inspección del Trabajo de Cundinamarca, mas no se le han pagado prestaciones por la afirmación hecha al comienzo de la contestación, de que no existió contrato de trabajo; Pacheco L., durante el tiem-

po en que dice fue viajero de la firma jamás exhibió licencia que reuniera los requisitos legales para el ejercicio de tal profesión y las relaciones comerciales se basaron en el hecho de ser Pacheco L., dueño de una empresa comercial. Además, el actor, como empresario independiente que era, trabajaba con el llamado almacén "Todo Eléctrico", de propiedad de la firma "Cuéllar & Zaremba Cía. Ltda.", de esta ciudad, competidora de la compañía demandada.

Agotada la tramitación, el Juzgado del conocimiento falló el negocio, condenando a la Compañía demandada a pagar al actor por concepto de cesantía la suma de $ 1.392.56; por prima de servicios $ 1.233.26; por concepto de vacaciones, $ 616.63, además de los "salarios caídos" a razón de $ 20.55 diarios a partir del 5 de febrero de 1954, hasta el día en que se efectúe el pago total de la condena; por otra parte, declaró probada la excepción de pago relacionada con los salarios insolutos, con costas a cargo de la parte demandada.

Apelada la anterior decisión el Tribunal Seccional de Bogotá profirió su fallo con modificación del numeral 1º y condenó a la firma demandada a pagar al actor las siguientes sumas:

Por cesantía	$ 1.294.33
Por primas semestrales.....	410.95
Por vacaciones	204.98

Reformó el numeral segundo de la misma, en el sentido de condenar a la compañía a pagar al demandante la suma de $ 19.17 por cada día de retardo, en los términos de este numeral. La confirmó en lo demás y condenó en costas a la demandada.

Contra el proveído del ad-quem, el apoderado de la demandada interpuso el recurso de casación, y agotada la tramitación correspondiente, se va a decidir.

El recurso

Pretende la casación parcial del fallo recurrido, en cuanto confirma, modificándolos, los numerales primero y segundo, y en cuanto confirma, sin modificarlo, el numeral cuarto de la sentencia del a-quo, y la casación también del numeral último de la parte resolutiva del fallo recurrido, para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, revoque los numerales primero, segundo y cuarto, y absuelva en consecuencia a la Compañía, de las condenas que los citados numerales imponen.

Cargo único.—Con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del C. S. del T., acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida de los artículos 23, aparte b), y 65 del C. S. del T., en relación con el 98 de la misma obra, al cometer el error de hecho evidente por haber apreciado mal unas pruebas y dejar de apreciar otras, que le llevaran a dar por establecida la existencia de una relación contractual de trabajo entre actor y demandada, en el negocio sub-lite.

Para demostrarlo sostiene, que el Tribunal Seccional en su fallo, con base en las posiciones absueltas por Perlman, en las declaraciones de los testigos Alfredo Figueroa, Abraham Navety y Julio César Peña, dio por demostrados procesalmente los tres elementos esenciales que tipifican a todo contrato de trabajo, supuesto a todas las luces equivocado, y que le llevara a hacer las declaraciones solicitadas en el libelo inicial.

Que sobre lo anterior, cabe destacar, que el Tribunal fallador, en ninguna parte de la sentencia, indica cuál es la norma legal que regula los elementos esenciales que configuran el contrato laboral, lo cual equivale a decir, que la providencia carece de soporte jurídico; sin embargo, se puede "adivinar", que la norma legal tácitamente invocada, es el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y sobre ese entendimiento adelanta la impugnación.

Que en cuanto a la actividad personal de Pacheco L., generaliza sin concretar con cuáles pruebas testimonial y documental, está acreditado este elemento. Porque, visible a los folios 4, 8 y 10, por ejemplo, obran documentos en los cuales no consta el hecho que el Tribunal da por establecido. Que de esta manera y con esta omisión, el Tribunal pone de manifiesto la inexistencia procesal del hecho que da por demostrado; por ello ni siquiera es posible afirmar que el Tribunal apreció equivocadamente o interpretó mal esta o aquella prueba.

Que en cuanto a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, el Seccional la da por demostrada, con las mismas declaraciones ya mencionadas, con las posiciones absueltas por Perlman y con el dictamen pericial; mas, que un análisis detenido que adelanta luego, lleva a la conclusión de que, en el fallo se aceptan apreciaciones equivocadas y hechos no contenidos ni establecidos en el material indicado y por ello se incurrió en el error evidente que llevara a las consecuencias jurídicas acusadas.

Que, en cambio, dejó de apreciar, en primer término, la carta de 28 de enero de 1954 (fl. 34 del informativo), dirigida por Juvenal Pacheco L., desde Cúcuta a la firma Alberto Perlman & Cía.,

que por los términos en que está concebida y por el mismo membrete que lleva el papel, bien deja comprender la calidad de profesional o empresario independiente que tenía Pacheco L., en el tiempo en que mantuvo relaciones comerciales con la Compañía, y la buena fe y seriedad de ésta en el proceder, cuando niega la existencia de un contrato de trabajo.

En segundo término, el Tribunal tampoco tuvo en cuenta la declaración de Jorge Cuéllar, en cuanto éste afirma que Pacheco L. mantuvo relaciones comerciales con el almacén "Todo Eléctrico", que le llevara a vender simultáneamente artículos pertenecientes a esta firma, competidora en los mismos productos de la de "Alberto Perlman & Cía."

Por último, sostiene, que no hay constancia de la fecha de ingreso al trabajo de Pacheco L., ni del lapso servido sin solución de continuidad, ni que hubiera sido agente vendedor de Alberto Perlman & Cía.; mas no obstante la ausencia de estos tres hechos, la sentencia se apoya sobre la inexistencia de ellos. Y concluye: Si el Tribunal no comete el error evidente de hecho demostrado, no hubiera dado por acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y consecuencialmente no hubiera producido las condenas que contiene la parte resolutiva del fallo.

El escrito del opositor

Critica la técnica de la demanda del recurrente, porque en su concepto en el escrito no se dice cuáles son las partes de las posiciones, de los testimonios y del dictamen pericial, que a su juicio fueron mal interpretadas por el Juzgador de segunda instancia, pues, habla en términos generales sin especificar nada que lleve a demostrar, el error evidente de hecho que supone existe en el fallo recurrido. Por el contrario, sostiene el opositor, las pruebas enunciadas fueron correctamente estimadas por el juzgador, razón por la cual no hubo error de hecho ni violación del aparte b) del artículo 23 del C. S. del T.

Que en cuanto a la carta del fl. 34 y al testimonio de Jorge Cuéllar (fls. 113 a 118), que supone no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal, nada prueban en favor de la tesis del recurrente; aún más, sirven para confirmar la dependencia y subordinación del agente Pacheco L.

Por último, en cuanto al tiempo servido, a la fecha de iniciación de la relación y el carácter de agente vendedor, dice que las pruebas son incontrovertibles, mas como el recurso no puntualiza con disposiciones legales estos aspectos, se trata de simples observaciones sin consecuencia para el caso en la casación intentada. Como la acusación la presenta el recurrente a través de error de hecho evidente, que debe ser manifiesto, de bulto, notorio, que no aparece demostrado, pide mantener la integridad del fallo recurrido.

Se estudia:

La decisión del Seccional en el fallo recurrido, encontró acreditados los elementos esenciales que configuran el contrato laboral, desechando las pretensiones de la Compañía, de que entre ella y Pacheco L., sólo existieron relaciones comerciales, por ser este último un empresario o profesional independiente, y sobre tal base falló, condenando al pago de las prestaciones impetradas en el escrito inicial del trabajador.

Como la tesis de ser Pacheco L., empresario independiente, de nuevo es sostenida en el recurso al formular el cargo, se hace indispensable analizar este aspecto para la decisión que se tome.

La concepción de una empresa en su sentido amplio desde el punto de vista del Derecho Laboral y en su necesaria relación con el campo económico, entraña un organismo con fines a la producción para el mercado, de ciertos bienes o servicios, con independencia económica respecto a cualquiera otra entidad, organismo jerarquizado para el completo desarrollo de sus fines. Mas restringido el término, a una concepción individualista, y siempre entendida como actividad económica, una empresa bien puede ser el ejercicio profesional de una persona que ofrece bienes o servicios con independencia de relaciones de carácter laboral en un juego libre de actividades. Comprendido de esta manera el ejercicio profesional del comercio, hay oferta de bienes o servicios que bien puede adelantarse teniendo como referencia un lugar o establecimiento donde a menudo ocurran las ventas o intercambios, mas sin sometimiento de parte de quien lo ejerce, de jerarquía alguna en cuanto a tiempo, instrucciones o determinados cumplimientos, para que pueda presumirse la existencia de una relación de carácter laboral.

El recurrente hace alusión a la carta de 28 de enero de 1954 (fl. 34 del informativo), que según él, por los términos en ella expresados y por el mismo membrete del papel en que está escrita, sugiere la existencia de una compañía con ánimo de empresa, y son pruebas bastantes que dejan comprender que Pacheco L. en el ejercicio de sus actividades comerciales, actuó como profesional independiente.

Mas la comunicación referida, que indica la ubicación de un establecimiento en la carrera 10 número 12-13 de Bogotá, única aportada en papel con ese membrete, sin embargo, es dirigida desde Cúcuta actuando como vendedor, y a todo lo extenso del expediente las comunicaciones que aparecen como enviadas al Gerente de "Alberto Perlman & Cía." por Pacheco L., en calidad de agente, y las otras que la firma dirige a éste y a las distintas casas comerciales domiciliadas en diversos lugares del país presentándolo como su agente, sólo demuestran de manera clara que la actividad de colocar pedidos y demás instrucciones, las cumplía Pacheco L., con amplio derrotero y no en Bogotá, según, además, se establece, con el dictamen pericial que menciona como lugares de sus actividades a Chiquinquirá, Villavicencio, Garzón, Cúcuta, Girardot, El Espinal, Sogamoso, Tunja, Neiva, Pasto, Ipiales, Ibagué, Líbano, Dorada, Duitama, Bucaramanga, Pamplona, San Gil, Barrancabermeja, entre otros (fls. 146 y ss.). En tales documentos (fls. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del informativo), hay un cruce de comunicaciones que establecen que en todo el tiempo servido, Pacheco L. recibió instrucciones y órdenes, que debía observar en la colocación de los pedidos y en el acatamiento a los precios fijados, y que no dejan duda, en cuanto a que las actividades no tenían lugar fijo para el desarrollo, así fuera la misma dirección a que cita el papel. En la carta de la referencia se observa, que el signatario se queja de contraórdenes de la firma a las instrucciones que al viajar recibiera, desautorizaciones que perjudicaron a él y a los clientes que dieron crédito a sus ofertas, y por eso textualmente ofrece "rendir cuentas inmediatamente de lo hecho, por no ser su deseo trabajar en esas condiciones", todo lo cual demuestra, no la existencia de una actividad profesional independiente, sino en contrario, múltiples actuaciones de quien depende jurídicamente de una firma que afronta en cada caso los compromisos que el agente autorizado contrae, y que destruye la única presunción de la carta con membrete que fija la residencia de un establecimiento de que hace parte Pacheco L., que por lo demás, no juega en ningún otro caso que aparezca acreditado en el informativo.

Los elementos esenciales del contrato de trabajo se acreditan en forma notoria, como se aprecia en los documentos aportados por el trabajador en el cuaderno especial constante de 254 folios; documentos que en su mayor parte consisten, en duplicados de pedidos en papel membreteado de la Compañía de Perlman y que suscriben en señal de aceptación, tanto los diversos comerciantes de los distintos lugares como Pacheco L., en calidad de Agente vendedor. Según las cartas a que se ha hecho referencia, dirigidas por Alberto Perlman & Cía., el vendedor Pacheco L., actúa como "Agente autorizado de la firma"; al salir de correrías para colocar pedidos, recibía la lista de precios que debía dar a los clientes, se le hacían sugerencias sobre a quiénes debía atender de preferencia, se le autorizaba para percibir y cobrar letras, etc., actividades que traducen la existencia de una continuada prestación de servicios sin limitación de tiempo, y dejan comprender de manera irrefutable que en el ejercicio de sus actividades como agente vendedor, Pacheco L., careció de libertad, sujeto como estaba a las "instrucciones previas" que se le impartían, lo cual jurídicamente hablando, denuncia la continuada subordinación en relación con la firma. El precio convenido, aparece inequívocamente acreditado con la contestación de la demanda.

Lo anterior ubica el caso de Pacheco L., en el de agentes viajeros vendedores que carecen de autonomía en sus determinaciones, semejante al de los "empleados dependientes" que actúan en la oficina local de las empresas, por la subordinación a las instruccionse a que deben atenerse en el expendio de mercancías, solo que el agente viajero, es enviado asiduamente a ejercer sus funciones en diversas localidades cuyos mercados conoce, aunque puede darse el caso de un agente viajero representante de firmas, que tenga contrato mercantil y no de trabajo, pero éste actuará con autonomía, no recibirá órdenes concretas, tendrá los precios no estipulados por patrono alguno, que sujetará al libre juego de una habilidad mercantil, la cual le irá aconsejando su decisión en cada caso. Este último, desde luego, no es el configurado de autos.

De acuerdo con el artículo 98 del C. S. del T., además de la continuada dependencia y subordinación, estos trabajadores con dedicación personal, deben estar provistos de la licencia requerida por la ley para el ejercicio de la profesión de agentes vendedores. El recurrente alude a que Pacheco L., no exhibió licencia que acreditara su condición de agente vendedor, y aunque al folio 77 del informativo consta la certificación de que en 15 de noviembre de 1951, estaba vigente la licencia, sin embargo de no estar expedida como agente vendedor de "Alberto Perlman & Cía." ello no es obstáculo para el reconocimiento de su contrato laboral según lo aceptó la jurisprudencia

del extinguido Tribunal Supremo, que esta Corporación acoge:

"El establecimiento de la licencia, constituye una reglamentación para el ejercicio de una profesión, y la falta de la misma sólo puede acarrear sanciones al infractor, impuestas por el Gobierno, pero en manera alguna hacer degenerar su relación laboral en una de carácter civil o de otra naturaleza, determinando así las garantías propias de su contrato de trabajo. La claridad de esta interpretación es más visible, si se reparan las normas que precedieron al artículo 98 del C. S. del T.

"El artículo 1º de la Ley 48 de 1946 no incluyó entre las condiciones para que el agente viajero fuera parte de una relación de trabajo la licencia oficial, la que se mencionó adelante, en el artículo 5º, como requisito para el ejercicio de la profesión. Y el Decreto reglamentario de esa ley, número 2332 de 1947, sólo se refirió a la tal licencia, también en su artículo 5º, bajo el acápite 'condiciones para el ejercicio de la profesión', concluyendo en el 17 que las personas que la ejercieran sin poseer el documento, serían sancionadas por el Ministerio de Economía Nacional con multas de $ 20.00 a $ 200.00. De suerte que la única consecuencia de que un agente vendedor haya ejercido su oficio mediante un contrato que por lo demás puede llegar a considerarse como de trabajo, sería la de que fuera sometido a una sanción administrativa por el quebrantamiento de un mandato que regula el ejercicio de esa profesión, pero no la de que se desnaturaliza su relación laboral. (Sentencia de 4 de febrero de 1954. Tribunal Supremo del Trabajo).

Para el recurrente, ni las posiciones absueltas por el Gerente de la firma demandada, ni el dictamen pericial, ni las declaraciones de Alberto Figueroa, Abraham Navety y Julio César Peña, traducen la existencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, supuestos sobre los cuales descansa la decisión del Tribunal Seccional.

La Sala, sin embargo encuentra, que Julio César Peña, comerciante de la ciudad de Honda (fl. 173 y ss.), Alfredo Figueroa, comerciante de Bucaramanga (fl. 87 y ss.) y Abraham Navety, comerciante de Neiva (fl. 110 y ss.), deponen acordes sobre los siguientes puntos materia del interrogatorio: Que conocen a Juvenal Pacheco L., de vista, trato y comunicación como agente acreditado de "Alberto Perlman & Cía."; que por intermedio de Pacheco L., la firma dicha les despachaba mercancías de las importadas por ella, despacho sujeto a pedidos tomados al agente Pacheco L., que acompañaba de la factura, de las letras de cambio por el valor correspondiente; que los precios de venta eran los fijados por "Alberto Perlman & Cía.", y que cuando se quería rebaja de los consignados en las listas, el agente Pacheco L. hacía llamadas telefónicas de larga distancia para que fuera la misma firma la que ordenara o no la rebaja solicitada por los comerciantes; que en varias ocasiones Perlman daba órdenes telefónicas a los clientes, para que suministraran préstamos en dinero efectivo a Pacheco L., préstamos relativos a su condición de agente, que luego la firma cancelaba por medio de cheques.

Albérto Perlman al absolver posiciones, dijo ser cierto, que Pacheco L., colocaba mercancías de "Alberto Perlman & Cía.' a distintos comerciantes, entre los cuales figuran los declarantes que se acaban de mencionar; que Pacheco L., recibía la lista de precios; que los pedidos que colocaba, estaban sujetos a la aprobación de la firma; que se despachaban los pedidos, con excepción de aquellos que se contraían por precios más bajos de los de la lista o por no ser satisfactorias las referencias de los clientes; que cuando resultaban "morosos", Pacheco L., se encargaba también de exigir el cumplimiento de las obligaciones que por conducto de él contraían los comerciantes; acepta que Pacheco L., trabajaba para la firma en las plazas o lugares que relaciona el dictamen pericial, aunque agrega, que también colocaba pedidos para otras casas comerciales como "Todo Eléctrico" y "Leonidas Lara e Hijos"; que la firma le reconocía a Pacheco L., el 5%, y aún el 2 y el 3% sobre pedidos en que él no intervenía como vendedor.

En cuanto al dictamen pericial (fls. 120 a 130), ampliado a solicitud de parte (fls. 146 a 165), se observa, contiene una relación pormenorizada de la fecha de la factura del pedido, su procedencia (ciudad y nombre del cliente), valor de la factura y comisión del agente vendedor. Allí consta, desde el 16 de noviembre de 1951, con un pedido suscrito en Girardot, hasta el 3 de febrero de 1954, con el último pedido colocado en Bucaramanga, y en todo el tiempo comprendido entre estas dos fechas, el servicio en forma continua durante todos los meses y para un número considerable de ciudades; esta relación de facturas coincide con las copias aportadas en cuaderno especial por Pacheco L., y que éste suscribe como agente vendedor y por cuyos pedidos recibió el porcentaje convenido.

Para el recurrente, sin embargo, a los folios 4, 8 y 10, aparecen documentos suscritos por el Ge-

rente de la firma que nada dicen del hecho, contrato de trabajo, que el Tribunal Seccional da por establecido, aunque la Sala observa, que la carta del folio 4, dirigida a la sigla "Copetrán" de Bucaramanga, sí expresa textualmente "Por medio de la presente autorizamos a nuestro agente señor Juvenal Pacheco, retirar los pedidos...", etc. Mas aunque nada acreditaran de ello, no puede deducirse como lo pretende el recurrente, la inexistencia procesal de los elementos del contrato de trabajo, si por otros conductos aparecen acreditados en forma suficiente.

El contrato de trabajo que establece el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, para los agentes vendedores y agentes viajeros, exige servicio personal con licencia para el ejercicio, bajo continuada dependencia y mediante remuneración y, que no constituyan por sí mismo una empresa comercial. Se ha establecido de manera abundante en los autos que Pacheco L., en el ejercicio de su actividad con la compañía comercial demandada, quedó comprendido dentro de las condiciones de un contrato de trabajo, que por las modalidades que requiere, es muy especial, y por ello mismo, no puede tener el cumplimiento de exigencias, en cuanto a tiempo o cantidad de trabajo, horario de reglamento y órdenes en cualquier momento, como lo sugiere el recurrente. Aquí se debe tener en cuenta, como requisito indispensable, la existencia de la subordinación jurídica en circunstancias posibles dentro de la especialidad del contrato de todo lo cual se habló en la exposición que se viene desarrollando por esta corporación.

La declaración de Jorge Cuéllar (fls. 113 a 115), sostiene que conoció a Pacheco L., como agente vendedor de "Alberto Perlman & Cía."; que él, Cuéllar, es socio de la firma "Todo Eléctrico" y que a esa firma, también le vendió como agente, Pacheco L., artículos eléctricos en un lapso de ocho meses, en el año de 1953, porque su firma negocia en esta especialidad, a diferencia, dice, de la de "Alberto Perlman & Cía.", que tiene con el mismo renglón, negocios de paños y otros artículos. Mas de esta declaración no puede deducirse la independencia comercial de Pacheco L., si apenas queda demostrado que fuera agente vendedor de esta nueva firma, lo cual puede ocurrir por mandato legal (artículo 26 del C. S. del T.), y si no se ha comprobado, ni que hubiera pactado la exclusividad, ni que en el ejercicio de sus actividades Pacheco L., hubiera procedido con "Alberto Perlman & Cía." con intervenciones de competencia desleal. La coexistencia de las dos actividades, tal el caso de autos, está permitida y se puede desarrollar simultáneamente sin que se afecten cada uno de los contratos.

Si lo anterior demuestra que en el desarrollo de la relación de trabajo, hubo un entendimiento jerarquizado entre patrono y dependiente subordinado, no puede alegarse justificación para el desconocimiento y no pago de las prestaciones, ni buena fe en la postura sostenida por la empresa, como lo pide el recurrente.

De lo anterior, se establece:

1º—Que Juvenal Pacheco L., en 16 de noviembre de 1951, aparece en Girardot colocando un pedido de mercancías como agente de "Alberto Perlman & Cía.", que indica, por lo menos, que el día anterior a esta fecha ingresó a trabajar con la firma, que es la declaración que se hizo en la demanda inicial; y si la condena se produce en ambos fallos de instancias, tomando como punto de partida el 1º de noviembre, también es cierto que aunque afecta en forma exigua la condena por cesantía (en 15 días), desfavorablemente para la firma, no podrá hacerse la pequeña revisión por no haberse formulado la impugnación correspondiente en el recurso por este extremo, con cita de la disposición aplicable y que debió acusarse como violada.

2º—Que tanto de la relación que hace el dictamen pericial, como de las pruebas aducidas por el trabajador en su cuaderno especial, la mayor parte copias de facturas, se desprende que estuvo al servicio de la firma de manera continua, como tiene que serlo en esta clase de contratos de trabajo, en todo el lapso señalado.

3º—Que sus funciones fueron las de agente viajero vendedor de "Alberto Perlman & Cía."

4º—Que no se justificó el no pago de las prestaciones para evitar la indemnización por mora.

No aparece demostrado el error evidente de hecho, y por el contrario, se han encontrado establecidos, los elementos que tipifican la existencia de una relación de carácter laboral entre las partes trabadas en la litis.

En mérito de todo 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 motivo del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Sergio Antonio Ruano—Enrique Arámbula Durán—Juan Benavides Patrón — Miguel Antonio Constaín—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. — PRUEBAS TRASLADADAS DE UN PROCESO PENAL A UNO CIVIL. — REQUISITOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL. SU VALOR PROBATORIO

1. — La responsabilidad extracontractual indirecta por un hecho delictuoso que se dice haberse cometido por empleados o dependientes de la entidad demandada, se basa en la culpa de las personas naturales o jurídicas, por falta in eligendo o in vigilando, es decir, por no haber obrado aquellas personas con sumo cuidado en la elección y nombramiento de sus dependientes o en la vigilancia de los mismos. Por esto lo primero que debe aparecer demostrado plenamente es el hecho ejecutado por el subalterno, para que mediante el análisis de las circunstancias en que ese hecho se consumó pueda saberse si se configura o no la culpabilidad de la persona contra la cual se dirige la acción. Dicho en otros términos, es indispensable comprobar: el hecho que causó el daño; la persona o personas que lo cometieron; la calidad de éstas como dependientes del Estado y el haber actuado en ejercicio o por razón de sus funciones oficiales; las circunstancias y modalidades que rodearon la ejecución del acto dañoso, y los perjuicios ocasionados.

2.—Las piezas procesales trasladadas de un negocio penal a un juicio civil, "carecen en principio de fuerza probatoria plena y completa porque la Nación contra la cual se pretenden oponer en este negocio, no intervino como parte en ninguna forma en el juicio penal ni, por consiguiente, en la producción de dichas pruebas...". Con respecto a testimonios, se tendrán en cuenta, para apreciarlos, los que aparecen ratificados en el presente negocio puesto que "la ley determina el valor probatorio de la prueba testimonial, como lo hace con las demás, y en esa regulación exige que las declaraciones de testigos se ratifiquen cuando se han producido fuera de juicio 'a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntenn y ejerciten su derecho de infirmar la prueba'. (Artículo 693 del C. J.)". (G. J. Tomo LXII, pág. 738).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

El 30 de enero de 1941 y ante el Tribunal Superior de Bogotá demandó la señora María Josefa Vargas v. de Bonell a la Nación, por medio de apoderado, a fin de que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se declare:

"Primero.—Que el señor Elías Bonell, ciudadano colombiano, varón mayor de edad y vecino de este municipio, de profesión Mecánico-electricista, murió en esta ciudad de Bogotá, el día 28 de mayo de 1939 violentamente a causa de heridas recibidas con proyectil de arma de fuego y causadas por los Agentes del Gobierno Nacional.

"Segundo.—Que las órdenes expedidas y ejecutadas por los Agentes del Gobierno en la persona de Bonell, han debido cumplirse en persona distinta o sea en el criminal conocido con el nombre de 'El Palillo', a quien perseguía la justicia, pero causaron la muerte violenta de Elías Bonell, por no guardarse las mínimas prevenciones y precauciones debidas para tales casos de identificación entre las personas del pacífico y honrado ciudadano Elías Bonell y el criminal 'El Palillo'.

"Tercero.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, y habiéndose causado por los Agentes del Gobierno y en virtud de órdenes expedidas, la muerte violenta del señor Bonell, la Nación está obligada a indemnizar a sus representantes legales que lo son mis mandantes, o sea la señora Vargas v. de Bonell y sus menores hijos Bonell Vargas, tanto los perjuicios materiales

como los perjuicios morales resultantes de la muerte de su esposo y padre legítimo señor Elías Bonell.

"Cuarto.—Que los perjuicios materiales valen la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda legal, o una cantidad superior, suficiente y amplia para respaldar no solamente la cómoda subsistencia de la familia, sino la educación de los hijos, etc., pues tales deberes y obligaciones habían podido cumplirse por mi representado si hubiere vivido, y que por la eliminación brutal de Bonell con culpa de los Agentes del Gobierno, quedaron en completo desamparo en condiciones de no poder desarrollar tan estrictas obligaciones sociales.

"Quinto.—Que los perjuicios morales causados a la familia del señor Bonell, deben indemnizarse igualmente y que ellos deben tener solución, mediante el pago de una considerable suma de dinero que reponga ampliamente el bienestar y tranquilidad perdidos de la familia, su reconocida honorabilidad, y los sufrimientos, perjuicios que estimo en la suma de $ 30.000.00 y se les causaron por la muerte del legítimo padre y esposo, en condiciones antisociales, por habérsele dado muerte por los Agentes del Estado, confundiéndolo culpablemente con un criminal reconocido, sin cumplir con los requisitos de prudencia que para tales casos se exige por parte del Gobierno y sus Agentes.

"Sexto.—Para en caso que no se acepte por el Gobierno las fijaciones contenidas en los dos puntos petitorios anteriores, se tengan como tales las que por medio de peritos se fijen en el curso del juicio o en el cumplimiento de la sentencia".

Como hechos fundamentales de la demanda se expusieron estos:

El 27 de mayo de 1939, en la carrera 16 con la calle 19 de esta ciudad, fue herido mortalmente el señor Elías Bonell, sin que hubiera mediado por parte de éste provocación, oposición ni resistencia de ninguna naturaleza, y a consecuencia de las heridas, causadas con arma de fuego, murió el día siguiente. Los heridores eran agentes del Gobierno Nacional y consumaron su edlito por falta de precaución o de prudencia, toda vez que confundieron al señor Bonell con un criminal apodado El Palillo, a quien perseguían para capturarlo. La familia del occiso dependía, para su subsistencia, del sueldo y emolumentos devengados por Bonell como mecánico electricista y por tanto quedó en completa orfandad y miseria.

Como fundamentos de derecho cita el demandante los artículos 1494, siguientes y concordantes del C. C., 2341 y ss. del mismo Código y el Título 3º de la Constitución Nacional.

De la demanda se dio traslado al señor Fiscal del Tribunal quien la contestó manifestando que no le constaban algunos hechos, negando otros y, en general desconociendo el derecho, causa o razón de los actores.

El juicio fue abierto a prueba y el demandante solicitó la práctica de varias diligencias que no se llevaron a cabo, por lo cual agotado el trámite de la primera instancia profirió el **a quo** su fallo de 29 de noviembre de 1941, absolviendo a la entidad demandada por no haber aportado los actores ninguna comprobación sobre los hechos fundamentales de la acción.

De ese fallo apeló el apoderado de la parte demandante y en tal virtud vinieron los autos a esta Corporación. Aquí se tramitó el negocio corriendo los traslados de rigor, recibiendo las pruebas pedidas por los actores y el alegato del señor Procurador Delegado (pues éste no pidió prueba alguna ni aquellos hicieron uso del derecho de alegar), y finalmente se citó para sentencia y se celebró la audiencia pública. Mas entonces se aplazó la decisión de segundo grado hasta obtener copia del proveído por el cual se hubiera finalizado el proceso penal seguido contra los presuntos responsables de la muerte del señor Bonell. Después de varios años se obtuvo el oficio número 461 del Juzgado 5º Superior de esta ciudad, fechado el 5 de diciembre de 1955 en el que se informó que el sumario en referencia "fue fallado mediante sentencia de fecha 31 de julio de 1954, declarando prescrita la acción penal (artículo 153 del C. de P. P.), la cual fue confirmada por el H. Tribunal Superior de este Distrito, y se halla debidamente ejecutoriada". En tales condiciones esta Sala profirió el fallo de 19 de enero de 1956. En él se analizaron los preceptos legales que disponen la suspensión del juicio civil hasta la decisión definitiva del proceso penal; se observó el incumplimiento de dichas normas por parte del Tribunal y en consecuencia se revocó la sentencia de primer grado y se ordenó la devolución de este negocio para que aquel lo fallara nuevamente teniendo en cuenta las observaciones expuestas por esta corporación.

Fue así como el Tribunal, después de haber obtenido copia auténtica de las providencias de primero y segundo grado dictadas por la justicia penal y en las que, como atrás se dijo, se declaró prescrita la acción penal seguida contra los sindicados del homicidio en la persona del señor Bonell, profirió su fallo de 31 de julio de 1956 ab-

solviendo de nuevo a la Nación de los cargos formulados contra ella. Esta decisión la apoyó el Tribunal considerando que para él subsistía en el presente negocio la absoluta carencia de elementos de juicio, ya que las pruebas aducidas ante la Corte no podía estimarlas el a quo.

El demandante, inconforme con la mencionada sentencia del Tribunal, interpuso contra ella el recurso de apelación y con tal motivo volvió el negocio a esta Sala de Negocios Generales. Se tramitó debidamente la instancia y ahora se procede a resolver.

Los alegatos de las partes

El señor apoderado de la parte demandante, en su breve alegato, después de mencionar las pruebas que obran en autos, sostiene que todas ellas establecen plenamente la muerte del señor Bonell en las circunstancias referidas en la demanda; que por lo mismo se ha demostrado la responsabilidad civil extracontractual de la Nación, así como los perjuicios morales y materiales sufridos por los actores, y que, en consecuencia, deben hacerse las condenaciones solicitadas.

El señor Procurador Delegado alega, en cambio, que si bien es cierto que se encuentra demostrada la muerte del señor Elías Bonell, no se ha probado satisfactoriamente que fueran los detectives Caldas y Bernal los causantes de ese hecho delictuoso, porque el fallo que declaró la prescripción de la acción penal "no puede —dice la Procuraduría— incidir en manera alguna en la decisión que aquí ha de tomarse ni afecta en nada la actuación civil, porque en dicho fallo no se analiza lo relativo a la imputabilidad del hecho ni a la responsabilidad penal, sino que simplemente se declara prescrita la acción y terminado definitivamente el juicio criminal por haber transcurrido determinado lapso, de acuerdo con la ley". Y en cuanto a las diferentes piezas procesales trasladadas del proceso penal, sostiene el señor Procurador que "carecen en principio de fuerza probatoria plena y completa, porque la Nación, contra la cual se pretenden oponer en este negocio, no intervino como parte ni en ninguna otra forma en el juicio penal ni, por consiguiente, en la producción de dichas pruebas; de donde se desprende que ellas no reúnen los requisitos de publicidad y de contradicción señalados por la ley como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa".

Respecto del auto de proceder que en el negocio penal alcanzó a proferirse el 17 de febrero de 1941 contra los señores Jesús María Caldas y José Manuel Bernal como autores del homicidio cometido en la persona del señor Bonell, afirma la Procuraduría que ese proveído no ata de manera absoluta al Juzgador Civil. "El auto de proceder —expresa textualmente el señor Procurador— no es una providencia como el sobreseimiento definitivo o como la sentencia condenatoria; por medio de él se cierra la etapa instructiva y se abre el juicio, es decir, se formula el pliego de cargos contra el procesado para que, acudiendo a los sistemas legales de prueba, pueda ejercitar el derecho de defensa; pero no es una providencia que clausure de manera definitiva e inmodificable la investigación criminal y que, por tanto, venga a influir necesariamente en el juicio civil hasta el extremo de que haya de acogerse como plenamente acreditado lo que en ella se considera o se resuelve, por ejemplo, sobre la existencia del hecho o sobre la imputabilidad o sobre la responsabilidad del agente. El auto de proceder en tales eventos apenas puede llegar a tener el valor de una prueba deficiente e incompleta, pues como es bien sabido, la calidad de plena prueba dentro de la actuación civil únicamente la tiene la sentencia condenatoria dictada en el juicio penal, porque expresamente se la asigna la Ley por medio del artículo 29 del C. de P. P. que preceptúa: "Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado".

Por estas razones la Procuraduría solicita la confirmación del fallo recurrido.

Las pruebas

Los elementos de juicio de que atrás se ha hablado están constituídos por varias de las diligencias practicadas dentro del proceso penal. Ellas son:

a) El auto de fecha 20 de octubre de 1939 por el cual el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá enjuició, por el delito de homicidio en la persona de Elías Bonell, a Demetrio Ballesteros, Jesús María Caldas Montaña y José Manuel Bernal Rodríguez, y sobreseyó definitivamente a favor de Rafael Antonio Tovar, Alvaro Arturo Barbosa, Víctor M. Casas y Jorge Arturo Abella Ballesteros. El auto del Tribunal Superior de Bogotá, de 30 de enero de 1940, que revocó el de proceder antes citado. El auto del mismo Juzgado Cuarto Superior, proferido el 17 de febrero de 1941, en el que se re-

piten los enjuiciamientos de Ballesteros, Caldas y Benal, y los sobreseimientos de Tovar, Barbosa, Casas y Abella; y el auto del Tribunal (12 de diciembre de 1941) confirmatorio del enjuiciamiento de Caldas y de Bernal y de los sobreseimientos de Abella, Casas, Barbosa y Tobar y revocatorio del encausamiento de Ballesteros a cuyo favor se sobrsee temporalmente.

b) El levantamiento del cadáver de Elías Bonell; la autopsia del mismo; su partida de defunción; el reconocimiento de Jesús M. Caldas en rueda de presos; la reconstrucción de los hechos y el informe policivo sobre la muerte de Bonell.

c) Las declaraciones de Salomón González Rivera, Salomón González Barbosa, Margarita Garzón Bohórquez, Juan de Dios Chaves, Ana Samudio y Luis Alberto Rodríguez, y las indagatorias de Jesús M. Caldas y José Manuel Bernal; y

d) Copia de los nombramientos y posesiones de Caldas y de Bernal como detectives, y certificado acerca de su ejercicio en dichos cargos el 27 de mayo de 1939.

También obran como pruebas practicadas por la Corte en la primera vez que conoció de este juicio civil, las ratificaciones de los testimonios de Salomón González Barbosa, Margarita Garzón Bohórquez, Salomón González Rivera y Ana Zamudio; los testimonios de Benjamín Vargas, Pablo Espitia y Daniel Forero, y copia auténtica de los ya citados documentos relativos al nombramiento, posesión, etc., de Caldas y Bernal, así como de la orden de captura de Ernesto Ríos (a. El Palillo) dada de manera general por el Jefe de Detectives, y copia del registro civil de la defunción de Bonell.

Este es el acervo probatorio que habrá de estudiar y analizar la Sala para proferir su decisión. Con tal fin,

Considera:

Los perjuicios demandados por los actores tendrían como origen la responsabilidad civil de la Nación por la muerte del señor Elías Bonell, responsabilidad cuya declaratoria se pretende sosteniendo que Bonell murió a consecuencia de las heridas que con armas de fuego le causaron los detectives Caldas y Bernal. Se trata, pues, de una acción de responsabilidad extracontractual indirecta por un hecho delictuoso que se dice haberse cometido por empleados o dependientes de la entidad demandada.

Ahora bien: dicha responsabilidad se basa en la culpa de las personas naturales o jurídicas, por falta in eligendo o in vigilando, es decir, por no haber obrado aquellas personas con sumo cuidado en la elección y nombramiento de sus dependientes o en la vigilancia de los mismos. Por esto lo primero que debe aparecer demostrado plenamente es el hecho ejecutado por el subalterno, para que mediante el análisis de las circunstancias en que ese hecho se consumó pueda saberse si se configura o no la culpabilidad de la persona contra la cual se dirige la acción. Dicho en otros términos, es indispensable comprobar: el hecho que causó el daño; la persona o personas que lo cometieron; la calidad de éstas como dependientes del Estado y el haber actuado en ejercicio o por razón de sus funciones oficiales; las circunstancias y modalidades que rodearon la ejecución del acto dañoso, y los perjuicios ocasionados. Frente a estos elementos axiológicos analizará la Sala el caso sub judice. Pero antes es necesario considerar los argumentos que el señor Procurador expone para atacar la eficacia legal de las pruebas aportadas por los demandantes.

Se ha dicho ya que, exceptuando unos pocos testimonios, la ratificación de otros, y los documentos en copia relativos al nombramiento, posesión, etc., de los señores Jesús María Caldas y José María Bernal, todas las demás pruebas fueron traídas del proceso penal. Sobre este particular ha dicho la Corte:

"Es principio que tiende a afirmarse en la doctrina y en la jurisprudencia el de que las pruebas son utilizables en proceso distinto de aquel en que fueron producidas, siempre que los dos procesos se ventilen entre las mismas partes. La transferencia de la prueba no puede hacerse sino en las mismas circunstancias en que fue producida y su apreciación por el juzgador que la recibe, sin haber intervenido en su admisión, debe hacerla según su propio criterio, pero sin dejar de tener en cuenta la naturaleza del juicio en que fue producida y el papel que allí desempeña el juez que la decretó". (G. J. Tomo LXIV, pág. 404).

"Los testimonios trasladados de un proceso penal al civil son admisibles en éste siempre que reúnan en su producción las características de publicidad y de contradicción exigidas por nuestra ley como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa; cuando en el proceso penal ha existido debate contradictorio, no es dudosa la eficacia en el civil ulterior de tales elementos de prueba aducidos en el primero. Pero puede afirmarse con idéntica razón que las declaraciones de testigos allegadas a los autos del sumario o del juicio penal carecen de fuerza probatorio en pro-

cesos civiles posteriores cuando en su práctica no intervino la parte contra la cual pretenden oponerse en la actuación civil. Lo que comunica valor a las pruebas aducidas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes, en debate y oposición entre ellas y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para su práctica...". (G. J. Tomo LXI, pág. 738).

Según estas doctrinas, de innegable fundamento legal y jurídico, las piezas procesales trasladadas del negocio penal a este juicio civil, "carecen en principio de fuerza probatoria plena y completa porque la Nación, contra la cual se pretenden oponer en este negocio, no intervino como parte en ninguna forma en el juicio penal ni, por consiguiente, en la producción de dichas pruebas...", como lo sostiene el señor Procurador. Sin embargo, con respecto a los testimonios se tendrán en cuenta, para apreciarlos, los que aparecen ratificados en el presente juicio puesto que "la ley determina el valor probatorio de la prueba testimonial, como lo hace con las demás, y en esa regulación exige que las declaraciones de testigos se ratifiquen cuando se han producido fuera de juicio 'a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba'. (Artículo 693)". (G. J. Tomo LXI, pág. 738).

Sentado lo anterior se analizarán a continuación los testimonios que han sido ratificados, o sean los de Salomón González Barbosa, Margarita Garzón Bohórquez, Salomón González Rivera y Ana Zamudio, folios 86, 88, 90 y 92 del C. número 4.

La declaración ratificada de González Barbosa fue rendida en el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal el 30 de mayo de.1939, es decir dos días después de la muerte de Bonell, y dice:

"El sábado veintisiete del presente mes como a eso de las once y media más o menos, llegamos en compañía de Elías Bonell, Luis Rodríguez, mi papá y yo a una tienda que hay en la carrera diez y seis entre calles diez y nueve y veinte, de propiedad de Margarita González (Garzón, como se verá más adelante); entró el señor Bonell adelante y pidió unas cervezas. El se situó al frente del mostrador, el compañero Rodríguez al lado derecho de la puerta y mi papá al lado izquierdo de la puerta y yo recargado contra el mostrador del lado izquierdo de la entrada. Iban a servir la primera cerveza cuando se arrimaron dos señores a la puerta, el uno con una ruana de color como gris clara y otro señor que apenas alcancé a ver de reojo, en esos momentos se oyó una voz que decía: 'ese es' o 'este es', en ese momento el señor Bonell como de espaldas a la puerta de entrada voltió la cara y dijo: 'sí yo soy' y el de la ruana tenía una botella en la mano, levantó la ruana un poquito y sacando el revólver por debajo de ella disparó sobre el señor Bonell y en ese momento mi papá, me parece, empujó el abra hacia afuera y sonó el disparo y seguido el otro disparo y el señor Bonell cayó boca abajo al suelo. En ese momento que nosotros nos fuimos a salir a la calle llegó un policía a quien le dijimos cójalo y él dijo: 'así es como se matan los rateros, el que lo mató es un detective' y en ese momento se acercó a la puerta el que disparó y señalando con el dedo al muerto dijo: 'sí yo soy', en esos momentos llegó un sargento de la policía y con el sable en la mano y nos hizo entrar a todos para adentro y con el sable daba golpes contra el mostrador. Al rato llegó la ambulancia y el señor Juez permanente hizo lo del levantamiento del cadáver y nos interrogó a nosotros, después echaron al finado Elías Bonell a la ambulancia y se lo llevaron y el compañero Luis Rodríguez fue a ayudarlo a llevar al anfiteatro. Luego que todos se fueron nosotros nos bajamos para la casa. Es cuanto me consta. **Preguntado:** ¿Usted reconoce perfectamente al agente de la policía que pronunció las palabras de 'así es como se matan los rateros, el que lo mató es un detective', y en caso afirmativo pudiera darme la filiación? (Como en el momento de estar formulando esta pregunta se presentaron en el Juzgado el agente de la policía nacional número 1119 el declarante manifestó: 'ese fue'). **Contestó:** Sí señor y es el señor Agente que acaba de presentarse en este Juzgado. (Inmediatamente el señor Juez interrogó al agente sobre su nombre y apellido y dijo llamarse Ulises Cruz Millán, Nº 1119). **Preguntado:** ¿Ud. vio bien la cara al indiduo de ruana que por debajo de ella disparó contra el Sr. Elías Bonell, y pudiera reconocerlo en rueda de presos? **Contestó:** No se le veían más que los ojos, pues con la ruana se tapaba el resto de la cara, quién sabe si lo podré reconocer o no. **Preguntado:** ¿Usted pudiera reconocer al individuo que le dijo al de la ruana: 'ese es' o 'este es' para que el de la ruana disparara contra el señor Elías Bonell **Contestó:** No me di cuenta cuál de los dos sería la persona que pronunció esas palabras, pero talvez pueda reconocer al individuo que iba con el de la ruana y quien estaba con la cara destapada. Estaba en cuerpo. **Preguntado:** ¿Usted se dio cuenta si el señor Elías Bonell se hallaba perfectamente bueno y sano, es decir no tenía herida alguna, antes de que el individuo de la ruana le diera muerte? **Contestó:** El señor Elías Bonell se

hallaba perfectamente bueno y sano, en perfecto estado de salud, no tenía ninguna herida. **Preguntado:** ¿Usted conoce a los señores Demetrio Ballesteros, Jorge Arturo Avila, Víctor M. Casas, Alvaro Barbosa y Rafael A. Tovar, y en caso afirmativo, cuánto tiempo hace que los conoce y qué clase de relaciones o negocios ha tenido con ellos? **Contestó:** No señor, no los conozco. **Preguntado:** ¿Usted sabía o ha oído decir qué clase de amistad habría entre el señor Emilio Bonell y el señor Demetrio Valderrama (sic) o la familia de éste? **Contestó:** No señor".

En la misma diligencia de ratificación se sometió al declarante el siguiente interrogatorio adicional formulado por el apoderado de los actores:

"a) Si ellos fueron testigos presenciales de los hechos ocurridos en la noche del día 27 de mayo al 28 de 1939, noche ésta o principio del día en que encontrándose el señor Elías Bonell en la tienda de la señora Margarita Garzón Bohórquez fue muerto a tiros por los detectives Caldas y Bernal.

"b) Si los citados agentes de la autoridad o detectives le hicieron a Bonell, la menor prevención, para que se diera preso o se entregara a las autoriadad o por el contrario sin la menor prevención, sin la menor protesta y encontrándose Bonell en sana calma, junto con sus amigos, recibió los disparos de que fue muerto, por los citados detectives; y

"c) Que digan los mismos si inmediatamente que recibió los disparos, Bonell cayó en tierra, quedando muerto seguramente en el acto".

A este interrogatorio respondió así González Barbosa:

"a) Sí fui testigo presencial de los hechos ocurridos en la noche del 27 de mayo al 28 de 1939, noche ésta, o principio del día en que encontrándose el señor Elías Bonell en la tienda de la señorita Margarita Garzón Bohórquez, fue muerto a tiros por los detectives Caldas y Bernal; b) Me consta que los citados agentes de la autoridad o detectives no le hicieron al señor Bonell la menor prevención para que se diera preso o se entregara a la autoridad. Por el contrario, sin la menor protesta y encontrándose Bonell en sana calma, junto con sus amigos, recibió los disparos de que fue muerto, por los citados detectives; y c) Inmediatamente que recibió Bonell los disparos, cayó en tierra, quedando muerto seguramente en el acto".

El testimonio de González Rivera es semejante, en sus aspectos generales, al de González Barbosa que queda reproducido. Solo que aquel no pudo observar a la persona que hizo los disparos. Además también este testigo (González Rivera) respondió en los mismos términos de González Barbosa el interrogatorio adicional.

Margarita Garzón Bohórquez y Ana Zamudio, al relatar el suceso, no difieren sustancialmente de las exposiciones de los González, pues solo agregan que entre quienes llegaron a la tienda se hallaba Demetrio Ballesteros y que Margarita, por saber que entre los Bonell y los Ballesteros mediaba una vieja y grave enemistad, salió a impedir la entrada de Demetrio, suplicándole que no fuera a provocar incidentes allí. Estas dos declarantes se abstuvieron de responder el interrogatorio adicional en sus ratificaciones, alegando que las exposiciones por ellas ratificadas contenían todo lo que con respecto a la muerte de Bonell habían presenciado.

Sin duda estos testimonios demuestran que el señor Elías Bonell murió la noche del 27 de mayo de 1939 a consecuencia de las heridas causadas con proyectiles de armas de fuego, pero no determinan a los autores de ese crimen, puesto que ninguno de los testigos declara haberlos identificado. El único reconocimiento en rueda de presos fue hecho por la Garzón y sobre él se harán adelante algunas consideraciones.

Cierto es que todos los testimonios ratificados refieren que oyeron decir a uno de los agentes de policía que quien había dado muerte a Bonell era un detective, y González Barbosa y la Garzón señalaron al agente 1119, Ulises Cruz Millán, como el autor de esa aseveración; pero, de una parte y según el artículo 698 del C. J. "no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros, sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo, o cuando se trata de probar la fama pública"; de otro lado, y de conformidad con el artículo 699 ibidem, "las declaraciones sobre palabras no forman jamás pruebas sobre los hechos..."; y, finalmente, la mencionada referencia de los deponentes no sirve para identificar al autor o a los autores materiales del homicidio.

En cuanto a las respuestas dadas por los González al interrogatorio adicional, prohija la Sala las observaciones hechas por la Procuraduría Delegada en estos términos:

'Sucede, además, que los Sres. Salomón González Barbosa y Salomón González Rivera, inmediatamente después de haber ratificado sus respectivos testimonios los cuales se copian íntegramente, fueron sometidos a un interrogatorio adicional pro-

puesto por la parte actora en su escrito de pruebas, al cual contestaron que como testigos presenciales de los hechos les consta que el señor Elías Bonell "fue muerto a tiros por los detectives Caldas y Bernal". Pero estas afirmaciones tan categóricas no son dignas de la menor credibilidad y de ninguna manera pueden aceptarse, porque, en primer lugar, son una copia exacta de las preguntas hechas por el peticionario, o sea, una reproducción del texto de las preguntas lo cual es un índice demostrativo de la falta de espontaneidad y sinceridad en tales aseveraciones, lo que a su vez impide atribuírles algún mérito probatorio; en segundo lugar, porque es absolutamente inexplicable que estos dos testigos hubieran querido ahora, después de mucho tiempo y en un simple interrogatorio adicional, hacer una afirmación explícita sobre la circunstancia fundamental de los hechos investigados, vale decir, sobre los autores del delito, siendo así que en sus primeras declaraciones rendidas ante el funcionario en lo penal, a raíz de los propios acontecimientos y cuando fueron interrogados de manera amplia y detallada, ningún cargo hicieron a los detectives Caldas y Bernal...".

Efectivamente, ya está expuesto que González Barbosa, al rendir su testimonio dos días después del crimen, se rifirió a dos individuos, uno de ellos enruanado y otro al que solo alcanzó a ver de reojo; y al preguntársele al testigo si podría reconocer al primero, contestó: "No se le veían más que los ojos, pues con la ruana se tapaba el resto de la cara, quién sabe si lo podré reconocer o no". González Rivera, cuya declaración fue rendida también dos días después de ocurridos los hechos, solo oyó la voz que afuera decía: "este es", y la respuesta de Bonell: "sí, yo soy"; y oyó igualmente dos disparos. "Yo me quedé quieto en el mismo punto en donde estaba", dice textualmente el declarante. Y agrega que después entró un sargento quien "nos acorraló ahí dentro sin dejarnos mover y no pude ver quién sería la persona que disparó contra Bonell".

En estas condiciones es evidente que no tiene valor probatorio alguno lo dicho por estos testigos al dar respuesta al interrogatorio adicional de que antes se ha hablado, no solo por la contradicción entre sus primeras exposiciones y las contenidas en la susodicha adición, sino porque la afirmación de que fueron los detectives Caldas y Bernal los que dieron muerte a Bonell, se hace desprovista de razón y fundamento, y la ley exige, en estos casos, que el declarante explique cada respuesta "para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos" (artículo 688 del C. J. inc. final). Si a raíz del crimen declaró González Barbosa que no había identificado a la persona que embozada en la ruana disparó sobre Bonell y que no aseguraba poder identificarla después; y si González Rivera dijo que el Sargento lo había inmovilizado y por eso no le fue posible ver a las personas que hicieron los disparos, sería ilógico aceptar que el 9 de diciembre de 1942 y el 16 de febrero de 1943, fechas de las respectivas ratificaciones, o sea después de más de tres años de perpetrado el homicidio, pudieran los citados testigos indicar con certeza a los homicidas. Merecería alguna apreciación su tardía imputabilidad, si la razonaran y explicaran, vale decir, si expresaran cómo y por qué han llegado ellos al convencmiento de que fueron los detectives Caldas y Bernal las personas que dispararon y causaron la muerte del señor Bonell. Pero la incriminación —ya se dijo—, carece de explicación, y por esto como por las demás consideraciones precedentes, no puede estimarse como elemento de juicio que sirva para demostrar plenamente que los autores del crimen fueron exclusivamente los mencionados detectives.

Hasta aquí el análisis de las declaraciones trasladadas del proceso penal y ratificadas ante esta Sala. Los testimonios directamente recibido dentro del término probatorio, son los de Benjamín Vargas, Pablo Espitia y Daniel Forero (folios 7, 6 y 7 vto. del cuaderno número 4), pero en ellos solo se exponen las labores, empleos, etc., desempeñados por Bonell, su matrimonio con María Josefa Vargas, los hijos nacidos de ese matrimonio, la extremada pobreza en que quedó la familia, y otros puntos que en nada se refieren al modo como ocurrió el hecho delictuoso.

Con respecto a las demás dligencias trasladadas del negocio penal, han quedado consignadas las razones por las cuales ellas no tienen plena fuerza probatoria. Con todo, la Sala, procediendo con un sentido de máxima amplitud en el análisis del caso sub lite, pasa a analizar aquellas diligencias.

En primer lugar, el enjuiciamiento de Caldas y de Bernal y el sobreseimiento temporal a favor de Ballesteros no tienen el carácter y los efectos que el artículo 29 del C. de P. Penal da a las sentencias condentaorias, porque el enjuiciamiento constituye apenas un pliego de cargos que el procesado puede desvirtuar dentro de la causa, y el sobreseimiento temporal solo tiene por objeto el perfeccionamiento de la investigación; y por eso, precisamente, estas providencias no impidieron que se operara y declarara la prescripción de

la acción penal. Por tanto, a tal clase de proveídos no se vincula legalmente la decisión del fallo civil. La ley solo establece perentoriamente esta vinculación en el evento contemplado por el artículo en cita (29 del C. de P. Penal), que preceptúa: "Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado'. De manera pues que como la situación procesal de los señores Caldas y Bernal como autores del homicidio de Bonell no fue resuelta de manera definitiva por el juez penal porque el sumario concluyó con la declaratoria de prescripción de la acción penal, no existe entonces ninguna providencia de carácter criminal cuya resolución tenga, legalmente, forzosa implicación en la sentencia del proceso civil. Por esta razón no puede decirse que lo expuesto en el auto de proceder no pueda ponerse en duda en la controversia civil, tal como lo dispone el artículo antes transcrito.

Volviendo, pues, a las demás diligencias trasladadas del proceso penal se observa:

Según las respectivas indagatorias Demetrio Ballesteros afirma que un detective, cuyo nombre no conocía, y que llevaba puesta una ruana y tenía tiznada la cara, fue quien, ante la hostil actitud de Bonell le dio muerte de dos disparos de revólver. Jesús María Caldas Montaña confiesa que él hizo un disparo "bajito" y hacia un lado en los momentos en que Bonell y sus compañeros pretendían agredirlo, y afirma, a la vez, que José Manuel Bernal y Demetrio Ballesteros dispararon también, en esos precisos instantes, hacia el interior de la tienda en donde se encontraban Bonell y sus amigos. El citado Bernal sostiene que Caldas sacó el revólver, lo levantó a la altura de la nariz por entre la ruana y disparó; que entonces él, bajo un fuerte estado de impresión nerviosa, apretó el gatillo de su arma sin darse cuenta de los disparos que hizo; y que Ballesteros también disparó.

En la diligencia de autopsia se dice que Bonell sufrió tres heridas causadas con proyectiles de armas de fuego, pero que solo una de ellas, por su naturaleza mortal, fue la causa del deceso, pues las otras no tenían gravedad. A los médicos legistas se les preguntó si dos de aquellas heridas podrían haber sido hechas con un solo proyectil y ellos expusieron las razones por las cuales esa presunción no era aceptable. Es decir se ratificaron en el concepto de que fueron tres los proyectiles que lesionaron a Bonell.

La testigo Margarita Garzón reconoció en rueda de presos a Jesús María Caldas como el mismo individuo enruanado que disparó sobre Bonell.

De lo dicho por la Garzón y de otras referencias contenidas en las diligencias penales, se sabe que entre Demetrio Ballesteros y los Bonell existía una grave enemistad porque anteriormente habían ocurrido entre las dos familias actos de violencia.

De todo esto se concluye que como prueba indicativa de uno de los autores del crimen, únicamente podría aceptarse el testimonio de Margarita Garzón, puesto que ella identificó en Caldas a la persona que en su dicho testimonio ratificado señaló como autor de los disparos que segaron la vida de Bonell. De las otras declaraciones ratificadas (pues las que no lo fueron no puede apreciarlas la Sala por las razones ya expuestas), nada se deduce en cuanto a la determinación de los ejecutores del homicidio, porque la Zamudio y los dos González no los señalan en forma clara y concreta; y porque lo dicho por estos últimos en sus declaraciones adicionales de las diligencias de ratificación, no tiene validez. Pero ocurre que el testimonio de la Garzón no constituye plena prueba, según el artículo 696 del C. J. y, de otra parte, una grave y tremenda duda surge, de todo el acervo probatorio, acerca de la persona o personas que consumaron el homicidio.

En efecto: probado está con el dictamen de los médicos legistas que fue una sola la herida que causó la muerte de Bonell. Caldas y Bernal confiesan que ambos dispararon y sotienen que Ballesteros también disparó, lo que podría ser posible si se considera la enemistad entre éste y el occiso y el comportamiento del mismo Ballesteros aquella noche, a prometerles a los detectives indicarles a "El Palillo" y señalar, según lo aseveran algunos declarantes, a Bonell. Cabe entonces preguntar: ¿cuál de los tres fue el autor del disparo mortal?

Fácilmente se comprende que esta duda, de tan marcadas y profundas características, impide al fallador civil declarar la responsabilidad extracontractual e indirecta de la Nación, y sin tal declaratoria caen por su base las prestaciones demandadas por los actores, puesto que la obligación de reparar los perjuicios morales y materiales se genera en el hecho de haber sido cometido el acto dañoso por empleados o dependientes de la entidad demandada, y en la omisión, por parte de ésta, del cuidado en la elección y vigilancia de aquellos. Y se dice que la duda impide la declaratoria de responsabilidad porque si el autor del

disparo mortal fue Ballesteros ninguna culpabilidad tendría el Estado, desde luego que Ballesteros no ejercía la noche del doloroso suceso ningún cargo oficial dependiente de la Nación. Siendo esto así, tampoco podría tener aplicación el artículo 665 del C. Judicial, pues para que los indicios no necesarios de que trata este precepto formen plena prueba es indispensable que todos ellos sean "graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido". (Subraya la Sala). Por estas razones se impone la absolución de la parte demandada en atención al precepto contenido en el artículo 601 del código citado, según el cual "las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal, y, a falta de ésta, en consonancia con los principios generales de equidad, conforme a los cuales cualquier duda en esta materia se resuelve a favor del demandado".

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo de 31 de julio de 1956 proferido en este proceso por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.



INTERRUPCION TRANSITORIA DE TERMINOS. — EL INCIDENTE DE ACUMULACION DE AUTOS PUEDE PROMOVERSE EN CUALQUIER ESTADO DEL JUICIO.—LA ACUMULACION DE PROCESOS NO PRIVA A LAS PARTES DEL EJERCICIO DE NINGUN DERECHO

1 — Sabido es que nuestro sistema procesal se estructura por etapas de tiempo determinado, para que dentro de ellas se realicen los actos previstos para cada acción, según su naturaleza. (En el juicio ordinario ellas van; desde la presentación de la demanda hasta que se traba la litis, luégo la del término probatorio, y finalmente la de los alegatos de conclusión). Pero además de ese desarrollo general de la acción, la ley ha previsto también la ocurrencia de incidentes que puedan promoverse, ya dentro de una determinada etapa, por ser de solución pertinente a ella, o bien en cualquier estado del juicio antes de producirse el fallo.

Todo acto de postulación en el curso de una de las etapas del proceso, y entre ellos el que se dirige a promover un incidente, interrumpe necesàriamente el término MATEMATICO que se está corriendo, sin que tal interrupción signifique una violación de la ley por no estar prevista dentro de las causales taxativas de interrupción de términos, sino que apenas representa el natural compás de espera que forzosamnete ocurre cuando al formularse una petición cualquiera ha de decidirse sobre ella. Estas interrupciones, por ser de obvia y natural ocurrencia, y por no tener influencia decisiva sobre la marcha normal del proceso, no están consideradas ni reglamentadas en el Código de Procedimiento; pero la jurisprudencia, basada en la práctica y en la realidad objetiva que se contempla en la tramitación de los juicios, las ha tenido en cuenta para descontarlas del término en curso al efectuar en casos concretos un cómputo de tiempo. Y es porque la interrupción transitoria del término que se esté corriendo, está determinada no sólo porque así lo impone la necesidad de las partes de formular peticiones que están dentro del razonable ejercicio de los derechos procesales en cualquier instante, y del deber del juzgador de resolverlas oportunamente, sino porque en nada aminoran el término ordinario y los comunes del juicio. Estaría por demás en esta providencia hacer una enumeración de los muchos actos procesales que en esas condiciones se cumplem, sin que por ello se infiera agravio a las partes ni se desconozcan sus legítimos intereses dentro del proceso.

2 — No puede entenderse la disposición expresa del artículo 402 del Código Judicial, que estatuye que el incidente de acumulación de autos puede promoverse en cualquier estado del juicio, en el sentido de que sólo procede hacerlo al concluír uno de los ciclos procesales y antes de comenzar el siguiente, como parece darlo a entender el auto que se revisa, pues lo mismo podría afirmarse sin razón alguna respecto de otros incidentes como el de nulidad, el de impedimentos y recusaciones, etc. los cuales se proponen también en cualquier momento y deben surtirse en su totalidad antes de proseguir la actuación.

Pero no solamente del texto del artículo 402 puede concluírse que implícitamente se autoriza la suspensión transitoria de cualquier etapa del juicio. Si se armoniza tal norma con la del artículo 409 del mismo código, se verá claramente la voluntad de la ley sobre la suspensión. Porque si el Juez que conoce del proceso que va a acumularse debe suspender el curso del juicio inmdiatamente que reciba el oficio en que se le pide la remisión del expediente, sin que para ello valga el argumento de que no puede suspender el trámite porque se está corriendo un término, con el mismo o idéntico criterio, y aun con mayor razón, el juez a quien se dirige la solicitud de acumulación debe atenderla y decidirla aunque para ello deba interrumpir momentáneamente la etapa procesal que se esté corriendo. En nada se perjudican los derechos de las partes así sea que se acepte la acu-

mulación o que se deniegue, porque el trámite del juicio habrá de surtirse en toda su plenitud.

Al interpretar de tal manera la ley procedimental sobre la suspensión natural de términos para resolver las cuestiones incidentales que se presenten, y aceptar su conformidad con la ley, la jurisprudencia no ha hecho otra cosa distinta a la de aplicar con toda propiedad el principio que se expresa en el artículo 472 del Código Judicial, que dice: "Los funcionarios del órgano judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales..."

3 — La reunión de causas es uno de los actos procesales que beneficia directamente a las partes litigantes, porque ella cumple el fin primordial de la justicia, que es el de lograr la eficacia del derecho con el mínimo de actividad jurisdiccional. O en otros términos: la acumulación no priva el ejercicio de ningún derecho, ni exime de ninguna carga a las partes. Todo el trámite pertinente a cada uno de los procesos acumulados ha de cumplirse, aunque con el beneficio para los litigantes de una mayor economía procesal. No es pues exacto que el estudio de la solicitud de acumulación hecha por la Procuraduría, prive a las partes del derecho de alegar de conclusión.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor José Jaramillo Giraldo)

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil solicitó la acumulación del juicio seguido por la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la Nación y la Texas Petroleum Company, que sustancia el Magistrado ponente de esta providencia, al adelantado entre las mismas partes de que conoce, en la misma calidad de sustanciador, el señor Magistrado doctor Abelardo Gómez Naranjo. Este en providencia de 7 de mayo último, se abstiene de darle curso a la solicitud de acumulación, hasta tanto se hayan surtido los traslados para alegar de conclusión en ese negocio.

Inconforme con esa decisión, el señor Procurador ha interpuesto el recurso de súplica para que se revoque, y en su lugar se ordene el trámite de la acumulación pedida.

Examinadas con detenimiento las razones en que se apoya la providencia recurrida, halla la Sala que no se conforman con los ordenamientos legales en la materia, ni con los principios que la gobiernan.

En efecto: la consideración principal del auto es la de que, al tramitarse la solicitud de acumulación, se suspendería el término de los traslados para alegar, con la consecuencia "de privar a la Nación demandada y a la Compañía demandante de hacer uso del derecho de alegar de conclusión". Dos proposiciones se advierten en tal planteamiento: a) que se suspende el curso de una etapa del proceso, como es la correspondiente a los alegatos escritos de las partes, y b) que se privaría a dichas partes de hacer uso del derecho de alegar.

No puede negarse que la primera proposición es evidente, pero en ningún caso la suspensión transitoria que se produce es contraria a la ley, por las siguientes razones:

Sabido es que nuestro sistema procesal se estructura por etapas de tiempo determinado, para que dentro de ellas se realicen los actos previstos para cada acción, según su naturaleza. (En el juicio ordinario ellas van: desde la presentación de la demanda hasta que se traba la litis, luégo la del término probatorio, y finalmente la de los alegatos de conclusión). Pero además de ese desarrollo general de la acción, la Ley ha previsto también la ocurrencia de incidentes que pueden promoverse, ya dentro de una determinada etapa, por ser de solución pertinente a ella, o bien en cualquier estado del juicio antes de producirse el fallo.

Todo acto de postulación en el curso de una de las etapas del proceso, y entre ellos el que se dirige a promover un incidente, interrumpe necesariamnte el término matemático que se esté corriendo, sin que tal interrupción signifique una violación de la ley por no estar prevista dentro de las causales taxativas de interrupción de términos, sino que apenas representa el natural compás de espera que forzosamente ocurre cuando al formularse una petición cualquiera ha de decidirse sobre ella. Estas interrupciones, por ser de obvia y natural ocurrencia, y por no tener influencia decisiva sobre la marcha normal del proceso, no están consideradas ni reglamen-

tadas en el Código de Procedimiento; pero la jurisprudencia, basada en la práctica y en la realidad objetiva que se contempla en la tramitación de los juicios, las ha tenido en cuenta para descontarlas del término en curso al efectuar en casos concretos un cómputo de tiempo. Y es porque la interrupción transitoria del término que se esté corriendo, está determinada no sólo porque así lo impone la necesidad de las partes de formular peticiones que están dentro del razonable ejercicio de los derechos procesales en cualquier intento, y del deber del juzgador de resolverlas oportunamente, sino porque en nada aminoran el término ordinario y los comunes del juicio. Estaría por demás en esta providencia hacer una enumeración de los muchos actos procesales que en esas condiciones se cumplen, sin que por ello se infiera agravio a las partes ni se desconozcan sus legítimos intereses dentro del proceso.

No puede entenderse la disposición expresa del artículo 402 del Código Judicial, que estatuye que el incidente de acumulación de autos puede promoverse en cualquier estado del juicio, en el sentido de que sólo procede hacerlo al concluír uno de los ciclos procesales y antes de comenzar el siguiente, como parece darlo a entender el auto que se revisa, pues lo mismo podría afirmasse sin razón alguna respecto de otros incidentes como el de nulidad, el de impedimentos y recusaciones, etc. los cuales se proponen también en cualquier momento y deben surtirse en su totalidad antes de proseguir la actuación.

Pero no solamente del texto del artículo 402 puede concluírse que implícitamente se autoriza la suspensión transitoria de cualquier etapa del juicio. Si se armoniza tal norma con la del artículo 409 del mismo código, se verá claramente la voluntad de la ley sobre la suspensión. Porque si el juez que conoce del proceso que va a acumularse debe suspender el curso del juicio inmediatamente que reciba el oficio en que se le pide la remisión del expediente, sin que para ello valga el argumento de que no puede suspender el trámite porque se está corriendo un término, con el mismo e idéntico criterio, y aun con mayor razón, el juez a quien se dirige la solicitud de acumulación debe atenderla y decidirla aunque para ello deba interrumpir momentáneamente la etapa procesal que se esté corriendo. En nada se perjudican los derechos de las partes así sea que se acepte la acumulación o que se deniegue, porque el trámite del juicio habrá de surtirse en toda su plenitud..

Al interpretar de tal manera la ley procedimental sobre la suspensión natural de términos para resolver las cuestiones incidentales que se presenten, y aceptar su conformidad con la ley, la jurisprudencia no ha hecho otra cosa distinta a la de aplicar con toda propiedad el principio que se expresa en el artículo 472 del Código Judicial, que dice: "Los funcionarios del órgano judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales..."

En cuanto a la segunda proposición destacada arriba, del argumento que fundamenta el auto recurrido, menos se patentiza en el fenómeno de la acumulación. Porque es obvio decir, que la reunión de causas es uno de los actos procesales que beneficia directamente a las partes litigantes, porque ella cumple el fin primordial de la justicia, que es el de lograr la eficacia del derecho con el mínimo de actividad jurisdiccional. O en otros términos: la acumulación no priva el ejercicio de ningún derecho, ni exime de ninguna carga a las partes. Todo el trámite pertinente a cada uno de los procesos acumulados ha de cumplirse, aunque con la significación para los litigantes de una mayor economía procesal. No es pues exacto que el estudio de la solicitud de acumulación hecha por la Procuraduría, prive a las partes del derecho de alegar de conclusión.

Estas razones llevan a la Sala a revocar, como en efecto REVOCA el auto suplicado, disponiendo en su lugar que por el Magistrado sustanciador se ordene el trámite pertinente a la acumulación pedida por la Nación.

Cópiese y notifíquese.

Manuel Buenahora — José Jaramillo Giraldo Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

INFLUENCIA QUE EN MATERIA CIVIL PUEDEN TENER LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL. — A LA PERSONA MORAL NO SE LE PUEDE IMPUTAR LA COMISION DE UN DELITO O CULPA PARA COMPROMETER SU RESPONSABILIDAD EN FORMA DIRECTA.—NO HAY SERVIDOR PUBLICO, POR ALTA QUE SEA SU CATEGORIA Y POR IMPORTANTES QUE SEAN LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑE, QUE PUEDA CONFUNDIRSE CON LA PERSONA MORAL DE DERECHO PUBLICO, LLAMESE NACION, DEPARTAMENTO O MUNICIPIO.—CORRESPONDE AL PERJUDICADO DEMOSTRAR EL ACTO CULPOSO DEL TRANSPORTADOR BENEVOLO

1 — Habiéndose declarado por sentencia definitiva, que al sindicado —conductor del vehículo accidentado de propiedad de la Nación, que ocasionó las lesiones y posterior defunción del familiar de los demandantes—, no le es imputable la comisión de culpa en el accidente, y siendo unos mismos los principios externos y psicológicos que configuran del mismo modo la culpa civil y la infracción penal culposa, no sería posible desconocer o nó respetar la decisión penal, afirmando la existencia de una culpa en el campo civil con una REVALORACION de los elementos de prueba que tuvo en cuenta el juzgador penal. No sucedería lo mismo si se tratase de un sobreseimiento por falta o insuficiencia de pruebas sobre la culpa, pues en tal caso, al juicio civil puede el actor aducir las que estime convenientes en ese sentido, y el Juez está en el deber de examinarlas y justipreciarlas sin temor de que, al hallar probada la culpa, incurra en fallo contradictorio con el sobreseimiento. Estos conceptos han sido expresados de diverso modo en esta corporación, por sus distintas Salas.

2 — Adelantado un juicio, nó contra el sujeto pasivo de la acción penal que fue sobreseído definitivamente, sino contra la Nación de la cual aquél era dependiente o subordinado, ésta al tenor de los artículos 2347 y 2349 del CC. responde por el hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado y vigilancia. Tal responsabilidad radica, pues, en que estando obligada la persona moral a seleccionar sus agentes y dependientes y vigilar su conducta en el ejercicio de sus funciones, no ha puesto el cuidado y diligencia necesarios para impedir el hecho dañoso. Y consecuencialmente, no gravitará dicha responsabilidad, cuando a pesar de haber cumplido a cabalidad con sus deberes de selección y vigilancia, no tuvo medios para impedir el daño, bien porque se produjo a causa de un hecho extraño, por fuerza mayor o caso fortuito, o por culpa exclusiva de la propia víctima.

La circunstancia de no existir en la legislación nacional disposiciones expresas acerca de la manera como las entidades de derecho público comprometen su responsabilidad civil por culpa extracontrato, ha dado origen a que se apliquen a ellas las normas generales sobre la materia contenidas en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil, el primero de los cuales consagra inequívocamente la responsabilidad DIRECTA cuando estatuye que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; y el segundo la responsabilidad INDIRECTA, cuando consagra que toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para efectos de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Se ha sostenido que las entidades de derecho público comprometen su responsabilidad de ambas maneras; directamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; e indirectamente cuando tales actos u omisiones provienen de simples dependientes o subordinados. La Corte, en su Sala de Negocios Generales, adoptó ese criterio por primera vez, en su sentencia de 15 de mayo de 1944.

Sin vacilaciones la Sala reafirma hoy el criterio de que la única fuente aceptable para aplicar la concepción de la culpa civil extracontractual a los casos en que ella es imputada al Estado, es la norma expresa

del artículo 2.347 del Código Civil, o sea la que consagra la responsabilidad INDIRECTA. No tiene soporte jurídico verdadero la clasificación de los servidores públicos en "funcionarios órganos y "funcionarios dependientes o subordinados". No hay servidor público, por alta que sea su categoría y por importantes que sean las funciones que desempeñe, que pueda confundirse con la persona moral de derecho público, llámese Nación, Departamento o Municipio. El servidor público será siempre un ejecutor de los ordenamientos de la persona moral, que sólo se hacen a través de sus ORGANOS CONSTITUCIONALES. Resulta inadecuado, por no corresponder a realidad alguna, nominar a un servidor público "funcionario - órgano", como si hubiese una sola persona dentro del Estado que, independientemente de las instituciones o de los demás servidores, pudiera "encarnar" la voluntad del organismo todo, o ser consustancial con él. Ya la Sala había anticipado estos conceptos: "No puede decirse con propiedad que los agentes de una persona moral, de cualquier categoría que sean, carecen de toda personalidad porque se confunden con la persona jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la persona moral, y que por eso es directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origine". Y como esto es evidente y cierto, a la persona moral no se le pude imputar la comisión de un delito o culpa para comprometer su responsabilidad en forma directa, puesto que sólo las personas físicas que le sirven son capaces de producir esos actos.

3 — Comprometiéndose la responsabilidad civil extracontractual del transportador benévolo por el acto culposo que ocasiona el daño del pasajero, sería improcedente aplicar la teoría de la culpa presunta; y, en consecuencia, corresponde al perjudicado demostrar dicha culpa para que la acción incoada en esas circunstancias prospere.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio cuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor José Jaramillo Giraldo)

Ante el Tribunal Superior de San Gil las señoras María Elena Linares v. de Peña, Josefina Peña de Santander e Inés Peña Linares, iniciaron con fecha 22 de noviembre de 1952 juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios derivados de culpa civil extracontractual contra la Nación, el cual fue adelantado por los trámites legales y culminó con el fallo que lleva fecha 19 de diciembre de 1955, mediante el cual se niegan las declaraciones y condenas pedidas en la demanda y se absuelve a la Nación de los cargos formulados en ella. El actor apeló de esta decisión y en tal virtud llegó el expediente a la Corte para su conocimiento y decisión en segunda instancia.

Las súplicas que contiene la demanda son las siguientes:

"PRIMERO: Que la Nación es responsable civilmente de la muerte del doctor Alberto Peña Olaya, acaecida el 17 de junio de mil novecientos cincuenta y uno en la ciudad de San Gil, a consecuencia de las lesiones que sufrió al accidentarse y volcarse el vehículo que lo conducía, que era de la Nación e iba manejado por el soldado del ejército, señor Jorge Chibuque Venegas, cuya culposa actuación ocasionó el accidente.

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación a pagarles a mis mandantes, las señoras María Elena Linares v. de Peña y Josefina Peña de Santander y la señorita Inés Peña Linares, el valor de los perjuicios morales subjetivos (pretium doloris) y objetivados, provenientes del hecho dañoso antes descrito, por la cantidad de doscientos mil pesos moneda legal, o la que señalen los peritos en el juicio, o la que el H. Tribunal indique, pago que deberá hacerse dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, o dentro del término acordado en la sentencia, previa presentación de la correspondiente cuenta de cobro; y

"TERCERO: Que como consecuencia de la misma declaración, se condene a la Nación a pagarles a mis poderdantes el valor de los perjuicios materiales causados por el evento de que se ha hecho mérito, por la suma de cien mil pesos moneda legal, o la que pericialmente se determine en el juicio, o señale el sentenciador, pago que ha de efectuarse en los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo, o dentro del plazo que la sentencia disponga, mediante la presentación de la cuenta de cobro".

Los hechos que fundamentan las anteriores peticiones, y en cuanto al accidente se refieren, están consignados en los numerales 4º, 5º y 6º del libelo, y son del tenor siguiente:

"De acuerdo con órdenes e instrucciones espe-

ciales impartidas por el Comando de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Bucaramanga, la Dirección del Grupo de Artillería Galán Nº 5 del Socorro, resolvió organizar una serie de encuentros deportivos, destinados a fomentar el espíritu deportivo y la cordialidad entre el Ejército y la ciudadanía y como medida tendiente a estimular y procurar la tranquilidad y la pacificación... En desarrollo de este programa, el Comando del Grupo Galán Nº 5 del Socorro organizó con algunos profesionales de esta ciudad la celebración de una partida de football, la que debía efectuarse el diecisiete de junio de mil novecientos cincunta y uno en la ciudad de San Gil. Para facilitar el transporte de algunas unidades de tropa y de particulares vinculados a la partida, el Comando dispuso agregar al número de máquinas que se dirigían ese día del Socorro a San Gil a la partida mencionada, el picok del grupo, cuya conducción fue encomendada oficialmente al soldado Jorge Eduardo Chibuque, quien hacía el oficio de chofer al servicio del citado Grupo de Artillería. La máquina emprendió el viaje llevando en la cabina tres civiles y el conductor, y más de diez pasajeros en el platón, entre los últimos el doctor Alberto Peña Olaya..."

"...La máquina guiada por el soldado Chibuque, avanzaba en forma corriente, sin dificultades ni inconvenientes de ninguna clase, en asocio de los demás vehículos que marchaban a San Gil a la partida, pero al tiempo de llegar a pocos kilómetros de esta ciudad, el conductor falto de pericia, bien sea por la excesiva velocidad o por el medio acosado en que iba manejando, pues convino en aceptar en la cabina tres pasajeros, cuando apenas podían caber dos y su persona sin riesgo de ir a perjudicar los propios movimientos, luego de marcar una curva, empezó a maniobrar con torpeza a diestra y siniestra, saliéndose de la cuneta, terminando por estrellar el vehículo contra una piedra grande que existe en la orilla de la carretera, en donde sufrió aparatosa volcada. El accidente se produjo en momento en que la máquina se hallaba en malas condiciones de funcionamiento y cuando la carretera se encontraba despejada y ni había cruce con vehículos ni peatones...

"...A consecuencia de los hechos relatados en el punto anterior, varias personas resultaron lesionadas, entre ellas en forma mortal, el doctor Alberto Peña Olaya quien vino a quedar debajo de la carrocería, de donde fue recogido y llevado en estado de inconsciencia, al Hospital de San Gil, en donde a pesar de los múltiples esfuerzos de los médicos, doctores Rito A. Puentes Gómez y Olegario Cárdenas, falleció horas después del accidente".

La parte actora, además de las pruebas relativas al nexo familiar de las demandantes con la víctima, adujo otras relacionadas con el daño y los hechos que lo produjeron. La Nación allegó, aunque extemporáneamente dentro de la primera instancia, copia de las providencias recaídas al proceso penal que se siguió al soldado Jorge Eduardo Chibuque, mediante las cuales fue sobreseído definitivamente del delito y culpa de que se le sindicó por razón de los mismos hechos de que trata este juicio.

Corresponde a la Corte revisar el fallo pronunciado por el Tribunal del conocimiento, en segunda instancia, y a ello procede por cuanto el trámite propio del recurso se surtió plenamente.

Consideraciones de la Sala

La circunstancia de mediar el sobreseimiento definitivo pronunciado a favor de Jorge Eduardo Chibuque, soldado en servicio activo del Grupo de Artillería Galán Nº 5, quien el 17 de junio de 1951 manejaba el vehículo que al volcarse produjo las lesiones que causaron luego la muerte del doctor Alberto Peña Olaya, determina a la Sala a entrar directamente al estudio de la influencia que la decisión de los jueces del ramo penal tenga sobre el juicio civil que aquí se adelanta contra la Nación por la ocurrencia de aquellos hechos.

Se investigó la responsabilidad penal de Jorge Eduardo Chibuque por violación de la norma contenida en el artículo 148, inciso 1º, del Código de Justicia Penal Militar, y en el estudio de las probanzas se llegó a la conclusión de estar demostrados los elementos materiales del delito, mas no así la responsabilidad del sindicado, analizados los elementos intencional o culposo. Dice así el fallo de última instancia:

"CUERPO DEL DELITO. — Está acreditado suficientemente en el proceso el accidente de tránsito y que como consecuencia en de él pereció el doctor Alberto Peña Olaya... Todo ello con declaraciones múltiples de testigos presenciales y con la partida de defunción del doctor Peña Olaya... RESPONSABILIDAD. — Se imputó responsabilidad al chofer Chibuque Venegas por ser el conductor del vehículo accidentado. Sin embargo a través del proceso no se encuentra prueba de la responsabilidad de los delitos de homicidio y de lesiones personales, por cuanto

no hubo intención dolosa de ninguna clase; no hay ninguna prueba sobre ella y es lógico que ésta no se puede presumir sino que hay que probarla, bien directamente o bien indirectamente mediante la prueba indiciaria. Sentado lo anterior, resta sólo examinar si cabe en el presente caso el concepto de culpa. La culpa consiste en la imprevisión de lo previsible y se presenta 'cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos' (Art. 12 del CP.) 'Los caracteres de la culpa en la ley y en la doctrina actual (dice la Corte Suprema de Justicia) se concretan a la imprevisión de los efectos nocivos del acto cuando son de por sí previsibles, y a la confianza imprudente en evitarlos si fueron previstos'. De manera que para saber si hubo culpa en el accidente, es necesario saber cuáles fueron las causas de él para saber si ellas fueron debidas a imprevisión del conductor del vehículo, o por el contrario fue un caso fortuito. Está demostrado que el chofer Chibuque no violó ninguna disposición sobre tránsito, por cuanto estaba autorizado para conducir vehículos automotores, pues tenía licencia de las autoridades de tránsito y lo hacía en cumplimiento de una orden superior que como soldado del ejército debía obedecer. La velocidad que llevaba era normal en carretera conforme se deduce de los doctores (sic) Saúl Rugeles (F. 48 Cuaderno 1) y Federico Cortés (F. 6 cuaderno 2), y del dictamen pericial que aparece al folio 11 del cuaderno segundo. El chofer estaba en completo estado de salud y perfecto goce de sus facultades mentales, no habiendo ingerido ninguna clase de licor. Se produjo el accidente única y exclusivamente por una casualidad imprevisible para él, y fue la de que, tal vez debido al numeroso grupo de civiles que subieron al vehículo en la parte de atrás, éste comenzó a dar coleadas que descontrolaron la dirección y a que una piedra situada a la orilla de la carretera hizo que la camioneta diera un vuelco sobre sí misma, todo ello imprevisible para el conductor. A todo esto se agrega el hecho de que contra la voluntad del mismo Chibuque, había subido a la camioneta más del número de personas que normalmente caben en ellas, las que acosaron a éste en tal forma que dificultaron las maniobras de conducción. En consecuencia de lo anterior, se tiene que tampoco se puede deducir culpa en el sindicado y por ello se dictó por el Juez a-quo el sobreseimiento ordenado en los Arts. 373 y 374 del C. de J P M auto que este Comando, como Juez de Segunda Instancia, encuentra ajustado a las normas legales y a la realidad procesal, por lo cual se ha de confirmar..."

Si la presente acción de responsabilidad civil extracontractual se hubiera dirigido contra la persona de Jorge Eduardo Chibuque, en presencia del sobreseimiento definitivo, tendría que declararse exento de culpa civil, o mejor, no responsable de los perjuicios de orden patrimonial causados a los demandantes, porque la culpa civil —en el caso que se estudia— estaría caracterizada por la negligencia, falta de cuidado imprevisión, factores éstos que están comprendidos dentro de la noción de culpa penal que define el artículo 12 del Código de la materia. El artículo 2341 del Código Civil —que sería la norma aplicable en la acción directa contra el conductor del vehículo accidentado— establece que el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización. Habiéndose declarado por sentencia definitiva, previo examen de pruebas suficientes, como se ha visto, que al sindicado Chibuque no le es imputable la comisión de culpa en el accidente, y siendo unos mismos los principios externos y psicológicos que configuran del mismo modo la culpa civil y la infracción penal culposa, no sería posible desconocer, o nó respetar la decisión penal, afirmando la existencia de una culpa en el campo civil con una **revaloración** de los elementos de prueba que tuvo en cuenta el juzgador penal. No sucedería lo mismo si se tratase de un sobreseimiento por falta o insuficiencia de pruebas sobre la culpa, pues en tal caso, al juicio civil puede el actor aducir las que estime convenientes en ese sentido, y el Juez está en el deber de examinarlas y justipreciarlas sin temor de que, al hallar probada la culpa, incurra en fallo contradictorio con el sobreseimiento. Estos conceptos han sido expresados de diverso modo en esta corporación por sus distintas Salas. A la de casación penal corresponde este pasaje: "La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal no se funda propiamente en el principio de la cosa juzgada, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos —el penal y el civil— no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de personas. Se basa sobre todo en una razón de orden público representada simbólicamente en el interés que tiene el estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción, proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificado con igual au-

toridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública. La calificación jurídica de un homicidio inevitable o causal, realizado de manera involuntaria por parte de su autor, hecha en un fallo definitivo con autoridad de cosa juzgada, no puede ser ignorado ni desconocido por los jueces civiles que, para declarar una condena civil por perjuicios, tendría fatalmente que reconsiderar la culpa del victimario, para decidir sobre su obligación de indemnizar perjuicios. Pero conviene limitar el concepto para evitar erradas interpretaciones. La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada, en materia criminal está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesario y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De ahí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente". Concretando estas tesis al caso de autos, resultaría pues inconciliable deducir culpa civil a Jorge Eduardo Chibuque, cuando se declaró en el proceso criminal seguido por los mismos hechos que sustentan esta acción, que dicho sujeto no había incurrido en culpa.

Pero el presente juicio se ha adelantado, no contra el sujeto pasivo de la acción penal que fué sobreseído definitivamente, sino contra la Nación de la cual aquél era dependiente o subordinado; acción que tiene su fundamento en el principio general que consagran los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, según el cual toda persona natural o jurídica responde por el hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado y vigilancia. Tal responsabilidad radica, pues, en que estando obligada la persona moral a seleccionar sus agentes y dependientes y vigilar su conducta en el ejercicio de sus funciones, no ha puesto el cuidado y diligencia necesarios para impedir el hecho dañoso. Y consecuencialmente, no gravitará dicha responsabilidad, cuando a pesar de haber cumplido a cabalidad con sus deberes de selección y vigilancia, no tuvo medios para impedir el daño, bien porque se produjo a causa de un hecho extraño, por fuerza mayor o caso fortuito, o por culpa exclusiva de la propia víctima.

La circunstancia de no existir en la legislación nacional disposiciones expresas acerca de la manera como las entidades de derecho público comprometen su responsabilidad civil por culpa extracontrato, ha dado origen a que se apliquen a ellas las normas generales sobre la materia contenidas en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil, el primero de los cuales consagra inequívocamente la responsabilidad **directa** cuando estatuye que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; y el segundo la responsabilidad **indirecta,** cuando consagra que toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para efectos de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Se ha sostenido que las entidades de derecho público comprometen su responsabilidad de ambas maneras: directamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; e indirectamente, cuando tales actos u omisiones provienen de simples dependientes o subordinados. La Corte, en su Sala de Negocios Generales, adoptó ese criterio por primera vez, en su sentencia de 15 de mayo de 1944, expresándolo en los siguientes categóricos términos: "Para distinguir los órganos de los demás agentes en las personas morales privadas o públicas, la Corte adopta el siguiente criterio: habrá **órgano** de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que dirige', y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios mas no sus órganos. Resumiendo el pensamiento de Planiol y Ripert, que es el de la Corte, puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarnar la voluntad del Estado. Hay empleados públicos que no son **funcionarios,** y dentro de los funcionarios puede haber algunos que dentro del ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad". Y con base en tal distingo concretó la Sala su pensamiento acerca de la forma como se produce la responsabilidad en el siguiente pasaje: "Si el órgano obra o deja de obrar, eligiendo o vigilando mal al agente, su culpa, la del órgano, es indirecta mediata, respecto del acto cumplido por el agente. En cambio, hay responsabilidad directa de la persona moral por la acción u omisión de sus órganos, cuando el hecho dañoso lo ejecutan o en la omisión incurren las personas que forman dichos órganos, o porque llevan ellas su voluntad sobre el agente obligándolo a obrar o no obrar en determinado sentido, en un caso especial".

Esta doctrina rígida y un tanto dogmática, llevada a la práctica, es decir, al aplicarla a los ca-

sos concretos de que luego hubo de conocer la administración de justicia en sus diversos organismos, resultó inoperante por la dificultad natural de distinguir y clasificar con precisión las mencionadas categorías de servidores públicos, y por eso los juzgadores en su deseo de desentrañar el verdadero contenido jurídico del problema, se apartaron de ella para adentrarse en nuevas modalidades y teorías que el problema les sugería.

Una síntesis admirable de esa evolución de la jurisprudencia nacional es la que el señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Manuel M. Rozo, ha hecho con motivo de un negocio similar. A ella pertenecen los siguientes pasajes:

"Esta doctrina sostenida por algún tiempo sin variación ninguna, aceptó, a partir del año de 1949 nuevos conceptos en cuanto a la extensión de la responsabilidad directa del Estado, introduciéndose la modalidad de las 'faltas del servicio', criterio que desvincula este tema de la noción civil de la culpa, para proyectarlo en los campos del Derecho Administrativo. Y más tarde, a partir del año de 1950, se apartó totalmente la fuente de la responsabilidad de las normas civiles que le venían sirviendo a nuestra jurisprudencia de asidero legal, para colocarla definitivamente en el concepto de las 'faltas del servicio público', criterio administrativo totalmente divorciado de la noción civil de la culpa... Mediante tal orientación, la responsabilidad de las personas morales de derecho público pasó a ser exclusivamente **directa**, y gobernada desde el punto de vista legal por el artículo 2.341 del Código Civil que solamente señala la obligación de indemnizar por los delitos y las culpas indiscriminadamente, pero es ineficaz por sí solo para afrontar como fuente jurídica el delicado tema de la responsabilidad de la persona moral de derecho público en toda su extensión y a la luz de nuestro derecho positivo".

Y agrega el ilustre funcionario de la Procuraduría, doctor Rozo, que esta última concepción del fenómeno en estudio, fue calificado en reciente doctrina de la Corte, de demasiado general en sus términos y peligroso por lo rígido y falto de matices, que pugna con la variada gama de situaciones que se presentan en el campo de la responsabilidad extracontractual, especialmente con motivo de actos dañosos realizados por personas naturales que comprometen la responsabilidad de la Administración pública. "Así es que —continúa—, la doctrina de esa H. Corte ha regresado al criterio de la responsapilidad dual del Estado, subdividida en directa e indirecta, según que sea el funcionario-órgano o el funcionario-dependiente el causante del hecho culposo y originario de la responsabilidad".

Y para finalizar, conceptúa el señor Procurador: "Mientras no se reglamente mediante leyes especiales esta delicada materia de la responsabilidad extracontractual de la persona moral de derecho público, que ocasiona tan variados pareceres en su fuente doctrinaria y vacilación en el juzgador para regular el hecho y aplicar la ley por carencia de textos positivos expresos, sería conveniente que la jurisprudencia se orientara por los cauces tradicionales que abrieron tan ancha y generosa vena de obligaciones a cargo de la Nación. La primitiva doctrina tan juiciosa y erudita, quiso afianzarse en los ordenamientos de la ley para no salirse de la concepción civil de la culpa, que es la única fuente en nuestro derecho positivo para generar la responsabilidad extracontractual. Por tal motivo, no pudo ver en la responsabilidad de la persona moral, más que la aplicación **indirecta** de la noción de culpa, como que el hecho generador de ella no puede ser cometido sino por la persona física y no por el ente ficticio creado por la ley".

Sin vacilaciones la Sala reafirma hoy el criterio de que la única fuente aceptable para aplicar la concepción de la culpa civil extracontractual a la norma expresa del artículo 2.347 del Código Civil, o sea la que consagra la responsabilidad los casos en que ella es imputada al Estado, es indirecta. No tiene soporte jurídico verdadero la clasificación de los servidores públicos en "funcionarios - órganos" y "funcionarios - dependientes o subordinados". No hay servidor público, por alta que sea su categoría y por importantes que sean las funciones que desempeñe, que pueda confundirse con la persona moral de derecho público, llámese nación, departamento o municipio. El servidor público será siempre un ejecutor de los ordenamientos de la persona moral, que sólo se hacen a través de sus **órganos constitucionales.** Resulta inadecuado, por no corresponder a realidad alguna, nominar a un servidor público "funcionario-órgano", como si hubiese una sola persona dentro del Estado que, independientemente de las instituciones o de los demás servidores, pudiera "encarnar" la voluntad del organismo todo, o ser consustancial con él. Ya la Sala había anticipado estos conceptos: "No puede decirse con propiedad que los agentes de una persona moral, de cualquier categoría que sean, carecen de toda personalidad porque se confunden con la persona jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la persona moral, y que por eso es directa y

exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origine". Y como esto es evidente y cierto, a la persona moral no se le puede imputar la comisión de un delito o culpa para comprometer su responsabilidad en forma directa, puesto que sólo las personas físicas que le sirven son capaces de producir esos actos.

Se demanda pues a la Nación en este caso como responsable indirecta del daño cuya indemnización se pide, y como ha de excluírse de la imputación de culpa al soldado Chibuque Venegas por haberse declarado judicialmente su inculpabilidad en el accidente, y por tanto en el daño, ha de examinarse la conducta de los oficiales que intervinieron en los hechos mediatos al daño, para verificar si incurrieron en culpa por su parte, por acción u omisión, es decir por la forma como ordenaron la movilización del vehículo, por la escogencia del mismo, o por la falta de inspección y vigilancia en el transporte. Para ello es necesario definir previamente, si la carga procesal de la prueba con relación a la culpa corre a cargo de los demandantes o del demandado, de acuerdo con la naturaleza de los hechos que fundamentan la acción. En orden a definir este aspecto del juicio, halla la Sala pertinente la transcripción que hace el Tribunal del conocimiento, de las razones que expresó la Corte en providencia de 11 de enero de 1946 (G. J. LX 268 y ss.) para concluír que la prueba de la culpa corresponde en este caso al actor o demandante en el juicio.

"La complejidad de la época moderna ha abierto campo, paralelamente, a inquietantes problemas en el terreno jurídico. La vida de relación nos coloca frente a situaciones llamativas en el campo del derecho. Tales son las generadas por la prestación de un servicio gracioso, por la dispensa de una atención, o un acto de mera deferencia y cortesía, en el transporte. Tal vínculo social, esa relación mundana, no se ha perfilado con toda nitidez en la doctrina y en la jurisprudencia. En semejantes condiciones el transporte sale de la categoría de los actos a título oneroso para entrar en la de los actos benévolos, y 'es solamente entonces —dice Josserand— cuando se presenta con toda su dificultad y en toda su incertidumbre, el problema de la fuente, de la naturaleza y de la extensión de la responsabilidad del transportador'. Resulta inoperante invocar una responsabilidad contractual en el caso de un transporte benévolo, que sólo crea una situación potestativa, ya que el conductor complaciente no pretende contraer vínculo jurídico alguno, sino que realiza una atención o una mera cortesía. Por el contrario, la acción de responsabilidad por el ilícito que causa a otro un daño, sí tiene cabida en este orden de relaciones gratuitas. Por tanto su estudio debe subordinarse a la ocurrencia de las tres exigencias que han de cumplirse para que prospere la acción: un daño sufrido por el demandante, una culpa imputable al demandado, y una relación de causalidad entre estos dos extremos... En cuanto al **onus probandi**, nada es más equitativo que tomar en consideración la intención altruísta de quien favorece al amigo o acude en auxilio de una persona que se encuentra en circunstancias apremiantes. Una solución rigurosa en estos casos sería exhorbitante. De ahí se sigue que quien viaja por mera complacencia del transportador, que no está cobrando el precio del pasaje, tendrá derecho a la indemnización, al ocurrir un accidente, cuando demuestre que ha habido culpa por parte del transportador. Sería el **sunum jus** aplicar, en estas condiciones, una presunción de culpabilidad con el rigorismo tradicional".

Comprometiéndose la responsabilidad civil extracontractual del transportador benévolo por el acto culposo que ocasiona el daño del pasajero, de acuerdo con la doctrina transcrita sería improcedente aplicar la teoría de la culpa presunta por las razones allí anotadas y, en consecuencia, corresponde al perjudicado demostrar dicha culpa para que la acción incoada en esas circunstancias prospere.

Del haz probatorio traído a los autos se pone en evidencia que en virtud de disposiciones del Comando de la 5ª Brigada, con fines muy loables se organizaron unas justas deportivas, entre ellas una partida de foot-ball entre oficiales del Grupo de Artillería Galán Nº 5, del Socorro, y particulares, que debía llevarse a cabo el 17 de junio de 1951; en tal día se dispuso el traslado del Socorro a San Gil de los ciudadanos interesados en el encuentro deportivo, las madrinas, etc. No fueron suficientes los vehículos de la plaza, por lo que un oficial puso a disposición de elllos el **pick-up Nº 401, marca For**, de propiedad del Batallón, que luego resultó accidentado.

Es obvio que no puede verse ningún asomo de culpa en la iniciativa del Comando de la Brigada en la programación de los juegos deportivos ni en su desarrollo; luego habrá de buscarse ella exclusivamente en el acto del oficial que dispuso el transporte de personas en la camioneta del Batallón, porque en ese acto pudieron presentarse estos factores integrantes de culpa: a) la escogencia de un vehículo en malas condiciones de servicio; b) orden de rebosar con los pasajeros la

capacidad transportadora del mismo, y c) designación de un conductor inhábil.

Ninguna prueba adujo la parte demandante encaminada a demostrar que el volquete estuviera en malas condiciones de servicio el día del accidente. En cambio existen estas probanzas que acreditan su correcto estado de funcionamiento: En la declaración de Jorge Ramos (fs. 37 y 38 cuaderno Nº 2), éste y otro perito nombrados por la Alcaldía del Socorro, examinaron el vehículo después del accidente para informar sobre sus dimensiones, capacidad y estado, y sobre esto último dijeron: "Acto seguido procedimos los peritos a verificar el riguroso examen del vehículo, lo encendimos, examinamos los frenos y la dirección, y luego de hacer un recorrido a corta distancia en el mismo, pudimos constatar que tanto los frenos como la dirección, el motor y todos los demás accesorios, se encuentran en perfecto estado y que dan completa garantía para la movilización". También los señores Tulio Acevedo y Marco Tulio Niño, comisionados por la Oficina de Instrucción del Batallón Galán para rendir un dictamen sobre el accidente, en el punto quinto de su informe expresan: "5º) El estado del pick-up en el momento del accidente era de perfectas condiciones de trabajo puesto que inmediatamente después del accidente, fue conducido a esta ciudad por el conductor Marco Tulio Niño". (folio 16 cuaderno Nº 3). Y Carlos Martínez Porras, jefe del taller de reparaciones a donde se condujo el vehículo a raíz del accidente, declara: "que las únicas reparaciones que se habían hecho sobre la máquina accidentada se habían relacionado con la pintura y arreglo de latas, sin que el vehículo hubiera necesitado de arreglos mecánicos en la dirección, en los frenos, motor etc..." (folio 42 cuaderno Nº 2).

En relación a la orden de agregar el vehículo perteneciente al Batallón a la caravana que salía del Socorro para San Gil, ella fue dada por el Comando del Batallón al Teniente Oficial de Administración José María Rivas Forero, y éste designó al soldado Chibuque para la conducción. No se adujo a este proceso una declaración del oficial Rivas, pero el soldado Chibuque en su testimonio expresa: "Es verdad que en la mañana del 17 de junio de mil novecientos cincuenta y uno, se me encomendó por mi Teniente José María Rivas, estando de oficial de servicio, la conducción de un soldado llamado Rodríguez Gustavo Bonilla y del herrador tercero Silvestre Aponte y de algunos civiles... No supe qué número de personas iría en el vehículo, sólo recuerdo que iban tres en la parte de la cabina... sobrevino el accidente ocasionado por la incomodidad que me proporcionaban los tres pasajeros sue iban en la cabina, a quienes advertí en el momento en que partió la caravana del Socorro, que no podía llevarlos a todos tres y entonces me dijeron que más adelante uno de ellos se bajaba y se pasaba a otra máquina, lo cual, siendo así, yo les acepté que subieran adelante...".

Es éste el único elemento de prueba que hace relación a la orden del teniente Rivas para usar el vehículo del Batallón, y por ello importa destacar las palabras que emplea el declarante: mi teniente me encomendó la conducción de un soldado, del herrador y de algunos civiles. Debe entenderse —a falta de prueba en contrario— que la orden del oficial se refería al número de civiles que razonablemente podía transportar el vehículo; si esto no hubiera sido así, es decir, si la orden del oficial hubiera sido la de transportar el mayor número de personas aun sobrecargando el vehículo, es apenas natural que el conductor, sindicado de culpa en el accidente, lo hubiera manifestado así, haciendo hincapié en tal orden para descargarse de la responsabilidad que sobre él pesaba; si no lo hizo así, fue porque no recibió semejante consigna. Y por lo que hace a la conducta del soldado Chibuque, que se vio cómo fue juzgada por la justicia penal, que lo declaró inculpable en el accidente.

Por último, queda por examinar a través de la prueba aducida al juicio, si el oficial Rivas incurrió en culpa por la mala elección del conductor del vehículo. Ninguna de las personas que rindieron declaración en este proceso conocía con anterioridad al soldado, o por lo menos no lo manifiestan, y por lo mismo no declaran sobre su idoneidad en el manejo de automotores. Solo el Comandante del Batallón, Coronel Cabrera, en su declaración afirma: "...el Comando ignoraba que el soldado Chibuque careciera de pase de chofer, lo que sí es verdad es que el soldado antes mencionado había manejado este vehículo en magníficas condiciones de servicio, no sólo a San Gil sino a otros lugares más lejanos y de malas vías de comunicación... Vuelvo a repetir que el soldado Chibuque había manejado los vehículos de la Unidad en perfectas condiciones y sin accidentes de ninguna clase". Confirma así lo declarado por el propio Chibuque acerca de que durante diez meses y medio, y por orden y autoridad de sus superiores, había estado manejando los carros de la Guarnición satisfactoriamente. Sobre la falta de pase, encuentra la Sala muy acertada la observación del señor abogado consultor de la parte demandante en su estudio del

proceso, hecho a petición del apoderado de la misma parte. Dice el doctor Domingo Arenas Serrano: "Es claro que la sola falta del pase no implica necesariamente falta de habilidad, pues aun sin él puede tenerse la aptitud suficiente para el manejo de carros. La presunción de ineptitud que se deriva de la falta de la patente es presunción simple, y admite prueba en contrario". Y la prueba en contrario es, en sentir de la Sala, la declaración del Comandante del Grupo, que aunque única, por las condiciones del testigo, es perfectamente aceptable. Y por lo demás, la prueba relacionada con el error de conducta que pudiera imputarse a los oficiales superiores por la mala elección del conductor o la falta de vigilancia en el transporte, correspondía a los demandantes, como quedó puntualizado al analizar los alcances y consecuencias de este orden en el transporte benévolo.

El fallo del Tribunal abunda en estas razones, como puede verse en la transcripción de este pasaje de la providencia apelada: "A pesar de que la parte actora dirigió la acción contra una persona moral de derecho público, no se preocupó de demostrar la culpa de todas las personas que como órganos o dependientes de aquella, pudieron haber tenido parte en el resultado perjudicial o dañoso. Limitó únicamente su actividad probatoria a tratar de demostrar la culpabilidad del conductor del vehículo, dejando de lado la conducta del Comandante del Grupo y del oficial de servicio Teniente Rivas. Si se hubiera demostrado, por ejemplo, que el oficial de servicio se había dado perfecta cuenta de que en la cabina del automotor habían tomado puesto tres personas fuera del conductor y de que en el platón se habían colocado más de doce personas, sin las seguridades del caso, lógicamente habría podido concluírse que dicho oficial de servicio había incurrido en un error de conducta imputable a la Nación, ya que el transportador benévolo no era el conductor sino el Comando del Grupo".

Ha quedado establecido que la parte actora no acreditó uno de los extremos de la acción de responsabilidad civil extracontractual, que es la culpa. Pero hay más: en el fallo de primera instancia se anota igualmente la carencia absoluta de pruebas acerca del daño patrimonial por los perjuicios materiales que dicen haber sufrido las demandantes, y como la situación jurídica contemplada en esa sentencia no se ha modificado en el curso de esta etapa del proceso, por ese otro aspecto, ha de concluírse también que falta otro extremo esencial de la acción, que es el daño. En consecuencia, se impone la confirmación del fallo apelado, cuyos fundamentos y conclusiones halla la Sala ajustados a la realidad procesal y a los ordenamientos de la ley.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

TITULOS EMANADOS DEL ESTADO ANTES DE 1873. — QUE ENTRAÑA LA DETERMINACION DE LOS TERRENOS. — INTERES JURIDICO DEL DEMANDANTE EN ACCIONES DE PETROLEOS. — EL REMATE DE BIENES QUE FUERON DE TEMPORALIDADES CONSTITUIA TAN SOLO UN ANTECEDENTE PREVIO A LA ESCRITURA DE VENTA Y NO PUEDE ACEPTARSE, POR SI SOLO, COMO TITULO CAPAZ DE TRANSMITIR EL DOMINIO DE LA CORONA AL REMATANTE

1 — Prescriben las leyes sobre la materia que es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio Nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal. De donde se desprende que constituye primordial obligación del demandante en esta clase de juicios presentar la prueba de que tales terrenos salieron del patrimonio Nacional antes de la fecha citada. Esta prueba puede ser el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva, o a falta de título los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia, o la demostración de una explotación económica de la que pueda concluírse que los terrenos en litigio fueron ganados por justa prescripción.

2º — La determinación de los terrenos sobre los cuales se alega la propiedad privada del petróleo —ha dicho la Corte— entraña la demostración de estos hechos: a) Singularización del predio objeto de la litis, es decir, que se demuestre que los linderos que contenga el título que ampara dicho predio, corresponde exactamente a la realidad topográfica del terreno; b) Que los terrenos que se afirma salieron del patrimonio Nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 son también identificables topográficamente a la luz de la alinderación consignada en el título que se alega; c) Que es uno mismo el terreno que se dice salió del patrimonio del Estado antes de la reserva del petróleo y aquel cuyo dominio actual se alega, o que el primero comprende a éste en todo o en parte.

3 — El interés jurídico del demandante en esta clase de acciones debe acreditarse mediante la presentación de los títulos de propiedad sobre los terrenos petrolíferos cuyo dominio se invoca, acompañados del correspondiente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria.

4º — La Corte reafirma la jurisprudencia que desde hace varios años ha venido sosteniendo en relación con los remates de las tierras que habiendo sido de propiedad de la Compañía de Jesús, se reincorporaron al patrimonio de la Corona Española en virtud del Decreto de Carlos III, expedido el 27 de febrero de 1767 y por el cual sus miembros fueron "extrañados" de todos los dominios de España e Indias.

Conforme a tal doctrina, la simple diligencia de remate no constituía por entonces título traslaticio de dominio si no era luego complementado por la de la entrega de los terrenos objeto del remate y con el otorgamiento de la escritura de venta de las mismas tierras a favor del rematante.

Desde hace largo tiempo la Sala ha venido sosteniendo que la mejor fuente de interpretación de las disposiciones y ordenamientos de la época colonial está, sin duda, en la manera como aquellas se aplicaron por las autoridades de entonces; y por los ejemplos como el que ofrece este juicio, con relación a las ventas de los bienes de la Compañía de Jesús que fueron reincorporados al patrimonio de la Corona por Decreto de Carlos III, fechado en 1767 ha deducido que el remate que de tales bienes se hacía, constituía tan sólo un antecedente previo a la venta de los mismos y, por lo tanto, que esa diligencia no puede aceptarse por sí sola, como título capaz de trasladar el dominio de la Corona al rematante.

En efecto, se procedía primeramente a la parcelación de los terrenos y luego a rematar los diversos globos en que aquellos quedaban divididos; pero este remate se hacía sujeto a capitulaciones que el beneficiario debía luego cumplir, tales como el pago del resto del precio, y la aceptación de las fianzas ofrecidas después de asegurarse de la solvencia de los fiadores. Se requería también la posterior diligencia de entrega, previo inventario de los bienes, y solamente cumplidas tales formalidades podía solicitarse el otorgamiento de la escritura. Aun más: formulada la petición anterior se requería el Decreto de la Junta ordenando la expedición del título de venta, éste sí traslaticio de dominio sobre los bienes rematados. Si la prueba de la existencia en casos concretos como el presente de una escritura de venta además de las diligencias de remate y entrega de los bienes, fueren insuficientes para convencer que dichas remates o entregas, por sí solos, no transmitían el derecho de dominio sacándolo del patrimonio de la Corona, con la transcripción de la parte pertinente de la Real Cédula de 8 de noviembre de 1769 que se hizo ya en sentencia de 11 de marzo de 1957, que ahora se repite, la Sala considera suficientemente esclarecido este punto.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio 5 de 1957.

Magistrado ponente: Dr. Manuel Buenahora

Se decide por esta sentencia el juicio que contra la Nación y por intermedio de apoderado legal, promovió la señora MANUELA ROCHA DE FONNEGRA, el 18 de octubre de 1955, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones principales y subsidiarias:

"PRIMERA PRINCIPAL: Que es propiedad particular de mi mandante la señora Manuela Rocha de Fonnegra, de acuerdo con los títulos de propiedad que acompaño el petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse en los globos de terreno denominados Hacienda de Colombia, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Ibagué y Piedras del Departamento del Tolima, compuesta por los lotes de terreno denominados "Lote de la Casa", y "Lote de Cauca y Pan de Azúcar", cuyos linderos especiales son:

"Lote de la Casa": "Desde la boca de la Quebrada de la Pedregosa, en la margen izquierda de la quebrada de la Doima (13) aguas abajo de esta quebrada, hasta encontrar en su margen izquierda un barranco de unos veinte metros de altura, y que se encuentra quinientos metros antes de la desembocadura de la quebrada de la Rusia en la quebrada de la Doima (4) en la margen izquierda; sobre el peñón alto de la quebrada de la Doima, arranca una cerca de piedra en dirección Oeste, que va a buscar la quebrada de la Rusia, hasta tocar con ella por la margen derecha; se sigue esta cerca de piedra hasta el punto donde la quebrada de la Rusia cambia su curso que ha venido en dirección Occidente Oriente por la dirección Norte Sur (39). De este punto aguas arriba de la quebrada de la Rusia hasta encontrar en su margen izquierda una cerca de piedra cercana a la casa de la Hacienda de "El Totumito" (38). Esta cerca toma la dirección Norte bordeando los cerros bajos contra los que termina el llano de Trincadero, por su parte Oriental. Esta cerca de piedra continúa en la misma dirección Norte, hasta la terminación en un barranco de los cerros bajos contra los que termina el llano de Trincadero en su parte Oriental (37). De este barranco formando ángulo recto con la cerca que viene de los cerros orientales de Trincadero, arranca una cerca de piedra en dirección Oeste, hasta pegar a la margen derecha de la quebrada de la Opia, se toma esta quebrada aguas arriba, hasta encontrar en su margen derecha una cerca de alambre (36) quinientos metros arriba de la desembocadura de la quebrada del Zanjón en la margen derecha de la quebrada de la Opia. La cerca de alambre que arranca de la margen derecha de la Opia quinientos metros arriba de la desembocadura de la quebrada El Zanjón, toma dirección Sur, hasta encontrar la quebrada de la Pedregosa por su margen izquierda (35). Aguas abajo esta quebrada hasta su desembocadura en la margen izquierda de la quebrada de la Doima (13), primer lindero fijado y punto de partida".

"Lote de Cauca y Pan de Azúcar": "Desde la puerta de entrada al potrero de Pan de Azúcar que queda a la margen derecha de la quebrada de la Cascabel, en el sitio en donde viene a terminar el cerro de Pan de Azúcar o La Tabla, contra la margen derecha de la misma quebrada de La Cascabel (32), aguas arriba de esta quebrada hasta un sitio en donde la cerca de piedra que sirve de medianía entre el potrero de Pan de Azúcar y los terrenos de Bolívar y que ha venido desde el punto de partida o primer lindero bordeando la quebrada de La Cascabel, a una y otra margen para el repartimiento de las

aguas con terrenos de Bolívar (N), se separa definitivamente de la margen derecha de dicha quebrada y toma dirección al Este (O) hasta encontrar el sitio denominado Alto de los Capotes (Y), que queda sobre la margen izquierda de la quebrada de la Balsa. Del Alto de los Capotes sobre la quebrada de la Balsa, arranca por la margen izquierda de ésta y siguiendo el curso de las aguas, una cerca de alambre que termina en el sitio denominado Los Caracolíes. (C) En el sitio denominado Los Caracolíes, sobre la margen izquierda de la quebrada de la Balsa, el lindero atraviesa dicha quebrada y toma una cerca de alambre que arranca de la margen derecha de la quebrada de la Balsa (B), ésta cerca en línea recta en dirección Este, a la cuchilla del cerro de la Balsa (A). Desde el punto donde la cerca de alambre pega con la cuchilla del cerro de la Balsa, se toma dicha cuchilla en dirección Norte (6), hasta su terminación en la margen derecha de la quebrada de Agua Dulce (33). Este sitio se denomina Carrasposo (6). En el punto denominado Carrasposo, en la terminación de la cuchilla de la Balsa sobre la quebrada Agua Dulce, se toma esta quebrada aguas arriba, hasta encontrar en la margen izquierda una cerca de piedra (25) que toma hacia el Occidente, hasta encontrar la quebrada de Peñón Liso (34). Del Peñón Liso el lindero toma por cerca de piedra chambas (5) y cercas naturales. Por el Alto de Los Piscos (4), hasta caer a la margen derecha de la quebrada de La Balsa (28), hasta un sitio donde esta quebrada forma un salto (27-K). Por esta quebrada aguas arriba hasta encontrar una cerca de alambre en la margen izquierda de la quebrada (I), sitio que queda enfrente de la parte más alta del cerro de Pan de Azúcar o La Tabla. Desde el sitio donde se encuentra la cerca de alambre en la margen izquierda de la quebrada de la Balsa, el lindero sube por ésta cerca a la parte más alta del cerro de Pan de Azúcar o La Tabla (E) y de este punto en adelante toma por toda la cuchilla del cerro de Pan de Azúcar o La Tabla, por cercas de piedra, alambre, chamba y cerca natural hasta su terminación en la margen derecha de la quebrada de la Cascabel, sitio donde se encuentra la puerta de entrada al potrero de Pan de Azúcar, punto de partida y primer lindero (32). (Ver plano Nº 4).

("El Lote de la Casa" está parcialmente cubierto, y el de "Cauca y Pan de Azúcar", totalmente cubierto po la propuesta Nº 510).

"SEGUNDA PRINCIPAL: Que es propiedad particular de mi mandante señora Manuela Rocha de Fonnegra por haberlo adquirido por justa prescripción, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, mediante actos de explotación económica ejercitados desde tiempo inmemorial, conforme a las leyes vigentes durante la Colonia y bajo la República, el petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse en los globos de terreno denominados Hacienda de Colombia, ubicada en jurisdicción de los Municipios de Ibagué y Piedras del Departamento del Tolima, tal como aparecen alinderados en la petición PRIMERA PRINCIPAL de esta demanda.

"TERCERA PRINCIPAL: Que en consecuencia, el Gobierno Nacional no puede aceptar propuesta alguna de contrato o contratar la exploración y explotación de el petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse dentro de los terrenos antes alinderados; y por tanto el Gobierno Nacional debe excluír de la propuesta Nº 510 y del contrato que llegue a celebrarse con la INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED actual titular de dicha propuesta, o con sus cesionarios a cualquier título, el suelo y subsuelo de la Hacienda Colombia compuesta por los lotes atrás alinderados.

En subsidio y para el caso de que las anteriores declaraciones no llegaren a prosperar solicito se declare:

PRIMERA SUBSIDIARIA: Que es propiedad de mi mandante la señora Manuela Rocha de Fonnegra, de acuerdo con los títulos de propiedad que presento el petróleo y sus derivados que se encuentren o pudan encontrarse en el globo de terreno denominado "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" perteneciente a la Hacienda de Colombia y ubicado en el Municipio de Piedras del Departamento del Tolima, alinderado en la petición PRIMERA PRINCIPAL, de esta demanda, y en parte del globo de terreno denominado "Lote de la Casa" también perteneciente a la Hacienda de Colombia, ubicado en el Municipio de Ibagué, Departamento del Tolima, y cuyos linderos especiales son: "Se toma como punto de partida el sitio donde la línea trazada entre la Estación Geodésica de "Doima" (que es vértice de la triangulación Bogotá-Cartago de El Instituto Geográfico y Catastral, y distinguido con el número 114 con rumbo Norte veintiseis grados Oeste (N) 26,00'00" W) y por una distancia de nueve mil seiscientos cincuenta metros), y el mojón B. de la propuesta Nº 510, corta la quebrada de la Doima. De este punto, con el mismo punto Norte veintiseis grados Oeste (N. 26º 00'00" W), se sigue por una distancia de 20858-35 metros, hasta encontrar la quebrada de la opia. De este punto, quebrada de la opia aguas abajo hasta encontrar

sobre su margen derecha el arranque de una cerca de piedra (2); se sigue esta cerca hasta encontrar los cerros Orientales de Trincadero (37); de este punto, por cercas de piedra y alambre bordeando los cerros orientales de Trincadero hasta el nacimiento de la quebrada de la Rusia (38); de aquí por la margen izquierda de dicha quebrada siguiendo la cerca de alambre, hasta el punto donde ella cambia la dirección de su curso N. S. por la E (39); de aquí quebrada de La Rusia aguas abajo hasta su desembocadura en la quebrada de la Doima (40) y de aquí quebrada de la Doima aguas arriba, hasta el primer lindero citado y punto de partida". Estos dos lotes, se encuentran totalmente cubiertos por la propuesta Nº 510. (ver plano Nº 4).

SEGUNDA SUBSIDIARIA: Que es propiedad particular de mi mandante, señora Manuela Rocha de Fonnegra, por haberlo adquirido por justa prescripción, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, mediante actos de explotación económica ejercitados desde tiempo inmemorial, conforme a las leyes vigentes durante la Colonia y bajo la Rpública, el petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse en el globo de terreno denominado "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" ubicado en el Municipio de Piedras, Departamento de el Tolima, alinderado en la petición PRIMERA PRINCIPAL de esta demanda, y en parte del globo de terreno denominado "Lote de la Casa", ubicado en el Municipio de Ibagué, Departamento de el Tolima, alinderado en la petición PRIMERA SUBSIDIARIA de esta demanda ambos pertenecientes a la Hacienda de Colombia, propiedad de mi mandante la señora Manuela Rocha de Fonnegra, a que hemos venido refiriéndonos.

TERCERA SUBSIDIARIA: Que en consecuencia el Gobierno Nacional no puede aceptar propuesta alguna de contrato o contratar la exploración o explotación de el petróleo y sus derivados, que se encuentren o puedan encontrarse dentro de los globos de terreno atrás alinderados, y por tanto el Gobierno Nacional debe excluír de la propuesta Nº 510 y de el contrato que llegue a celebrarse con la INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED actual titular de dicha propuesta, o con sus cesionarios a cualquier título, el suelo y el subsuelo de los globos de terreno denominados "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" y parte del "Lote de la Casa", cuyos linderos especiales dimos anteriormente, y que hacen parte en menor extensión de la Hacienda de Colombia, propiedad de mi mandante la señora Manuela Rocha de Fonnegra".

Las peticiones anteriores las fundamenta la actora en 70 hechos encaminados todos a demostrar: a) que los lotes de terreno que forman hoy la Hacienda de Colombia, de su propiedad, formaron antiguamente parte del llamado Hato del Aceituno, uno de los 14 en que fué dividida la gran hacienda denominada "DOYMA", de propiedad de los Padres Jesuítas, expropiada a éstos por la Corona Española; b) que el Hato del Aceituno salió legalmente del patrimonio del Estado antes del año de 1873 en virtud del remate que de él hizo don Juan Ignacio Galindo el día 12 de diciembre de 1783 y por habérsele otorgado "la correspondiente escritura de venta y cancelación por el señor Oidor don Estanislao de Andino, a nombre del Rey de España, y como Presidente de la Junta Provisional de Temporalidades de Santa Fé, por medio de la escritura sin número de 16 de febrero de 1785..." c) que los mismos terrenos son hoy de su exclusiva propiedad por haberlos adquirido por permuta efectuada con Benjamín Rocha Gómez según escritura Nº 110 de 14 de enero de 1947, Notaría 3ª de Bogotá.

Afirma también la demandante que la propiedad de los hidrocarburos que puedan encontrarse en tales terrenos le pertenece no solo en virtud de los títulos antiguos que acaban de relacionarse, sino también por justa prescripción, pues que tales tierras han venido siendo explotadas económicamente desde tiempo inmemorial, con anterioridad al 28 de octubre de 1873; que el Ministerio de Minas y Petróleos tiene aceptada la propuesta Nº 510, presentada por Carlos Gámez Macías y traspasada luego a la International Petroleum (Colombia) Limited para la exploración y explotación de un lote de terreno ubicado en jurisdicción de los Municipios de Ibagué, Alvarado, Piedras, Coello, Girardot, Nariño, Guataquí y posiblemente Jerusalén; que el lote de terreno a que se refiere la anterior propuesta se superpone sobre el total del llamado "Lote del Cauca y Pan de Azúcar" y sobre la mayor parte del denominado "Lote de la Casa" que corresponden a la Hacienda de Colombia, y que la demanda la presenta dentro del término legal determinado para iniciar las acciones ordinarias de esta clase.

En derecho fundó su demanda la señora de Fonengra en los artículos 5 y 34 del Código de Petróleos (Decreto 1.056 de 20 de abril de 1953); en las leyes de 6 de agosto y 13 de octubre de 1821, y en las Constituciones de 1858, 1869 y 1886.

Junta con su demanda presentó la actora una larguísima serie de documentos encaminados to-

dos a la demostración de los hechos en que aquella se funda. Entre ellos se destacan los títulos originarios de Estado, es decir, las diligencias de partición, avalúo y mensura de la gran Hacienda DOYMA, que antecedieron al remate de el Hato del Aceituno verificado en 1783; la copia auténtica de este remate y de la escritura de venta otorgada en 1785; todas en copia expedidas por el archivo histórico Nacional. Presentó igualmente cuatro planos que demuestran la primitiva Hacienda DOYMA, y los llamados Hato del Aceituno, las tierras del Yesal y Bermejo y Limonal; y los terrenos abarcados por la propuesta Nº 510. Trajo también a los autos el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la propiedad actual y un legajo de escrituras que en número de 46 demuestran la tradición de los terrenos de la demandante.

El juicio ha recibido la tramitación que le es propia y se halla en estado de proferir la sentencia definitiva.

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa favorablemente a las peticiones de la demanda. Estudia las pruebas traídas al proceso para la identificación de los terrenos objeto de la litis y las encuentra suficientes para acreditar este extremo de la acción. Después de referirse a las diversas jurisprudencias de esta Sala en relación con la venta de los bienes que pertenecieron a la Compañía de Jesús y que luego se reincorporaron al patrimonio de la Corona Española, encuentra que los títulos presentados por la áctora se conforman con tales doctrinas. Por último, se detiene en el examen de los títulos presentados para acreditar la propiedad actual de la demandante y concluye también aconsejando su aceptación. Advierte, eso sí, que en las declaraciones que se hagan en la sentencia, debe excluírse la parte de terreno que de acuerdo con la inspección ocular y el concepto de los expertos no queda comprendida dentro de la propuesta Nº 510 aceptada por el Ministerio de Minas.

Consideraciones de la Sala

Expuestos como han sido por la Sala, en diversas oportunidades, los presupuestos de la acción en estudio, en gracia de la brevedad no se detendrá sobre ellos para repetir lo ya dicho y entra a considerarlos separadamente a la luz de las pruebas presentadas con la demanda o producidas durante el término probatorio. Se anticipa, sí, a declarar que la multiplicidad de tales pruebas impide a la Sala detenerse en el examen de cada una de ellas, y por la calidad de algunas de las presentadas, especialmente las que hacen relación con los títulos antiguos originarios del Estado, es suficiente para que prosperen las peticiones de la demanda y para que la Corte reafirme la jurisprudencia que desde hace varios años ha venido sosteniendo en relación con los remates de las tierras que habiendo sido de propiedad de la Compañía de Jesús, se reincorporaron al patrimonio de la Corona Española en virtud del Decreto de Carlos III fueron expedidos el 27 de febrero de 1767 y por el cual sus miembros "extrañados" de todos los dominios de España e Indias.

Conforme la simple diligencia de remate no constituía por entonces título traslaticio de dominio, si no era luego complementado con la de la entrega de los terrenos objeto del remate y con el otorgamiento de la escritura de venta de las mismas tierras a favor del rematante.

Título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873

Prescriben las Leyes sobre la materia que es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio Nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal. De donde se desprende que constituye primordial obligación del demandante en esta clase de juicios presentar la prueba de que tales terrenos salieron del patrimonio Nacional antes de la fecha citada. Esta prueba puede ser el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva, o a falta de título los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia, o la demostración de una explotación económica de la que pueda concluírse que los terrenos en litigio fueron ganados por justa prescripción.

Para acreditar este extremo de la acción, la señora demandante ha presentado: a) (fls. 137 a 150 del cuaderno 1º) copias auténticas, expedidas por el Archivero Histórico Nacional, que demuestran los antecedentes que precedieron al remate hecho por don Juan Ignacio Galindo del globo de terreno denominado el Hato del Aceituno el día 12 de diciembre de 1783; que con fecha 16 de mayo de 1770 y con arreglo a la facul-

tad que le confería la Real Provisión de 27 de marzo del año anterior, Antonio Moreno, Fiscal Protector de los bienes naturales del reino y Juez comisionado para la ocupación de "Temporalidades", designó a don Ignacio Quijano para que se llevase a cabo el avalúo y tasación de las Haciendas DOYMA y LA VEGA y le envía las instrucciones con arreglo a las cuales debería proceder, y designó igualmente a don Juan Ramírez de Arellano como Escribano Público a fin de que ante él se practicaran tales diligencias (Fls. 13). Ramírez aceptó y juró cumplir su encargo al día siguiente, en tanto que Quijano sólo pudo ser noticiado el 18 de agosto del mismo 1770 en la Parroquia de Guayabal, pero requerido para el cumplimiento de su encargo, prometió salir y dar comienzo a sus trabajos el 27 del mismo mes (1770) (Fls. 16); inmediatamente y por medio de edictos don Ignacio hace saber a todos los vecinos y moradores de Ibagué que van a ser "reducidas" las Haciendas referidas a partes moderadas" y "vendidas" (Fls. 17), al tiempo que se dirige al Procurador y al Vicario de la misma ciudad, Dr. Ignacio de Salazar, para lo de su cargo (Fls. 16 y 17). Al día siguiente designa a don Tomás Vásquez como medidor, y ya en los propios terrenos de la Hacienda DOYMA, Quijano ordena el día 29 se proceda "a la información de los linderos, mediante el dicho de personas de antiguo conocimiento y práctica" y al Administrador de la Finca que entregue los inventarios de ella para proceder a su avalúo. (Fls. 18)

Como la calidad del terreno y para el éxito de los trabajos fuera necesaria la apertura de algunas trochas y caminos que demandaban gastos, Quijano se dirige al Juez Comisionado Dr. Moreno informándole sobre el particular, y obtiene de éste autorización para evitar tales gastos y formar "un prudente cálculo", pues el fin principal de la diligencia —le dice— es el de "examinar el verdadero valor de las tierras lo que puede conseguirse sin los gastos que ocasiona la prolijidad de trochas" (Fls. 18). Con la presencia del Procurador General y del Vicario-Capellán de Ibagué se inició la diligencia el 29 de agosto de 1770 con el requerimiento al Administrador don Francisco Méndez para que entregara el inventario y diera el nombre de los colindantes; Méndez exhibe y hace entrega de una copia firmada por don Joseph de Bonilla que "dice ser corregida con el original" y manifiesta que, "los lindantes son Antonio Padilla, Fernando Rodríguez, don Joseph Jaramillo, el pueblo de Las Piedras un indio llamado Ermenegildo, arrendatario de cierto pedazo de tierra perteneciente al Convento de Santo Domingo de la ciudad de Mariquita, don Blas de Ochoa, Matías Páramo, don José Bonilla, don Francisco Trujillo, como mayordomo del Convento de Santo Domingo de la ciudad de Ibagué, don Joseph Góngora, el doctor don Juan Ignacio Moscoso, el maestro don Vicente de Cuenca y que no hay otros lindantes por ser linderos diferentes ríos...".

De las copias presentadas aparecen luego las citaciones a los testigos mencionados; y los testimonios que sobre alinderamiento de la finca rindieron el ex-administrador de la Hacienda Casimiro de la Jara, Antonio Gutiérrez y Pedro Sedano (Fls. 20, 21 y 22) y el juramento que ante el Procurador y en presencia del Vicario ya mencionados, hizo el señor Quijano de cumplir con el encargo que se le había conferido "para la enajenación de las temporalidades ocupadas a los regulares de la Compañía con el nombre de Jesús" (F. 22); el nombramiento hecho en Joseph de Villalobos y Tomás Vásquez Guarnicio como avaluadores; la posesión de éstos y la constancia de que el 4 de diciembre de 1770, ante el Escribano respectivo y con asistencia de todo el personal anteriormente mencionado, se avaluaron los bienes raíces, muebles, herramintas, libros y esclavos, dando el nombre, edad y sexo de cada uno de éstos (fs. 23 a 27). Más tarde se señalan contadores para el ganado y se avalúan algunos otros bienes como platanales y árboles de cacao, mas no pudiéndose verificar simultáneamente el avalúo de todos los ganados ni la "vista de ojos" de cada hato, tales diligencias se practicaron por separado, en cada uno de éstos, principiando por los llamados Buenavista del Castillo, Hato de Gualanday, Buenavista de la Vega, Agua Sucia etc. diligencias en las cuales los comisionados trabajaron desde el 27 de agosto hasta el 8 de octubre de 1770, fecha en la cual llegaron al HATO DE ACEITUNO, en donde se practicaron las siguientes diligencias que se copian textualmente por interesar de manera especial en este juicio:

"AVALUO DEL HATO DEL ACEITUNO. En el Hato del Aceituno a nueve de octubre de mil setecientos setenta, el Maestre de campo don Ignacio Quijano, comisionado para estas diligencias, con asistencia del muy reverendo padre fray Manuel Díaz por el doctor don Ignacio de Salazar, Cura y Vicario de la ciudad de Ibagué, de don Joseph de Rueda procurador General de aquel Cabildo, los Contadores y avaluadores nombrados Ignacio Tafur, mayordomo de dicho hato, por legítimo impedimento del Administrador, y por ante mí el presente escribano pasó al corral de dicho hato en el que en tres corrales el referi-

do Tafur tenía la recogida que se contó y avaluó en la forma siguiente: Por quinientos ochenta y cinco yeguas que con veintinueve que se dijo no haber entrado al corral hacen seiscientas y catorce a veinte reales. Por ciento ochenta y dos caballos de tropa a seis pesos. Por veintiseis potros a cuatro pesos con lo cual se concluyó esta diligencia para proseguirla en el rodeo, y habiéndole preguntado al Mayordomo si estaba contado a su satisfacción dijo que sí y lo firmaron, doy fé. — Quijano — díaz — rueda — Toribio de Argüelles — Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos — Joseph Ignacio López — Por Ignacio Tafur — Lorenzo de Argüellos Ante mí, Juan Félix Ramírez de Arellano..."

AVALUO. En el Hato del Aceituno a nueve de octubre de mil setecientos setenta, el maestre de campo don Ignacio Quijano comisionado para estas diligencias con los sujetos citados en la que antecede, salió para el rodeo del llano a éste hato perteneciente en el que el mayordomo Ignacio Tafur tenía el número de reses que se contó y avaluó en la forma siguiente: Por novecientas nueve reses de cría carreras a tres pesos. Por ochenta y nueve novillos a cuatro pesos. Por un burro padrón ya viejo en diez pesos. Con lo cual se concluyó esta diligencia para proseguirla el día de mañana, y habiéndole preguntado al mayordomo si estaba contado a su satisfacción dijo que sí y lo firmaron ante mí de que doy fé. Ignacio Quijano — Fray Manuel Díaz — Joseph de Rueda — Toribio de Arguello — Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos — Joseph Ignacio López — Por Ignacio Tafur Lorenzo de Arguello — Ante mí Juan Félix Ramírez de Arellano..."

AVALUO. En el Hato del Aceituno a diez de octubre de mil setecientos setenta, el maestre de campo don Ignacio Quijano comisionado para estas diligencias con los sujetos mencionados en la que antecede y de don Francisco Méndez, administrador, paso a la manga del Pulgar en la que el mayordomo tenía el ganado que se contó y avaluó en la forma siguiente: Por un mil trescientos noventa y seis reses a tres pesos. Por ciento veinte novillos a cuatro pesos. Con lo que se concluyó esta diligencia para proseguirla el día de mañana, y habiéndole preguntado al administrador si faltaba algún ganado a éste rodeo y si estaba contado a su satisfacción, respondió que por lo esparcido de los comederos duda si le faltaba alguno y que en cuanto a estar bien contado lo está a su satisfacción y lo firmaron ante mí que doy fé. Ignacio Quijano. — Fray Manuel Díaz — Joseph de Rueda — Toribio de Argüelles Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos Joseph Ignacio López — Francisco Méndez. Ante mí de que doy fé, Juan Félix Ramírez de Arellano..."

AVALUO. En el Hato del Aceituno a once de octubre de mil setecientos setenta, el maestre de campo don Ignacio Quijano, comisionado para estas diligencias, con los sujetos mencionados en la que antecede, pasaron por ante mí el escribano al corral en que se contó y avaluó el ganado siguiente: Por doscientos veintiseis reses a que se agregan noventa y seis que quedaron fuera inclusos seis novillos, que rebajados quedan trescientos y diez y seis a tres pesos. Por seis novillos a cuatro pesos. Por un corral ocho pesos. Por una manga en diez pesos. Por las casas y dos caneyes veinte pesos. Por una mesa dos pesos. Por dos cujas dos pesos. Por dos sillas viejas de sentar ocho reales. Con lo cual se concluyó esta diligencia para proseguir a la vista de tierras, y habiéndole preguntado a el administrador don Francisco Méndez si estaba la contaduría hecha a su satisfacción, respondió estar bien contado, y que sospechaba faltase alguno del que consideraba debía haber por ser ganado tan cerrero y que con dificultad se trae al corral y lo firmaron ante mí de que doy fé Ignacio Quijano — Fray Manuel Díaz — Joseph de Rueda — Toribio de Argüelles — Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos — Joseph Ignacio López — Francisco Méndez. Ante mí Juan Félix Ramírez de Arellano..."

Sobre el mismo Hato del Aceituno se practicó la llamada 'Vista de Tierras, que dice:

VISTA DE TIERRAS. En el Hato del Aceituno, a once de octubre de mil setecientos setenta, el maestre de campo don Ignacio Quijano comisionado para estas diligencias, salió con el muy reverendo padre Fray Manuel Díaz por el doctor Dn. Ignacio de Salazar, cura y vicario de la ciudad de Ibagué, don Joseph de Rueda, procurador general de aquel Cabildo, los avaluadores nombrados y el presente escribano, a la vista de tierras correspondientes a este hato del Aceituno, habiéndolas paseado declaró a él pertenecientes las contenidas en los linderos que se irán expresando, y son a saber: Desde un cerrito gordo que hace en la mitad del llano junto a la quebrada de Opía, llamado el Bermejo, en cuya cima está una piedra con las letras A. B. linderos de este hato y el de Buenavista de Vega desde el que a escuadra se baja a dicha quebrada de Opía, toda esta quebrada abajo hasta donde le entra una zanja seca en el paso de la Vuelta de San Javier, en la que en una piedra grande redonda que está

en su medio se puso la letra A. y la D. como lindero de Doyma siguiendo esta zanja arriba mirando al yesal y en el llano se gravaron las letras A. D. que está en frente a un boquerón que hace abajo del boquerón grande de la entrada al yesal, y de esta piedra por ser chica a corto trecho en la orilla del monte en una piedra grande que está cuasi en el todo enterrada se volvieron a gravar las mismas letras A. D. y de esta piedra a escuadra a la loma gorda que está dentro de las tierras del Yesal, y de allí siguiendo la escuadra a un picacho de cerro peñoso en la loma que llaman del Potrerito, y de ésta siguiendo la escuadra al cerro que llaman el Colorado inmediato al hato del Madroñal cuyas cuchillas seguidas hasta el cerro de las Tetas de Doyma todas sus aguas vertientes al Yesal y de dicha cuchilla por toda la cumbre aguas vertientes al Aceituno y Rincón de Pulgar hasta el potrero de Santana, y siguiendo la misma orden con las aguas vertientes quedando incluso dicho potrero de Santana hasta dar en la punta del cerro donde confina el potrero de la Aguacarí y juntas de la quebrada de la Laja con la de Aguacarí siguiendo esta quebrada para arriba hasta la punta del cerro y entrada de dicho potrero Aguacarí, y de aquí siguiendo a escuadra al cerro del Bermejo siguiendo las piedras herradas por toda la cumbre del cerro hasta dar con la piedra herrada, primer lindero cuyas tierras comprendidas en estos linderos son las pertenecientes a el hato del Aceituno y las mismas que se medirán en lo que fuere posible sin necesidad de trocha, y lo que no se regulará por el medidor para inteligencia de los avaluadores y lo firmaron ante mí, de que doy fé Ignacio Quijano — Fray Manuel Díaz — Joseph de Rueda — Toribio de Argüelles — Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos — Ante mí Juan Félix Ramírez de Arellano..."

PROVEIDO — Proveyóse por don Ignacio Quijano, comisionado para estas diligencias en la casa del Aceituno a once de octubre de mil setecientos setenta. Arellano".

Después de practicadas las diligencias que acaban de transcribirse, los comisionados continuaron sus trabajos en las demás tierras de la hacienda Doyma y realizaron los avalúos e inspecciones sobre los hatos "doña Agustina", "Góngora", "Potrero de Bulira" y otros. Seis días después se practicó la mensura del hato del Aceituno en la forma siguiente: ACEITUNO. En la hacienda de DOYMA, a diecisiete de octubre de mil setecientos setenta, el maestre de campo don Ignacio Quijano, del muy reverendo padre Fray Manuel Díaz por el doctor don Ignacio de Salazar, cura y vicario de la ciudad de Ibagué, de don Joseph de Rueda, procurador general de aquel cabildo y por ante mí el presente escribano, los avaluadores expresados en la que antecede dijeron haber visto y paseado el globo de tierra perteneciente a el hato del Aceituno, y enterados de sus linderos e impuestos de su fertilidad conocían que el justo y legítimo valor del globo de tierra —que comprenden los linderos es el de un mil y doscientos pesos, a que se agregan trescientos y cincuenta en que separadamente avaluaban en potrero de Santana a éste hato perteneciente, y lo firmaron ante mí de que doy fé Ignacio Quijano Fray Manuel Díaz — Joseph Rueda — Toribio de Arguelles — Manuel Urueña — Ante mí, Juan Félix Ramírez de Arellano". Terminaban estas largas diligencias con un resumen del valor y estancias medidas en los diversos hatos de la hacienda Doyma, en el cual asignan al Aceituno 6 estancias por valor de $ 1.200,00 y al total de las tierras del Doymá noventa y nueve mil doscientos veinte y un pesos real y medio (Fs. 63 a 63 vto.)

Por último aparece de tales copias que, terminados los trabajos el día 16 de noviembre, al día siguiente, por estar debidamente concluídos, el escribano ante quien se habían realizado, don Juan Félix Ramírez de Arellano, ordenó pasar originales tales diligencias al señor Fiscal y Juez de Temporalidades y que se pregonaran en las ciudades de Ibagué y Tocaima los hatos ya debidamente separados (fs. 63 vto.)

B) Copias también auténticas, expedidas por el Archivero Histórico Nacional, de la escritura de venta que a favor del señor Galindo otorgó el doctor don Estanislao Joaquín de Andino, Fiscal de lo Civil y de la Junta Provincial, por orden de ésta, que contiene también la diligencia de remate y que se transcribe a continuación en su integridad porque desea la Sala hacer ver no solamente que los remates a que se sometieron los bienes de la Compañía de Jesús en aquél entonces, constituían apenas una parte de la tramitación a que estaba sometida la venta de tales bienes, sino también el hecho de que en la escritura de venta propiamente dicha, se hacía una relación minuciosa de las diligencias que habían precedido tales contratos, todo en acatamiento a las instrucciones del Monarca, y con arreglo a la cédula de 8 de noviembre de 1769 que adelante se transcribirá en parte y en busca de la 'estabilidad y permanencia de los contratos".

La referida escritura dice así:

"Número 1.891. — Archivo Nacional de Colombia — Bogotá, veintidós de abril de mil novecientos cincuenta y dos. En vista de lo solicitado por

el señor Carlos Gil en el anterior memorial, se expide a continuación la siguiente copia, tomada del Protocolo de la Notaría Segunda de Bogotá, año de 1744, tomo 2º.

"ESCRITURA DE VENTA DEL HATO DEL ACEITUNO A FAVOR DE DON JUAN IGNACIO GALINDO. Sepan cuantos esta carta de venta vieren, que habiendo resuelto el Rey nuestro señor, que Dios guarde, movido de varias urgentísimas y graves causas, que se extrañasen de todos sus dominios de España e Indias a los regulares de la Compañía y que se ocupasen sus Temporalidades conforme al Real Decreto de veinte y siete de febrero de mil setecientos sesenta y siete, determinó posteriormente expedir sus Reales Cédulas de catorce de agosto de mil setecientos sesenta y ocho y veinte y siete de marzo de mil setecientos sesenta y nueve, declarando en la primera a consulta de el Real y Supremo Consejo en el extraordinario con asistencia de los muy reverendos arzobispos y obispos que tuvieron asiento y voz en él, haberse devuelto a su disposición como Rey y suprema cabeza del Estado el dominio de los bienes ocupados a dichos regulares de la Compañía extrañados de sus dominios, y pertenecer a Su Majestad la protección inmediata a los píos establecimietnos a que se sirve destinarlos conforme a la mente de los fundadores y sin defraudar a la verdadera piedad en fuerza de la Real Pragmática sanción dada en el Pardo a dos de Abril del citado año de mil setecientos sesenta y siete, y prescribiendo por la segunda la creación de Juntas Provinciales y Municipales para entender en la venta de dichos bienes por ser llegado el caso de su enajenación mediante las notorias causas de necesidad y utilidad que concurren para ello, asegurando la permanencia de los contratos bajo de su fé y palabra real, con declaración de que aprobadas por las Juntas Provinciales y Municipales y cumplido su tenor han de ser y serán firmes, estables, perpetuos y seguros; que sobre ello no se podrán ni se permitirá poner mala voz ni reconvención que turbe ni altere lo capitulado, y que ningún Tribunal, Junta, Consejo ni persona podrá admitir demanda sobre nulidad o rescisión de ellos, ni sobre tanteo, suplementos, restitución de precio ni otra cosa que no sea el cumplimiento de dichos contratos y sus condiciones según más latamente se declara en la Real Cédula fecha en San Lorenzo a 8 de noviembre de mil setecientos sesenta y nueve, cuyo tenor es el siguiente..."

"REAL CEDULA. — Aquí la Real Cédula. Y por cuanto en cumplimiento de las soberanas intenciones de Su Majestad, y con declaración de quedar sujetos a las pagas del diezmo al respecto de diez uno como se dispone en Cédula dada en Madrid a cuatro de diciembre de mil setecientos sesenta y seis y libre esta venta del derecho real de alcabala según por punto general se declaró en Cédula fecha en el Pardo a doce de enero de mil setecientos setenta. Se han practicado en esta ciudad y otras las diligencias correspondientes para el aprecio y avalúo de las haciendas que tenían en este distrito y Virreinato en fuerza de las providencias expedidas por la Junta Provincial: Y siendo una de ellas el Hato de el Aceituno, expedidas las diligencias correspondientes, se procedió a su avalúo por don Ignacio Quijano, comisionado para él, con reconocimiento de las tierras y muebles, el que se verificó por hombres peritos, tanto de ellos como de lo demás anexo a dicho Hato por ante el escribano público de el número don Juan Félix Ramírez de Arellano, quien siguió la comisión actuando como Juez de dichos avalúos, los que ascendieron a la cantidad de quince mil doscientos veinticuatro pesos dos reales entre muebles y tierras, cuyo tenor es el siguiente:

"AVALUO DE YEGUAS CORRAL DE HATO CABALLOS. — Por seiscientas catorce yeguas a veinte reales, hacen mil quinientos treinta y cinco. Por ciento ochenta y dos caballos de tropa a seis pesos, son mil noventa y dos pesos. Por veinte y seis potros a cuatro pesos, son ciento cuatro. — RESES. — Por novecientas nueve reses de cría, cerreras, a tres pesos, son dos mil setecientos veinte y siete... NOVILLOS, RODEO DE EL LLANO. — Por ochenta y nueve novillos a cuatro pesos, son trescientos cincuenta y seis. Por un burro viejo en diez pesos... RESES. Por un mil trescientas noventa y seis reses de cría, cerreras, a tres pesos, cuatro mil ciento ochenta y ocho... RODEO DE PULGAR. Por ciento veinte novillos a cuatro pesos, son cuatrocientos ochenta.... RESES. Por trescientas diez y seis reses de cría, cerreras, a tres pesos... Por seis novillos, a cuatro pesos, veinticuatro... Por un corral dicho en ocho pesos... Por una manga, diez pesos... Por las casas y dos caneyes, veinte pesos... Por una mesa, dos pesos... Por dos cujas, dos pesos... Por dos sillas viejas de sentarse, ocho reales... Se avaluó en mil quinientos cincuenta pesos... TIERRAS. Por el importe de las tierras mil quinientos cincuenta pesos en seis estancias... Por los muebles agregados doscientos veinte y dos pesos y dos reales... En los esclavos mil novecientos cuarenta y cinco pesos... Y por lo que toca al deslinde y mensura de las

expresadas tierras, consta de las diligencias siguientes:... LINDEROS. — Desde un cerro gordo que hace en la mitad del Llano junto a la quebrada de Opía llamado el Bermejo en cuya cima está una piedra con las letras A. B. linderos de este Hato y el de Buenavista de Vega (1) desde el que a escuadra se baja a dicha quebrada de Opía, toda esta quebrada abajo hasta donde le entra una zanja en el paso de la vuelta de San Javier (2) en la que y en una piedra grande redonda que está en su medio se puso la letra A. y la D. como lindero de Doyma siguiendo esta zanja arriba mirando al Yesal, y en el Llano se grabaron las letras A. D. que está en frente a un boquerón (3) que hace abajo del boquerón grande de la entrada al Yesal, y de esta piedra por ser chica a corto trecho en la orilla del Monte en una piedra del Monte en una piedra grande que está cuasi en el todo enterrada se volvieron a grabar las mismas letras A. D. y de esta piedra a escuadra de la loma gorda (4) que está dentro de las tierras del Yesal, y de allí siguiendo la escuadra a un picacho del cerro peñoso en la loma que llaman del Potrerito (5), y de ésta siguiendo la escuadra al cerro que llaman el Colorado (6) inmediato al hato del Madroñal, cuya cuchilla seguida hasta el cerro de las Tetas de Doyma (7) todas sus aguas vertientes al Yesal, y de dicha cuchilla por toda la cumbre aguas vertientes al Aceituno y Rincón del Pulgar hasta el potrero de Santa Ana hasta dar en la punta del cerro donde confina el potrero de la Aguacarí (8) siguiendo esta quebrada para arriba hasta la punta del cerro y entrada de dicho potrero Aguacarí (9), y de aquí siguiendo a escuadra a el cerro de el Bermejo siguiendo las piedras herradas por toda la cumbre del cerro hasta dar en la primer piedra herrada en el primer lindero (1), cuyas tierras comprendidas en estos linderos son las pertenecientes a el Hato del Aceituno, y los avaluadores nombrados como que les han visto y paseado, impuestos de su calidad dijeron ser su legítimo valor y precio el de un mil y doscientos pesos a que se agregan trescientos y cincuenta en que separadamente avaluaron el potrero de Santa Ana a este hato perteneciente, que son mil quinientos cincuenta... Razón de la medida... DILIGENCIA. — En la hacienda de Doyma, a diez y siete de octubre de mil setecientos setenta, en presencia del maestre de campo don Ignacio Quijano, comisionado para estas diligencias, del muy reverendo padre Fray Manuel Díaz, por el doctor don Ignacio de Salazar, cura y vicario de la ciudad de Ibagué, de don José de Rueda, procurador General de aquel Cabildo por ante mí el escribano y testigos que se nominarán. Tomás Vásquez Guarnicio medidor nombrado, dijo haber medido las tierras pertenecientes a el hato nombrado el Aceituno en la forma siguiente: Que el día quince desde la quebrada de Guacarí y Punta del Cerro, quebrada abajo a la cuchilla de el mismo cerro de Doyma había medido setenta y dos cabuyas, y que de la cuchilla de el potrero de Santa Ana a las Tetas de Doyma, se midieron noventa y seis cabuyas y que el día diez y siete de el cerro y Tetas de Doyma al Boquerón del cerro gordo (saliendo a escuadra) había medido sesenta y una cabuyas, y del boquerón y cerro, y cerro gordo saliendo a escuadra a la quebrada de Opía había medido veinte y una cabuyas dejando en esta travesía cuatro piedras herradas con las letras A. lindero del Aceituno, y D. lindero de Doyma; y que de la quebrada de Opía en el paso de San Javier, quebrada arriba a la piedra herrada que está en el cerro llamado el Bermejo había medido setenta y siete cabuyas, y que del Bermejo y piedra en él herrada a la quebrada de Aguacarí había medido setenta y seis cabuyas dejando tres piedras herradas con las letras A. B. y que hoy día diez y siete había medido las tierras de el Yesal a este hato pertenecientes desde el Boquerón de las Tetas a escuadra a la cuchilla y loma del Capote donde salió con cincuenta cabuyas y toda la cuchilla de el cerro cuarenta y una cabuyas, y que por la cuchilla a bajar a la quebrada de la Laja Blanca al boquerón del Cerro Gordo y piedra herrada con las letras A. D. cuarenta y cinco cabuyas que son seis estancias menos una cabuya y lo firmó con el comisionado siendo testigos don Toribio de Argüelles, don José Antonio Villalobos, ante mí de que doy fé. Ignacio Quijano — Fray Manuel Díaz — Joseph de Rueda — Tomás Vásquez — Ante mí Juan Félix Ramírez de Arellano. Y habiendo precedido las diligencias de pregones de este hato, y puestos los autos en estado, se celebró el remate siguiente:... REMATE. En la ciudad de Santa Fé, a doce de diciembre de mil setecientos ochenta y tres años, congregados a junta en la sala del Juzgado General de Bienes de Difuntos en donde se acostumbran hacer los remates de los bienes pertenecientes a Temporalidades los señores don Pedro Catani, oidor y alcalde de Corte de esta Real Audiencia y Juez Presidente de la Junta Municipal de ellas, doctor don José Antonio Isabella, Canónigo de esta santa iglesia Catedral Metropolitana diputado por el señor Gobernador del Arzobispado para la concurrencia a ella, don Joseph Groot de Vargas, Regidor, Fiel ejecutor del Ilustre Cabildo y diputado dél, doc-

tor don Andrés de Iriarte, Abogado de la Real Audiencia, Síndico, Procurador General del Ilustre Ayuntamiento, y el doctor don Miguel Vélez, cura rector de esta santa iglesia, asimismo abogado de esta Real Audiencia y defensor general de las Temporalidades se vieron los autos actuados sobre la hacienda del Hato nombrado el Aceituno que fué de los regulares expatriados, dividido y separado de la hacienda denominada Doyma, que anteriormente estuvo rematada por otra igual Junta celebrada a diez y siete de julio del año pasado de mil setecientos setenta y dos en don Juan Gómez Avalle bajo de varias capitulaciones en la cantidad de quince mil doscientos veinte y cuatro patacones y dos reales en que había sido apreciado y avaluado por el juez comisionado para ello que lo fué don Juan Félix Ramírez de Arellano habiendo precedido para ello todas las diligencias previas y requisitos necesarios de pregones y citaciones y con la calidad de rebajarse de la cantidad de dicho remate lo que resultase de menos al tiempo de verificarse su entrega o de aumentarse a ella lo que resultase de más al respecto de los avalúos de exhibir de contado en reales cajas dos mil patacones, reconocer y afianzar lo restante y pagar inter su redención el rédito correspondiente de un cinco por ciento. Y habiendo cumplido con éstos requisitos, así del entero de dichos dos mil pesos como de la fianza hasta la concurrente cantidad que se declaró por la Junta se le libró el recudimiento correspondiente para la entrega y posesión de dicho hato de el Aceituno, de la que resultó haber tenido de aumento dos mil novecientos treinta y un pesos con lo que ascendió su total valor a diez mil y ocho mil ciento cincuenta y cinco patacones y dos reales; y habiendo fallecido el citado don Juan Gómez Avalle, solicitó su albacea don Félix Cartagena el permiso y beneplácito de esta Junta para vender y enajenar la citada hacienda a favor de don Francisco Melo que le fué concedido con cargo de hacer constar el abono de las fianzas que se debían dar para la seguridad de las Temporalidades, en cuya virtud procedió a darlas a satisfacción de los señores oficiales reales don Antonio de Ayala y don Manuel Revilla con los poderes y fiadores que fueron de su aceptación hasta la cantidad de catorce mil seiscientos cinco pesos y dos reales y a su consecuencia se le libró el recado necesario para que con intervención de don Agustín José de Moya, sujeto destinado por esta Junta se verificase la entrega de la hacienda al referido don Francisco Melo, lo que han ejecutado como se estuviese debiendo los respectivos réditos de los años que habían corrido libraron comisión los dichos señores oficiales reales al teniente de oficial real de la ciudad de Ibagué contra el principal y fiadores para su recaudación y cobranza, y a la indagación del estado de la hacienda, posibilidad y certeza de los fiadores dados para el seguro de ella, y habiendo resultado ser fallidas la mayor parte de fianzas y el abono con que se hallaba esta hacienda por la enfermedad que padecía el citado Melo y ausente de ella en el sitio de la Mesa, habiendo dado parte con estas diligencias al Superior Gobierno, se mandó librar despacho para el embargo de el referido hato y que se diese cuenta para proveer sobre la quiebra que resultase y sobre sus nuevos pregones y remate con el que fué requerido el dicho teniente de Ibagué, quien en su cumplimiento practicó el inventario de los bienes existentes que halló en esta hacienda, la que depositó en don Pedro Galindo, con cuyas diligencias dio cuenta al Excelentísimo señor Virrey, de las que se dio vista al señor fiscal quien pidió que con citación del apoderado de don Francisco Melo se librase despacho de pregones por el término de la ley citándose al mismo tiempo a los fiadores como que han de sufrir y subsanar la quiebra que se experimentase en el nuevo remate, lo que así se mandó, y estándose ejecutando los pregones hizo postura a ella don Miguel de Liévano en cantidad de once mil pesos bajo de varias condiciones, con la de reconocer y afianzar a satisfacción de los señores oficiales reales; y remitidas que fueron estas diligencias, se le mandó correr traslado al procurador Pablo Sarmiento como apoderado del citado Melo, quien por escrito representó haber el espacio de dos años no comunicaba por escrito ni de palabra con el susodicho Melo para que en esta atención se expidiesen las providencias que se tuvieran por convenientes. Con lo cual a pedimento del señor Fiscal se mandaron practicar varias diligencias en solicitud de el poder de don Miguel de Liévana, postor a dicha hacienda entre los procuradores para proceder al remate, el que no habiendo sido habido en esta Corte ni su apoderado, en este estado por Luis Ovalle, procurador y apoderado de don Juan Ignacio Galindo se hizo postura en cantidad de doce mil pesos bajo las capitulaciones siguientes:... CAPITULACIONES. 1ª La primera que enterará mi parte en estas reales cajas cuatro mil pesos de contado, y la restante cantidad afianzará a satisfacción de oficiales reales o del teniente oficial real de la ciudad de Ibagué.... 2ª Que si sobre los linderos y demarcación de aquellas tierras se ofreciere algún pleito o litigio por alguno de los

circunvecinos de dicha hacienda, ha de ser obligado el señor Fiscal a sacar a paz y salvo a mi parte en la posesión y propiedad de dichas tierras, y que si llegase el caso de demembrarse alguna parte de ellas se le haya de rebajar y devolver en prorrata la cantidad en que se avaluaren... 3º Tercero Que interín la redención de los ocho mil pesos restantes, pagará mi parte el rédito correspondiente a un cinco por ciento, y que las redenciones que hubiere le sean admisibles de mil o más pesos según la oportunidad le ocurriere.... 4º Cuarta. Que mi parte se allana por evitar costas y dilaciones a recibir y tomar la hacienda en el pié en que se halla, haya de más o de menos de lo que resulta de los inventarios. 5ª Quinta. Que respecto de hallarse citado el otro postor y su apoderado en esta ciudad se haya de verificar el remate de dicha hacienda en el perentorio término de veinte días, pues de lo contrario se le siguen a mi parte imponderables perjuicios en el giro y curso de sus negociaciones, y que no podrá continuar en la prosecución de esta postura, la que siendo admisible en éstos términos estoy pronto a cumplir con su tenor y forma... De las que se dio vista al señor fiscal quien expuso lo siguiente:... VISTA DEL SEÑOR FISCAL. Muy poderoso señor. El fiscal dice; que vuestra alteza se ha de servir admitir como más ventajosa la postura que se hace a nombre de don Juan Ignacio Galindo a la hacienda nombrada el Aceituno en cantidad de doce mil pesos entregando los cuatro mil al contado y mandar que con previa citación de Francisco Javier Melo y sus fiadores poniéndose certificación si no se encontrasen sus poderes para que les pare perjuicios se proceda al remate citándose igualmente al doctor don Miguel Galindo como apoderado del otro postor don Miguel de Liévana, declarando cuanto a la cuarta capitulación lo que estimase vuestra alteza por más útil, pues aunque se ignora si tenga aumento después del último inventario no sólo se evitan costos y dilaciones por medio de su admisión, sino también las dudas y disputas que suelen ocurrir en la entrega, liquidación y cotejo. Santafé, Agosto veinte y dos de mil setecientos ochenta.... Moreno.... A cuya consecuencia se proveyó por esta Junta el auto que dice así:... AUTO. Graduando esta Junta por más útil y ventajosa la postura hecha por parte de don Juan Ignacio Galindo al Hato del Aceituno en cantidad de doce mil pesos, los cuatro mil de contado, y lo restante a reconocer y afianzar, y por admisibles las condiciones de ella y en particular la cuarta de recibir y tomar la hacienda por lo que en ella existiese, haya de más o de menos de lo inventariado con lo que desde luego se evitan costos de entrega, liquidaciones y litigios con los administradores o depositarios, como ha acontecido con las más de las haciendas rematadas y a fin de evitar nulidades y que en ningún tiempo puedan reclamar perjuicio Francisco Javier Melo y sus fiadores en el descubierto y hasta a que son obligados para completar la cantidad de el principal y réditos en que se hallan descubiertas las Temporalidades, se librará despacho al teniente y justicia de la ciudad de Tocaima en donde reside el dicho Francisco Javier Melo y los fiadores que faltan para notificar como son, Mateo Martínez con residencia en el Valle de Altagracia; Miguel Antonio Melo en el sitio de la Mesa; Juan Francisco Melo, don José del Basto, Juan Tomás de Haya en el sitio de Melgar y Jacinto Collantes de Tocaima a efecto de que a todos se les cite y emplace para el nuevo remate y remitan las diligencias con la mayor brevedad en cuya vista se reserva proveer y asignar día de remate con precedente consulta de la Junta Provincial.... Hay cuatro rúbricas. PROVEIDO. Proveyóse por los señores de la Junta Municipal de Temporalidades establecida en esta capital para la venta y enajenación de las ocupadas a la religión ex jesuíta en el Colegio Máximo de esta capital doctor don Francisco Antonio Moreno y Escandón, fiscal de lo civil de esta Real Audiencia, juez comisionado en el extrañamiento, y para presidir dicha Junta doctor don Manuel de Caicedo, prebendado de esta santa iglesia Catedral, don José Groot de Vargas, regidor, fiel ejecutor y Diputado del Ilustre Cabildo y don Gregorio Domínguez, síndico, procurador general de esta ciudad de Santafé, a veinte y dos de septiembre de mil setecientos ochenta años... Roxas... Librado que fué el despacho para ejecución de las diligencias prevenidas en el anterior decreto, y verificada la citación a los fiadores que faltaban, las presentó con escrito el Procurador Luis de Ovalle como apoderado del citado don Juan Ignacio Galindo al efecto de que se mandase proceder al remate de la hacienda en los términos de su antecedente postura mejorándola en exhibir de contado hasta seis mil pesos, y los otros seis mil a reconocer y afianzar inter su redención, con lo cual se mandaron pasar los autos a la Junta Provincial para que con su ascenso se pudiese proceder al señalamiento de día de remate, en donde se proveyó el auto que dice así:... AUTO. Santafé, trece de octubre de mil setecientos ochenta y uno. Autos y vistos. Devuélvanse éstos a la Junta Municipal para que precediendo el avalúo del hato de que tratan con

citación de los interesados y del defensor de Temporalidades, proceda conforme a su instituto a repetir los pregones, y sacarlo al remate con arreglo a lo prevenido a la colección de providencias.... Hay tres rúbricas.... Prieto Dávila. En cuyo estado se presentó nuevo escrito por el nominado Procurador Ovalle desistiéndose de la postura que tenía hecha por el mencionado don Juan Ignacio Galindo respecto a que con el dilatado tiempo que había mediado los sujetos que le habían ofrecido el dinero para la exhibición se la habían retrasado, y por esta razón serle imposible el cumplimiento de lo ofrecido, por lo que fué necesario practicarse nuevas diligencias en solicitud del antecedente postor don Miguel de Liévano, que nunca pudo ser habido. Y en este estado presentó escrito el procurador Blas de Valenzuela ofreciendo, con calidad de traspaso, dar la misma cantidad de doce mil pesos, los seis mil de contado, y los otros seis mil a reconocer y afianzar bajo las mismas capitulaciones que tenía propuestas el mencionado Galindo, cuya proposición con ascenso y **consentimiento del defensor fué admitida mandándose pregonar por el término de quince días,** y que se fijasen boletas que anunciaran la venta de esta hacienda para que llegase a noticia de todas las personas que quisieran mejorarla. Todo lo cual así se ejecutó y después se mandó pasasen los autos a la Junta Provincial para que con su ascenso se pudiese proceder al remate; y en este intermedio se presentó el procurador Luis Camacho a nombre de don José Antonio del Basto diciendo que como fiador de Francisco Javier Melo para el aseguro de esta hacienda y promover sus derechos por el lapso que le amenazaba se le mandasen entregar los autos por un breve término para deducir lo que le conviniese, a lo que se mandó que presentando poder bastante dentro del término de tres días se proveería con apercibimiento que de no ejecutarlo se procedería a determinar lo que hubiese lugar sobre el remate de la hacienda; lo que se le hizo saber al citado procurador en quince de marzo del corriente año, y aunque se verificó la presentación del poder hasta el tres de junio y se mandasen entregar los autos, teniendo estado no se verificó su entrega por hallarse ya remitidos a la Junta Provincial por quien se proveyó el decreto que dice así:... DECRETO. Santafé, veinte y siete de noviembre de mil setecientos ochenta y tres. Autos y vistos: devuélvanse éstos a la Junta Municipal para que por ella se proceda conforme a derecho a el remate de la hacienda del hato del Aceituno de que tratan, señalándose día para ella con citación de los interesados y dando a su consecuencia la competente providencia para que su entrega se haga al rematador de ella con formal inventario y avalúo de todas sus pertenencias para los efectos que convengan. Hay tres rúbricas... Aráoz.... Y habiéndose devuelto a esta Junta Municipal se mandó por ella se procediese al remate con citación de los postores asignándose para ello el día cinco del corriente que no pudo verificarse hasta el día de esta fecha por varias ocupaciones que motivaron su demora. Y con asistencia del defensor y postores y citación que se hizo al procurador apoderado de don José Antonio del Basto, se procedió a dar el primer pregón por voz del pregonero público, diciendo: doce mil patacones con calidad de traspaso dan por el hato nombrado el Aceituno perteneciente a las Temporalidades, los seis mil de contado y los otros seis mil a reconocer y afianzar a satisfacción de los señores oficiales reales, quien quisiere mejorar esta propuesta parezca se le recibirá la que hiciere que se ha de rematar ahora, cuyo pregón se repitió varias veces, a cuyo tiempo ocurrió el procurador José Joaquín Zapata y Porras mejorando la postura con calidad de traspaso en persona lega, llana y abonada en doscientos patacones mas proponiendo varias capitulaciones con la de afianzar el todo de la cantidad a satisfacción de los señores oficiales reales, las que conceptuadas por esta Junta no ser admisibles ni equivalentes a lo ventajoso de la anterior postura se despreció ésta y se mandaron continuar los pregones de la de los doce mil patacones, lo que así se ejecutó, y habiéndose retirado el mencionado procurador Porras y desistiéndose de continuar su propuesta, dijo el procurador Blas de Valenzuela que sobre los doscientos pesos que se habían ofrecido por aquél daba otros doscientos pesos más que enteraría de contado unos y otros con los dichos seis mil pesos, lo que se aceptó como mejora del todo ventajosa y se continuó el pregón en esta forma: doce mil y cuatrocientos pesos con calidad de traspaso dan por la hacienda denominada el Hato del Aceituno perteneciente a Temporalidades; los seis mil y cuatrocientos de contado, y los otros seis mil a reconocer y afianzar a satisfacción de los señores oficiales reales, quien quisiera mejorarla, parezca se recibirá la que hiciere, y como no hubiese habido quien la mejorase se dieron otros pregones, y apercibido que fué para remate después de haberse dicho en los antecedentes, a la una y a las dos, se dio el último pregón expresando en él a la tercera que buena, que buena y que buena pro le haga al dicho procurador Blas de Valenzuela quien juró por Dios Nuestro Se-

ñor y una señal de cruz de cumplir con el tenor de éste remate, y de no llamarse a engaño enorme ni enormísimo, con lo que se concluyó esta Junta que firmaron los señores de ella y el rematador por ante mí el infrascrito escribano de Su Majestad, de que doy fé... Catani. — Doctor Isabella. Groot — Doctor Iriarte — Blas de Valenzuela — Ante mí, Josef de Roxas, escribano de Su Majestad... ... .

ESCRITURA DE TRASPASO DE LA HACIENDA DEL ACEITUNO. En la ciudad de Santafé, a trece de diciembre de mil setecientos ochenta y tres años, ante mí el infrascripto escribano de Su Majestad y de la Junta Municipal de Temporalidades de esta capital y de los testigos que se expresarán, pareció presente Blas de Valenzuela, procurador de esta Real Audiencia a quien doy fé conozco, y dijo: que en Junta de Temporalidades celebrada en doce del corriente en esta capital se le remató la hacienda nombrada el Aceituno que fué de los regulares expatriados en la cantidad de doce mil y cuatrocientos pesos, los seis mil y cuatrocientos al contado, y los otros seis mil a reconocer y afianzar a satisfacción de los señores oficiales reales de las Cajas de esta capital, y con calidad de traspaso en persona lega, llana y abonada, cuyo remate aceptó y juró de cumplir con su tenor y en esa virtud y usando de la referida calidad de traspaso y para que tenga efecto en la vía y forma que más halla lugar en derecho otorga que cede, renuncia y traspasa el referido remate de la hacienda de el Aceituno en don Juan Ignacio Galindo bajo las mismas condiciones de enterar de contado los seis mil y cuatrocientos pesos y reconocer y afianzar los otros seis mil pesos pagando en cada un año el cinco por ciento según consta en el citado remate que ha de cumplir el dicho de don Juan Ignacio Galindo y se desiste y aparta del derecho y acción que a la citada hacienda haya adquirido por razón del enunnciado remate, y todo lo cede y traspasa en el expresado Galindo, quien enterado de todo lo que viene fecha mención aceptó esta escritura de traspaso y prometió de cumplir en todo y por todo con el tenor de dicho remate como si en su persona se hubiera fecho y celebrado, por cuyo hecho se obliga que cualquier cargo que pueda resultar sobre el seguro y paga de la referida cantidad en que se verificó el remate se entienda contra su persona y bienes y no contra la de el nominado Valenzuela, quien ha de quedar libre o indemne de dicho cargo. Y al cumplimiento y firmeza de todo lo contenido en esta escritura cada uno por lo que le toca se obliga con su persona y bienes habidos y por haber para que a ello les compelan y apremien por todo rigor de derecho y vía ejecutiva como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; sobre todo lo cual renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor, ley sit convenerit de jurisdictione omnium judicum con la regla que prohibe la general renunciación, y firman siendo testigos don Eusebio Martínez Malo, don Josef Bonifacio de Sandoval y don Josef Antonio Gutiérrez, vecinos, por ante mí que doy fé Blas de Valenzuela — Juan Ignacio Galindo — Ante mí Josef de Roxas, escribano de Su Majestad. Concuerda con el remate celebrado por la Junta Municipal de Temporalidades y traspaso consecutivo que se halla en el libro de Juntas de donde se sacó este traslado, corrigió y concertó, está cierto y verdadero a que en caso necesario me remito. Y para que conste donde convenga, yo don Josef de Roxas, escribano de Su Majestad le hice escribir en estas diez fojas útiles, doy el presente y firmo en esta ciudad de Santafé, a diez y siete de diciembre de mil setecientos ochenta y tres años... Josef de Roxas, escribano de Su Majestad. Para cumplimiento de cuyo remate entero la parte de don Juan Ignacio Galindo en reales cajas la cantidad de los seis mil cuatrocientos pesos, como consta de la certificación que presentó con escrito cuyo tenor a la letra es el siguiente: CERTIFICACION DE ENTERO DE LA CANTIDAD DE 6400 PESOS. Don Manuel Revilla, contador, oficial real de las Reales Cajas de esta capital por Su Majestad, etc certifico: que en el libro particular tercero del cargo del producto de Temporalidades de la Compañía extinguida, a fojas ochenta, se halla una partida que dice así: PARTIDA: En la ciudad de Santafé en nueve de marzo de mil setecientos ochenta y cuatro, se hace cargo al tesorero don Rafael Vicente García de seis mil y cuatrocientos pesos que entregó Rafael de Vega a nombre de don Juan Ignacio Galindo por los mismos que ofreció pagar al contado de la cantidad de doce mil y cuatrocientos pesos en que se le remató el hato del Aceituno perteneciente a las Temporalidades de la Compañía extinguida, como parece de la certificación que se halla en el legajo tercero de Temporalidades, a fojas quinientas ochenta y dos, y lo firmamos. Don Manuel Revilla — Rafael Vicente García — Así parece del citado libro y foja. Santafé, veinte y tres de marzo de mil setecientos ochenta y cuatro. Don Manuel Revilla. Y habida por presentada la certificación de entero se mandó por los señores de la Junta que presentase las fianzas para el seguro de los otros seis mil pesos por decreto de treinta de marzo de dicho año de

ochenta y cuatro. Y presentadas las fianzas con escrito ante los señores de la Junta Municipal por Rafael de Vega como apoderado del enunciado don Juan Ignacio Galindo prometiendo de abonador de ellas a don Joaquín de Lis. De que se mandó que informasen los señores oficiales reales sobre el abono y seguridad de la fianza que se ofrecía; y evacuado el informe, en este estado se presentó escrito por Blas de Valenzuela como apoderado de el enunciado don Juan Ignacio Galindo expresando que para cumplir con el remate y para obviar las dudas que se pudieran poner de las fianzas, enteraba los seis mil patacones restantes como lo hacía constar por la certificación de los señores oficiales reales que presentaba, la cual es del tenor siguiente:... CERTIFICACION DE ENTERO DE LOS OTROS 6000 pesos. Don Manuel Revilla, contador, oficial real de las reales cajas de esta capital por Su Majestad etc. certifico: que en el libro particular del cargo del producto de los bienes de las Temporalidades de la Compañía extinguida, a fojas ochenta y cinco, se halla una partida que dice así: PARTIDA. En la ciudad de Santafé, en ocho de junio de mil setecientos ochenta y cuatro, se hace cargo al tesorero don Rafael Vicente García de seis mil pesos que entregó Blas de Valenzuela a nombre de don Juan Ignacio Galindo, resto de doce mil y cuatrocientos pesos en que por Junta Municipal de Temporalidades celebrada en doce de diciembre de mil setecientos ochenta y tres se le remató el hato del Aceituno perteneciente a los bienes de los regulares de la Compañía extinguida como parece de la certificación que está en el legajo tercero de Temporalidades a fojas quinientas ochenta y dos, que los seis mil y cuatrocientos pesos restantes se entregaron en nueve de marzo del corriente, cuya redención efectúa por obviarse de la fianza que tenía que dar de los dichos seis mil pesos como se expresa en el escrito que se halla en el mismo legajo a fojas quinientas noventa, y lo firmamos. Don Manuel Revilla — Rafael Vicente García — Así parece del mencionado libro y foja... Santafé, nueve de junio de mil setecientos ochenta y cuatro.... Don Manuel Revella. En virtud de lo cual se proveyó por los señores de la Junta el decreto cuyo tenor es el siguiente:... AUTO. Autos y vistos: En consideración a resultar de las certificaciones de oficiales reales presentadas por parte de don Juan Ignacio Galindo haberse enterado en cajas reales los doce mil y cuatrocientos pesos en que se le remató la hacienda nombrada de el hato del Aceituno perteneciente a las Temporalidades con lo que tiene cumplido con el tenor de su remate, líbresele el competente despacho de recudimiento por el señor oidor, juez presidente de esta Junta cometido al Teniente de Gobernador o alcaldes ordinarios de la ciudad de Ibagué como justicia más inmediata a la referida hacienda, para que el que fuere requerido pase a ella y procediendo formal inventario y avalúo de todos los bienes raíces y muebles que existan en ella, en conformidad de lo mandado por los señores de la Junta Provincial en auto de veinte y siete de noviembre del año próximo pasado, haga su entrega al expresado don Juan Ignacio Galindo sin que por razón de costas o salarios pueda el juez tomar ni sacar bienes algunos de dicha hacienda, y con las diligencias que actuare, dará cuenta a esta Junta para en su vista proveer lo demás que convenga. Hay cuatro rúbricas.... PROVEIDO. Proveyóse por los señores de la Junta Municipal de Temporalidades establecida en esta capital para tratar de las cosas pertenecientes a ellas a saber: don Pedro Catani, del Consejo de Su Majestad, Oidor y Alcalde de Corte de la Real Audiencia y Chancillería de este Nuevo Reino y juez presidente de ella, doctor don Jos- Antonio Isabella, Canónigo de la santa iglesia Catedral Metropolitana, don José Groot de Vargas, Regidor, fiel ejecutor y diputado del Ilustre Cabildo y el doctor don Pedro Groot y Alea, abogado de dicha Real Audiencia y Síndico Procurador General de esta ciudad de Santafé, a doce de junio de mil setecientos ochenta y cuatro años. Roxas.... Y habiéndose librado el despacho en diez y nueve de los mismos, habiendo sido con él requerido don José de Góngora, alcalde ordinario más antiguo de la ciudad de Ibagué, procedió en su cumplimiento a practicar las diligencias de entrega de la hacienda del Hato del Aceituno, la que se verificó con nombramiento de contadores y avaluadores que lo fueron, don Manuel Calderón y don Toribio Segovia, los que juraron y aceptaron el cargo de tales, y en su virtud se procedió a reconocer y avaluar por los expresados los bienes siguientes:... ENTREGA - CABALLOS Y YEGUAS. Por doscientos cincuenta y seis caballos entre ellos algunos potros los que avaluaron y apreciaron a seis pesos cada uno que montan un mil y quinientos treinta y seis pesos. Item, contaron ochocientas treinta y seis yeguas, chico y grande, las que apreciaron dichos avaluadores a tres pesos cabeza, lo que montan dos mil cuatrocientos noventa y nueve pesos. Por lo cual y por ser tarde se cesó en seguir en la entrega hasta el siguiente día y se dio por entregado de los dichos caballos y yeguas don Juan Ignacio Galindo a su satisfacción y lo firmó conmigo di-

cho alcalde ordinario con los avaluadores y contadores y testigos con quienes actuó por enfermedad del escribano. Josef de Góngora. — Josef Manuel Calderón de la Barca — Juan Ignacio Galindo — Toribio Segovia — Testigo, Miguel Antonio Cortés. Testigo, Marcos de Vela. DILIGENCIA. En la hacienda del Aceituno, jurisdicción de la ciudad de Ibagué, en dos días del mes de septiembre de mil setecientos ochenta y cuatro años, yo dicho alcalde ordinario en prosecución de estas diligencias, en su cumplimiento, hoy día de la fecha puso de manifiesto don Pedro Galindo, depositario, un rodeo de ganado, nominado el Bermejo, y los contadores y avaluadores hallaron en él ochocientas veinte y seis, las que apreciaron a tres pesos cabeza, chico y grande, el que monta dos mil cuatrocientos setenta y ocho pesos... Item, el ganado del corral lo puso de presente el depositario, el que contado por los contadores y avaluadores hallaron doscientas cuarenta y dos, las que apreciaron a tres pesos cabeza, chico y grande, que montan setecientos veinte y seis pesos... Y se dio por entregado a toda su satisfacción el mencionado don Juan Ignacio Galindo y en su virtud lo firmó conmigo dicho alcalde ordinario, los avaluadores, contadores con testigos que actuó por el defecto dicho de escribano, y por ser tarde se suspendió hasta el siguiente día.... Josef de Góngora — Josef Manuel Calderón — Toribio Segovia — Juan Ignacio Galindo — Testigo, Miguel Antonio Cortés. Testigo, Francisco Terreros. — Testigo, Marcos de Vela. DILIGENCIA. En la hacienda del Aceituno, en tres de septiembre de dicho año, yo el expresado alcalde ordinario y juez de esta entrega en prosecución de ella puso de manifiesto don Pedro Galindo un rodeo de ganado nombrado Santa Rita en el que hallaron los contadores y avaluadores setecientas sesenta y una res, chico y grande, que le dieron su aprecio de tres pesos cabeza que montan dos mil doscientos ochenta y tres pesos... En prosecución de esta entrega puso de manifiesto don Pedro Galindo, depositario de esta hacienda, el rodeo de ganado nombrado Santa Ana, el que contado por los avaluadores y contadores, se hallaron novecientas ochenta y siete, chico y grande, las que apreciaron a tres pesos cabeza, que montan dos mil novecientos sesenta y un pesos... Item, se hallaron en los rodeos veinte novillos, los que avaluaron a cuatro pesos cada uno, que montan ochenta pesos.... Item, puso de manifiesto el depositario de presente, dos pollinos los que no le pusieron precio alguno los avaluadores por inútiles y viejos... Item, manifestó el depositario las cabras y ovejas en su chiquero, y contadas que fueron, hallaron doscientas y doce las cuatro reales cabeza, chico y grande que importan ciento y seis pesos. Item, puso de manifiesto los esclavos de la referida hacienda, los que vistos y reconocidos por los avaluadores a cada uno de ellos los apreciaron en la forma y manera siguiente:... ESCLAVOS. Un mulato Felipe Xara, de edad de treinta y ocho años, lo apreciaron en ciento ochenta pesos.... Item, la mujer del dicho Felipe llamada Ursula, de edad de treinta y cinco años, la apreciaron los avaluadores en doscientos pesos... Item, hijos de los nominados arriba, María Michaela, mulata de trece años la avaluaron en cien pesos... Item, otro mulato Manuel Salvador, de catorce años, lo apreciaron en ciento veinte y cinco pesos... Item, Claudio, mulato de edad de doce años lo aprciaron en setenta pesos.... Item, otra mulatica llamada María Sebastiana, de once años, la apreciaron los avaluadores en cien pesos.... Item, otra mulatica nominada María de la Luz, de ocho años, la apreciaron en cincuenta pesos.... Item, otra mulatica llamada María de la Cruz, de edad de seis años, la apreciaron los avaluadores en cincuenta pesos.... Item, otro mulatico nombrado José Facundo, de edad de un año, se apreció en treinta pesos.... Item, un mulato viejo, llamado Simón Sánchez que anda huído, que con el conocimiento que tienen los avaluadores del dicho esclavo lo apreciaron en cincuenta pesos.... Item, la mujer del dicho Sánchez llamada Ana Xara la apreciaron los avaluadores en cien pesos.... Item, hijos, María Isabel de edad de catorce años la que apreciaron los avaluadores en ciento cincuenta pesos.... Item, otra mulatica llamada María Dolores de edad de diez años la apreciaron en ciento veinte y cinco pesos... Item, otro mulatico de edad de ocho años llamado Josef Timoteo, apreciaron los avaluadores en ochenta pesos.... Item, otro mulatico llamado Juan el que es de edad de siete años y lo apreciaron en ochenta pesos... Item, otro mulatico baldado de una pierna de edad de dos años y medio llamado Miguel, lo apreciaron los avaluadores en veinte y cinco pesos... Item, un negro llamado Bernardo, de edad de treinta años el que se apreció por los avaluadores en doscientos pesos... Con lo cual y por ser tarde se cesó en esta entrega para seguirla el día de mañana y se dio por entregado de todos los bienes avaluados y esclavos don Juan Ignacio Galindo a su satisfacción, y en virtud de ello lo firmó conmigo dicho alcalde y avaluadores y testigos con quienes actúo por el defecto dicho de escribano... Josef de Góngora — Josef Manuel Calderón de la Bar-

ca — Toribio Segovia — Juan Ignacio Galindo Testigo, Miguel Antonio Cortés. Testigo, Marcos de Vela. Testigo, Francisco Terreros. — PROSIGUE. En la hacienda del Aceituno, jurisdicción de la ciudad de Ibagué, en cuatro de septiembre de dicho año, yo don José de Góngora, alcalde ordinario y juez de esta entrega, dije: que hoy día de la fecha puso de manifiesto el depositario don Pedro Galindo los bienes que faltaban y las tierras de dicha hacienda que reconocida por los avaluadores dijeron estarse amontando, pero que no obstante se arreglaban al estado presente de ellas y las apreciaron en mil y seiscientos pesos... MUEBLES Item, por cuatro casitas y una ramadita, todo de palo cubierta de palma y bahareque, todas viejas, las apreciaron en cuarenta pesos... Item, dos cujas viejas las apreciaron en tres pesos... Item, cuatro taburetes y una silla de sentarse, todo viejo lo avaluaron en dos pesos dos reales... Item, una barra por fierro bruto muy vieja, la avaluaron en dos pesos... Item, las hachas, machetes, azadones y sierra, por estar inservibles por fierro bruto que pesó una arroba, lo tasaron en cuatro pesos y cuatro reales. Item, una escopeta inservible, hasta el cañón dañado, la apreciaron en ocho reales.... Item, dos petacas viejas, con chapas y sin llave, inservibles, y las tasaron en doce reales.... Item, un platón de peltre viejo lo apreciaron en dos pesos. Item, unas tijeras viejas y un fierro de capar apreciaron en seis reales. Item, dos fierros de herrar, por estar dañados los avaluaron en dos pesos... Item, un candelero de cobre viejo lo tasaron en cuatro reales... Item, una caja con chapa, sin llave, la apreciaron en dos pesos.... Item, los corrales los tasaron en cinco pesos... Suman todas las partidas entregadas diez y seis mil cincuenta y seis pesos seis reales. Con lo cual se feneció este inventario, avalúo y entrega por decir el depositario no haber más bienes que manifestar pertenecientes a la hacienda del Aceituno por las repetidas pestes que se han experimentado en los años pasados y por ello la mortandad que se ha experimentado en caballos, yeguas y ganados, no sólo en esta hacienda sino en todas las demás de estos distritos, lo que ha sido común y notorio, y según el avalúo hecho de todos los bienes mencionados dijeron los avaluadores haberlo hecho bien, fiel y legalmente según su leal saber y entender; y estando presente don Juan Ignacio Galindo como rematador de dicha hacienda se entregó de toda ella según como consta del inventario y avalúo que por ante mí ha corrido como juez de la causa y de haber sido la entrega a toda su satisfacción lo firmó conmigo, avaluadores y testigos por defecto de escribano de que así lo certifico. Josef de Góngora — Josef Manuel Calderón de la Barca — Toribio Segovia — Juan Ignacio Galindo — Testigo, Miguel Antonio Cortés — Testigo, Marcos de Vela — Testigo, Francisco Terreros.... — CONCLUSION. Hallándose concluídas estas diligencias de inventarios y avalúo de la hacienda el Hato de el Aceituno, y entregada según parece y consta a don Juan Ignacio Galindo según y como se me manda, y cumpliendo con el contenido de la superior orden debí de mandar y mando se remitan estas diligencias practicadas junto con el despacho de recudimiento a los señores de la Superior Junta de Temporalidades, las que van en veinte y una fojas para que en su vista determinen lo que fuere de su superior agrado. Así lo proveí, mandé y firmé yo don Josef de Góngora, alcalde ordinario más antiguo de la ciudad de Ibagué en este Hato del Aceituno en cuatro de septiembre de mil setecientos ochenta y cuatro años, con testigos por defecto de escribano. — Góngora. Testigo, Josef Manuel Calderón. Testigo, Toribio de Segovia. Testigo, Marcos de Vela... Y dada vista al señor fiscal por la que expuso en quince de noviembre del año próximo pasado, expresó: que en trece de diciembre del año anterior de ochenta y tres se había celebrado el remate de la Hacienda del Hato del Aceituno perteneciente al Colegio de esta ciudad a quien en diez y nueve de junio de mil setecientos ochenta y cuatro se le había librado el recudimiento a satisfacción del interesado según constaba de las diligencias remitidas por don Josef de Góngora, alcalde ordinario de Ibagué, no tenía que decir el fiscal sino que se sirviera la Junta mandar se agregase a los autos del remate para su constancia. Después de lo cual se presentó ante los señores de la Junta el procurador Blas de Valenzuela como apoderado de don Juan Ignacio Galindo con el escrito del tenor siguiente:... ESCRITO. Señores de la Junta Provincial. Blas de Valenzuela, procurador de los del número de esta Real Audiencia y apoderado de don Juan Ignacio Galindo en los autos sobre el remate de la hacienda del Aceituno que fué de los regulares expatriados, ante vuestras señorías con el debido respeto y como mejor proceda en derecho, digo: que habiéndose librado despacho para la entrega de la mencionada hacienda en virtud de haber cumplido con las calidades del remate y pago de contado de la cantidad en que se verificó **no resta** ya otra cosa mediante a estar hecha la dicha entrega y hallarse mi parte en posesión de dicha hacienda con las formalidades que constan de las diligencias del asunto que el **que se proceda a otorgarle la escritura que está prevenida en las instrucciones del asunto que por el**

señor fiscal se proceda a otorgarle la escritura que está prevenida y que de ella se le dé el testimonio correspondiente para su resguardo, que siendo de justicia por ella con el pedimento más útil. — A vuestras señorías suplico se sirvan proveer y mandar como propiamente pido que en lo necesario, etc... Blas de Valenzuela. A consecuencia de cuyo escrito se proveyó por los señores de la Junta el decreto cuyo tenor es el siguiente:

DECRETO. Santafé, y diciembre diez de mil setecientos ochenta y cuatro... Como lo pide... Hay tres señales de rúbricas... Roxas... En virtud de lo cual el señor doctor don Estanislao Joaquín de Andino, Fiscal de lo civil y de la Junta de esta capital a quien yo el escribano de Su Majestad e interino de Gobernación de este Reino doy fé que conozco, dijo: que con arreglo a las Reales instrucciones de Su Majestad (que Dios guarde) y en su real orden y nombre otorga y conoce que vende al dicho don Juan Ignacio Galindo para él, sus herederos y sucesores presentes y futuros, la citada Hacienda del Hato del Aceituno con todas sus entradas, salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres cuanta ha, tiene y le pertenecen de fuero y de derecho y demás bienes y utensilios que todo pormenor expresamente consta en el avalúo y entrega que aquí van insertos, y todo por la cantidad de doce mil y cuatrocintos patacones que tiene enterados como parece de las dos certificaciones que van insertas, declarando, como declara, que el justo valor y precio de la dicha hacienda y Hato del Aceituno y sus anexos según la entrega y su remate, es el de los citados doce mil y cuatrocientos pesos, y que no vale más y en caso que más valga o valer pueda, de la demasía y más valor en cualquier cantidad que sea en la forma que le es permitida el señor otorgante como tal fiscal de la Junta en nombre de Su Majestad le hace gracia y donación pura, mera, perfecta e irrevocable de las que el dercho llama intervivos al comprador don Juan Ignacio Galindo, sus herederos y sucesores desde ahora y para siempre jamás, con las insinuaciones y renunciaciones en derecho necesarias renunciando como expresamente renuncia las leyes del engaño mayor y menor, enorme y enormísimo y la ley y regla del ordenamiento real fecha en Cortes de Alcalá de Henares que trata de lo que se compra o vende por más o menos de la mitad de su justo precio y valor y los cuatro años en ella declarados para pretender la rescisión del contrato o suplemento a su verdadero valor si padeciera engaño y demás leyes que con ella concuerdan; y desde hoy en adelante, según el referido remate y entrega que de la dicha hacienda y sus bienes consta habérsele hecho al citado comprador don Juan Ignacio Galindo en nombre de Su Majestad se desapodera, desiste, quita y aparta del derecho y acción de propiedad que a las Temporalidades les asista sobre la expresada hacienda y sus bienes, y todo lo cede, renuncia y traspasa en el referido comprador don Juán Ignacio Galindo, sus herederos y sucesores para que como suyos propios los posea, cambie o enajene a su voluntad, declarándolos como los declara por libres de todo gravamen, censo, empeño ni hipoteca a que no han de estar por ningún título ni derecho afecto y sí del todo libres, pues cualquiera gravámenes que directa e indirecta hayan tenido o tenga, se entenderá traspasado en las Temporalidades entiéndese que la citada hacienda del Aceituno siempre que la enajene o disponga de ella en el todo o en parte lo podrá ejecutar de manera que no entre en poder de manos muertas por ningún título, derecho ni acción ni con el de sucesión ni herencia a ser expresamente de Su Majestad que así se verifique y observe semejante prohibición en todo cuanto d Temporalidades se vendiere y lo que en contrario se hiciere no ha de valer ni permanecer sin embargo de que hayan sido habidos y adquiridos con sus propios dineros y con justo título cual lo es el de dicho remate y al tenor de esta escritura por la que ha de continuarse el comprador en la tenencia y posesión de la insinuada hacienda y sus bienes. Y por la presente obliga los bienes y rentas de las temporalidades a la evicción, seguridad y saneamiento de estas ventas conforme a derecho en tal manera que siempre ha de ser cierta y segura y que acerca de ella en el todo ni en parte le será movido ningún pleito ni acción, pues en caso de alguno le intente no ha de ser admitido ni oído en juicio ni fuera de él, sobre cuyo particular se ha de observar y guardar lo prevenido por la Real Cédula en ésta inserta por la que se asegura la perpetuidad de estos contratos bajo la fé y palabra real a fin de evitar equivocaciones y siniestras inteligencias que han de ser y serán firmes, estables, perpetuos y seguros y que no se ha de permitir poner mala voz ni reconvención que turbe ni altere lo capitulado ni admitirse en tiempo alguno demanda sobre nulidad, rescisión, tanteo, suplemento restitución ni otra instancia alguna que no sea sobre el cumplimiento de dichos contratos y sus condiciones por ninguno de los tribunales, junta ni juez de cualquier calidad que sea con lo demás que en dicha Real Cédula se contiene, y si aún contraviniendo a lo resuelto en ella se ofreciere o mo-

viere acerca de la expresada hacienda algún pleito o diferencia, así al dicho Galindo como a sus herederos y sucesores, tomará sobre sí la voz y defensa y la seguirá, fenecerá y acabará a costa de las Temporalidades hasta dejarlos en quista y pacífica posesión, y si así no lo ejecutare, se le han de volver al dicho comprador los expresados doce mil y cuatrocientos pesos que ha exhibido de contado y en la misma especie que lo ha ejecutado con más se le han de pagar todos los costos y costas que se le hubiesen causado, el mayor valor adquirido con el tiempo y las mejoras que hubiere hecho, así útiles como voluntarias, cuya ejecución y liquidación difiere en el simple juramento de la parte interesada y el tenor de estas escrituras sin otra prueba de que le releva que han de llevar los señores jueces y justicias a quienes competa el conocimiento de la instancia según el tenor de las instrucciones reales expedidas en el asunto. Y estando presente Blas de Valenzuela, procurador del número y apoderado general de don Ignacio Galindo que asimismo doy fé conozco, enterado de esta escritura de venta a favor de su parte la aceptó por estar a su satisfacción y confesó estar entregado don Juan Ignacio Galindo de la consabida hacienda y Hato del Aceituno según la entrega que ha sabido se le ha hecho. En cuyo testimonio así lo dijeron, otorgaron y firmaron en la ciudad de Santafé a diez y seis de febrero de mil setecientos ochenta y cinco años, siendo testigos don Ramón de Moya, Salvador Pérez y Josef Bonifacio de Sandoval, vecinos presentes en esta ciudad por ante mí de que doy fé — Don Estanislao de Andino — Blas de Valenzuela — Ante mí, Joseph de Roxas, Escribano de Su Majestad" (Rúbricas). — Entre líneas. Su avalúo en 1550 pesos — r — de cumplir — Juan — ornominado VALE. Tachado Nº n — d — mil — s — d — s — e — s Nº NO VALE..... Es fiel copia de su original que se halla a los folios ciento setenta y nueve vuelto a ciento noventa y uno recto, del Protocolo de la Notaría Segunda de Bogotá, año de 1774, tomo 2º del escribano José de Rojas y Francisco Vélez, a la que en caso necesario me remito. — Bogotá vintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y dos. (Fdo.) Enrique Ortega Ricaurte — Jefe del Archivo Nacional". Está el sello del Archivo.

Con relación al valor probatorio de los títulos que acaban de mencionarse, se observa:

Desde hace largo tiempo la Sala ha venido sosteniendo que la mejor fuente de interpretación de las disposiciones y ordenamientos de la época colonial está, sin duda, en la manera como aquéllas se aplicaron por las autoridades de entonces; y por los ejemplos como el que ofrece este juicio, con relación a las ventas de los bienes de la Compañía de Jesús que fueron reincorporados al patrimonio de la Corona por Decreto de Carlos III, fechado en 1767, ha deducido que el remate que de tales bienes se hacía, constituía tan sólo un antecedente previo a la venta de los mismos y, por lo tanto, que esa diligencia no puede aceptarse, por sí sola, como título capaz de trasladar el dominio de la Corona al rematante. En efecto, y como puede verse del título en estudio, se procedía primeramente a la parcelación de los terrenos y luego a rematar los diversos globos en que aquellos quedaban divididos; pero este remate se hacía sujeto a capitulaciones que el beneficiario debía luego cumplir, tales como el pago del resto del precio, y la aceptación de las fianzas ofrecidas después de asegurarse de la solvencia de los fiadores. Se requería también la posterior diligencia de entrega, previo inventario de los bienes, y solamente cumplidas tales formalidades podía solicitarse, como lo hizo el Procurador Blas de Valenzuela en el caso en estudio, "que se procediera a otorgarle la escritura" que **está prevenida en las instrucciones"** (f. 148). Aún más: formulada la petición anterior se requería el Decreto de la Junta ordenando la expedición del título de venta, este sí traslaticio de dominio sobre los bienes rematados.

Que esta escritura era el complemento de la diligencia de remate se vé muy claro de las referencias que a ella se hacen en los documentos copiados atrás. En los edictos, por ejemplo, se daba aviso no solo de que determinadas tierras iban a ser "reducidas a partes moderadas", sino también que iban a ser "vendidas" (f. 17). Y en el acta de posesión del partidor Quijano (f. 22) se habla claramente del juramento que prestó de cumplir su encargo "para la **enajenación** de las temporalidades ocupadas a los regulares de la Compañía de Jesús". Pero si las anteriores referencias, así como la prueba de la existencia en casos concretos como el presente, de una escritura de venta además de las diligencias de remate y entrega de los bienes, fueren insuficientes para convencer que dichos remates o entregas, por sí solos, no transmitían el derecho de dominio, sacándolo del patrimonio de la Corona, con la transcripción de la parte pertinente de la Real Cédula de 8 de noviembre de 1769 que se hizo ya en sentencia de 11 de marzo d 1957, que ahora se repite, la Sala considera suficientemente esclarecido este punto. Dice así la Cédula:

"...Pero habiendo entendido los Fiscales de

la malicia que ha podido sembrar alguna mala voz, contra la estabilidad y permanencia de los contratos, sin duda con el maligno objeto de introducir la desconfianza entre los compradores, y separándolos de esta adquisición, les ha parecido que conviene tomar las precauciones oportunas para ataxar este inconveniente, y facilitar prontamente las ventas. A este fin entienden los Fiscales, y en caso necesario piden que el Conxeso lo haga presente a Su Majestad, con el dictamen que conviene, y estrecha la necesidad a que al mismo tiempo que se remita a las Juntas la Real Cédula correspondiente, para que dentro de cuarenta días, que se señalan por último término, se proceda a la subasta, remate y venta de los bienes con arreglo a lo mandado en la Real Cédula de veinte y siete de marzo de este año, declare Su Majestad para evitar equivocaciones, y siniestras inteligencias que los contratos de venta que se executaren, han de ser firmes, perpetuos y seguros, que sobre ellos no se permitirá ni se podrá poner mala voz ni reconvención que turbe, ni altere lo capitulado..."

Como puede verse, se habla aquí de remate y venta como actos diferentes, aunque encaminados hacia el mismo fin, y se dá la explicación de que ellos se requieren para "evitar equivocaciones y siniestras inteligencias".

Por lo hasta aquí expuesto, la Sala reafirma su jurisprudencia en relación con este aspecto de la legislación colonial.

Sobre el valor probatorio de los documentos presentados a este juicio, debe observarse que ellos fueron traídos en forma legal y que se hallan debidamente autenticados. Por donde se deduce que deben tenerse como plenamente acreditados tanto el remate que del Hato del Aceituno se hizo el 12 de diciembre de 1783, como el contrato celebrado por la Junta Provincial de Temporalidades, representada por don Estanislao Joaquín de Andino, ante el escribano público de su Majestad, por medio del cual la Corona Española traspasó a Juan Ignacio Galindo, para él, sus herederos y sucesores, la Hacienda del Hato del Aceituno, por los linderos que se determinaron en la escritura pública que lo contiene, de fecha 16 de febrero de 1785, otorgada en Santa Fé.

Y si en juicios anteriores la Sala se ha negado a reconocer a las simples diligencias de remate o entrega de bienes celebradas en la época colonial, valor suficiente para acreditar el traslado del derecho de dominio de la Corona Española a los particulares interesados, alegando que la legislación de entonces exigía la posterior escritura de venta, es de simple lógica que en el presente caso, en donde se han probado plenamente las diligencias de remate, la de entrega y la de celebración del posterior consecuencial contrato de venta, se dé a los documentos que las contienen la calidad de títulos emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, con fuerza suficiente para acreditar que el derecho de dominio sobre el Hato del Aceituno que ellos describen, salió legalmente del patrimonio nacional y se radicó en cabeza de don José Ignacio Galindo.

Así lo reconoce la Corte porque tampoco se ha demostrado que el Hato del Aceituno hubiera revertido al patrimonio de la Nación por alguno de los medios que señala la Ley.

Determinación de los terrenos

La determinación de los terrenos sobre los cuales se alega la propiedad privada del petróleo —ha dicho la Corte— entraña la demostración de estos hechos: a) Singularización del predio objeto de la litis, es decir, que se demuestre que los linderos que contenga el título que ampara dicho predio, corresponde exactamente a la realidad topográfica del terreno; b) Que los terrenos que se afirma salieron del patrimonio Nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 son también identificables topográficamente a la luz de la alinderación consignada en el título que se alega; c) Que es uno mismo el terreno que se dice salió del patrimonio del Estado antes de la reserva del petróleo y aquel cuyo dominio actual se alega, o que el primero abarca o comprende a éste en todo o en parte.

En el presente caso se ha afirmado por la demandante que son de su propiedad particular los terrenos de la Hacienda de Colombia, ubicados en jurisdicción de Ibagué y Piedras en el Departamento del Tolima, integrada dicha hacienda por dos lotes denominados "Lote de la Casa" el uno, y "Lote del Cauca y Pan de Azúcar" el otro, comprendidos dentro de los linderos que se expresan en la petición primera principal de la demanda; que tales terrenos formaban parte del antiguo Hato del Aceituno, pues que los linderos de éste abarcan y comprenden los de aquéllos; y que el llamado Lote de la Casa está parcialmente cubierto por la propuesta Nº 510 hecha al Ministerio de Minas, y el lote Cauca y Pan de Azúcar totalmente cubierto por dicha propuesta.

La demanda consigna como linderos generales del Hato del Aceituno los expresados en la diligencia de remate transcritos anteriormente; y co-

mo linderos de la hacienda de Colombia, los que describe la escritura Nº 110, otorgada ante el Notario 3º de Bogotá el 14 de enero de 1947, por la cual la demandante recibió tal hacienda de Benjamín Rocha Gómez, a título de permuta.

En orden a comprobar este extremo de la acción propuesta, la demandante solicitó la práctica de una inspección ocular, en asocio de peritos. La Corte comisionó para practicarla a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, y se llevó a cabo entre los días 28 de mayo y 1º de junio de 1956 (folios 65 a 73 cuaderno Nº 4).

Consta en esta inspección ocular que el Tribunal, en asocio de los peritos principales y del tercero designado para el caso de discordia, recorrió parte a caballo, parte en vehículos automotores y parte en avioneta en condiciones de perfecta visibilidad, y en primer término, los linderos del globo de terreno que comprende la propuesta Nº 510, formulada por Carlos Gámez Macías y traspasada a la International Petroleum Limited. Consta en ella igualmente, que dicho globo fue completamente identificado.

El personal de la diligencia procedió luego a identificar el Hato del Aceituno y a la determinación de los linderos que para dicho hato se consignan en la escritura sin número de 17 de febrero de 1785, y más tarde a la de los terrenos de la Hacienda de Colombia, en los dos lotes que la componen. Para ello recibió los testimonios de Roberto Varón Galindo, Sotero Murillo Trujillo y Rafael Barreto, quienes corroboraron todos la identificación hecha por el Tribunal de la quebrada llamada Bermeja, o La Pedregosa o el Arrayanal, así como también los sitios denominados Cerro Bermejo, la Vuelta de San Javier, la cerca de los Varón, el Boquerón de la Rusia, Cerro Gordo, Loma de Potrerito, Cerro Colorado, Punta de la Cuchilla de la Balsa, el Volcán, Potrero de Santa Ana, las Tetas del Doyma, la quebrada de la Coloradita, la quebrada de La Laja, el sitio donde estaba la casa antigua del mismo nombre, y en general la de todos aquellos lugares señalados en los linderos del Hato del Aceituno y de la Hacienda Colombia.

En el texto de la inspección el Tribunal expresó minuciosamente todos los linderos de los terrenos identificados y si no se reproducen aquí es tan sólo porque coinciden exactamente con los expresados por los peritos en su dictamen, y los que éstos señalan serán reproducidos más adelante. Vale sí, la pena advertir que a dicha diligencia concurrió personalmente el Sr. Procurador Deelgado en lo Civil; que el Tribunal dejó constancias expresas de que en las identificaciones hechas por él se había comprobado que los linderos recorridos concordaban con los de los títulos aducidos por la demandante (Fs. 69 vto.); que los lotes denominados El Yesal, Cauca y Pan de Azúcar y Lote de la Casa quedan comprendidos dentro de los linderos del Hato del Aceituno (fs. 67 vto. y 68 vto), con excepción de una pequeña parte del lote llamado "Cauca y Pan de Azúcar", y con la advertencia de que una parte del llamado "Lote de la Casa" queda por fuera de los límites de la propuesta Nº 510. El Tribunal señala concretamente los linderos de la parte del "lote del Cauca y Pan de Azúcar" no comprendido dentro del lote del Hato del Aceituno más como tales circunstancias que también observaron los peritos y como los linderos que éstos dan de tal lote coinciden con los expresados por el Tribunal, se deja su transcripción para cuando se estudie el dictamen pericial.

Por último, el Tribunal dejó las siguientes constancias: "Primero: Que los linderos de los diversos lotes que se han identificado, son determinables sobre el terreno, y en efecto se han identificado como consta del cuerpo de esta diligencia. SEGUNDO: Que la hacienda Colombia formada por los lotes llamados del Cauca y Pan de Azúcar y Lote de la Casa, se encuentra en la actualidad cultivada, observándose en el primero de tales lotes, pastos naturales, artificiales y rastrojos, en los que pastan ganados de levante, y en el segundo, pastos naturales, y artificiales y cultivos de arroz, con las correspondientes obras de irrigación, tales como viaductos, represas, canales etc. etc.; y TERCERO: Que en la práctica de esta diligencia se emplearon los días veintiocho (28), vintinueve (29), treinta (30) de mayo y parte del día primero (1º) de junio, firmándose hoy dos del mismo mes por los que en ella intervinieron..."

Dictamen de los Peritos

Los expertos nombrados para la diligencia dictaminaron y contestaron las preguntas que les fueron hechas, en la forma siguiente:

"...El Hato del Aceituno

"A) Que los linderos de "El Hato del Aceituno" adquirido por remate en el año de 1783 y relacionados en el hecho 55 de la demanda e insertos en el documento número 2 acompañado a la misma, son determinables sobre el terreno y que, en consecuencia, sean localizados".

Con base en los linderos descritos en el hecho 55 de la demanda que son los mismos que figuran en el documento número 2 o escritura de 16 de febrero de 1785 de la Notaría 2ª de Bogotá. folio 138 v. y teniendo a la mano el plano número 2 del expediente (planchas A B C D III 245 de la carta preliminar del Instituto Geográfico Catastral y Militar de 1950) procedimos al reconocimiento de los linderos de "El Hato del Aceituno" en la forma siguiente: Los linderos rezan: "Desde un cerro Gordo que hace en la mitad del Llano junto a la quebrada de la Opia, llamada El Bermejo, en culla cima está una piedra con las letras A. B. lindero de este hato y el de Buenavista de Vega desde el que a escuadra se baja a dicha quebrada de Opia..."

El cerro Gordo llamado El Bermejo es perfectamente identificable, figura con este nombre en la carta del Instituto antes citada y se encuentra ubicado entre las quebradas La Pedregosa, Arrayanal o Bermeja por el Sur, y la quebrada de| la Opia por el Norte; y es el único cerro aislado que se encuentra en ese sector. Siguiendo en línea recta por la cuchilla del cerro con una dirección Norte 320 Este, se llega a la quebrada llamada de la Opía, también distinguida con este nombre en la carta del Instituto. El lindero continúa: "...toda esta quebrada abajo hasta donde entra una zanja en el paso de la vuelta de San Javier, en la que y en una piedra grande redonda que está en su medio se puso la letra A. y la D como lindero de Doyma..." Se siguió la quebrada Opia aguas abajo hasta llegar a una vuelta que hace dicha quebrada, abajo de la desembocadura de la quebrada denominada San Javiér en la carta del Instituto, sitio que fué identificado por los testigos que depusieron ante el señor Magistrado que practicó la inspección ocular, señores Sotero Murillo, Rafael Barreto y Roberto Varón, como el conocido con el nombre de "Vuelta y paso de San Javier", quienes también declararon que habían conocido una piedra grande situada en el borde de la quebrada, que fué volada cuando se construyó una acequia que toma sus aguas en una represa que se encuentra aproximadamente a 100 metros del sitio indicado por los testigos como lugar donde se hallaba la piedra. Se localizó igualmente la zanja que desemboca en la Vuelta de la quebrada de la Opia y cuyo curso general tiene dirección Sur 54º Este. La relación de linderos sigue así: "...siguiendo esta zanja arriba mirando al Yesal, y en el llano se grabaron las letras A. D. en una piedra que está en frente de un boquerón, que hace abajo del boquerón grande de la entrada al Yesal, y de esta piedra por ser chica, a corto trecho, en la crilla del monte, en una piedra grande que está cuasi en el todo enterrada, se volvieron a grabar las mismas letras A. D. y de esta piedra a escuadra a la loma gorda que está dentro de las tierras del Yesal, y de allí siguiendo la escuadra a un picacho de Cerro peñoso en la loma que llaman de "El Potrerito", y de ésta siguiendo la escuadra al cerro que llaman "El Colorado", inmediato al Hato de "Madroñal", cuya cuchilla seguida..." Se siguió la zanja arriba por cuyo pie hasta su cabecera se encuentra una cerca antigua de piedra que continúa después en dirección general Sur 54º Este, hasta llegar a un boquerón conocido con el nombre de "Boquerón de la Rusia" según los testigos antes nombrados. A más de quedar inmediato al Caserío de La Rusia y abajo de la desembocadura de la Quebrada de la Rusia en la de Doima. A media ladera de la parte oriental de este boquerón se aprecia claramente un cerro de pendiente suave que los testigos identificaron como "Cerro Gordo" y detrás de éste un cerro más alto y escarpado que fué identificado como la loma de "El Potrerito" e inmediatamente detrás se aprecia una serranía que en los planos del Instituto se denomina "Cuchilla de la Balsa", que los testigos identificaron como el mismo cerro de "El Colorado" y que tiene a su pié una finca que hoy es conocida con el nombre de "El Madroñal", cerro éste que tiene un visible color rojizo. Los tres últimos puntos mencionados están en línea recta, en la misma dirección Sur 54º Este. Y continúa el lindero así: "...cuya cuchilla seguida hasta el cerro de Las Tetas de Doima todas sus aguas vertientes al Yesal..." La única cuchilla que partiendo del cerro que se identificó como "El Colorado", va a las Tetas de Doima y divide las aguas, es la que en la carta del Instituto tiene el nombre de cuchilla de "La Balsa". Las Tetas de Doima es nombre que figura en la carta del Instituto y punto arcifinio inconfundible por su forma y altura. "...(7) y de dicha cuchilla por toda la cumbre, aguas vertientes al "Aceituno" y "Rincón de el Pulgar" hasta el potrero de "Santa Ana", hasta dar en la punta del cerro donde confina el potrero de la Aguacarí siguiendo esta quebrada para arriba hasta la punta del cerro y entrada a dicho potrero Aguacarí, y de aquí siguiendo a escuadra al cerro "Bermejo", siguiendo las piedras herradas por la cumbre del cerro hasta dar en la primera piedra herrada en el primer lindero". A partir de las Tetas de Doima la única cuchilla que desprendiéndose de dichas Tetas va a morir en la quebrada Aguacarí o Guacarí, vertiendo aguas a El

Aceituno, una de cuyas vertientes es la quebrada llamada Santana, que corre por el potrero llamado Santana, de la finca de el Aceituno, es la cuchilla que sucesivamente recibe los nombres de cerro de Paujil, cuchilla de Pulgar, cerro de la Dulce y cerro del Aguilar, que tiene una altura general de 900 metros sobre el nivel del mar, y que en forma de herradura encierra la finca El Aceituno por su costado Sur. Cuchilla ésta, que reúne claramente todas las condiciones descritas en los linderos, que es obviamnte apreciable y apreciamos desde diversos puntos de los potreros de El Aceituno actual y también por su parte exterior, que mira al Sur, sobre la carretera de Gualanday a Buenos Aires. La quebrada de Aguacarí figura con dicho nombre en la carta del Instituto (Plano Nº 2 del Expediente), y "la punta del cerro y entrada de dicho potrero Aguacarí" (9) se identificó tanto por su forma topográfica inconfundible, como por ser el único sitio de entrada al potrero de Aguacarí (que hoy(conserva el mismo nombre) ya que es el único boquerón que dá acceso a un plano rodeado de cerro escarpado por sus costados.Sur, Este y Oeste y de la quebrada de Aguacarí de lecho muy profundo, por su costado Norte, detalles éstos que pueden apreciarse en la carta del Instituto. Colocados en el sitio últimamente nombrado, o sea en la entrada del potrero de Aguacarí o La Laja, recorrimos en línea recta una cerca de alambre y piedra que va a morir en el cerro Bermejo, cerrando así el perímetro.

Dado el número de puntos arcifinios que figuran en los linderos, la mayor parte de los cuales conservan todavía los mismos nombres en la carta del Instituto, la localización sobre el terreno fué completa y por tanto conceptuamos que los linderos de El Hato de El Aceituno, que figuran en el hecho 55 de la demanda y en la escritura de 16 de febrero de 1785 de la Notaría Segunda de Bogotá (documento número 2 de la demanda) son perfectamente determinados..."

"Hacienda Colombia

C) Que la "Hacienda Colombia" formada por los lotes "Lote de la Casa" y "Lote de Cauca y Pan de Azúcar", tal como aparecen alinderados en la Petición Primera Principal de la demanda, se halla íntegramente comprendida dentro de los linderos de "El Hato de El Aceituno", rematado en 1783, conforme a los linderos que se relacionan en el hecho 55 de la demanda y que constan en el documento Nº 2 que se acompañó a la demanda y que, en consecuencia, la parte de "El Lote de la Casa" alindada especialmente en la petición Primera Subsidiaria de la demanda, se halla cobijada igualmente por los linderos de "El Hato de El Aceituno".

Teniendo a la vista los linderos de los lotes "Lote de la Casa" y "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" que forman la hacienda denominada "Colombia", según se relacionan en la petición primera principal de la demanda, hicimos el reconocimiento de dichos linderos en la forma siguiente:

Lote de la Casa

Partiendo de la desembocadura de la quebrada La Pedregosa, en los títulos antiguos llamada La Bermeja, en la quebrada de La Doima, (13) donde hay actualmente una represa y habiendo observado el curso de dicha quebrada de La Doima, localizamos en esta quebrada la desembocadura de la quebrada de La Rusia en la Doima y a 500 metros aproximadamente, una cerca de piedra que en dirección Este-Oeste vá desde la margen izquierda de la quebrada de la Doima a la margen derecha de la quebrada de la Rusia. Observando el curso de esta última quebrada apreciamos el cambio de rumbo que hace, aguas arriba, de la dirección Este-Oeste a la dirección Sur Norte (cambio que se aprecia en la carta del Instituto Geográfico) y localizamos al finalizar la vuelta de esta quebrada la cerca de piedra que pasa junto a la casa de El Totumito. En este punto la cerca toma dirección Norte y siguiendo esta cerca que en parte es de piedra y en parte de alambre, llegamos a una cerca de piedra que es conocida con el nombre de cerca de Los Varón, y que anteriormente, al localizar los linderos de El Hato de El Aceituno, habíamos identificado como lindero Norte de dicho hato. Siguiendo esta cerca en dirección Norte 54º Oeste, llegamos, cruzando el llano de El Trincadero, a la quebrada La Opia en el punto anteriormente identificado como "La Vuelta de San Javier" al reconocer los linderos de El Hato de El Aceituno". Siguiendo por la carretera que corre paralela a la quebrada de La Opia, aguas arriba, por donde continúa el lindero, llegamos a la cerca de alambre en él mencionada, 500 metros arriba, después de cruzar la quebrada de El Zanjón. El trayecto comprendido entre la cerca de Los Varón y el punto en que la cerca toca la quebrada de La Opia, los reconocimos como lindero común con el de El Hato de El Aceituno. La cerca de alambre une a la quebrada de La Opia con la quebrada de La Pedregosa, siguiendo en línea recta una direc-

ción Sur 24º Oeste y por la quebrada de La Pedregosa aguas abajo llegamos a su desembocadura en La Doima punto de partida. Estos linderos arcifinios casi todos, y aún los no arficinios, con excepción de la cerca que une la quebrada de La Rusia con la cerca de Los Varón, aparecen en la carta del Instituto.

Lote de Cauca y Pan de Azúcar

Iniciamos el reconocimiento de los linderos de este lote, descritos en la petición primera principal de la demanda, por la puerta de entrada al potrero de Pan de Azúcar, que queda en el punto donde el cerro de Pan de Azúcar o La Tabla muere en la margen derecha de la quebrada La Cascabel, bordeando esta quebrada aguas arriba vimos a trechos la cerca de piedra divisoria con la finca Bolívar, que termina en el Alto de los Capotes, (0) y cruzando la quebrada de La Balsa apreciamos la cerca de alambre que corre paralela a dicha quebrada y termina en el sitio de los Caracolíes. Esta cerca, cruza la quebrada y asciende a la cuchilla de la Balsa. Esta cuchilla cuya altura es de 900 metros en promedio y por tanto claramente visible vá a morir en la margen derecha de la quebrada de Aguadulce. (33) El lindero sigue por esta quebrada aguas arriba hasta una cerca de piedra, ésta cerca continúa en dirección Norte 54º Oeste hasta la quebrada de Peñón Liso (34) y continuando con la misma dirección, sigue el lindero en parte cerca de alambre y en parte natural (5) y sube hasta el punto llamado "Alto de los Piscos" (4) o "Loma de Potrerito" que fué el mismo reconocido al identificarse los linderos de El Hato de El Aceituno, y manteniendo igual rumbo llega hasta el cerro Gordo y tomando la dirección Sur 34º Oeste, va a caer a un sitio donde la quebrada de La Balsa (28) forma un salto natural. Bordeando esta quebrada aguas arriba, pudimos apreciar el cerro de Pan de Azúcar o La Tabla en el punto en que esta quebrada pega a dicho cerro y después continuamos por el pie de dicho cerro por el camino que corre paralelo a éste por su flanco occidental, pudiendo apreciar la cerca en parte natural y en parte de piedra, que sirve de lindero al lote de Pan de Azúcar, hasta su terminación en la margen derecha de la quebrada de Cascabel, (32) sitio donde se encuentra la puerta de entrada al potrero de Pan de Azúcar que fué el punto de partida.

Hecho el reconocimiento sobre el terreno de los globos "Lote de la Casa" y "Lote del Cauca y Pan de Azúcar", que forman la Hacienda de Colombia, por los linderos que figuran en la petición primera principal de la demanda, y localizados éstos sobre la carta del Instituto, tal como se indica en el plano que acompañamos y en el cual figuran también los linderos de El Hato de El Aceituno, llegamos a las siguientes conclusiones:

1ª) El "Lote de la Casa" se halla totalmente dentro de los linderos de "El Hato de El Aceituno", rematado en 1783, tal como aparecen descritos en el hecho 55 de la demanda y en la escritura de 16 de febrero de 1785 de la Notaría Segunda de Ibagué a los folios... y lógicamente, la parte de el Lote de la Casa tal como aparece alindada especialmente en la petición primera subsidiaria de la demanda también se halla cubierta íntegramente por dichos linderos.

2ª) El "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" se halla parcialmente cobijado por los linderos de El Hato de El Aceituno rematado en 1783. La parte que se encuentra situada afuera de tales linderos generales, se determina así: "Partiendo del punto en que el lindero Norte de "El Hato de El Aceituno" corta la quebrada de Aguadulce, donde hay una cerca de piedra, se sigue esta quebrada aguas abajo hasta el punto denominado Carrasposo donde muere la cuchilla de La Balsa en dicha quebrada, por esta cuchilla arriba hasta su parte más alta o cerro Colorado, y de éste en línea recta al punto de partida". En el plano que acompañamos pueden gráficamente apreciarse los linderos de este lote, rayado en color morado.

Propuesta número 510

D) Que la "Hacienda de Colombia" formada por los lotes: "Lote de la Casa" y "Lote del Cauca y Pan de Azúcar" y determinada como se dice en la Petición Primera Principal de la demanda, se halla parcialmente cobijada por los linderos de la propuesta número 510, formulada por el doctor Carlos Gámez Macías, traspasada por éste a la Compañía de Petróleo del Vichada y por ésta a la INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, y que la parte del "Lote de la Casa" alindada especialmente en la Petición Primera Subsidiaria de la demanda, se halla íntegramente comprendida dentro de los linderos de la citada propuesta número 510.

Los linderos de la propuesta Nº 510 han sido localizados sobre la carta del Instituto que acompañamos, con los datos geográficos en que ella se basa, y de acuerdo con esta localización llegamos a las siguientes conclusiones:

El lote de Cauca y Pan de Azúcar, de la hacienda Colombia, está cubierto en su totalidad por los linderos de la propuesta número 510 y El Lote de la Casa, lo está parcialmente. La parte de este lote cubierta por la propuesta es la alindada especialmente en la petición primera subsidiaria de la demanda.

El problema cartográfico resuelto para llegar a esta conclusión es el siguiente: Conocidas las coordenadas geográficas de la estación geodésica de Doima, vértice de la triangulación Bogotá-Cartago del Instituto Geográfico, distinguido con el número 114 y que son: Latitud al Norte 4º 21' 08" .24. Longitud al Oeste de Greenwich 74º 58' 20" .24 y habiendo sido dibujado sobre la plancha 245-III-B El Lote de la Casa y sabiendo que la alinderación de la propuesta número 510 parte de dicho mojón Doima Nº 114 con un rumbo verdadero de N. 26º 00' 00" W. (en la propuesta indicado como mojón A) al mojón "B" de la propuesta, determinar en qué puntos el lindero A. B. de la propuesta intercepta los linderos del Lote de la Casa. Como la Carta del Instituto está hecha en el sistema de proyección de Gauss y además el Instituto Geográfico publicó las cordenadas de Gauss del mojón 114 al respaldo de la plancha, usando estas coordenadas se calculó el rumbo cartográfico correspondiente a la línea A B. Con este rumbo se localizó la línea sobre el plano y también en el terreno utilizando un tránsito, y se comprobó que esta línea en rumbo y distancia es parte de la alinderación determinada en la Petición Primera Subsidiaria de la demanda. En los planos que hacen parte del expediente y en el Plano que adjuntamos a nuestro dictamen, se aprecia la solución gráficamente y se puede ver que el Lote del Cauca y Pan de Azúcar queda íntegramente dentro de la propuesta Nº 510.

Explotación Económica

"E) Que la "Hacienda de Colombia" alindada como aparece en la petición primera principal de la demanda, y formada por los lotes "Lote de la Casa" y "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" se halla íntegramente explotada con ganados y cultivos; "Durante la diligencia de inspección ocular pudimos constatar que el Lote de la Casa es un terreno casi en su totalidad plano, dedicado al cultivo de arroz y a la ganadería y por tanto provisto de canales de irrigación, carreteables, maquinaria agrícola, cercas en buen estado, campamentos para trabajadores y casas de habitación y el Lote de Cauca y Pan de Azúcar es de topografía accidentada y está dedicado casi exclusivamente a la ganadería.

PLANOS

Durante la diligencia de inspección ocular utilizamos permanentemente los planos del expediente marcados con los números 1, 2, 3 y 4 que están hechos sobre las planchas de la carta preliminar del Instituto Geográfico Militar y Catastral de 1950 y apreciamos que la representación de los linderos que se hace en dichos planos se ajusta a la descripción de tales linderos en los títulos atrás citados. Pero se hacen las siguientes observaciones:

a) En relación con el plano Nº 4, el terreno se pudo apreciar y el lindero del Lote de la Casa, no llega hasta la confluencia de la quebrada de La Rusia en la quebrada Doima sino hasta una cerca de piedra, que une según se dijo dichas quebradas cerca de su desembocadura o confluencia. (Ver anexo).

b) En relación con el plano Nº 1 y 2, en la representación del lindero común entre el "Hato de El Aceituno" y el "Hato de Buenavista de Vega", entre la parte sur del cerro Bermejo por donde pasa la quebrada La Pedregosa o Bermeja o Arrayanal y la entrada del potrero de Aguacarí, se observa que este lindero que en los documentos está descrito como en línea recta, tiene un saliente hacia el "Hato de Buenavista de Vega", entre las quebradas La Pedregosa y la quebrada Doima, de una longitud de 1.125 metros y un área de 12 hectáreas.

Para una mejor comprensión de este dictamen **acompañamos un plano** hecho con base en las planchas del Instituto Geográfico Catastral y Militar donde aparecen dibujados los siguientes terrenos:

1) Los linderos generales de "El Hato del Aceituno" con una línea continua de color verde.

2) Los lindros de El Yesal y El Bermejo y Limonal con una línea continua de color ladrillo.

3) Los linderos de "El Lote de la Casa" y el "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" o "Hacienda de Colombia" en color morado.

4) Los linderos A—B, B—C y A—I de la propuesta Nº 510 en línea continua de color negro.

RESUMEN

Resumimos nuestras conclusiones así:

PRIMERA: Los linderos generales de "EL HATO DE EL ACEITUNO" son determinados y fue-

ron reconocidos por nosotros y localizados en el plano que adjuntamos.

SEGUNDA: Los globos de "El Yesal" y "El Bermejo y Limonal", se hallan comprendidos dentro de "El Hato de El Aceituno".

TERCERA: "El Lote de la Casa" de la Hacienda Colombia", se halla íntegramente dentro de los linderos generales de "El Hato de el Aceituno" y el "Lote de Cauca y Pan de Azúcar" se halla parcialmente cobijado por los linderos generales de El Hato de el Aceituno, en la parte y forma descritas en el texto de este dictamen y señalada en el plano que se acompaña.

CUARTA: El Lote de Cauca y Pan de Azúcar, de la Hacienda Colombia se halla íntegramente localizado dentro de la propuesta Nº 510 y el Lote de la Casa, se halla parcialmente cobijado por dicha propuesta en la forma ya descrita y fijada en el plano.

QUINTA: La Hacienda de Colombia, se halla actualmente explotada en su totalidad con ganados y cultivos principalmente arroz..."

El dictamen anterior concuerda con lo observado directamente por el Tribunal que practicó la inspección ocular. Solamente que los expertos, refiriéndose al "Lote de la Casa", agregan que el lindero de este lote no llega hasta la confluencia de la quebrada La Rusia en la quebrada Doima sino sólo hasta una cerca de piedra que une dichas quebradas, en las proximidades de su desembocadura o confluencia. Se trata de una muy pequeña extensión de terreno que queda así excluído del "Lote de la Casa", como lo muestra el plano Nº 4, y que consiguientemente no podrá quedar comprendido dentro de las declaraciones con que finalizará esta sentencia.

Pero tanto el Tribunal como los expertos después de recorrer los linderos del Hato del Aceituno, los de la propuesta Nº 510 y de cada uno de los lotes de propiedad de la demandante, concuerdan en todo lo demás.

Como puede apreciarse de las transcripciones hechas, y como unánimemente lo expresan los mismos expertos, dado el número de puntos arcifinios que figuran en los linderos, la mayor parte de los cuales figuran todavía con los mismos nombres en los planos del Instituto Geográfico, y dado también que dichos puntos fueron reconocidos por los testigos nombrados e identificados por el propio Tribunal, la localización que de ellos se hizo sobre el terreno fué completa y no deja lugar a dudas. Al recorrer los linderos, los peritos siguieron las líneas señaladas en los respectivos títulos y en su dictamen expresan las razones en que fundan la localización de los puntos arcifinios y no arcifinios que ellos dan por identificados. Estas razones y la concordancia del dictamen de los expertos con lo observado por el Tribunal que practicó la diligencia, permiten a la Sala considerar como plenamente acreditados los hechos a que se refiere dicho dictamen y dar el valor de plena prueba a las conclusiones de los expertos, al tenor de los Arts. 723 y 730 del C. J. Tales conclusiones son, en síntesis, las siguientes:

1ª) Que los linderos del Hato del Aceituno fueron localizados y determinados en la forma que expresa la escritura de 16 de febrero de 1785, presentada por la demandante como título para acreditar que el globo de tierras comprendido dentro de ellos salió del patrimonio nacional, y que son los mismos a que se refiere el remate de que se ha hecho mención en la misma escritura;

2ª) Que de los terrenos que forman la Hacienda de Colombia, el llamado LOTE DE LA CASA, si bien se halla íntegramente dentro de los linderos del Hato del Aceituno, sólo se halla superpuesto o cubierto en forma parcial por el globo de terreno que comprende la propuesta Nº 510. En consecuencia, y para los efectos legales de esta sentencia, debe declararse que el reconocimiento que habrá de hacerse de la propiedad del petróleo, no podrá comprender todos los terrenos del LOTE DE LA CASA sino solamente los que se encuentren o puedan encontrarse dentro de la parte cobijada por la propuesta, es decir, la parte de dicho lote que aparece alinderada en la petición primera subsidiaria de la demanda. Debe declararse igualmente que tampoco podrá hacerse ese reconocimiento sobre la pequeña porción de terreno comprendido entre las quebradas Doima, La Rusia y la cerca de piedra que forma el lindero del Lote de la Casa en este punto, conforme se muestra en el plano número 4, plancha 245 I D del Instituto Geográfico, pues si como lo dicen los peritos, la propiedad de la demandante va sólo hasta la cerca de piedra, no puede hacerse el reconocimiento sobre los terrenos que sobrepasan dicho lindero.

3ª) Que el llamado LOTE DEL CAUCA y PAN DE AZUCAR, integrante también de la Hacienda de Colombia, apenas se halla parcialmente cubierto por los linderos del HATO DEL ACEITUNO, aunque todo él se halla encerrado por los de la propuesta Nº 510, lo cual significa que de los terrenos de este lote, solamente se ha acreditado que salieron del patrimonio nacional los que sí se hallan superpuestos por los linderos dados al Hato del Aceituno en la escritu-

ra de 1785. En consecuencia, el reconocimiento que con relación a este lote haya de hacerse, deberá también excluír el lote que los peritos señalan como situado "afuera" de los linderos del Aceituno, tal como se marcan en los planos presentados. Los linderos de dicha parte excluída son: "Partiendo del punto en que el lindero Norte del Hato del Aceituno corta la quebrada de Aguadulce, donde hay una cerca de piedra, se sigue esta quebrada aguas abajo hasta el punto denominado "Carrasposo" donde muere la cuchilla de La Balsa en dicha quebrada; por esta cuchilla arriba hasta su parte más alta o cerro Colorado, y de éste en línea recta al punto de partida. (Ver plancha Nº 245 III A. Instituto Geográfico).

La Sala hace constar que tanto el Tribunal como los peritos, atendiendo las peticiones de la demandante, localizaron, reconocieron e identificaron igualmente los globos de terreno llamados "Yesal" y "El Bermejo y Limonal", integrantes también del HATO DEL ACEITUNO, y que no se ha hecho referencia a ellos por considerar suficiente la afirmación que los peritos y el Tribunal hacen con respecto al hecho de que los llamados Lote de la Casa y Lote del Cauca y Pan de Azúcar formaron parte del Hato del Aceituno, y la más importante de que los linderos de éste coinciden con los expresados en el título de 1785.

Se da así por probado, este segundo presupuesto de la acción intentada.

Propiedad actual

El interés jurídico del demandante en esta clase de acciones debe acreditarse mediante la presentación de los títulos de propiedad sobre los terrenos cuyo dominio se invoca, acompañados del correspondiente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria.

En orden a satisfacer este requisito la demandante acompañó a su demanda un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Ambalema, de fecha 18 de septiembre de 1955, y otro expedido por el mismo funcionario del Circuito de Ibagué, fechado el día 28 de septiembre siguiente, aditivo del anterior. Presentó también una serie de 46 escrituras que comprende desde la adquisición que doña Manuela Rocha de Fonnegra hizo de la Hacienda de Colombia, a título de permuta con el Dr. Benjamín Rocha Gómez en 1947, hasta la mortuoria de don Pedro Galindo hoy doña Teresa Lis, en 1807. (Cuaderno Nº 1).

Sobre este particular dice así el señor Procurador:

"...De acuerdo con la copiosa titulación aportada al proceso, con raíz en la escritura de permuta, debidamente registrada y celebrada entre la actora señora Manuela Rocha de Fonnegra y Benjamín Rocha Gómez, título que lleva el número 110 de 14 de enero de 1947, de la Notaría 3ª de Bogotá y acompañada a los certificados de los Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema e Ibagué, que denotan su vigencia en un período superior a los treinta años, se puede determinar sin dudas u objeciones que tengan serio fundamento la desmembración jurídica del terreno materia de la demanda, de los lotes que se denominaron "El Yesal" y "Bermejo y Limonal" y que figuran en la mortuoria de don Pedro Galindo y doña Teresa Lis, causahabientes en dichos terrenos de don Juan Galindo primer dueño particular del globo llamado "Hato del Aceituno" de que tales lotes hicieron parte... En la situación jurídica del presente negocio, no ha encontrado el suscrito representante de la entidad demandada, de acuerdo con la síntesis descriptiva del juicio, que se ha permitido presentar a vosotros a manera de alegato de conclusión, argumentos serios y debidamente fundados que generen una sistematizada oposición a las pretensiones esenciales de la demanda.

"Solamente, y para el caso de que esa Honorable Corte en su sabiduría encuentre viable las aspiraciones de la parte actora, estima el suscrito Procurador que, de las declaraciones de dominio consiguientes, ha de quedar excluído el lote de terreno que no quedó comprendido dentro del globo general del "Hato del Aceituno..."

La Sala comparte las apreciaciones del señor Procurador Delegado en lo Civil porque en efecto, conforme a la escritura pública Nº 110 de 14 de enero de 1947, otorgada ante el Notario Tercero de Bogotá, registrada en Ambalema, según su Registrador, el 26 de abril del mismo año y en Ibagué el 23 de septiembre de 1955, la señora de Fonnegra adquirió a título de permuta con el Dr. Benjamín Rocha Gómez la Hacienda Colombia, compuesta de lotes denominados LOTE DE LA CASA y LOTE DE CAUCA Y PAN DE AZUCAR (fs. 341 a 347); porque el certificado expedido por el Registrador de Ambalema el día 18 de septiembre de 1955, señala la tradición de estas fincas hasta el día 30 de julio de 1937 y en el se dice que la inscripción a favor de la señora Rocha de Fonnegra está vigente, y los bienes li-

bres de toda condición resolutoria, de limitaciones al dominio, hipotecas, anticresis, arrendamientos etc. (Fls. 5 a 8 Cuaderno Nº 1); porque el certificado expedido por el Registrador de Ibagué con fecha 28 de septiembre de 1955 trae la tradición de la misma hacienda desde el 20 de abril de 1934 hacia atrás hasta 1924. Esta certificación amplía la expedida por el Registrador de Ambalema, hace constar la vigencia de la inscripción en cabeza de la demandante y termina diciendo: "Queda en estos términos la tradición de la mencionada hacienda "Colombia", por un período superior a TREINTA AÑOS" (folios 8 a 10 cuaderno Nº 1).

La demandante presentó, además, todas las escrituras que relacionan los anteriores certificados, y de su lectura se desprende: que los terrenos de la hacienda Colombia, en sus dos partes, son los mismos terrenos denominados antes "EL PARAISO, TRINCADERO Y EL CAUCA", conocidos antes con los nombres de "BERMEJO Y LIMONAL" y "TIERRAS DEL YESAL", hoy llamados Lote de la Casa y Lote del Cauca y Pan de Azúcar".

Satisfecho también este nuevo requisito de la acción propuesta, y por haberse presentado la demanda el 18 de octubre de 1955, antes de la expiración del término legal que conforme al certificado del Ministerio de Minas (Fls. 14 vto. Cuaderno Nº 1), tenía la demandante para iniciar juicio ordinario, la demanda debe prosperar. Mas como ya se ha visto que el Lote de la Casa no está comprendido en su integridad dentro de la propuesta Nº 510; que la propiedad de la demandante sobre este lote no llega hasta la confluencia de la quebrada La Rusia en la de Doima sino hasta la cerca de piedra que une dichas quebradas, y que una parte de los terrenos del lote llamado hoy de El Cauca y Pan de Azúcar no se hallan comprendidos dentro de los linderos del antiguo Hato del Aceituno, la declaración de propiedad a favor de la demandante deberá hacerse teniendo en cuenta estas circunstancias.

Justa prescripción

Como la demandante ha invocado la justa prescripción sobre todos los terrenos de su propiedad y en razón de lo expuesto la sentencia favorable excluirá algunas partes de ellos, se considera:

a) La exclusión de parte de El Lote de la Casa no se debe a ineficacia del título originario del Estado que la demandante presentó en orden a obtener una declaración favorable a la totalidad de este lote, sino a la circunstancia de que no se halla superpuesto en toda su extensión por la Propuesta Nº 510. La misma razón obra para hacer innecesario el estudio de la justa prescripción sobre esta parte;

b) La pequeña extensión comprendida entre las quebradas La Rusia, Doima y la cerca de piedra, se excluye porque de acuerdo con el dictamen pericial dicho lote no forma parte del llamado Lote de la Casa, es decir, que la demandante no ha acreditado su propiedad actual sobre esa porción, por lo cual se hace también innecesario dicho estudio.

c) Queda tan solo para estudiar la justa prescripción sobre la parte del "Lote del Cauca y Pan de Azúcar" excluída por no haber formado parte del Hato del Aceituno.

Al respecto se observa que la demandante no presentó ninguna prueba enderezada a demostrar la explotación económica sobre esta parte, con anterioridad a la reserva del Estado, ya que la explotación económica que refieren los títulos antiguos que se han aducido se relaciona únicamente con el Hato del Aceituno, y si dicha parte no forma parte de este Hato, como ya se vio, tales pruebas no sirven para acreditar la explotación económica de dicha parte.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero — Es de propiedad particular de la señora MANUELA ROCHA DE FONNEGRA el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en la parte del llamado "Lote de la Casa", alindada especialmente en la petición primera subsidiaria de la demanda con que se inició este juicio, única comprendida dentro de la propuesta Nº 510 y teniendo en cuenta que el lindero de este lote, "no llega hasta la confluencia de la quebrada de La Rusia en la quebrada de Doima, sino sólo hasta una cerca de piedra que une, según se ha dicho, quebradas cerca de su desembocadura o confluencia", todo de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este fallo. (Ver plano Nº 4).

Segundo — Es de propiedad particular de la señora MANUELA ROCHA DE FONNEGRA el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en la parte del llamado "Lote del Cauca y Pan de Azúcar", alindado en las peticiones de la demanda, con excepción del petróleo del siguiente lote: "Partiendo del punto en que el lindero Norte del "Hato del Aceituno" corta la quebrada de

Aguadulce, donde hay una cerca de piedra, se sigue esta quebrada aguas abajo hasta el punto denominado Carrasposo donde muere la cuchilla de la Balsa en dicha quebrada, por esta cuchilla arriba hasta su parte más alta o cerro Colorado, y de éste en línea recta al punto de partida". (Ver plancha del Instituto Geográfico, presentada por los peritos en su dictamen y firmada por éstos). Esta deducción se hace de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de este fallo.

Quedan así resueltas las peticiones principales y subsidiarias de la demanda con que se inició este juicio y se niegan en todo lo demás.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García M. Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS QUE TENGAN COMO BASE LA OCUPACION TRANSITORIA DE LA PROPIEDAD PARTICULAR, O LA REPARACION DE SIMPLES DAÑOS SIN OCUPACION PERMANENTE, CONTINUA RADICADA EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA CUANDO TALES DAÑOS SE ORIGINEN EN TRABAJOS PUBLICOS

De conformidad con las disposiciones del capítulo 22 de la Ley 167 de 1941, declaradas inexequibles por sentencia de esta Corte fechada el 20 de junio de 1955, de las indemnizaciones que se reclamaban al Estado con causa en trabajos públicos nacionales conocía privativamente la justicia contencioso-administrativa. No hacían las referidas normas diferencia ninguna entre indemnizaciones ocasionadas por ocupación temporal o por ocupación permanente de la propiedad particular. La competencia que ellas atribuían comprendía toda clase de daños. Mas declarada la inexequibilidad de tales normas en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones indemnizatorias con MOTIVO DE LA OCUPACION PERMANENTE de la propiedad privada por la Administración Pública, la jurisdicción contenciosa dejó de tener competencia para conocer y decidir de dichas acciones. Como bien lo explicó la Corte en la aclaración que al referido fallo de 20 de junio de 1955 hizo en providencia de fecha 5 de agosto siguiente, la declaración de inexequibilidad que dicho fallo contiene se hizo solamente en cuanto los artículos 261 a 269 de la Ley 167 de 1941 reglamentaban el ejercicio de acciones indemnizatorias "con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada", y no en cuanto reglamentan el ejercicio de acciones originadas en ocupación transitoria, o en simples daños sin ocupación. Para estas últimas, las referidas normas mantienen su plena vigencia y, por lo mismo, la competencia para conocer de ellas continúa radicada en la jurisdicción contenciosa. Fue por esto por lo que se expidió el Decreto número 0293 de 1956 que dijo:

"Artículo 1º — Las actuaciones y trámites surtidos tanto ante los Tribunales Administrativos, como ante el Consejo de Estado, y las sentencias proferidas por estas corporaciones durante la vigencia del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, tienen plena validez y efecto.

"Artículo 2º — Los juicios sobre pago de indemnizaciones por ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, que se hubieren iniciado ante la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955 pasarán a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentren.

"Artículo 3º—Con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación de los juicios a que se refiere el artículo anterior, y de dictar las sentencias a que hubiere lugar, la justicia ordinaria aplicará para tales procesos los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, que a continuación se reproducen".

De lo anterior se desprende que la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias que tengan como base la ocupación transitoria de la propiedad particular, o la reparación de simples daños sin ocupación, continúa radicada en la jurisdicción contencioso-administrativa cuando tales daños se originen en trabajos públicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Sustanciador. Dr. Manuel Buenahora)

Múltiples incidentes ha sufrido este juicio instaurado por el representante legal de los señores Leonidas Castro Rojas y Leonor González Padilla contra el Municipio de Cali, encaminado a que se indemnicen los daños que se les causaron en una casa en construcción y en el terreno sobre el cual

se edificaba, ubicados en el paraje de San Antonio del citado Municipio de Cali.

La demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Cali en armonía con el artículo 68 de la Ley 167 de 1941. Esta entidad falló el negocio por sentencia de veintiseis de julio de mil novecientos cincuenta y cinco, absolviendo al Municipio de los cargos formulados.

De la sentencia apeló la parte demandante y así subió al H. Consejo de Estado en donde por auto de 28 de noviembre de 1955 se resolvió que, por razón de la sentencia que sobre inexequibilidad de los artículos 261 a 269 de la citada ley 167, proferida por la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento competía a la justicia ordinaria y por ello lo remitió al Tribunal Superior del Valle del Cauca.

Y el Tribunal Superior de Cali en auto de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y seis dijo que en virtud del Decreto Legislativo número 0293 de 15 de febrero de 1956 era la Corte Suprema de Justicia a quien correspondía resolverlo.

Repartido el negocio en esta Sala, se adelantó su tramitación fijando en lista y ordenando los correspondientes traslados; mas el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista de folios 5 a 10 del cuaderno 4º del expediente, ha solicitado la anulación de lo actuado desde el momento en que la Corte empezó a conocer del negocio.

En apoyo de su tesis, afirma: "La Procuraduría considera: Por disposiciones expresas contenidas en la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo), la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, venía conociendo de todos los juicios relativos a indemnización de perjuicios causados por obras públicas, inclusive los referentes a ocupaciones permanentes de la propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos.

La Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 20 de junio de 1955, que fue después aclarada por proveído del 5 de agosto del mismo año, declaró inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1951 (sic), e igualmente declaró inexequibles los artículos 261 a 268, inclusive de la misma Ley, "pero solo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública".

La Honorable Corte en este fallo sienta un principio claro e inequívoco, a saber: Que de aquellas acciones indemnizatorias de perjuicios que se originan exclusivamente en la ocupación permanente de la propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, no puede conocer jurisdicción especial alguna como la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que la competencia es de la llamada justicia común u ordinaria, porque "el artículo 30 de la Constitución exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada", y la ocupación que se realiza en tales eventos constituye una verdadera expropiación no por irregular e injurídica menos evidente".

"Como al tiempo de quedar en firme la sentencia de inexequibilidad a que nos hemos referido, cursaban ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo numerosos juicios sobre indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada inmueble, con ocasión de trabajos públicos, el Gobierno dictó el Decreto número 0293 de 1956 (febrero 15) en que dispone que las actuaciones y trámites surtidos en esos juicios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las sentencias proferidas por la misma jurisdicción, tendrían plena validez y efecto, y que los juicios de esa naturaleza que se hubieren iniciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955, pasarían a la justicia ordinaria en el estado en que se encontraran, con el objeto de finalizar la tramitación y de dictar las sentencias a que hubiere lugar.

Como fácilmente puede comprenderse, este Decreto se refiere exclusivamente a los juicios indemnizatorios por ocupación permanente de la propiedad privada inmueble con motivo de trabajos públicos, y no a las acciones indemnizatorias por daños ocasionados por trabajos públicos.

Porque en realidad en tratándose de las acciones indemnizatorias de que nos venimos ocupando hay que distinguir dos clases diversas en cuanto a la causa que las determina: Las unas se refieren a **daños** ocasionados por trabajos u obras públicas, y en las otras se persigue la indemnización por la **ocupación** de la propiedad privada inmueble con trabajos públicos. Tanto la sentencia de inexequibilidad como el Decreto anteriormente citado se refieren de manera exclusiva a las segundas, para quitarle la competencia a la justicia contencioso administrativa y fijarla en la justicia ordinaria.

Tal como se deduce sin la más leve duda del texto mismo de la demanda, en el juicio de la referencia no se trata de una acción indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad pri-

vada inmueble con trabajos públicos; de consiguiente, no puede ser la justicia ordinaria la competente para conocer del negocio.

Se presenta, pues, en este caso, una nulidad por incompetencia de jurisdicción, exactamente la primera causal que señala el Código Judicial en su artículo 448, y que es preciso declarar".

Para resolver se considera:

Tiene razón el señor Procurador Delegado.

De conformidad con las disposiciones del capítulo 22 de la Ley 167 de 1941, declaradas inexequibles por sentencia de esta Corte fechada el 20 de junio de 1955, de las indemnizaciones que se reclamaban del Estado con causa en trabajos públicos nacionales conocía privativamente la justicia contencioso administrativa. No hacían las referidas normas diferencia ninguna entre indemnizaciones ocasionadas por ocupación temporal o por ocupación permanente de la propiedad particular. La competencia que ellas atribuían comprendía toda clase de daños. Mas declarada la inexequibilidad de tales normas en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones indemnizatorias con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública, la jurisdicción contenciosa dejó de tener competencia para conocer y decidir de dichas acciones. Como bien lo explicó la Corte en la aclaración que al referido fallo de 20 de junio de 1955 hizo en providencia de fecha 5 de agosto siguiente, la declaración de inexequibilidad que dicho fallo contiene se hizo solamente en cuanto los artículos 261 a 269 de la Ley 167 de 1941 reglamentaban el ejercicio de acciones indemnizatorias "con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada", y no en cuanto reglamentan el ejercicio de acciones originadas en ocupación transitoria, o en simples daños sin ocupación. Para estas últimas, las referidas normas mantiene su plena vigencia y, por lo mismo, la competencia para conocer de ellas continúa radicada en la jurisdicción contenciosa. Fue por esto por lo que se expidió el Decreto número 0293 de 1956 que dijo:

"Artículo 1º—Las actuaciones y trámites surtidos tanto ante los Tribunales Administrativos como ante el Consejo de Estado, y las sentencias proferidas por estas corporaciones durante la vigencia del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, tienen plena validez y efecto.

"Artículo 2º—Los juicios sobre pago de indemnizaciones por ocupación permanente de propiedad privada inmueble con ocasión de trabajos públicos, que se hubieren iniciado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con anterioridad al 1º de septiembre de 1955 pasarán a la justicia ordinaria en el estado en que se encuentren.

"Artículo 3º—Con el exclusivo objeto de finalizar la tramitación de los juicios a que se refiere el artículo anterior, y de dictar las sentencias a que hubiere lugar, la justicia ordinaria aplicará para tales procesos los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, que a continuación se reproducen".

De lo anterior se desprende que la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias que tengan como base la ocupación transitoria de la propiedad particular, o la reparación de simples daños sin ocupación, continúa radicada en la jurisdicción contencioso-administrativa cuando tales daños se originen en trabajos públicos.

En el caso en estudio, la demanda solo acusa a la Administración Municipal de Cali de haber "invadido" el predio de los demandantes para proceder a la destrucción total de la edificación que allí se adelantaba. En ella no se afirma que el Municipio haya ocupado permanentemente esos terrenos. De donde se desprende que se trata simplemente de una acción encaminada a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a los demandantes por simples daños sin ocupación y, por lo mismo que, al tenor de lo anteriormente dicho, la competencia para conocer de ella corresponde a la jurisdicción contenciosa.

Deberá en consecuencia, declararse nulo todo lo actuado en este juicio a partir del auto de fecha 15 de marzo de 1957 con el cual se inició la tramitación del negocio ante la Sala de Negocios Generales y condenar en costas a los funcionarios responsables. (Artículo 458 del C. J.). Deberá igualmente ordenarse la devolución del expediente al H. Consejo de Estado para lo de su cargo.

Por lo dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con lo solici-

tado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Primero.—Declarar nulo lo actuado en el presente negocio a partir del auto de fecha quince de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, inclusive, en adelante.

Segundo.—Vuelva el expediente al H. Consejo de Estado, a quien corresponde el conocimiento en armonía con el Decreto número 293 de 1956.

Tercero.—Se condena en costas a los funcionarios responsables.

Cópiese, notifíquese y remítase el expediente al H. Consejo de Estado.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara.

Jorge García Merlano, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — CONTRA LA PROVIDENCIA QUE RESUELVE UNA SOLICITUD DE REPOSICION, SE PUEDE INTERPONER NUEVAMENTE ESTE RECURSO O EL SUBSIDIARIO DE APELACION, SI EN AQUELLA SE DECIDE SOBRE UN PUNTO NUEVO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

En escrito presentado ante esta Sala el día 18 de diciembre del año pasado, el doctor Arturo Arias, en su carácter de apoderado del Departamento de Antioquia, ocurre de hecho para que se le conceda el recurso de apelación que le fue denegado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en auto de fecha 14 de septiembre anterior, proferido en el juicio ordinario promovido por Rafael Angulo contra el Departamento de Antioquia, que cursa en dicho Tribunal.

En las presentes diligencias, y por medio de documentos adecuados, se ha establecido que el recurso de hecho de que se trata fue interpuesto dentro del término que para estos casos establece el artículo 514 del C. de Procedimiento Civil.

Antecedentes

Del examen de las piezas procesales que en copia auténtica expedida en el Tribunal de Medellín se han allegado a las presentes diligencias, se establecen los siguientes antecedentes del recurso en estudio:

a) Por auto de 25 de mayo de 1956, el Tribunal Superior de Medellín abrió a prueba el juicio ordinario de Rafael Angulo contra el Departamento de Antioquia, por el término de diez días para pedirlas y de treinta para practicarlas.

b) Luego de la notificación por estado de la mencionada providencia, con fecha 29 de mayo citado se extendió una constancia en la cual se declara que el Gobernador del Departamento demandado se da por notificado del auto en referencia. Esta constancia tiene una segunda fecha, 20 de junio, en la cual, según allí mismo se expresa, el señor Gobernador estampó su firma al pie de esa constancia declarándose enterado del auto.

c) Hay un recibo de fecha 29 de mayo de 1956, en el cual consta que el juicio ordinario de Rafael Angulo contra el Departamento de Antioquia fue entregado al señor Gobernador "para notificar" a éste el auto "de pruebas". Lo suscribe Edmundo Orozco. Dentro de las copias expedidas se afirma (punto f), que el expediente fue devuelto al Tribunal el 25 de junio siguiente.

d) Obra copia del memorial fechado el 5 de junio de 1956, suscrito por Cenón Sierra como apoderado de la parte demandante, en el cual solicita la práctica de varias pruebas. Consta que este memorial fue presentado en su fecha.

e) A continuación aparece copia del auto de fecha 10 de julio de 1956, por el cual el Tribunal decretó la práctica de las pruebas de que trata la petición que se acaba de relacionar.

f) Con fecha 17 de julio citado se notificó el auto de 10 de julio, por anotación en estado.

g) El 31 del mismo mes el señor Gobernador de Antioquia firma una constancia declarándose notificado del mismo auto de 10 de julio.

h) Por auto de 14 de julio de 1956, el Tribunal denegó la práctica de las pruebas solicitadas por el señor Gobernador de Antioquia en memorial de fecha 6 de julio de 1956, al pie del cual hay una constancia según la cual tal solicitud fue presentada "en su fecha".

El fundamento principal de esta providencia consiste en que la petición de prueba del Departamento fue presentado fuera del término señalado en el auto de 25 de mayo citado.

El auto denegatorio aparece proferido por los HH. Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal, con salvamento de voto formulado por el H. Magistrado doctor Conrado Giraldo Z.

i) Dentro del término legal, el Gobernador de Antioquia pidió reposición de la aludida providencia. Al final del memorial respectivo se alega lo siguiente:

"Pero aparte de estas consideraciones, nuevas razones asisten al Departamento para sustentar el recurso propuesto. Se refieren ellas al primer período para pedir pruebas en el juicio de la refe-

rencia. El término del primer período no ha expirado todavía, por lo mismo que las pruebas de la parte demandante se han decretado después de vencido el término común de diez días. Siendo ello así, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752 del C. Judicial, la H. Sala ha debido decretar las pruebas solicitadas, pues que ellas se refieren a los mismos hechos. Subsidiariamente, y para el caso de que la decisión no sea revocada, atentamente solicito que la H. Sala, con fundamento en el artículo 752 antes citado, se digne decretar las pruebas solicitadas en el memorial de seis de julio último".

j) El Tribunal decidió de la reposición solicitada en auto de fecha 11 de agosto siguiente, cuya parte resolutiva dice:

"En mérito de lo expuesto el Tribunal administrando justicia y en Sala de Decisión RESUELVE: NO SE REPONE el auto de 14 de julio pasado".

En cuanto a la aplicabilidad de la disposición del artículo 752 del C. de Procedimiento Civil, expuso el Tribunal en los fundamentos de la providencia transcrita lo siguiente:

"El restante argumento de la Gobernación de que tiene derecho a pedir pruebas dentro de los tres días siguientes al en que se decretaron las de la contraparte no tiene validez, por el hecho de que no se refieren las pruebas del Departamento exactamente a los mismos hechos que trata de probar el demandante, sino precisamente esas pruebas tienden a demostrar hechos diferentes, que no tienen conexión, por cuanto el Departamento ni siquiera se enteró de las pruebas presentadas por la parte demandante al confeccionar las suyas. Además las pruebas del demandante no pudieron decretarse antes porque el expediente se encontraba en poder de la Gobernación...".

k) En escrito de 24 del mismo mes de agosto, el Gobernador de Antioquia interpuso "los recursos de REPOSICION Y APELACION, el primero como principal y el segundo como subsidiario", por estar inconforme "con la providencia dictada por la H. Sala el once de los corrientes, por la cual negó ésta —es la segunda vez que lo hace— el derecho que tiene el Departamento para pedir pruebas en el juicio de la referencia y dentro del término adicional consagrado en el artículo 752 del C. Judicial".

l) Esta solicitud fue resuelta por auto de fecha 14 de septiembre de 1956, cuya parte resolutiva dice: "En mérito de lo expuesto, el Tribunal, en Sala de Decisión, administrando justicia resuelve: NO SE REPONE el auto de once (11) de agosto que decidió la reposición contra el auto de catorce (14) de julio pasado, ni se concede el recurso de apelación, interpuesto subsidiariamente".

Para denegar el recurso subsidiario de apelación sostuvo el Tribunal lo siguiente:

"Pero es aún más claro para demostrar lo que se entiende por hecho nuevo que justifique la reposición, lo que al respecto dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en providencia de 22 de enero de 1952 y que se transcribe íntegramente por ser un caso similar:

" '...Se considera: No puede otorgarse el recurso de apelación a que se refiere el hecho ante la Corte, porque el auto que niega la reposición de otro contra el cual no se interpuso en tiempo el subsidiario de apelación, es inapelable, a menos que en él se resuelvan puntos nuevos, lo que no ha sucedido en este caso. (Artículo 492 del C. J.)...'.

"En síntesis —continúa el Tribunal— se han resuelto o no puntos nuevos en la providencia de 11 de agosto, que decidió la reposición contra el auto de 14 de julio pasado? Este Tribunal opta por la negativa dadas las razones que ya se han expuesto y especialmente teniendo en consideración que el argumento del señor Gobernador, referente a que tiene tres días después que se decreten las pruebas no es algo fundamentalmente distinto a lo que resolvió el Tribunal en su primer auto, pues es elemental advertir que este término de tres días no es una prórroga de los diez días que se tuvieron para pedir pruebas, sino que estrictamente se limita al hecho de poderse presentar un nuevo memorial de pruebas referentes a los mismos hechos de que tratan las pruebas de la contraparte".

Para resolver se considera:

En sentir de la Sala, la solicitud de la parte demandada, formulada dentro del memorial de reposición referente al auto de 14 de julio, para que se decretaran las pruebas pedidas y ya denegadas por extemporaneidad del pedimento respectivo, con base en la disposición del artículo 752 del C. de Procedimiento Civil, sí constituye un hecho nuevo, aun cuando se trate de decretar las pruebas inicialmente pedidas por el Departamento de Antioquia.

Ello es obvio, porque la invocación del artículo 752 del citado Código, para que se decretasen las pruebas dentro del término adicional de tres días que dicha disposición consagra, no fue materia considerada en el auto de 14 de julio que denegó la solicitud de pruebas por considerar que tal solicitud estaba fuera del término general de 10 días. La nueva petición, enderezada a obtener la prácti-

ca de las pruebas con fundamento en el derecho consagrado en el artículo 752 tantas veces citado, planteó un aspecto distinto, nuevo, que el Tribunal decidió negativamente en el auto apelado. Que las razones en que el Tribunal apoyó tal decisión sean o no jurídicas, no es asunto que deba definirse aquí, sino al considerar, si es el caso, el fondo mismo del recurso de apelación que, denegado por el Tribunal **a quo**, se ha pedido a la Corte conceder por la vía del recurso de hecho.

Por este primer aspecto, pues, se ve claramente que el recurso de apelación contra el auto de 11 de agosto de 1956 sí tenía cabida.

De acuerdo con jurisprudencia de esta Corte, expuesta en auto de 15 de junio de 1938, publicado en la G. J. Tomo XLVI, pág. 665, "El primer requisito, el primordial, para la prosperidad del recurso de hecho es que el recurso que ha sido denegado sea procedente conforme a la ley".

Ya se ha considerado un aspecto importante de la procedencia del recurso de apelación de que aquí se trata, planteado en la misma providencia que negó tal recurso.

Cabe entonces estudiar si por otros aspectos igualmente fundamentales, la apelación es procedente. Ellos son en este caso: si el auto apelado es susceptible, de acuerdo con las normas procedimentales, de tal recurso por sus propias características, y, en segundo lugar, si fue interpuesto dentro del término legal el recurso denegado.

En cuanto a lo primero, salta a la vista que el auto apelado es de carácter interlocutorio.

En efecto, dice así el contexto del numeral 2º del artículo 466 del C. de Procedimiento Civil: "**Autos interlocutorios**, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o **la práctica de cualquiera de ellas** (subraya la Sala) y todos los demás que contengan resoluciones análogas...".

El auto sujeto al recurso de apelación de que se trata, como ya se ha observado, deniega la práctica de las pruebas solicitadas por el Departamento de Antioquia, ya por considerar que la solicitud respectiva fue presentada extemporáneamente, ya también porque tales pruebas no pueden decretarse con base en el término adicional consagrado en el artículo 752 del citado Código. Luego se trata de un auto interlocutorio. Y estos autos son apelables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 491 del C. de Procedimiento Civil.

El recurso de apelación denegado, por otra parte, fue interpuesta dentro del término legal. Así se establece de las copias expedidas por el Tribunal acompañadas al escrito en que se recurre de hecho.

El recurso de hecho, finalmente, aparece instaurado dentro del término que para ello establece el artículo 514 del C. de Procedimiento Civil. Así se comprueba con la lectura de la constancia de la Secretaría de esta Sala que dice así: "Señor Magistrado doctor Gómez Naranjo: Atentamente me permito informar a usted que el presente recurso de hecho aparece fundado dentro del término al efecto señalado en el artículo 514 del C. Judicial, teniendo para ello en cuenta la distancia, en miriámetros, existente entre esta ciudad y la de Medellín, conforme a la base que se le señaló a la Secretaría en la anterior providencia. En efecto, el aludido término vencía el 19 de enero del año en curso, y el escrito de sustentación aparece recibido en esta Secretaría el 18 de diciembre de 1956. (Fol. 19 c. número 1)".

Establecido, por tanto, que el recurso de hecho es procedente por cuanto la apelación denegada se refiere a un auto interlocutorio (artículo 419 del C. de Procedimiento Civil); que dicho recurso de apelación sí tenía cabida de acuerdo con el artículo 492 del mismo Código, por cuanto en el auto apelado sí se resolvió sobre "puntos nuevos", y, por último, en razón de que el escrito de fundamentación del presente recurso de hecho fue presentada en tiempo, resulta incuestionable que debe accederse a su admisión.

Resta considerar lo que se refiere a la competencia de la Sala para conocer de la apelación denegada y lo que atañe al efecto en que tal apelación debe concederse.

En cuanto a lo primero, la competencia de la Sala en este asunto se la da el numeral 1º del artículo 37 del C. de Procedimiento Civil, en armonía con lo previsto en el numeral 2º del artículo 76 del mismo Código.

Respecto a lo segundo, el ya citado artículo 491 del C. de Procedimiento Civil establece que "los autos interlocutorios dictados por un Juez son apelables en el efecto suspensivo, a menos que el apelante pida que el recurso se le conceda en el devolutivo". Y como aquí no se ha hecho uso de esta facultad discrecional concedida por la ley al recurrente, resulta incuestionable que el recurso de apelación interpuesto en el caso de autos debe concederse en el efecto suspensivo.

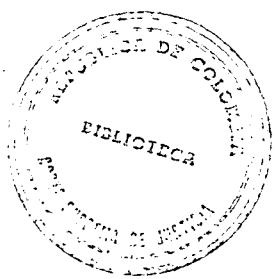
Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia RESUELVE: ADMITIR, como en efecto ADMITE el recurso de hecho in-

terpuesto ante ésta Sala por el Departamento de Antioquia, y, en consecuencia, CONCEDE en el efecto suspensivo el recurso de apelación denegado en el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín con fecha 14 de septiembre de 1956 en el juicio ordinario de Rafael Angulo contra la mencionada entidad.

Solicítese, una vez ejecutoriada esta providencia, al Tribunal Superior de Medellín la remisión del expediente original, previa citación de las partes, a fin de decidir del recurso de apelación concedido. (Artículo 514 del C. de Procedimiento Civil). Comuníquese al Tribunal de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase, Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.



COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DE INDEMNIZACION POR OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA INMUEBLE, CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS. — LA VALORIZACION SOLO PUEDE COBRARSE CUANDO LA OCUPACION DEL PREDIO ES PARCIAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

La señora Clemencia Samper de Liévano, y los señores Gonzalo y Pablo Samper García, por medio de apoderado, presentaron ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca demanda ordinaria, para que por los trámites señalados en el Capítulo XIX del C. Contencioso Administrativo, se condenase al Municipio de Bogotá, representado por el Personero Municipal, al pago de la suma de dinero que se determinase en el juicio, como precio de una zona de terreno de 360,58 varas cuadradas incorporada a las vías públicas conocidas con las denominaciones de carrera 5ª y calle 12 de esta ciudad, zona que tiene la forma de una "L" y de la cual son dueños los demandantes. Los linderos del expresado inmueble son estos: "Por el Sur, partiendo del ángulo nor-occidental de la esquina o intersección de la calle doce (12) con la carrera quinta (5ª) de esta ciudad, en trece metros sesenta y cinco centímetros (13,65 mts.) con la calle doce (12); se vuelve en ángulo de noventa grados (90°) hacia el Norte, y linda por el occidente, en siete metros cincuenta y ocho centímetros (7,58 mts.) con casa que es o fue de Antonio Restrepo, por la línea fijada en la cláusula cuarta (4ª) de la escritura número cuatrocientos catorce (444) del veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y ocho (1898), otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá; se vuelve en ángulo de noventa grados hacia el oriente y linda por el Norte con el lote número uno (1) adjudicado a Pablo Samper García en la hijuela primera (1ª) de esta partición (hoy de propiedad de don José del C. Gutiérrez); se vuelve en ángulo de noventa grados (90°) hacia el Norte y sigue lindando por el Occidente en treinta y siete metros con cincuenta centímetros (37,50 mts.) con los lotes números uno (1) y dos (2) adjudicados respectivamente a Pablo Samper García y a Clemencia Samper de Liévano y Gonzalo Samper García en esta partición material (hoy ambos de propiedad del mismo señor José del C. Gutiérrez); se vuelve en ángulo de noventa grados (90°) hacia el Oriente y linda en tres metros y un centímetro (3,01 mts.) con patio o corralito de la casa que es o fue de Antonio Restrepo, según escritura número cuatrocientos catorce (414) de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y ocho (1898) otorgada en la Notaría Tercera (3ª) de Bogotá; y finalmente, vuelve en ángulo de noventa grados (90°) en dirección sur, lindando por el oriente en cuarenta y cuatro metros sesenta centímetros (44,60 mts.) con la carrera quinta (5ª) de esta ciudad".

Los demandantes hacen expresa manifestación de que están dispuestos a otorgar la correspondiente escritura pública sobre transferencia de la zona reclamada, a favor del Municipio de Bogotá, de modo simultáneo con el pago del valor de ese terreno.

Como hechos fundamentales de la acción se hallan expuestos en el libelo los siguientes:

a) Que los actores adquirieron el lote de terreno anteriormente descrito, por habérseles adjudicado proindiviso, "la mitad para Pablo, la cuarta parte para doña Clemencia y la cuarta parte para Gonzalo, en la división material que verificaron los citados señores", según consta de la escritura 2.765 de 21 de noviembre de 1950, de la Notaría 5ª de Bogotá.

b) El señor José del C. Gutiérrez, quien había adquirido los lotes números 1 y 2 formados en la misma partición material de que se ha hecho referencia, solicitó y obtuvo del Municipio de Bogotá la licencia número 1032 de fecha 18 de octubre de 1953, para demoler la antigua casa número 5-12 de la calle 12 "para levantar los muros sobre los paramentos definitivos que el mismo Municipio había señalado para esas vías". Fue así como al levantar el muro divisorio, quedó incorporada a la carrera 5ª y a la calle 12 de esta ciudad la

zona, "y entró de hecho y por orden del Municipio a formar parte de las citadas vías públicas".

c) No obstante que la zona de terreno que se reclama quedó convertida en un bien de uso público, el Municipio de Bogotá no pagó a los demandantes el valor de la zona, pese a las múltiples diligencias que para obtener dicho pago hicieron los demandantes.

La demanda, por otra parte, se funda en el artículo 26 de la Carta Fundamental, y en las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941.

Además de la copia debidamente registrada de la escritura número 2.765 de 21 de noviembre de 1950 citada en la demanda, se acompañaron a ésta el correspondiente certificado de libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, una fotoscopia de la licencia número 1032 expedida por el Departamento de Control de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá (hoy Distrito Especial) que autoriza la demolición de la antigua casa número 5-12 de la calle 12 y la construcción de un muro de cerramiento "sobre los paramentos definitivos", y en la cual se hace la advertencia al interesado de que "debe ceñirse a las prescripciones del Decreto número 271 de 1944".

Cumplidas las ritualidades de la primera instancia, el Tribunal Administrativo dictó su fallo con fecha 16 de diciembre de 1954, en el cual condenó al Municipio de Bogotá a pagar a los demandantes la cantidad de $ 79.637.50 moneda corriente, como valor de la zona de terreno materia de la demanda, menos la suma de un peso ($ 1.00) por concepto de valorización. En el momento de recibir el importe de la indemnización decretada, los demandantes deben proceder a otorgar a favor del Municipio la correspondiente escritura pública de cesión de la zona de terreno en referencia.

Contra este fallo interpuso recurso de apelación el Personero de Bogotá y en virtud de ello los autos fueron enviados al Consejo de Estado.

Esta corporación, con fundamento en la sentencia de inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941 (excepto el artículo 270), declaró su incompetencia para continuar el conocimiento del negocio, y ordenó enviarlo a la justicia ordinaria. Hallándose el juicio en el Tribunal Superior de Bogotá, se dictó el Decreto Legislativo número 293 de 15 de febrero de 1956 que atribuyó a la Corte (Sala de Negocios Generales) la competencia para decidir en segunda instancia de esta clase de negocios, por lo cual se hizo remisión de los autos a esta Sala en el mes de marzo del año últimamente citado.

Terminada aquí la tramitación de la alzada, es llegada la oportunidad de decidir definitivamente, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

En su alegato de conclusión presentado ante el Tribunal Administrativo, el Personero del municipio de Bogotá dijo lo siguiente:

"Por solicitud del señor Gonzalo Samper (comunero y demandante) se expidió la demarcación número 2883 de fecha mayo 31 de 1950 (cuaderno número 2, fol. 6) mediante la cual se ordenaron los retrocesos de la finca número 5-12 de la calle 12, retroceso estos que vinieron a conformar la zona en forma de 'L' ya indicada.

"De manera que, al obtener la demarcación, los comuneros del predio total (hoy demandantes) supieron que el Municipio ordenaba ampliar las vías públicas incorporando a éstas una faja en forma de 'L'. Este conocimiento y la voluntad de desprenderse de la expresada zona, fueron puestos de relieve al otorgar la escritura número 2765, ya que en ésta se le dio a esta zona la denominación de 'Municipio'.

"En estas condiciones debe estimarse que el terreno objeto del litigio, quedó incorporado al patrimonio municipal en el año de 1950 y no en la fecha en la cual otra persona, ajena a este pleito o sea el señor José del C. Gutiérrez efectuó la demolición de la casa (como lo pretenden los demandantes). Se comprende así cómo la acción para reclamar la indemnización se encontraba prescrita en el momento en el cual se inició el presente pleito".

A esta alegación se refirió el Tribunal Administrativo en la sentencia recurrida en los siguientes términos:

"En relación con esta alegación se observa que no tiene razón el señor Personero puesto que los dos años a que se refiere el artículo 263 del C. C. A. dentro de los cuales debe instaurarse la acción indemnizatoria, en el presente caso se cuentan desde la fecha de la expedición de la licencia emanada de la Dirección del Departamento de Control de las Obras Públicas del Municipio de Bogotá, para demoler la casa número 5-12 de la calle 12 de esta ciudad (18 de junio de 1953), y no como lo pretende el representante del Municipio, desde el 21 de noviembre de 1950, cuando a los demandantes se les adjudicó la zona en forma de ele ('L') con una cabida aproximada de 360,58 v2, marcada 'Municipio' en el plano que se protocolizó junto con la citada escritura, de que trata este

juicio. Porque si es verdad que, para esta última fecha, los propietarios del inmueble tenían conocimiento de que el Municipio ordenaba la ampliación de las vías que daban acceso a tal inmueble, en general la ocupación de una propiedad privada ordenada por una autoridad administrativa, para efectos de indemnizaciones como las de que trata el capítulo XXII del C. C. A. se entiende consumada únicamente desde cuando se ejecute materialmente cualquier obra tendiente a cumplir el fin de utilidad pública que la autoridad persigue privando a su propietario del uso, goce o disposición del bien, directamente o por medio de reglamentación señalando los requisitos a los cuales deben acomodarse las obras que el propietario intente acometer...".

b) En escrito presentado ante el Consejo de Estado antes de haberse dictado el auto de fijación en lista, el señor Personero de Bogotá solicita la revocatoria del fallo de primera instancia con base en otros argumentos. Son ellos: 1º) La licencia otorgada por el Departamento de Control de la Secretaría de Obras Públicas para la demolición de la casa antigua número 5-12 de la calle 12 exige como requisito previo, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 555 de la Alcaldía de Bogotá, que el interesado transfiera al Municipio la zona que de acuerdo con la demarcación correspondiente deba ser cedida para la ampliación de las vías respectivas (calle 12 y carrera 5ª). No existe constancia en el expediente que los actores hubieran hecho dicha transferencia a título oneroso o gratuito, como lo prevee el expresado Decreto; 2º) Cuando se expidió la citada licencia de demolición y levantamiento del muro, la demarcación hecha por el Municipio para el inmueble de los demandantes, se hallaba caducada; esta circunstancia no fue tenida en cuenta por los peritos que intervinieron en la inspección ocular de la primera instancia; 3º) La zona reclamada "no es vía pública, ya que, aunque carece de cerca que la separe del andén, en ella no hay obras ni ocupación por parte de Bogotá, D. E. Es un predio libremente abandonado por los dueños al tránsito de peatones con el fin de crear una situación de hecha que dé base aparente a la acción improcedente de que se trata". 4º) La misma inspección ocular da margen a establecer que en la misma zona el Distrito Especial de Bogotá no ha ejecutado obra pública alguna.

Y agrega:

"El Distrito Especial no niega que los actores pueden tener un derecho futuro al pago de la zona en litigio, cuando éste les exija su cesión con motivo de expedición de licencia de construcción al predio interior, y como requisito previo a éste, con el lleno de las formaldades del Decreto 555 citado y dando cumplimiento al Acuerdo número 44 de 1948, expedido por el Honorable Concejo de Bogotá".

Durante el término probatorio de la alzada, el mismo funcionario solicitó la práctica de una inspección ocular, para que en ella se determinara:

"a) Si en el lote existe alguna construcción u obra pública de urbanismo, tal como andén, sardinel, tubería de acueducto o alcantarillado, que indique ocupación del predio para tal fin;

"b) Si en el solar existe siquiera un rastro de que en él el Municipio o cualquiera otra persona haya verificado obras públicas de cualquier naturaleza;

"c) Si la zona se halla expuesta al tránsito sobre ella, precisamente por haberse demolido la construcción que existió, sin haberse construído con posterioridad muro de cerramiento por sus propietarios, y por sus linderos con la vía pública".

En el dictamen pericial concurrente a dicha inspección debía conceptuarse sobre estos puntos:

"a) Extensión del inmueble objeto del litigio, individualizado como se establece en la demanda;

"b) Estado actual del inmueble, costados por los cuales tiene muros de cerramiento y por los cuales carece de ellos, y obras construídas en él;

"c) Si, en su concepto, el hecho de estar el solar abandonado al tránsito urbano, obedece a la falta de muro de cerramiento sobre los andenes;

"d) Si dentro del inmueble objeto del litigio existe construcción u obra alguna que indique que el Municipio haya verificado allí trabajos públicos;

"e) Si el abandono de la zona al tránsto de peatones, obedece al hecho de haberse derribado la antigua construcción sin haberse levantado muros que lo impidieran.

"f) Avalúo de la zona en el mes de junio de 1953".

Igualmente pidió el representante de la entidad demandada que se librase despacho a la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, para que certificara sobre:

"a) Si el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, ordenó o ha ordenado hasta la fecha la ocupación del inmueble relacionado en la demanda, y cuyos linderos deben insertarse en el despacho, para construir en él cualquier clase de obras públicas;

"b) Si el Municipio hasta el 31 de diciembre de 1954, o el Distrito de esa fecha en adelante, ha

ejecutado u ordenado ejecutar cualquier clase de obra dentro del inmueble a que se refiere el punto anterior;

"c) Si la misma entidad ha ejercitado actos de ocupación del solar referido".

Finalmente, pidió el señor Personero que los demandantes absolvieran sendos pliegos de posiciones, acompañados en sobre cerrado.

Estas pruebas fueron decretadas por esta Sala en auto de 3 de abril de 1956 (fol. 2 del cuaderno número 3).

De los términos del acta de inspección ocular (fol. 13 del C. número 3), practicada el 11 de mayo pasado por esta Sala, de nuevo se hizo el recorrido de los linderos que individualizan la zona de terreno en litigio, dejando a cargo de los peritos el trabajo de precisar la longitud de cada una de las líneas que demarcan dicho predio. Hecha la identificación de la zona, se dejó constancia de los siguientes hechos observados por el personal inspector: "a) Que en el lote de que se trata no existe construcción alguna u obra pública de urbanismo, como andén, sardinel, tubería de acueducto o alcantarillado; b) Que en el mismo solar materia de la inspección no existe obra pública alguna; y c) Que la zona se halla expuesta al tránsito sobre ella, y que carece de muro de cerramiento".

En esta oportunidad el Delegado de la Personería solicitó que los peritos dictaminaran sobre este nuevo punto: "Si los paramentos de las edificaciones existentes en la carrera 5ª, hacia el norte, costado occidental de dicha carrera, se encuentran alineados con el lindero oriental de la zona y si el lindero sur, de la misma conserva la misma línea con los paramentos de las edificaciones situadas en la calle 12 de la carrera 5ª hacia el occidente, costado norte de esta vía". Esta petición fue resuelta favorablemente por el H. Magistrado que presidió la diligencia.

En el dictamen pericial, al referirse al punto a) del cuestionario, los peritos, luego de reproducir los linderos y longitudes de cada uno de los lados del polígono de la zona de terreno identificada en la inspección ocular, contestan que la extensión superficiaria de la zona litigiosa es de 358,67 varas cuadradas, esto es, la misma que se tuvo en cuenta en la sentencia apelada.

Al punto b) contestan: "El inmueble materia de este proceso no tiene construcción alguna sobre él, y su piso carece de pavimento. Por los linderos sur y oriente tiene el mismo nivel que los andenes de la vía pública que limitan la zona. Por el occidente —K 5ª— y por el norte —C. 12— linda con muros de ladrillo que encierran la propiedad del señor José del C. Gutiérrez. Para que nuestra respuesta sea totalmente clara, nos referimos a los gráficos que obran a los folios 7 y 8 del cuaderno número 2, así: Entre los puntose señalados con los números 6 y 7 y 7 y 2 hay muros de ladrillo de reciente construcción; entre los puntos marcados 5 y 6 y 2 y 3 el inmueble inspeccionado limita con los muros que corresponden a las construcciones antiguas de propiedad de Antonio Restrepo, según lo denunca la demanda".

Al punto c) conceptúan los peritos:

"En realidad, la circunstancia de que el solar esté siendo usado para el tránsito urbano, obedece a la falta de muros que lo encierren por los costados en que limita con los andenes, así como a la continuidad e igual nivel de estos con la zona inspeccionada. Si el solar tuviera muros que lo separaran de las calles, sería imposible el tránsito urbano por allí.

"Los puntos d) y e) quedaron contestados en las respuestas anteriores.

Al punto f) exponen los expertos, que teniendo en cuenta diferentes factores, consideran como prudente y justo el avalúo de la zona litigiosa hecho por los peritos que actuaron en la primera instancia.

Por último, al responder al punto propuesto por el representante del Municipio demandado en la inspección ocular, exponen los peritos:

"Es un hecho cierto y evidente que los paramentos de las edificaciones existentes en la carrera 5ª, hacia él norte, costado occidental de dicha carrera, se encuentran alineados con el lindero oriental de la zona, y advertimos que la totalidad de tales edificaciones son antiguas. También es cierto y evidente que el lindero sur de la misma zona conserva la misma línea con los paramentos de las edificaciones situadas en la calle 12, de la carrera 5ª hacia el occidente, costado norte de esta vía. Advertimos que estas edificaciones de la calle 12 también son antiguas, a excepción de la marcada con el número 5-82, edificio de construcción moderna cuyo paramento aparece retrocedido en 7,50 metros en relación a las que le siguen hacia el oriente" (fols. 16 y 17 C. número 3).

La certificación solicitada al Secretario de Obras Públicas Distriales, dice textualmente:

'Sobre el punto a) Que no se encuentra constancia en ninguna de las oficinas del Despacho de Obras Públicas de que el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial, ordenó o haya ordenado la ocupación del inmueble singularizado por los linderos insertados en el Despacho, con destino a la construcción de obras públicas;

"Sobre el punto b) Que tampoco hay constancia de que el Municipio o el Distrito, ha ejecutado u ordenado ejecutar, en fecha alguna, obras dentro del inmueble a que se refiere el punto anterior;

"Sobre el punto c) Que, igualmente, no hay constancia alguna de que el Municipio o el Distrito haya ejecutado actos de ocupación del solar referido". (Fol. 32 C. número 3).

Para resolver se considera:

De acuerdo con la determinación hecha con intervención de peritos en el presente juicio, en dos ocasiones, el predio materia de la demanda es el mismo que, en virtud de lo ordenado en la licencia de demolición concedida por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá (hoy Distrito Especial), debía quedar incorporado, bajo las delineaciones o paramentos prefijados por el Municipio para ensanche futuro de las vías públicas de la ciudad de Bogotá, a la carrera quinta (5ª) (costado occidental) entre calles 12 y 13, y a la calle 12, entre carreras 5ª y 6ª costado norte.

El retroceso que implicaba la orden impartida por el Municipio de Bogotá al otorgar la licencia de demolición y levantamiento de muro de ladrillo para cerrar los lotes 1 y 2 pertenecientes al interesado señor José del C. Gutiérrez, implicaba, necesariamente, el que el lote de los demandantes quedase libre de todo cerramiento, ya que sobre él no podía levantarse ninguna nueva construcción.

Cierto es que no fue el Municipio quien ordenó la demolición de la casa antigua número 5-12 de la calle 12 con el fin de realizar la obra pública de ampliación de la calle 12 y de la carrera 5ª. Esa demolición partió de la iniciativa privada del propietario de los lotes 1 y 2 ya mencionados, contiguos al de los demandantes Samper García, lote este último que se interponía, según la división material a que alude el título de los actores, en su totalidad entre aquellos dos lotes y las vías públicas mencionadas.

Cierto es también, y ello se desprende claramente de las dos inspecciones oculares producidas en este litigio, que la zona de terreno de los demandantes, no ha sido objeto de ningún trabajo público, como construcción de pavimento, sardinel u obra alguna propia de las redes de Acueducto y Alcantarillado.

Pero no es menos cierto que, como acertadamente lo alega el apoderado de los demandantes, estos, en virtud de las disposiciones originadas del Concejo de Bogotá y de la Alcaldía de la misma ciudad, no pueden, sin violar dichas normas de planeación urbana, levantar ninguna construcción o cerramiento del lote de terreno determinado en las peticiones principales del libelo de demanda, puesto que el lote en su totalidad está destinado para el ensanchamiento de la carrera 5ª y de la calle 12 de esta ciudad.

"Es sabido que la demarcación —dice dicho apoderado— cuando establece el retroceso, implica el deber del propietario de respetar como parte de la vía pública la zona que tal retroceso determina. Agréguese a esto, lo dispuesto en la licencia número 1032 de 1º de julio de 1953 acompañada a la demanda, por la cual se autorizó al señor José del Carmen Gutiérrez para demoler la antigua casa 5-12 de la calle 12 y para levantar los muros sobre los paramentos definitivos.

"De modo que es evidente, que esos muros observados por el Tribunal Administrativo y por la Honorable Corte, en las inspecciones oculares, dividen la propiedad del señor Gutiérrez y la vía pública; producen, como lo entendieron los peritos de la primera instancia y la sentencia apelada, la incorporación de la zona de mis mandantes a las calles del Distrito Especial, todo por órdenes legalmente expedidas por el Municipio de Bogotá. Tal es el trabajo público que ocasionó la ocupación permanente por parte del Distrito Especial de Bogotá de la zona tantas veces citada, aunque no haya habido necesidad de que los obreros del Municipio efectúen algún trabajo material.

"Hay dos hechos que no pueden discutirse: el uno, que mis mandantes no tienen derecho a ocupar la zona del retroceso; el otro, que el Municipio no solo tiene el derecho sino el deber de dar el tratamiento de calle pública a esa zona".

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión, sostiene la tesis de que la demanda incoada es prematura, "si se tiene en cuenta que el Distrito Especial no ha comenzado la ampliación de la calle 12 (12), y no es justo someter al capricho de los propietarios del inmueble referido el pago de la indemnización inmediata de aquél cuando a sabiendas de estos e igualmente del señor Gutiérrez se conocía con exactitud que no se podría, más adelante, construir obra nueva en el referido lote de terreno.

"La ignorancia de la ley —añade— no sirve de excusa dice la Ley 153 de 1887; en el caso de autos los demandantes conocían el hecho".

Sin embargo, observa la Sala, de las piezas procesales es fácil concluir que no se puede imputar a capricho de los demandantes la solicitud de la licencia de demolición de la casa antigua número 5-12 de la calle 12 elevada por el señor Gutiérrez,

persona ajena a esta controversia, en su carácter de propietario de los lotes 1 y 2 contiguos a la zona materia de este juicio. La obra de la demolición, como claramente se ve, no partió de la iniciativa particular de los demandantes. Pero es claro que al llevar a cabo ese trabajo el señor Gutiérrez, y de levantar éste el muro de cerramiento de sus lotes de terreno, determinó el hecho de que la zona de retroceso quedase expuesta al tránsito urbano, y de hecho incorporada a la ampliación de las dos vías públicas tantas veces mencionadas, en virtud de mandato expreso de las autoridades municipales, contenido en la licencia de demolición y en la demarcación previa fijada por las mismas autoridades.

Esta Sala de la Corte, en fallo de 12 de diciembre del año pasado (Tomo LXXXIII de la GACETA JUDICIAL, págs. 1232 a 1235) al decidir sobre un juicio similar al presente, expuso:

"Deduce pues el Ministerio Público que en la demanda no se indica como causa de la acción ejercitada la ocupación de la zona con motivo de trabajos públicos, sino el acto administrativo por el cual no se le permitió construir al actor en la zona segregada. Y tal interpretación del libelo le da al señor Fiscal asidero para afirmar que, de acuerdo con la demanda, la acción pertinente al caso sería la consagrada en el artículo 68 del C. C. A. Sin embargo, admite que al levantarse el nuevo edificio ciñéndose al paramento fijado por la Adminstración, "automáticamente quedó ampliada la carrera y por lo tanto cercenado el predio del señor Gómez Arrubla", aunque añade: "sin que hubiera sido la causa de dicho cercenamiento trabajos púbicos realizados por el Municipio para ampliar la susodicha carrera doce...".

"Tal interpretación de la demanda, a juicio de la Sala, no es la que corresponde a la realidad que se desprende de ella. Quizás la relación de los hechos que sustentan el libelo, y la redacción de éste en general no sea suficientemente clara: pero las peticiones del actor y las normas legales en que las apoya, señalan de manera inconfundible la causa o razón de las indemnizaciones pedidas: ocupación de una parte del terreno privado para ampliar la vía pública. Y el ensanche de la vía —lo reconoce el señor Fiscal— queda realizado automáticamente al construir el edificio. El propósito de la Administración de ampliar las calles de la ciudad queda realizado a medida que se van levantando nuevas construcciones con el paramento prefijado, y las zonas sin construir dejadas por los propietarios, pasan al servicio público. Es decir, el trabajo de ampliación se va ejecutando y no puede sostenerse que solo cuando el personal obrero procede al arreglo y pavimentación es que se ejecuta el trabajo. La Administración efectúa una ocupación permanente y definitiva de la zona privada, que le permite darla al servicio público. Y ese hecho es precisamente el que está previsto en el artículo 263 del C. C. A., como causa de la acción indemnizatoria, y es el que originó el juicio que aquí se ha ventilado. Por consiguiente, no tiene razón la Fiscalía en los reparos que le hace a la acción ejercitada".

Lo que se acaba de exponer es suficiente, a juicio de la Sala, para desechar el argumento de la Procuraduría Delegada en virtud del cual sostiene que la demanda indemnizatoria es prematura.

En lo que se refiere a la falta de validez de la demarcación expedida al señor Gonzalo Samper por orden de las autoridades competentes del Municipio de Bogotá con fecha 31 de mayo de 1950, para el inmueble de la calle 12 número 5-12, hecho alegado por el señor Personero Distrital, es suficiente anotar que, de acuerdo con lo expresado en el informe de la Oficina del Plan Regulador, visible al folio 5 del c. número 2, marcado con el número 1388 de fecha 13 de julio de 1954, tal demarcación no ha sido modificada. Esa demarcación, según el mismo informe, implicaba un retroceso de 358,26 varas cuadradas "de acuerdo con el registro número 204, elaborado por la Sección de Reconocimiento Geográfico".

De lo cual se deduce que si bien el documento sobre demarcación expedido al señor Samper tenía un término para su vigencia, de otro lado, tal demarcación en sí misma considerada, como señalamiento de un nuevo paramento que afectaba el antiguo inmueble de los demandantes, no ha sufrido modificacin alguna, esto es, no ha perdido sus efectos derivados de los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal.

En cuanto a los elementos constitutivos de la acción incoada, la Sala encuentra que la propiedad de los actores sobre el inmueble materia de la indemnización está debidamente acreditada con la copia registrada de la escritura pública número 2.765 de 21 de noviembre de 1950 de la Notaría 5ª de esta ciudad (fol. 1 del C. número 1), y con el certificado de libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito visible al folio 5 del mismo cuaderno, que cubre un período mayor de veinte años.

Por medio de las dos inspecciones oculares practicadas en el predio de la litis, se estableció satisfactoriamente su identidad no solo a base de la determinación que de él se hace en la demanda

sino a la luz de la alindacción y demás especificaciones contenidas en el título de propiedad ya mencionado.

Por medio de peritos aparece establecido plenamente que el área de la ampliación ordenada por el Municipio es sensiblemente igual a la que arrojó la medida del lote reclamado, puesto que los dos dictámenes periciales señalan acordemente para la zona reclamada un área de 358,67 varas cuadradas.

De los documentos estudiados aparece ampliamente establecido que la segregación o cercenamiento del lote de terreno reclamado para destinarlo a la ampliación de la calle 12 y de la carrera 5ª de esta ciudad, está prevista por Acuerdos emanados del Concejo Municipal de Bogotá. Así se expresa claramente en el memorandum de la Oficina del Plan Regulador, y en la demarcación número 2883 de 31 de mayo de 1950.

Finalmente, el avalúo de la faja de terreno objeto de este juicio se ha producido en dos dictámenes periciales acordes, acerca de los cuales no se formuló por las partes objeción alguna. En el dictamen de la primera instancia, acogido por los peritos que actuaron en la inspección ocular ordenada por la Corte, el valor unitario de la vara cuadrada, se dividió en dos partes correspondientes a cada una de las zonas de la calle 12 y de la carrera 5ª. A la primera, esto es, a la parte correspondiente a la calle doce (12), se fijó un avalúo de $ 250.00 por cada vara cuadrada; y a la segunda parte, o sea la correspondiente a la carrera quinta (5ª) el avalúo fijado es de $ 200.00 la vara cuadrada. Como la primera porción midió un total de 158,07 varas cuadradas, el valor total de ella es de $ 39.517.50 moneda corriente. La extensión de la segunda porción de la zona litigiosa resultó ser de 200.60 varas cuadradas, y por tanto su valor resultó ser el de $ 40.120.00 moneda corriente. Sumadas estas dos cantidades dieron un total de $ 79.637.50 moneda corriente, que es el avalúo global de la zona demandada.

Como este avalúo tiene como base el valor de la vara cuadrada en la época de la demolición, en virtud de la cual se produjo automáticamente la desmembración de la zona reclamada para incorporarla a las vías públicas tantas veces mencionadas, la Sala acoge este justiprecio pericial.

Resta solamente a la Sala expresar su discrepancia con el dictamen pericial de la primera instancia y con la sentencia que se revisa que acogió tal peritazgo, en cuanto que en ellos se estableció la deducción de $ 1.00 de la cantidad de $ 79.637.50 fijada para la indemnización pedida, por concepto de valorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 263 del C. C. A.

La jurisprudencia tiene establecido, respecto a la aplicación de la disposición citada, que aun cuando al demandante se le ha ocupado la totalidad del predio afectado con la obra pública, no hay lugar a la deducción del 20% sobre el monto de la indemnización, por cuanto este gravamen solo puede cobrarse cuando la ocupación es parcial, ya que el resto del predio ocupado se considera beneficiado con la obra pública. Como en el presente caso la zona cedida comprende la totalidad del predio materia de la indemnización, no puede, lógicamente, hacerse la deducción del 20% ni ninguna otra suma de dinero, así sea en forma simbólica, por concepto de valorización. Es al Distrito Especial de Bogtoá al que corresponde determinar, cuando llegue el momento oportuno, a quién corresponde pagar el impuesto de valorización que cause la ampliación de la carrera 5ª y de la calle 12, si es al comprador de los lotes 1 y 2, o a los vendedores de ellos, es decir, a los demandantes en el presente juicio.

Por último, conviene anotar que en orden a la indemnización del perjuicio derivado del lucro cesante, implícitamente suplicada en la demanda, y acerca de la cual nada se dijo en la sentencia que se revisa, la Sala considera que no hay lugar en el presente caso a reconocer suma alguna a los actores por tal concepto, por cuanto en los autos no existe prueba alguna de la existencia de tal perjuicio, ni el actor solicitó en ninguna de las dos etapas probatorias del proceso, la práctica de diligencia alguna tendiente a su demostración y justiprecio.

De todo lo que ha quedado expuesto se concluye que la sentencia apelada debe ser reformada en el sentido de declarar que no hay lugar a deducción alguna del monto de la indemnización por concepto de valorización, y de que tampoco hay lugar al reconocimiento de suma alguna por concepto de lucro cesante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

autoridad de la Ley, REFORMA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Adminstrativo de Cundinamarca con fecha 16 de diciembre de 1954, en los siguientes términos:

a) No hay lugar a deducir suma alguna de dinero del monto de la indemnización fijada en el precitado fallo;

b) Tampoco hay lugar a reconocer a favor de los demandantes suma alguna de dinero por concepto de lucro cesante;

c) En todo lo demás se CONFIRMA el fallo apelado.

No hay lugar a costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de esta ciudad.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo — Con salvedad, **Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CAMILO RINCON LARA

Dice la mayoría de la Sala en el fallo que precede:

"Por último, conviene anotar que en orden a la indemnización del perjuicio derivado del lucro cesante, implícitamente suplicada en la demanda, y acerca de la cual nada se dijo en la sentencia que se revisa, la Sala considera que no hay lugar en el presente caso a reconocer suma alguna a los actores por tal concepto, por cuanto en los autos no existe prueba alguna de la existencia de tal perjuicio, ni el actor solicitó en ninguna de las dos etapas probatorias del proceso, la práctica de diligencia alguna tendiente a su demostración y justiprecio'.

Con todo respeto disiento de esta apreciación de mis distinguidos colegas y por eso formulo este salvamento de voto. Porque habiéndose demandado al Municipio de Bogotá para que se le condene a pagar a los actores "la suma de dinero que se señale pericialmente dentro del juicio, por concepto de indemnización de perjuicios...", y comprendiendo la indemnización tanto el daño emergente como el lucro cesante según el artículo 1613 del C. C., ha debido condenarse a la entidad demandada al pago de dicho lucro representado, en el caso de autos, por los intereses legales, o sea el seis por ciento, sobre la suma de $ 79.637.50 valor del daño emergente, desde la fecha en que el inmueble de que trata la demanda quedó incorporado a la vía pública.

Sobre este particular he expresado en varios salvamentos de voto los razones que a continuación reproduzco:

"En fallo de casación de 19 de julio de 1943 (G. J. número 1998-1999, pág. 593 a 598) dijo la Corte que ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro se determine por el procedimiento que señala el artículo 553 del C. J., "ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente".

"La Corte, al sentar esta doctrina, lo hizo con criterio muy distinto al que tienen hoy, sobre la misma cuestión, mis honorables colegas de Sala, pues en tanto que estos estiman indispensable la comprobación del lucro cesante, en aquella se consideró, no obstante la desestimación de la cuantía asignada a dicho lucro por los peritos, que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, y en tal forma se hizo la condena, para lo cual se tuvo en cuenta que el dueño de una cosa dañada u ocupada deja de reportar utilidades o ganancias desde el día del daño o de la ocupación. Tal es, exactamente, lo que ocurre en el caso de autos, porque desde la ocupación del inmueble por parte de la Nación se privó al demandante del goce de su propiedad y consecuencialmente se le privó del aprovechamiento o utilidad que derivaba o estaba en condiciones de derivar de aquella propiedad. Esta deducción se hace inobjetable al considerar que de haberse llevado a cabo legalmente la expropiación, la entidad demandada habría pagado previamente la plena indemnización y el demandante hubiera podido utilizarse de esa suma.

"De otra parte no podría sostenerse que los intereses legales sólo serían causables desde la ejecutoria del fallo que decreta la indemnización del daño emergente, porque la obligación de la entidad demandada surgió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad; y porque ha de tenerse en cuenta el principio que informa algunas reglas relativas a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, como las del artículo 964 del C. C. puesto que el poseedor vencido es obligado a restituir los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes o después de la demanda, según sea poseedor de mala o buena fe.

"Fuera de esto, se incurriría en ostensible contrasentido si al acudir a la fijación del tipo de interés legal por imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, se exigiera a la vez la comprobación de aquellas bases.

"La suma en que se estima el inmueble ocupa-

do es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario sobre la cual, como es obvio, debe aquel intereses legales hasta la fecha de su cancelación. Ese tipo de interés se ha fijado para aplicarlo cuando no existe convención o estipulación al respecto (artículo 1617 del C. C.) y por lo mismo no constituye un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que lo origina.

"La doctrina de la Corte, atrás citada, de fecha 19 de julio de 1943, fue aplicada por esta Sala en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá (G. J. número 2171-72-73, página 649); en el de Mauricio Alvarez Correa contra la Nación (G. J. número 2157-58, pág. 332) y en el de Silena Sardi de Tenorio contra la Nación (G. J. número 2170, pág. 361). Al fallo dictado en este último negocio pertenece el siguiente párrafo:

"Teniendo en cuenta que como principio general, de acuerdo con la Constitución Nacional, el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propiamente una recompensa por los perjuicios sufridos sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de intereses a la rata legal, para compensar el lucro cesante".

"Por todas estas razones considero que en el presente negocio ha debido condenarse al pago del lucro cesante, representado por los intereses legales del monto en que se estimó el inmueble ocupado".

Camilo Rincón Lara

Fecha ut supra.

EL JUICIO ORDINARIO QUE HA DE DECIDIR LA OPOSICION QUE SE FORMULE ANTE EL MINISTERIO DE MINAS Y PETROLEOS A LAS PROPUESTAS DE QUE HABLA EL ARTICULO 34 DEL C. DE PETROLEOS, SE ESTABLECIO PARA QUE RESOLVIERA TODAS LAS SITUACIONES PARTICULARES QUE PUDIERAN SURGIR COMO OPOSICION A UNA DETERMINADA PROPUESTA DE CONTRATO. — TERMINO PARA FORMULAR LAS OPOSICIONES Y PARA DEMANDAR EN JUICIO ORDINARIO ANTE LA CORTE LA DECLARACION DE PROPIEDAD DEL PETROLEO, CUANDO AQUELLA NO SE PUDO FORMULAR EN TIEMPO. — EL OBJETO DEL JUICIO ANTE LA CORTE ES EL DE DECIDIR DEFINITIVAMENTE SI ES DEL ESTADO O DE PROPIEDAD PARTICULAR EL PETROLEO QUE SE ENCUENTRE EN LOS TERRENOS MATERIA DE LA LITIS

1.—Como antecedente que ilustra la materia y que sirve para interpretar la intención del legislador que expidió el artículo 34 del Código de Petróleos, cabe observar que desde la expedición de la Ley 37 de 1931 el criterio sobre la manera como debe resolverse el punto relativo a las oposiciones formuladas a las propuestas de contratos petrolíferos ha sido constante.

El artículo 26 de esta última Ley después de señalar la obligación de fijar carteles anunciando la propuesta en los municipios de ubicación de los terrenos y un término de 60 días hábiles para que los interesados pudieran formular "su oposición", en sus incisos 4º y 5º, habla de "oposición" y de opositor", en sentido genérico, pues el legislador que siempre es sabio, sabía desde entonces que dentro de los extensos terrenos que comprende una propuesta de contrato, pueden existir varios dueños y por consiguiente que pueden presentarse también varias oposiciones, relativas todas a predios diferentes.

Esta norma estableció el juicio breve y sumario y es así como la Corte venía decidiendo desde entonces innumerables juicios de esta clase y resolviendo en una sola sentencia si eran o no legítimas las diversas oposiciones que SE PRESENTABAN a una sola propuesta.

La misma disposición consagraba el derecho de promover juicio ordinario contra la Nación en caso de que el opositor fuera vencido en el breve y sumario, mas como no señalaba término de caducidad para el ejercicio de esta acción, se entendió siempre que el interesado podía intentarlo mientras no se produjera la prescripción.

Esta circunstancia hacía interminables los juicios sobre petróleos con grave perjuicio para el desarrollo de la industria en el país, con mengua de los intereses de los propios particulares y con graves demoras en la administración, pues a pesar del juicio breve y sumario no podía saberse en definitiva sino muy tarde quién era el verdadero propietario del petróleo. Tal circunstancia determinó el reemplazo de esta norma por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, incisos 4º y 5º, donde vuelven a usarse los vocablos OPOSICION y OPOSITOR, en singular, a pesar de que la experiencia había demostrado que los juicios breves y sumarios fallados por la Corte se referían siempre a varios opositores. En este artículo se mantuvo el término de los 60 días hábiles para formular oposición ante el Ministerio respectivo, y se redujo a dos años el permitido para promover juicio ordinario así: al opositor vencido pero que hubiera interpuesto oposición administrativa, a partir de la fecha del fallo en el juicio breve y sumario; para quienes no hubieran hecho oposición ante el Ministerio a partir del vencimiento del plazo para presentar oposición administrativa y para la Nación a partir, también, de la fecha del fallo que le hubiere sido desfavorable.

Nótese cómo, al establecerse estos términos, se hace diferencia entre quienes formulen oposición ante el Ministerio, es decir, durante la etapa administrativa de la propuesta y quienes, por la cortedad del término (60 días) no hubieren podido presentarla.

Se mantuvo igualmente que la función de la Corte en los juicios breves y sumarios era la de "decidir si es o no fundada la oposición".

Sobre este mismo particular se expidieron después algunas otras disposiciones que mantuvieron esta misma redacción hasta llegar al actual Código de Petróleos que reglamentó íntegramente la materia (Decreto Legislativo 1056 de 1953, abril 20) y que mantiene los mismos principios con excepción del objeto del juicio ante la Corte que no sería en adelante el de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de la oposición, sino de RESOLVER DEFINITIVAMENTE si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.

De la lectura cuidadosa del artículo 34 del Código de Petróleos y de la historia fidedigna de su establecimiento, se desprende lo siguiente:

a) Que al expedirse esta disposición se cambió el objeto del juicio que ante la Corte se inicia con motivo de las oposiciones, que si antes era el de decidir si éstas eran o no fundadas, sin resolver en el fondo quién era el propietario, y por caya causa el opositor vencido podía luego demandar en un juicio ordinario (Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936) a la Nación, de acuerdo con la nueva ley el objeto de dicho juicio sería el de resolver DEFINITIVAMENTE si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición. Y en concordancia con este cambio de objeto, solamente se otorga el derecho de recurrir ante la Corte, dentro de los dos años siguientes, "al presunto dueño del petróleo QUE NO HICIERE LA OPOSICION EN LA OPORTUNIDAD LEGAL" (inciso 3º). A contrario sensu, quien hizo oposición dentro de esa oportunidad no podrá luego demandar en juicio ordinario. Y no podría hacerlo porque si el juicio ordinario que ha de resolver acerca de la oposición ha de decidir, con carácter definitivo, si son del Estado o de la oposición, los petróleos que se encuentren en determinado predio, la decisión que se produjera en otro juicio distinto sobre la misma materia podría dar origen a contradicciones.

b) Que el derecho que por ella se consagra de oponerse a la celebración por el Estado de determinados contratos petrolíferos, es un derecho general que se otorga a todos los propietarios comprendidos dentro de los terrenos de la propuesta, y que es uno mismo el término de que gozan tales propietarios para formular su oposición ante el Ministerio (dos meses).

En efecto, no uno sino todos cuantos se crean propietarios de terrenos comprendidos dentro del perímetro de la propuesta podrán presentar oposición.

Lo que vale decir que la norma que consagra tal derecho es una de carácter general y reglamentario, creadora de una situación general que afecta a todos los presuntos propietarios de terrenos comprendidos dentro de la zona comprendida en la propuesta;

c) Que el Ministerio tramita la propuesta que se le haga como un solo negocio, es decir, como un solo proyecto de contrato a celebrar entre la Nación y una determinada Compañía petrolera. Esto porque el interés de la Nación no es el de celebrar tantos contratos como predios particulares puedan existir dentro del petrímetro de la propuesta sino el de pactar sobre una zona petrolífera en la que no sabe si existen o no propietarios particulares;

d) Que a quienes por la brevedad del término señalado para hacer oposición no hubieren podido presentarla, se les otorga uno distinto para que puedan demandar ante la Corte en juicio ordinario de mayor cuantía, la declaración de que son de su propiedad y no de la Nación, los petróleos que puedan encontrarse en un globo de terreno que está comprendido dentro del perímetro de la propuesta (2 años, inciso 3º).

De las conclusiones anteriores se deduce que aceptada por el Ministerio una propuesta de contrato, se crea una situación distinta para quienes deseen formular oposición ante el Ministerio y otra para quienes no quieran o no puedan hacerlo. Los propietarios que por tener en su poder las pruebas que el caso requiere deseen ver prontamente definida su situación, podrán presentarse al Ministerio y en asocio de los demás oposicionistas, hacer valer sus derechos cuando la propuesta se envíe a la Sala de Negocios Generales de la Corte, con las ventajas de economía y de tiempo que tal asociación les reporta; los que por no poseer tales pruebas necesitan de un tiempo prudencial para obtener-

las, preferirán demandar separadamente, en juicio ordinario e independiente.

Naturalmente, una vez escogido uno cualquiera de estos caminos, el interesado deberá asumir las consecuencias del procedimiento que consideró más favorable a sus intereses.

Todo lo anterior quiere decir que, como atrás se dijo, los vocablos OPOSICION y OPOSITOR se usan en la ley en el sentido de comprender a todos los que se pretendan dueños de los petróleos que puedan hallarse en los predios comprendidos dentro del perímetro de la propuesta de cuya tramitación trata el artículo en estudio. De otra manera no podría explicarse la fijación de un término común para que todos ellos puedan formular oposición. Esta interpretación se confirma al observar que la ley no impone al proponente del contrato de exploración y explotación el deber de presentar tantas copias de la propuesta como opositores se presenten, ni al Ministerio el de enviar a la Corte tantos expedientes como oposicionistas existan; y, en fin, que la obligación del Ministerio se limita a suspender la tramitación de la propuesta para enviarla a la Corte, "con los documentos que la integran". Lo que indica que la tramitación administrativa se impone como la de un solo negocio en el cual aparecen como interesados la Nación por una parte y el proponente por la otra.

Por lo expuesto, es lógico deducir que el juicio ordinario que ha de decidir la oposición que se formule ante el Ministerio de Minas y Petróleos a las propuestas de contrato a que se refiere el artículo 34 del Código de Petróleos, se estableció para que resolviera todas las situaciones particulares que pudieran surgir como oposición a una determinada propuesta de contrato, es decir, que por ministerio de la ley, todas esas situaciones deben resolverse en el único juicio ordinario a que dá lugar la tramitación administrativa. En otras palabras: que el artículo mencionado contempla la acumulación de tales oposiciones, de la misma manera que se acumulaban en el juicio breve y sumario que establecían las Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 y en los cuales se resolvían en una sola sentencia todas las oposiciones que se presentaban dentro de la oportunidad que dichas leyes consagraban.

En ninguna parte de la ley ordena TRAMITAR las oposiciones separadamente. Si ello fuera así, no sería dable al juzgador desatender este mandato. La más patente de las intenciones del legislador sobre petróleos en los últimos tiempos ha sido la de facilitar la pronta solución de estos negocios a fin de no entorpecer el desarrollo de la industria en el país y la entrada de capitales extranjeros. El hecho mismo de que se hubieran establecido términos diferentes para presentarse al Ministerio y para quienes prefieran iniciar juicio independiente, está indicando claramente que los primeros quedan sometidos a la tramitación administrativa que el Ministerio dé a la propuesta y el envío consiguiente que de ésta se haga a la Corte Suprema de Justicia, y que en los segundos pueden escoger libremente la fecha de la presentación del juicio ordinario, dentro de los dos años siguientes al día en que se termine el plazo señalado para hacer oposición. El inciso 3º de la misma disposición establece: "Vencido el término señalado en el inciso anterior sin que se haya presentado la oposición y pruebas en que ésta se funda, se adelantará la tramitación de la propuesta. Pero al presunto dueño del petróleo que no hiciere la oposición en la oportunidad legal le quedará el derecho de demandar, en juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a la Nación. Esta acción podrá intentarla el interesado únicamente dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del término para formular oposición". Relacionando este inciso con el siguiente que establece el envío a la Corte de las oposiciones presentadas, se ve que han querido contemplarse dos situaciones diferentes con consecuencias también distintas, como ya quedó explicado: las de quienes deseen intervenir en la tramitación administrativa porque consideran que con su intervención pueden obtener que el Gobierno no contrate sobre determinados terrenos y la de quienes por cualquier causa consideran más conveniente para sus intereses promover, por sí solos, el correspondiente juicio ordinario. Naturalmente las consecuencias deben ser también diferentes. Para los primeros la de someterse a la tramitación de un juicio ordinario en el que se acumulan todas las oposiciones que puedan presentarse en el caso de que

el Gobierno y el proponente insistan en la ejecución de la propuesta, y para los segundos la de soportar ellos solos la carga de la prueba en el juicio ordinario que deben promover dentro de los dos años siguientes.

2.—En estricto derecho, dado que las oposiciones deben ser presentadas al Ministerio dentro del término legal y que los escritos que las contengan deberán "ajustarse a las exigencias del Código Judicial para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles", las correcciones a estas demandas deben hacerse ante el Ministerio y éste puede rechazar las que no satisfagan tales requisitos. Mas como la misma disposición ordena que al decidir sobre tales oposiciones se seguirá el procedimiento señalado para los juicios ordinarios de mayor cuantía según el procedimiento señalado en el Código Judicial y el artículo 208 ibidem permite corregir la demanda antes de la notificación del auto que abre la causa a pruebas, la Corte ha interpretado que bien pueden los interesados corregir sus escritos de oposición, o lo que es lo mismo, su demanda, dentro de dicho término.

3.—No sobra advertir: 1º El artículo 34 del C. de Petróleos es muy claro al estatuir que el derecho a demandar dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para presentar oposiciones, se consagra únicamente para cuando "vencido el término señalado en el inciso anterior" no se hayan presentado la oposición y las pruebas en que ésta se funde, único caso en el cual el presunto dueño puede demandar separadamente. Por donde se deduce que si ya se había presentado oposición dentro de la oportunidad legal, no podría luego el opositor iniciar un nuevo juicio. Aceptar otra interpretación sería tanto como consagrar dos oportunidades distintas para debatir el mismo problema y ya se ha visto que la intención del legislador ha sido la de acelerar la solución de estos problemas. — 2º Que en desarrollo de esta misma intención el artículo 34 del C. de Petróleos fue ya modificado, reduciendo el término para presentar juicio ordinario, por el Decreto Legislativo 3050 de 1956, posterior a la iniciación de este juicio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos cincuenta y siete

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos la propuesta número 653 formulada por la International Petroleum Limited para explorar y explotar petróleos en un globo de terreno ubicado en los municipios de Sabanalarga y Candelaria, en el Departamento del Atlántico, el primero de los municipios expresados y los señores Emilia Isabel de la Hoz y Angel María Castro presentaron sendas oposiciones.

Por Resolución número 827 de 7 de noviembre de 1955, el Ministerio de Minas rechazó la oposición formulada por Angel María Castro; suspendió la tramitación de la propuesta 653 mencionada y ordenó remitir a esta Sala de Negocios Generales los escritos de oposición presentados por el Municipio de Sabanalarga y por doña Emilia Isabel de la Hoz a fin de que, mediante el procedimiento señalado para los juicios ordinarios de mayor cuantía, se resuelva si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de tales oposiciones. Todo conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Petróleos.

Repartido el negocio, por auto de fecha 1º de octubre de 1956 el H. Magistrado sustanciador doctor Rincón Lara, y por cuanto la oposición presentada por la señora de la Hoz se ajustara a las exigencias del C. J. para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles, dispuso darle a dicha oposición el trámite legal correspondiente a los juicios mencionados. Y por cuanto la oposición presentada por el Municipio de Sabanalarga no satisfacía tales exigencias se abstuvo de darle curso a tal oposición "mientras que las deficiencias que se dejan anotadas no se corrijan de conformidad con los preceptos en mención".

Para el mejor entendimiento del asunto que habrá de plantearse se advierte desde ahora que el envío de las referidas oposiciones hecho por el Ministerio de Minas a la Corte se hizo, como es costumbre en estos casos, con un solo expediente, ya que la Resolución Ministerial que tal cosa dispuso fue también una sola para todos los oposicionistas, una sola la tramitación dada a las diversas oposiciones presentadas, y una sola la propuesta a que éstas se refieren.

Se notificó personalmente al Personero Municipal de Sabanalarga lo resuelto en el auto de primero de octubre, y cuatro meses después el señor Procurador Delegado en lo Civil recibió el correspondiente traslado de la demanda. Contestada

ésta, el negocio se abrió a pruebas el 18 de febrero de 1957, y luego siguió su curso legal hasta que el expediente pasó al señor Procurador para alegar de conclusión. Por último, el 4 de abril del año en curso se presentó el apoderado judicial del Municipio de Sabanalarga con un escrito en que, después de recordar que su oposición había sido presentada dentro de la oportunidad legal señalada en el inciso 2º del artículo 34 del Código de Petróleos y que ésta había sido rechazada por no satisfacer las exigencias legales observadas en auto de 1º de octubre de 1956, formula la petición de que por la Sala se declara que es de propiedad particular del municipio que representa el subsuelo petrolífero de un globo de terreno que allí describe. A continuación hace un relato de los hechos en que funda la petición anterior y cita las disposiciones legales que en su concepto consagran el derecho que invoca. Es decir, corrige las deficiencias que antes se habían anotado al escrito de oposición presentado ante el Ministerio de Minas, dándole la forma exigida por la ley procedimental y por el Código de Petróleos para una demanda de mayor cuantía en juicio ordinario. Mas como el juicio a que dio lugar la remisión por el Ministerio de Minas y Petróleos del expediente que contiene la propuesta número 653 y las oposiciones anteriormente mencionadas, entre las cuales se encuentra la del Municipio de Sabanalarga, había seguido su curso normal hasta el punto de encontrarse ya vencidos los términos para alegar de conclusión, y por considerarla extemporánea, el H. Magistrado sustanciador negó la admisión de tal demanda en providencia de fecha 2 de mayo del presente año.

El apoderado judicial del municipio interpuso el recurso de súplica contra esta providencia.

Y así entra la Sala a resolverlo previas las consideraciones siguientes:

El auto suplicado

Se funda éste en que, para cuando el Municipio de Sabanalarga presentó su oposición ante el Ministerio de Minas se hallaba en vigencia el artículo 34 del Código de Petróleos que ordena perentoriamente que las oposiciones que se formulen a las propuestas de exploración y explotación de petróleos deberán "ajustarse las exigencias del Código Judicial para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles"; y en que una vez presentadas, el Ministerio deberá suspender la tramitación de la propuesta y remitir los documentos que la integran, junto con el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye, a la Corte Suprema para que ésta decida, "mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía", si es del Estado o de propiedad particular el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición"; y en que habiendo sido rechazada la oposición del Municipio por no ajustarse a los ordenamientos legales, su corrección ha debido presentarse dentro del término señalado por el art. 208 del C. J., es decir, antes de notificarse el auto que abre la causa a pruebas.

Después de transcribir el artículo 34 del Código de Petróleos, dice así el auto recurrido:

"Analizando la aplicación de este precepto y sus consecuencias jurídicas dijo la Corte, en fallo de 26 de junio de 1954, G. J. número 2142, págs. 937 a 939:

"Pero en vigencia hoy el artículo 34, inciso 4º, del Código de Petróleos, a tal precepto debe someterse el trámite de las oposiciones, dándoles a éstas los interesados la forma propia de una demanda ordinaria, pasándolas el Ministerio, si es el caso, a la Corte Suprema de Justicia para los fines contemplados en esa disposición, y avocando el conocimiento la Sala de Negocios Generales por la secuela general que deben llevar los juicios ordinarios".

"Cuando el municipio de Sabanalarga formuló su oposición ante el Ministerio (enero 13 de 1954, fl. 7 del c. número 2), se hallaba, como es obvio, en vigencia la norma que se viene comentando. Luego, debiendo reunir la oposición los requisitos de una demanda ordinaria y siendo aplicable a ella el procedimiento de los juicios ordinarios, son igualmente aplicables las disposiciones del C. J. relativas a las demandas. Por eso, y como atrás queda dicho, se abstuvo la Sala de darle curso a la demanda de oposición del Municipio de Sabanalarga, mientras las deficiencias de que adolecía no fueran corregidas. Pero esto no podía significar ni significa que el demandante goce de tiempo indefinido para corregir su libelo, puesto que el artículo 208 del C. citado, también aplicable por las mismas razones que se dejan expuestas, es muy claro y terminante al disponer:

"La demanda puede aclararse, corregirse o enmendarse, por una sola vez, por el actor, mientras no se haya notificado el auto que abre la causa a prueba, y si así sucede, el Juez dá nuevo traslado del libelo por el término ordinario.

"En caso que el juicio no deba abrirse a pruebas, el derecho a variar la demanda dura hasta

que se notifique el auto de citación para sentencia".

Desde luego, se comprende que el término así fijado por esta norma opera, con mayor razón, cuando, como en el presente negocio, las varias demandas dan lugar a un solo juicio. Porque no sería jurídico admitir la extemporánea corrección, aclaración o enmienda de una de ellas, puesto que ello conduciría a retrotraer los trámites ya surtidos debidamente quebrantando así, con perjuicio de las otras partes, los ordenamientos procesales.

El representante legal del Municipio de Sabanalarga fue notificado personalmente del auto por el cual se abstuvo la Sala de darle curso a su demanda dándosele, de esa manera, la posibilidad de ajustarla a las exigencias de la ley y, no obstante, vino a formularla no solo mucho tiempo después de notificado el auto que abrió la causa a prueba, sino cuando se surtían los traslados para alegar de conclusión. Por tanto, dejó precluir la oportunidad legal que concede el artículo 208 del C. Judicial y en consecuencia no es posible jurídicamente, dentro del estado actual del negocio, darle curso a ese libelo...".

Los fundamentos del recurso

Las alegaciones del señor abogado del Municipio pueden resumirse así:

a) Que el **único** juicio que antes se seguía para decidir "bajo una misma cuerda" las oposiciones fue eliminado por la norma actualmente aplicable que "ordena que cada oposición deberá tramitarse como un juicio ordinario de mayor cuantía, en una sola instancia, es decir, con estricta sujeción a las normas que gobiernan la materia a través del Código Judicial"; b) Que en consecuencia no es jurídico resolver las demandas de oposición que versan sobre predios diferentes, con dueños distintos y pruebas independientes, con base en una acumulación "que la ley no solo no ha autorizado sino que los Códigos, ni las leyes ni los decretos marciales (sic) han permitido" ya que, por otra parte, el municipio interesado no es coadyuvante en el juicio seguido con motivo de la oposición de la señora Isabel de la Hoz ni tiene "otra posición de tercero que hacer valer, precisa y exactamente, dentro de ese juicio"; c) Que dado que las oposiciones deben resolverse en juicios distintos, no puede aplicarse al caso de autos el artículo 208 que permite aclarar, corregir o enmendar la demanda mientras no se haya notificado el auto que abre la causa a pruebas; y que la situación a resolverse viene configurada por el auto de fecha 1º de octubre de 1956 que se abstuvo de darle curso a la demanda mientras no se llenaran los vacíos que en dicho auto se anotaron, es decir, que debe aplicarse el artículo 738 del C. J. que permite la aclaración de la demanda antes de iniciarse el juicio; d) Que constituye un error creer que el artículo 34 del Código de Petróleos permita que las demandas originadas en las distintas oposiciones a una propuesta "dan lugar a un solo juicio" porque dicha norma se refiere no a "opositores" sino a un "opositor" y que, por lo mismo, la Corte no tiene facultad para decretar "por sí y ante sí" acumulaciones de autos sin que se llenen los requisitos del artículo 397 y siguientes del C. de P. C.

Los demás argumentos aducidos por el actor en su alegato para sustentar el recurso de súplica, se desenvuelven, en general, sobre las razones expuestas.

Consideraciones de la Sala

De las transcripciones hechas se desprende que el problema que ha de resolverse es el de saber si la "oposición" de que trata el inciso 4º del artículo 34 del Código de Petróleos y que deberá resolver la Corte Suprema mediante el procedimiento del juicio ordinario puede y debe decidirse en un solo juicio, o dá lugar a varios cuando dicha oposición se formule por varios interesados, dueños de distintos predios. En otras palabras: si las distintas oposiciones que se presenten a una misma propuesta de exploración y explotación de petróleos deben decidirse por la Corte en un solo juicio ordinario.

Como antecedente que ilustra la materia y que sirve para interpretar la intención del legislador que expidió el artículo 34 del Código de Petróleos, cabe observar que desde la expedición de la ley 37 de 1931 el criterio sobre la manera como debe resolverse el punto relativo a las oposiciones formuladas a las propuestas de contratos petrolíferos ha sido constante.

El artículo 26 de esta última ley después de señalar la obligación de fijar carteles anunciando la propuesta en los municipios de ubicación de los terrenos y un término de 60 días hábiles para que los interesados pudieran formular "su oposición", dijo así en sus incisos 4º y 5º:

"Si dentro del término señalado en el inciso 2º de este artículo se formulare **oposición** en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspen-

derá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan, como también del escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo) a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha Entidad, en juicio breve y sumario (artículos 1484 y siguientes del Código Judicial y 10 de la ley 39 de 1921), en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o no fundada la oposición. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes el opositor, la Nación y el proponente del contrato.

"Si el fallo fuere favorable al proponente, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial. El mismo derecho le quedará al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en este artículo. Si el fallo en el juicio breve y sumario fuere adverso a la Nación, no se continuará la tramitación del contrato propuesto, pero el Gobierno podrá ejercitar las acciones que a favor de la Nación consagra el derecho común". (Ha subrayado la Sala).

Como puede verse, esta norma habla de "oposición" y de "opositor", en sentido genérico, pues el legislador que siempre es sabio, sabía desde entonces que dentro de los extensos terrenos que comprende una propuesta de contrato, pueden existir varios dueños y por consiguiente que pueden presentarse también varias oposiciones, relativas todas a predios diferentes.

Esta norma estableció el juicio breve y sumario y es así como la Corte venía decidiendo desde entonces innumerables juicios de esta clase y resolviendo en una sola sentencia si eran o no legítimas las diversas oposiciones que se presentaban a una sola propuesta.

La misma disposición consagraba el derecho de promover juicio ordinario contra la Nación en caso de que el opositor fuera vencido en el breve y sumario, mas como no señalaba término de caducidad para el ejercicio de esta acción, se entendió siempre que el interesado podía intentarlo mientras no se produjera la prescripción.

Esta circunstancia hacía interminables los juicios sobre petróleos con grave perjuicio para el desarrollo de la industria en el país, con mengua de los intereses de los propios particulares y con graves demoras en la administración, pues a pesar del juicio breve y sumario no podía saberse en definitiva sino muy tarde quién era el verdadero propietario del petróleo. Tal circunstancia determinó el reemplazo de esta norma por el artículo 5º de la ley 160 de 1936 que dijo en sus incisos 4º y 5º:

"Si dentro del término señalado en el inciso 2º de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspenderá la tramitación de la propuesta y se enviará con los documentos que la acompañan, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo) a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario (artículos 1203 y siguientes del Código Judicial) en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o no fundada la oposición. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes el opositor, la Nación y el proponente del contrato.

"Si el fallo fuere favorable al proponente, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial. El mismo derecho le queda al presunto dueño del terreno que no hiciere la oposición dentro de los términos señalados en este artículo, pero en uno y otro caso el opositor y el presunto dueño no podrán intentar demanda ordinaria después de dos años, contados desde la fecha del fallo para el primero, y para el segundo, desde el día en que venció el plazo que señala este artículo para presentar oposición. Si el fallo en el juicio breve y sumario fuere adverso a la Nación, no se continuará la tramitación del contrato propuesto, pero el Gobierno no podrá ejercitar las acciones que a favor de la Nación consagra el derecho común, después de dos años contados también desde la fecha del fallo de que se viene hablando".

Vuelven aquí a usarse los vocablos oposición y opositor en singular a pesar de que la experiencia había demostrado que los juicios breves y sumarios fallados por la Corte se referían siempre a varios opositores. En este artículo se mantuvo el término de los 60 días hábiles para formular oposición ante el Ministerio respectivo, y se redujo a dos años el permitido para promover juicio ordinario así: al opositor vencido pero que hubiera interpuesto oposición administrativa, a partir de la fecha del fallo en el juicio breve y sumario; para quienes no hubieran hecho oposición ante el Ministerio a partir del vencimiento del plazo para presentar oposición administrativa y para la Na-

ción a partir, también, de la fecha del fallo que le hubiere sido desfavorable.

Nótese como, al establecerse estos términos, se hace diferencia entre quienes formulen oposición ante el Ministerio, es decir, durante la etapa administrativa de la propuesta y quienes, por la cortedad del término (60 días) no hubieren podido presentarla.

Se mantuvo igualmente que la función de la Corte en los juicios breves y sumarios era la de "decidir si es o no fundada la oposición".

Sobre este mismo particular se expidieron después algunas otras disposiciones que mantuvieron esta misma redacción hasta llegar al actual Código de Petróleos que reglamentó íntegramente la materia (Decreto Legislativo 1056 de 1953, abril 20) y que, como se verá a continuación, mantiene los mismos principios con excepción del objeto del juicio ante la Corte que no sería en adelante el de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de la oposición, sino de **resolver definitivamente** si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.

El Código citado estableció lo siguiente:

"**Artículo 34.** — Admitida o escogida una propuesta de conformidad con el artículo 21 de este Código, se publicará en el Diario Oficial un extracto de ella con indicación del Municipio, linderos y demás datos que el Gobierno estime convenientes para que los posibles interesados puedan identificar el terreno donde hayan de hacerse la exploración y explotación. También se anunciará la propuesta en el Municipio o Municipios de la ubicación del terreno, por cartel que se fijará en la Alcaldía por el término de un (1) mes, durante el cual se pregonará por bando en tres (3) días de concurso.

"Mientras no hayan transcurrido dos (2) meses a partir del cumplimiento de las formalidades señaladas en el inciso anterior, toda persona puede oponerse al contrato propuesto, formulando su oposición por escrito ante el Ministerio respectivo o ante la Gobernación, Intendencia o Comisaría donde esté ubicado el terreno, y acompañando las pruebas en que funde tal oposición.

"Vencido el término señalado en el inciso anterior sin que se hayan presentado la oposición y pruebas en que ésta se funde, se adelantará la tramitación de la propuesta. Pero al presunto dueño del petróleo que no hiciere la oposición en la oportunidad legal le quedará el derecho de demandar, en juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a la Nación. Esta acción podrá ejercitarla el interesado únicamente dentro de los **dos (2) años** siguientes a la fecha del vencimiento del término para formular la oposición" (un año según modificación posterior).

"Si oportunamente se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, la cual deberá ajustarse a las exigencias del Código Judicial para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles, acompañándola de las pruebas de que trata el inciso 2º de este artículo, se suspenderá la tramitación de la propuesta y se enviará con los documentos que la integran, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo), a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que esta entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía, en una sola instancia y dando prelación al despacho de estos juicios, resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición. En dicho juicio el proponente podrá coadyuvar la causa de la Nación.

"Si el fallo fuere favorable a la Nación, el Gobierno podrá celebrar el contrato respectivo; en caso contrario no se continuará la tramitación de la propuesta.

"Si la oposición no comprende la totalidad del terreno objeto de la propuesta, el proponente podrá modificarla antes del envío del expediente a la Corte, o dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, siempre que el sobrante reúna en lo posible las condiciones legales en cuanto a forma, continuidad y extensión, quedando en vigencia para el proponente, por ese tiempo y para todos los efectos legales, la fecha de presentación de la propuesta primitiva. La tramitación de la propuesta así modificada podrá continuarse, sin perjuicio de que en el evento de fallo favorable a la Nación, se incluyan en el contrato los terrenos inicialmente excluídos por razón de la oposición u oposiciones".

De la lectura cuidadosa de la norma transcrita y de la historia fidedigna de su establecimiento, se desprende lo siguiente:

1) Que al expedirse esta disposición se cambió el objeto del juicio que ante la Corte se inicia con motivo de las oposiciones, que si antes era el de decidir si éstas eran o no fundadas o sin resolver

en el fondo quién era el propietario, y por cuya causa el opositor vencido podía luego demandar en un juicio ordinario (Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936) a la Nación, de acuerdo con la nueva ley el objeto de dicho juicio sería el de resolver definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición. Y en concordancia con este cambio de objeto, solamente se otorga el derecho de recurrir ante la Corte, dentro de los dos años siguientes, "al presunto dueño del petróleo que no hiciere la oposición en la oportunidad legal" (inciso 3º). A contrario sensu, quien hizo oposición dentro dé esa oportunidad no podrá luego demandar en juicio ordinario. Y no podría hacerlo porque si el juicio ordinario que ha de resolver acerca de la oposición ha de decidir, con carácter definitivo, si son del Estado o de la oposición, los petróleos que se encuentren en determinado predio, la decisión que se produjera en otro juicio distinto sobre la misma materia podría dar origen a contradicciones.

2) Que el derecho que por ella se consagra de oponerse a la celebración por el Estado de determinados contratos petrolíferos, es un derecho general que se otorga a todos los propietarios comprendidos dentro de los terrenos de la propuesta, y que es uno mismo el término de que gozan tales propietarios para formular su oposición ante el Ministerio (dos meses).

En efecto, no uno sino todos cuantos se crean propietarios de terrenos comprendidos dentro del perímetro de la propuesta podrán presentar oposición.

Lo que vale decir que la norma que consagra tal derecho es una de carácter general y reglamentario, creadora de una situación general que afecta a todos los presuntos propietarios de terrenos comprendidos dentro de la zona comprendida en la propuesta.

3) Que el Ministerio tramita la propuesta que se le haga como un solo negocio, es decir, como un solo proyecto de contrato a celebrar entre la Nación y una determinada Compañía petrolera. Esto porque el interés de la Nación no es celebrar tantos contratos como predios particulares puedan existir dentro del perímetro de la propuesto sino el de pactar sobre una zona petrolífera en la que no sabe si existen o no propietarios particulares.

4) Que a quienes por la brevedad del término señalado para hacer oposición no hubieren podido presentarla, se les otorga uno distinto para que puedan demandar ante la Corte en juicio ordinario de mayor cuantía, la declaración de que son de su propiedad y no de la Nación, los petróleos que puedan encontrarse en un globo de terreno que está comprendido dentro del perímetro de la propuesta (2 años, inciso 3º).

De las conclusiones anteriores se deduce que aceptada por el Ministerio una propuesta de contrato, se crea una situación distinta para quienes deseen formular oposición ante el Ministerio y otra para quienes no quieran o no puedan hacerlo. Los propietarios que por tener en su poder las pruebas que el caso requiere deseen ver prontamente definida su situación, podrán presentarse al Ministerio y en asocio de los demás oposicionistas, hacer valer sus derechos cuando la propuesta se envíe a la Sala de Negocios Generales de la Corte, con las ventajas de economía y de tiempo que tal asociación les reporta; los que por no poseer tales pruebas necesitan de un tiempo prudencial para obtenerlas, preferirán demandar separadamente, en juicio ordinario e independiente..

Naturalmente, una vez escogido uno cualquiera de estos caminos, el interesado deberá asumir las consecuencias del procedimiento que consideró más favorable a sus intereses.

Todo lo anterior quiere decir que, como atrás se dijo, los vocablos **oposición** y **opositor** se usan en la ley en el sentido de comprender a todos los que se pretendan dueños de los petróleos que puedan hallarse en los predios comprendidos dentro del perímetro de la propuesta de cuya tramitación trata el artículo en estudio. De otra manera no podría explicarse la fijación de un término común para que todos ellos puedan formular oposición. Esta interpretación se confirma al observar que la ley no impone al proponente del contrato de exploración y explotación el deber de presentar tantas copias de la propuesta como opositores se presenten, ni al Ministerio el de enviar a la Corte tantos expedientes como oposicionistas existan; y, en fin, que la obligación del Ministerio se limita a suspender la tramitación de la propuesta para enviarla a la Corte, "con los documentos que la integran". Lo que indica que la tramitación administrativa se impone como la de un solo negocio en el cual aparecen como interesados la Nación por una parte y el proponente por la otra.

Por lo expuesto, es lógico deducir que el juicio ordinario que ha de decidir la oposición que se formule ante el Ministerio de Minas y Petróleos a las propuestas de contrato a que se refiere el artículo 34 del Código de Petróleos, se estableció para que resolviera todas las situaciones particulares que pudieran surgir como oposición a una

determinada propuesta de contarto, es decir, que por ministerio de la ley, todas esas situaciones deben resolverse en el único juicio ordinario a que da lugar la tramitación administrativa. En otras palabras: que el artículo mencionado contempla la acumulación de tales oposiciones, de la misma manera que se acumulaban en el juicio breve y sumario que establecían las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 y en los cuales se resolvían en una sola sentencia todas las oposiciones que se presentaban dentro de la oportunidad que dichas leyes consagraban.

El apoderado del Municipio afirma que el único juicio que antes se seguía para decidir "bajo una misma cuerda" las oposiciones fue eliminado y que la norma actual "ordena" que cada oposición se tramite como un juicio ordinario.

La afirmación no es totalmente exacta pues en ninguna parte de la ley **ordena** tramitar las oposiciones separadamente. Si ello fuera así, no sería dable al juzgador desatender este mandato. La confusión del demandante proviene de su deseo de interpretar está parte de la disposición conforme a su tenor literal, sin consultar su espíritu ni la historia fidedigna de su establecimiento. Especialmente sin recordar que la más patente de las intenciones del legislador sobre petróleos en los últimos tiempos ha sido la de facilitar la pronta solución de estos negocios a fin de no entorpecer el desarrollo de la industria en el país y la entrada de capitales extranjeros. El hecho mismo de que se hubieran establecido términos diferentes para presentarse al Ministerio y para quienes prefieran iniciar juicio independiente, está indicando claramente que los primeros quedan sometidos a la tramitación administrativa que el Ministerio dé a la propuesta y el envío consiguiente que de ésta se haga a la Corte Suprema de Justicia, y que los segundos pueden escoger libremente la fecha de la presentación del juicio ordinario, dentro de los dos años siguientes al día en que termine el plazo señalado para hacer oposición. El inciso 3º de la misma disposición establece: "Vencido el término señalado en el inciso anterior sin que se haya presentado la oposición y pruebas en que ésta se funda, se adelantará la tramitación de la propuesta. Pero al presunto dueño del petróleo que no hiciere la oposición en la oportunidad legal le quedará el derecho de demandar, en juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a la Nación. Esta acción podrá intentarla el interesado únicamente dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del término para formular oposición". Relacionando este inciso con el siguiente que establece el envío a la Corte de las oposiciones presentadas, se ve que han querido contemplarse dos situaciones diferentes con consecuencias también distintas, como ya quedó explicado: las de quienes deseen intervenir en la tramitación administrativa porque consideran que con su intervención pueden obtener que el Gobierno no contrate sobre determinados terrenos y la de quienes por cualquier causa consideran más conveniente para sus intereses promover, por sí solos, el correspondiente juicio ordinario. Naturalmente las consecuencias deben ser también diferentes. Para los primeros la de someterse a la tramitación de un juicio ordinario en el que se acumulan todas las oposiciones que puedan presentarse en el caso de que el Gobierno y el proponente insistan en la ejecución de la propuesta, y para los segundos la de soportar ellos solos la carga de la prueba en el juicio ordinario que deben promover dentro de los dos años siguientes.

De suerte que habiendo escogido el Municipio de Sabanalarga el primero de los caminos señalados, es apenas lógico que se diera a su demanda la tramitación que corresponde a la del juicio surgido con ocasión del envío hecho por el Ministerio a la Corte de las oposiciones formuladas a la propuesta número 653.

El H. Magistrado sustanciador, al estudiar el único expediente enviado por el Ministerio y que contiene las dos oposiciones formuladas a la propuesta dicha, halló que una de ellas se ajustaba "a las exigencias del Código Judicial para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles" y que la otra, precisamente la del Municipio de Sabanalarga, no se acomodaba a tales prescripciones. Aceptó la primera y rechazó la segunda "mientras que las deficiencias que se dejan anotadas no se corrijan".

Se pregunta: ¿Cuál era el término legal que el demandante tenía para corregir su demanda? Evidentemente si se tratara de un juicio ordinario independiente y distinto del surgido con ocasión del envío hecho por el Ministerio de Minas para que se decida si es del Estado o de propiedad particular el petróleo materia de la oposición a la propuesta número 653, como lo afirma el demandante, no habría duda en afirmar que dicho juicio no se había iniciado y, por lo mismo, que el Municipio se encontraría frente a la situación contemplada en el artículo 738 del C. J. Mas como atrás se vio, la oposición del Municipio fue presentada al Ministerio de Minas y remitida, junto

con las demás oposiciones, a la Corte Suprema "para que esta entidad, mediante el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía" decida sobre ella. En estas condiciones y al tenor de lo expuesto, es natural que, debiéndosele dar curso a las demás oposiciones, al Municipio solo asistía el derecho a corregir la suya antes de la notificación del auto que abrió la causa a pruebas, conforme al artículo 208 del C. J.: a) porque su oposición ya había sido presentada ante el Ministerio y fue allí en ese momento cuando en realidad, se inició el juicio contra la Nación, y por esa causa el expediente fue enviado a la Corte para que decidiera definitivamente sobre ella; b) porque habiéndose remitido su oposición junto con la formulada por la señora de la Hoz, tanto a ésta como al Estado les asiste el derecho a que el juicio que ha de resolver las diferencias surgidas entre la Nación y la oposición con motivo de la persistencia del Gobierno en contratar los petróleos comprendidos dentro de la propuesta número 653, se ritúe conforme a los procedimientos señalados en la ley; c) porque si el Municipio quería hacer uso del derecho de demandar dentro de los dos años siguientes al del vencimiento del término para formular oposiciones ante el Ministerio, no ha debido entonces presentar la suya ante éste, sabiendo como debía saberlo, que el Ministerio la remitiría, con las demás que se hubieren formulado, a la Corte Suprema; y d) porque habiendo presentado oposición, el Municipio carecía del derecho a presentar nuevo juicio conforme al inciso 3º, artículo 34 citado.

En estricto derecho, dado que las oposiciones deben ser presentadas al Ministerio dentro del término legal y que los escritos que las contengan deberán "ajustarse a las exigencias del Código Judicial para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles", las correcciones a estas demandas deben hacerse ante el Ministerio y éste puede rechazar, como lo hizo en el caso de autos con la presentada por Angel María Castro, las que no satisfagan tales requisitos. Mas como la misma disposición ordena que al decidir sobre tales oposiciones se seguirá el procedimiento señalado para los juicios ordinarios de mayor cuantía según el procedimiento señalado en el Código Judicial y el artículo 208 ibidem permite corregir la demanda antes de la notificación del auto que abre la causa a pruebas, la Corte ha interpretado que bien pueden los interesados corregir sus escritos de oposición, o lo que es lo mismo, su demanda, dentro de dicho término.

En el caso de autos el Municipio de Sabanalarga presentó su corrección a la demanda cuando ya el juicio iniciado a virtud del envío hecho por el Ministerio se hallaba en estado de alegar de conclusión, varios meses después de haberse notificado el auto de apertura a pruebas. En consecuencia, debe decidirse que es legal el auto de fecha 2 de mayo del presente año, dictado en el presente juicio.

Por último, no sobra advertir:

1º La contradicción en que incurre el apoderado del municipio al sostener que se trata de un juicio diferente al surgido de las oposiciones formuladas a la propuesta porque de autos aparece que el Municipio presentó oposición ante el Ministerio; porque él mismo, en su escrito de corrección, se encarga de recordar que el Personero de Sabanalarga presentó la oposición "dentro de la oportunidad debida" y porque el artículo 34 es muy claro al estatuir que el derecho a demandar dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para presentar oposiciones, se consagra únicamente para cuando "vencido el término señalado en el inciso anterior" no se hayan presentado la oposición y las pruebas en que ésta se funde, único caso en el cual el presunto dueño puede demandar separadamente. Por donde se deduce que si ya el Municipio había presentado oposición dentro de la oportunidad legal, no podía ahora iniciar un nuevo juicio y por eso, para que se le acepte su corrección, recuerda que se opuso oportunamente. Aceptar otra interpretación sería tanto como consagrar dos oportunidades distintas para debatir el mismo problema y ya se ha visto que la intención del Legislador ha sido la de acelerar la solución de estos problemas.

2º Que en desarrollo de esta misma intención el artículo 34 del Código de Petróleos fue ya modificado, reduciendo el término para presentar juicio ordinario, por el Decreto Legislativo 3050 de 1956, posterior a la iniciación de este juicio.

Por lo expuesto, la Sala mantiene el auto suplicado.

Cópiese y notifíquese.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Jorge García Merlano, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.—PRESCRIPCION EN CORTO TIEMPO. — SUSPENSION DE LA "CONTROVERSIA" E "INTERRUPCION" DE LA PRESCRIPCION

1—Tres situaciones diferentes pueden contemplarse en cuanto a la prescripción de las acciones de que trata el artículo 2358 del C. C.: a) La relativa a la prescripción de las acciones civiles consagradas para la reparación del daño procedente de delito o culpas que sean punibles conforme al Código Penal; b) La relativa a la prescripción de las acciones civiles consagradas para la reparación de daños ocasionados en culpas o hechos simplemente dañosos pero que no son punibles de acuerdo con la ley penal, y c) La relativa a las acciones civiles consagradas para la reparación de daños causados a consecuencia, no de actos u omisiones propios, sino del hecho o culpa de terceros de quienes se deba responder.

Para las acciones de la primera clase la disposición es terminante al establecer que prescriben dentro de los términos señalados para la prescripción de la pena; con respecto a las segundas, y dado que la norma transcrita no contempla el caso de hechos u omisiones que si bien causan daños no son punibles penalmente, la jurisprudencia tiene establecido que prescriben conforme a las reglas generales del Código Civil; y en relación con las últimas, es decir, con las que pueden dirigirse contra terceros obligados a responder por los daños causados por otros, también es terminante la disposición al establecer que prescriben en tres años y que este término debe contarse desde la perpetración del acto.

A falta de una norma legal expresa que determine la responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público por los actos u omisiones de sus funcionarios y empleados, el reconocimiento de estas acciones se ha venido haciendo por la Corte con bases exclusivamente doctrinarias y, por lo mismo, la jurisprudencia relativa a este punto no ha sido siempre uniforme.

La responsabilidad de las entidades de derecho público se dedujo unas veces del artículo 2341 del C. C. que consagra dicha responsabilidad en forma DIRECTA, y en otras del artículo 2347 ibidem que la consagra de manera INDIRECTA al estatuir que toda persona es responsable, para los efectos de indemnizar el daño, no solo de sus propios actos u omisiones sino también de los de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Primitivamente se sostuvo que las entidades de derecho público y las personas jurídicas no eran capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero que sí lo eran sus representantes o agentes quienes comprometían con sus actos u omisiones, de manera indirecta, la responsabilidad de aquéllas. La responsabilidad que entonces se deducía a cargo de las entidades de derecho público se hacía derivar de su falta de vigilancia sobre las personas o cosas puestas bajo su control, o en la mala elección de dichas personas. Más tarde, la influencia francesa introdujo en nuestra jurisprudencia la noción de la llamada "falta o culpa de servicio" conforme a la cual incumbe a la Administración responder siempre de los daños provenientes de la acción u omisión de un servicio público, en los cuales, si bien es cierto que interviene una persona natural debe considerarse, según dicha tesis, que ha obrado o dejado de obrar la Administración y que, por consiguiente, ésta debe responder directamente de los daños ocasionados por tales acciones u omisiones.

Rechazada también esta doctrina, en sentencia de 1944 y concretando la cuestión a las personas jurídicas de derecho público, se hizo la distinción entre ORGANOS y AGENTES de la persona jurídica, para concluir que la responsabilidad de dicha persona era DIRECTA cuando actuaban sus órganos e INDIRECTA cuando actuaban sus agentes. Y para distinguir entre ORGANOS y AGENTES dijo la Sala: "Habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad

que dirige', y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos".

La necesidad de distinguir y clasificar con precisión las diversas funciones de las personas naturales que actúan o dejan de actuar en nombre de las entidades de derecho público, hicieron inoperante esta doctrina, dando así origen a una jurisprudencia contradictoria.

Más tarde, en busca de uniformidad y en orden a fijar su pensamiento sobre tan importante materia, la Sala, en sentencia de 4 de julio del año en curso, reafirmó su criterio "de que la única fuente aceptable para aplicar la concepción de la culpa civil extracontractual a los casos en que ella es imputada al Estado, es la norma expresa del artículo 2347 del Código Civil, o sea la que consagra la responsabilidad INDIRECTA".

Resulta ilógico que, en tratándose de responsabilidad, pueda aplicarse a las personas de derecho público, el artículo 2341 del C. C. que se refiere claramente a "el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro". Porque siendo imposible físicamente que tales entidades puedan cometer un delito, todas las reflexiones que pudieran hacerse para demostrar este imposible carecerían de base humana y legal. A falta de una disposición expresa, la única fuente para deducir a cargo de ellas responsabilidad por la comisión de un delito, y la consiguiente obligación de reparar los perjuicios que éste cause, es la consagrada en los artículos 2347 y 2349 ibidem que, por razones de los vínculos de autoridad, vigilancia o elección de que allí se trata, imponen también la obligación de responder por los daños causados por sus dependientes o empleados.

De ahí que se haya dicho que las reflexiones relativas a la culpa in vigilando o in eligendo no están amenazadas de desuetud entre nosotros mientras no sobrevenga una legislación expresa que reglamente la culpa en que pueden incurrir las personas jurídicas.

2.—Observa la Sala que son distintas la suspensión de la controversia civil o administrativa de que trata el artículo 11 del C. de P. P. y la interrupción de los términos de la prescripción de que trata el Código Civil y que la acción civil contra el responsable directo de la infracción penal, es también diferente de la consagrada contra terceros responsables.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

El 6 de enero de 1951 se celebraba en el municipio de Junín, en este Departamento, la tradicional fiesta de Reyes.

Dirigía la Policía, encargada de hacer guardar el orden en esá ocasión, el Teniente o Sub-Comisario a prueba Glauco Edmundo Burbano Cabrera, quien, acompañado de un piquete de Policía había llegado al lugar en las horas del medio día.

A consecuencia del licor ingerido y por irrespetos a la policía se condujo a la cárcel, situada en la misma casa consistorial, al señor Nicanor Camacho. Con el propósito de conseguir su libertad, algunos ciudadanos de la localidad intervinieron ante el Teniente Burbano, mas como éste no accediese a sus solicitudes, el señor Angelino Méndez Muñoz, reconocido como persona de alguna influencia en la población y por encargo de los parientes del detenido, resolvió también abogar por la libertad de Camacho. En el zaguán de la casa consistorial se encontró con el Teniente Burbano; mas éste volvió a denegar el reclamo y tomado el fusil de uno de sus agentes, obligó a Méndez Muñoz a salir, empujándolo y golpeándolo. Reclamó Méndez del agresivo procedimiento manifestando que así no se trataba "a un hijo de Junín" obteniendo como única respuesta que el Teniente Burbano le disparara a quemarropa, le destrozara el abdomen y le causara, consecuencialmente, la muerte.

Este es el relato sintético de los hechos que fundan esta demanda y que se toma de las copias de las sentencias de primera y segunda instancias proferidas en la investigación penal que se adelantó al respecto y que fueron traídas al juicio.

El Juez 1º Superior de esta ciudad condenó a Burbano Cabrera a ocho años de presidio y el Tribunal Superior confirmó esa providencia, aumentando la pena a nueve años.

Basados en los hechos anteriores la esposa del muerto, señora Isabel Gutiérez v. de Méndez y los hijos del matrimonio Orlando Alberto y Myriam Méndez Gutiérrez, demandaron ante el Tribunal Superior de este Distrito a la Nación, en orden a

obtener el pago de los perjuicios materiales y de naturaleza moral que el homicidio expresado les causó.

Se comprobaron los hechos de la demanda en cuanto a la forma como ellos ocurrieron, a la identidad de las personas lesionadas u ofendidas, a los perjuicios que se les ocasionaron, a la calidad oficial del Teniente Segundo Sub-Comisario a prueba Glauco Edmundo Burbano Cabrera, etc.

Por su parte, el señor Fiscal del Tribunal hizo traer a los autos un certificado de la Jefatura de Kárdex de la Policía —División Cundinamarca— y la copia del acta de posesión de Burbano Cabrera, documentos que señalan las atribuciones de éste y las normas reglamentarias que obligaban su conducta.

El 29 de septiembre de 1956 el Tribunal falló el negocio en el sentido de declarar que no era del caso hacer las declaraciones solicitadas contra la Nación y condenando en costas a la parte actora según lo dispuesto en el Decreto 243 de 1951.

Apelada esta providencia, ha venido a la Corte.

La sentencia apelada

El demandante califica en su demanda el acto delictuoso del Sub-comisario Burbano Cabrera una "falta de servicio" capaz de comprometer la responsabilidad civil directa de la Administración, en tanto que el señor Fiscal del Tribunal lo considera como generador de responsabilidad indirecta y propone la excepción perentoria de prescripción de la acción por haberse presentado la demanda después del término prescrito por el artículo 2358 del C. C.

Planteado así el debate, el Tribunal hizo un extenso y erudito análisis del caso sub-lite. En él estudia los antecedentes de la teoría de la "falta o culpa del servicio" en virtud de la cual se declara a las entidades estatales como directamente obligadas a indemnizar los daños que se causen a terceros con ocasión de los actos de la administración; recuerda cómo dicha teoría ha sido en Francia el fruto exclusivo de la jurisprudencia contencioso-administrativa, lo cual explica la razón por la cual no concuerda en varios de sus aspectos con la teoría de la culpa civil que fluye del Código de Napoleón; analiza la responsabilidad civil extracontractual en Colombia a la luz de las disposiciones del Código Civil, y después de recordar diversas jurisprudencias de la Corte al respecto, formula la declaración de que las entidades de derecho público, en Colombia, al igual que las personas privadas, son susceptibles de ser enjuiciadas con responsabilidad directa por los actos de las personas físicas que les sirven de órgano, y con responsabilidad indirecta por los hechos u omisiones de sus dependientes.

El resultado práctico de la condena, dice, viene a ser el mismo en beneficio de la víctima del daño. "La misma indemnización estará obligada a pagar una entidad de derecho público o de derecho privado si se le deduce responsabilidad por su propia culpa que por la culpa de su mandatario o de su dependiente. Pero hay una diferencia importante entre el término de la prescripción de la acción civil contra el demandado por su propia culpa y el que tiene la acción enderezada contra el que responde simplemente del hecho culposo cometido por un dependiente o persona que se halla a su cuidado". Después de analizar el acto de Burbano Cabrera, la sentencia halla que la culpa de éste no puede ser absorbida por la Nación porque no obró como órgano suyo en orden a alcanzar finalidades del servicio y, que, por consiguiente, no se trata de responsabilidad directa sino de la indirecta nacida de la culpa que se presume en el patrón por no haber escogido bien a quien tenía a su servicio, o por no haber vigilado a su dependiente con la debida diligencia.

Por último, y como la parte actora considera configurada la responsabilidad directa del Estado en el empleo que el subcomisario hizo del arma oficial, el Tribunal estudia este aspecto del problema para concluir que, al menos en el sentido en que hay que entender la peligrosidad de las actividades según el artículo 2356 del C. C., el servicio público de la policía no puede ser considerado como una actividad peligrosa. "El uso de las armas por la policía debe ser únicamente un medio de defensa y enderezarse solo a los fines excepcionales que autorizan los reglamentos. Exclusivamente en atención a esos fines y para ellos se dota al personal policivo de armas. El empleo de ellas fuera de esos fines concretos supone culpa personal del agente...".

Por todo lo cual el H. Tribunal llega a la conclusión de que la acción se hallaba prescrita para el momento de la notificación de la demanda.

El debate planteado

No es preciso el demandante en cuanto a la forma como enjuicia la responsabilidad del Estado por el ilícito y reprobable acto de Burbano Cabrera. En sus alegatos de primera y segunda instancias, si bien en ocasiones considera que tal acto constituye una falta del servicio que com-

promete la responsabilidad directa del Estado, y en apoyo de esta tesis cita la jurisprudencia francesa y aun la colombiana sobre el particular, en otras considera dicha responsabilidad como indirecta pues que la deduce como generada en una mala elección o en una indebida vigilancia por parte del Estado.

En su alegato ante la Corte dice: "Enjuiciado el caso de este pleito dentro de las normas civiles atinentes a la responsabilidad civil extra-contractual, es fácil establecer, a nuestro juicio, la responsabilidad civil solidaria de la Nación en los daños causados por el delito de Burbano Cabrera, derivada, ora de culpa positiva en la escogencia y nombramiento de este sujeto para el cargo en cuyo ejercicio perpetró el crimen; bien de la "acumulación de responsabilidades", en virtud de la cual el Estado asume la culpa o delito cometido por un funcionario suyo, en el ejercicio de sus funciones, por razón de ellas o abusando de las mismas; y, por último, en fuerza de la presunción de responsabilidad que conlleva en el caso del pleito el mismo hecho criminal y dañino, conforme al artículo 2356 del Código Civil, debido al empleo por el agente o funcionario policial del Estado de una arma mortífera, en circunstancias y con ocasión de manifestaciones de la víctima que no requerían el uso de esa máquina, peligrosa si las hay, pues como lo ha dicho esa Honorable Corte en caso análogo, "La falta de diligencia o de cuidado en el obrar, que es la culpa, en tratándose de cosas peligrosas adquiere mayor extensión y contenido. Es diferente la acción que ejerce el hombre sobre cosas inofensivas de la que desarrolla sobre elementos virtualmente peligrosos. El cuidado en los segundos es mucho más exigente; presupone la plenitud de la atención. ¿Por qué? Porque el descuido o la falta de vigilancia insignificantes o el detalle menos notorio, podrán producir la catástrofe. (Sentencia de 15 de junio de 1944). G. J. números 2010-14, pág. 855).

A continuación, analizando en concreto el acto de Burbano, agrega: "Hubo evidente error o falta en la elección o destinación del referido comisario de Policía y, por este aspecto, hubo culpa directa (sic) de la Nación en el acto criminal de su agente...". "En nuestro alegato de conclusión de primera instancia citamos la sentencia de 5 de octubre de 1944 que dedujo la responsabilidad civil del Estado colombiano por la culpa de un agente de policía que ocasionó la muerte de un ciudadano imputándole al Estado falta en la elección de este agente de policía, desprovisto de la prudencia debida en el ejercicio de sus funciones".

Sin embargo de lo anterior, más adelante expresa:

"En la demanda se planteó nítidamente la acción de perjuicios contra la Nación con base en la responsabilidad civil y directa, conforme a los artículos 2341 y 2356 del C. C.".

No ocurre en la misma confusión el señor Procurador quien, lo mismo que el Fiscal del Tribunal, considera que el acto desviado del Sub-comisario Burbano Cabrera se ejecutó contra expresos mandatos superiores, responsabilizándose de manera personal, sin comprometer la responsabilidad del Estado y quien insiste en que se declare probada la prescripción de que trata el art. 2358, inc. 2º del C. C. porque aun en el caso de hallarse responsable al Estado, tal responsabilidad sería la indirecta nacida, no de la ejecución de un acto de la persona moral, sino del realizado por un dependiente de dicha persona.

Consideraciones de la Sala

En la forma como el debate ha sido planteado por las partes, debe esclarecerse en primer término el punto relativo a la prescripción propuesta por el señor Fiscal del Tribunal y coadyuvada por el señor Procurador Delegado. Porque si se encontrare probada esta excepción, no habrá necesidad de estudiar el fondo mismo del problema.

Dice así el artículo 2358 del C. C.:

"Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejecutarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

"Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

Tres situaciones diferentes pueden contemplarse en cuanto a la prescripción de estas acciones: a) La relativa a la prescripción de las acciones civiles consagradas para la reparación del daño procedente de delito o culpas que sean punibles conforme al Código Penal; b) La relativa a la prescripción de las acciones civiles consagradas para la reparación de daños ocasionados en culpas o hechos simplemente dañosos pero que no son punibles de acuerdo con la ley penal, y c) La relativa a las acciones civiles consagradas para la reparación de daños causados a consecuencia, no

de actos u omisiones propios, sino del hecho o culpa de terceros de quienes se deba responder.

Para las acciones de la primera clase la disposición es terminante al establecer que prescriben dentro de los términos señalados para la prescripción de la pena; con respecto a las segundas, y dado que la norma transcrita no contempla el caso de hechos u omisiones que si bien causan daños no son punibles penalmente, la jurisprudencia tiene establecido que prescriben conforme a las reglas generales del Código Civil; y en relación con las últimas, es decir, con las que pueden dirigirse contra terceros obligados a responder por los daños causados por otros, también es terminante la disposición al establecer que prescriben en tres años y que este término debe contarse desde la perpetración del acto.

Afirmado lo anterior, el problema se reduce a decidir si el acto realizado por Burbano Cabrera puede ser considerado como acto de la Administración que compromete directamente la responsabilidad de ésta, como lo afirma el demandante, o si debe reputarse como acto directo de aquel pero del cual debe responder la Nación, con responsabilidad indirecta.

El punto es trascendental para el caso en estudio porque en el primer evento la acción intentada no podría considerarse prescrita sino al vencimiento del término señalado por la ley para la prescrión de la pena impuesta a Burbano Cabrera en la sentencia definitiva dictada por la justicia penal, y en el segundo, la acción propuesta estaría ya prescrita por haber transcurrido más de tres años entre la perpetración del acto y el día en que la presente demanda fue notificada.

El problema no es nuevo para la Sala que a diario ha venido fijando su criterio al respecto. Solamente que por la falta de una norma legal expresa que determine la responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público por los actos u omisiones de sus funcionarios y empleados, el reconocimiento de estas acciones se ha venido haciendo por la Corte con bases exclusivamente doctrinarias y, por lo mismo, la jurisprudencia relativa a este punto no ha sido siempre uniforme.

La responsabilidad de las entidades de derecho público se dedujo unas veces del artículo 2341 del C, C. que consagra dicha responsabilidad en forma **directa**, y en otras del artículo 2347 ibidem que la consagra de manera **indirecta** al estatuir que toda persona es responsable, para los efectos de indemnizar el daño, no solo de sus propios actos u omisiones sino también de los de aquellos que etuvieren bajo su cuidado. Primitivamente se sostuvo que las entidades de derecho público y las personas jurídicas no eran capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero que sí lo eran sus representantes o agentes quienes comprometían con sus actos u omisiones, de manera indirecta, la responsabilidad de aquellas. La responsabilidad que entonces se deducía a cargo de las entidades de derecho público se hacía derivar de su falta de vigilancia sobre las personas o cosas puestas bajo su control, o en la mala elección de dichas personas. Más tarde, la influencia francesa introdujo en nuestra jurisprudencia la noción de la llamada "falta o culpa de servicio" conforme a la cual incumbe a la Administración responder siempre de los daños provenientes de la acción u omisión de un servicio público, en los cuales, si bien es cierto que interviene una persona natural, debe considerarse, según dicha tesis, que ha obrado o dejado de obrar la Administración y que, por consiguiente, ésta debe responder directamente de los daños ocasionados por tales acciones u omisiones.

Rechazada también esta doctrina, en sentencia de 1944 y concretando la cuestión a las personas jurídicas de derecho público, se hizo la distinción entre **Organos** y **Agentes** de la persona jurídica, para concluir que la responsabilidad de dicha persona era **directa** cuando actuaban sus órganos e **indirecta** cuando actuaban sus agentes. Y para distinguir entre **órganos** y **agentes** dijo la Sala: "Habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la **voluntad que dirige'**, y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenase sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos".

La necesidad de distinguir y clasificar con precisión las diversas funciones de las personas naturales que actúan o dejan de actuar en nombre de las entidades de derecho público, hicieron inoperante esta doctrina, dando así origen a una jurisprudencia contradictoria.

Más tarde, en busca de uniformidad y en orden a fijar su pensamiento sobre tan importante materia, dijo la Sala en sentencia de fecha 4 de julio de este año:

"Sin vacilaciones la Sala reafirma hoy el criterio de que la única fuente aceptable para aplicar la concepción de la culpa civil extracontractual a los casos en que ella es imputada al Estado, es la norma expresa del artículo 2347 del Código Civil, o sea la que consagra la responsabilidad **indirecta**. No tiene soporte jurídico verdadero la cla-

sificación de los servidores públicos en "funcionarios-órganos" y "funcionarios-dependientes o subordinados". No hay servidor público, por alta que sea su categoría y por importantes que sean las funciones que desempeñe, que pueda confundirse con la persona moral de derecho público, llámese Nación, departamento o municipio. El servidor público será siempre un ejecutor de los ordenamientos de la persona moral, que solo se hacen a través de sus **órganos constitucionales.** Resulta inadecuado, por no corresponder a realidad alguna, nominar a un servidor público "funcionario-órgano", como si hubiese una sola persona dentro del Estado que, independientemente de las instituciones o de los demás servidores, pudiera "encarnar" la voluntad del organismo todo, o ser consustancial con él. Ya la Sala había anticipado estos conceptos: 'No puede decirse con propiedad que los agentes de una persona moral, de cualquier categoría que sean, carecen de toda personalidad porque se confunden con la persona jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la persona moral, y que por eso es directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origine'. Y como esto es evidente y cierto, a la persona moral no se le puede imputar la comisión de un delito o culpa para comprometer su responsabilidad en forma directa, puesto que solo las personas físicas que le sirven son capaces de producir esos actos".

Las nociones anteriores, aplicables al caso de autos, se presentan aún más claras al recordar que el acto de dar muerte a don Argelino Méndez constituye un delito y que las entidades de derecho público, como tales, no pueden ser enjuiciadas penalmente. De manera que resulta absurdo afirmar que el hecho de dar muerte al señor Méndez constituye un acto de la Nación y no del sub-comisario Burbano Cabrera. Otra cosa distinta es que tal hecho haya comprometido la responsabilidad directa de Burbano y que, en virtud de la relación de dependencia en que dicho sub-comisario se encontraba con respecto a la Nación, pueda deducirse, a cargo de ésta, una responsabilidad civil de carácter indirecto.

En realidad resulta ilógico que, en tratándose de responsabilidad, pueda aplicarse a las personas de derecho público, el artículo 2341 del C. C. que se refiere claramente a "el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro". Por que siendo imposible físicamente que tales entidades puedan cometer un delito, todas las reflexiones que pudieran hacerse para demostrar este imposible carecerían de base humana y legal. A falta de una disposición expresa, la única fuente para deducir a cargo de ellas responsabilidad por la comisión de un delito, y la consiguiente **obligación de reparar** los perjuicios que éste cauce, es la consagrada en los artículos 2347 y 2349 ibidem que, por razones de los vínculos de autoridad, vigilancia o elección de que allí se trata, imponen también la obligación de responder por los daños causados por sus dependientes o empleados.

De ahí que se haya dicho que las reflexiones relativas a la culpa in vigilando o in eligendo no están amenazadas de desuetud entre nosotros mientras no sobrevenga una legislación expresa que reglamente la culpa en que pueden incurrir las personas jurídicas.

Lo expuesto hasta aquí indica que no es necesario examinar si por las actividades desempeñadas por Burbano Cabrera puede ser éste clasificado como **órgano** o como **agente** de la Administración, ni si obró o no en ejercicio regular de sus funciones, y en forma capaz de comprometer la responsabilidad del Estado. Porque aún en la hipótesis de que su conducta hubiera comprometido tal responsabilidad, la obligación de reparar los perjuicios originados en dicha conducta solo podría deducírsele a la Nación en su carácter de tercero responsable. Lo que vale decir que la acción intentada se rige, en cuanto a su prescripción, por **el inciso 2º del artículo 2358 del C. C.**, copiado atrás.

En autos aparece que el delito se cometió el 6 de enero de 1951 y que la demanda se presentó el 8 de marzo de 1955, es decir, cuando estaba ya prescrita la acción ejercitada.

Sobre este particular sostiene el demandante que habiéndose iniciado una investigación penal sogre los hechos delictuosos de que trata este juicio, el término de la prescripción señalada por el artículo 2358 del C. C. se suspendió hasta el día en que se notificó la sentencia penal definitiva.

A lo anterior observa la Sala que son distintas la suspensión de la controversia civil o administrativa de que trata el artículo 11 del C. de P. P. y la interrupción de los términos de la prescripción de que trata el Código Civil y que la acción civil contra el responsable directo de la infracción penal, es también diferente de la consagrada contra terceros responsables.

Esta fue la conclusión a que llegó el Tribunal de primera instancia.

Mas como en su sentencia se limitó a declarar que no era del caso hacer las declaraciones impetradas en la demanda, sin declarar probada la

excepción oportunamente propuesta por la parte demandada, dicha sentencia deberá reformarse en el sentido indicado.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REFORMA la sentencia de fecha 29 de septiembre de 1956, en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de prescripción de la acción propuesta por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, en la acción iniciada por la señora Isabel Gutiérez v. de Méndez y sus hijos legítimos Orlando Alberto y Myriam Méndez Gutiérrez contra la Nación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara. — El Secretario, Jorge García Merlano.

RESPONSABILIDAD DIRECTA O INDIRECTA DE LA NACION. — PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES CIVILES EJERCITADAS CONTRA QUIENES, A PESAR DE NO SER LOS AUTORES DIRECTOS DE LA CULPA O HECHO DAÑOSOS, SON OBLIGADOS POR LA LEY A INDEMNIZAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS PERSONAS O LAS COSAS PUESTAS BAJO SU VIGILANCIA Y CUIDADO

En el Título 34 del C.C. se contemplan tres clases de responsabilidades: a) La proveniente del hecho personal; b) La que proviene del hecho o culpa de personas que están bajo el cuidado y vigilancia de otras que responden por ellas; y c) La derivada del hecho dañoso de cosas animadas o inanimadas.

De la primera ha dicho la jurisprudencia que se trata de una responsabilidad directa por cuanto la reparación del daño se impone directamente al autor del delito o culpa que lo haya causado. De las otras dos se ha dicho que es indirecta, nacida del vínculo de dependencia, de autoridad o de vigilancia que existe entre el autor directo del daño y la persona de quien éste depende.

De acuerdo con el artículo 2358 del CC. las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal; y las consagradas para la reparación de los mismos daños que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones del Título 34 del CC. prescriben en 3 años contados desde la perpetración del acto.

No señala el referido artículo el término para la prescripción de las acciones civiles encaminadas a la reparación de los daños originados en culpa o hecho que aunque dañosos no sean reprimibles por la ley penal, y por ello la jurisprudencia tiene establecido que las acciones de esta clase prescriben conforme a las normas generales del derecho civil. Pero sí es muy claro el artículo citado en cuanto a los términos para la prescripción de las acciones civiles que puedan ejercitarse contra quienes, además de estar obligados a la reparación civil, deben responder penalmente de la culpa o hecho causantes del daño; y muy claro también en cuanto a los términos para la prescripción de las acciones civiles que puedan ejercitarse contra quienes, a pesar de no ser los autores directos de la culpa o hecho dañosos, son obligados por la ley a indemnizar los daños causados por las personas o las cosas puestas bajo su vigilancia y cuidado. De suerte que en tratándose de la reparación de daños originados en delitos o culpas castigados por el Código Penal, lo importante para saber cuál es el lapso aplicable para la prescripción, es conocer si la acción civil propuesta se ha dirigido contra el directamente responsable del delito o la culpa que han causado el daño (arts. 2341 y 2345 del CC.) o contra el obligado directamente a responder de la conducta de las personas puestas bajo su vigilancia o cuidado. (arts. 2346 47 48 49 52).

Naturalmente al resolver sobre este punto de la responsabilidad directa o indirecta de la Nación, se presentan al juzgador diversas y contradictorias doctrinas: las de quienes consideran al Estado como un simple complejo de Servicios Públicos, que se manifiesta siempre a través de éstos, absorviendo la culpa de las personas a cuyo cuidado se hallen tales servicios y que al atribuír al Estado una responsabilidad directa exigen que la prescripción de estas acciones se gobierne conforme al inciso 1º del art. 2358 citado; las de quienes distinguen entre ORGANOS y AGENTES de la administración para atribuír culpa directa del Estado cuando actúan sus órganos e indirecta cuando actúan sus agentes y que resuelven el problema de la prescripción aplicando el inciso 1º del mencionado artículo a la actividad u omisión de los órganos y el inciso 2º al hecho positivo o negativo de los agentes; y la de quienes consideran al Estado como persona moral, físicamente incapaz de cometer delitos o incurrir en cul-

pas pero que lo obligan a responder por las acciones u omisiones de sus funcionarios o empleados, con responsabilidad indirecta, es decir, como a tercero responsable.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiseis de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente Dr. Manuel Buenahora)

En cumplimiento de sus deberes legales, el día 15 de diciembre de 1951 el señor Presidente del H. Tribunal Superior de Santa Marta y algunos otros funcionarios, entre ellos el Secretario General de la Alcaldía de la ciudad nombrada, don Manuel S. Pinto Mozo, se trasladaron al penal de la población con el objeto de practicar la visita judicial reglamentaria.

En el establecimiento se encontraba como detenido Tomás Mena, condenado por uxoricidio quien, fingiéndose enfermo, había sido trasladado a la enfermería, local contiguo al sitio en donde se practicaba la diligencia.

Súbitamente, armado de un cuchillo de cocina, Tomás Mena irrumpió en el recinto y atacando por la espalda al Dr. Nicolás Alvarez, quien como Magistrado presidía la reunión, le asestó dos profundas puñaladas que instantáneamente le produjeron la muerte. Ante el sorpresivo hecho, el propio Director de la cárcel sujetó al criminal y un guardián de la misma disparó sobre Mena hiriéndolo en el maxilar inferior derecho. Mas ninguno de estos intentos pudo detener al criminal quien continuó atacando a los presentes y causó al señor MANUEL S. PINTO MOZO gravísimas heridas que le produjeron la muerte pocas horas después.

Dominado al fin, Mena fue conducido al taller de zapatería del establecimiento en donde, con una de sus herramientas, se suicidó.

La demanda

Establecidos los hechos anteriormente relatados, las hermanas de don Manuel S. Pinto Mozo, señoritas Mercedes María, Josefa Cristina, Irene del Rosario y Lorenza Isabel Pinto Mozo, promovieron juicio ordinario contra la Nación en orden a ser indemnizadas por los perjuicios materiales y de naturaleza moral que recibieron con motivo del fallecimiento de su hermano.

La demanda, presentada el 16 de agosto de 1955 ante el H. Tribunal Superior de Santa Marta, no es precisa en cuanto a la clase de responsabilidad que, en concepto de los actores, deba deducirse a cargo de la Nación.

En sus fundamentos de derecho se limita a mencionar los artículos 2341 a 2360 del Código Civil, esto es, el título 34 de la misma obra y, como es bien sabido allí se contemplan tres clases de responsabilidades: a) la proveniente del hecho personal; b) la que proviene del hecho o culpa de personas que están bajo el cuidado y vigilancia de otras que responden por ellas; y c) la derivada del hecho dañoso de cosas animadas o inanimadas.

De la primera ha dicho la jurisprudencia que se trata de una responsabilidad directa por cuanto la reparación del daño se impone directamente al autor del delito o culpa que lo haya causado. De las otras dos se ha dicho que es indirecta, nacida del vínculo de dependencia, de autoridad o de vigilancia que existe entre el autor directo del daño y la persona de quien éste depende.

Mas como las actoras afirman que la Nación es responsable del fallecimiento del señor Pinto Mozo porque a ella le correspondía mantener las medidas de seguridad indispensables en el Penal; porque designó como Director o Alcaide del mismo a Adolfo Lara Peña, "elemento peligroso" bajo cuyo mandato reinó en la cárcel un ambiente de peligrosidad; y por cuanto "la agresión se facilitó y fue propicia en virtud de que el señor Director del Panóptico no estableció las precauciones y seguridades del caso a fin de evitarlas (sic), habiendo sido su imprevisión constitutiva de culpa grave, que es culpa de la Nación", debe concluírse que imputan al Estado una culpa generadora de responsabilidad indirecta.

Sentencia de primera instancia

Con fecha 16 de octubre de 1956 el Tribunal falló el negocio absolviendo a la Nación de los cargos de la demanda.

Y fundamentó su decisión entre otros, en los siguientes apartes:

"...las demandantes consideran que la Nación incurrió en error de conducta, vale decir, en culpa, porque su empleado, el Director de la Cárcel Judicial de Santa Marta, no tomó las medidas de seguridad necesarias para evitar el asesinato del Presidente del H. Tribunal de Santa Marta, Dr. Nicolás Alvarez Gómez, y del Secretario de la Alcaldía señor Manuel S. Pinto Mozo.

Mas ocurre que en el proceso falta la prueba de la calidad de empleado que se atribuye al señor Adolfo Lara Peña, pues no aparecen ni el nombramiento, ni la diligencia de posesión que

para demostrar tal cargo debió aportarse a los autos.

Y no se diga que el señor Fiscal del Tribunal le reconoció tal carácter a Adolfo Lara Peña al contestar el hecho quinto de la demanda, porque manifestó constarle en cuanto a la designación, porque esa confesión, como Agente del Ministerio Público, no puede aceptarse por prohibirlo el artículo 170 del C. de Procedimiento Civil, que dice textualmente:

"Los Agentes del Ministerio Público carecen de facultad de transigir; no pueden desistir de acciones intentadas sino a virtud de autorización de la entidad representada y les es lícito desistir de los recursos interpuestos por ellos.

"No pueden tampoco absolver posiciones y **sus confesiones no perjudican a la parte que representan**". (Subraya el Tribunal).

Si pues no está probado el carácter de empleado del señor Lara Peña no está demostrada entonces la falta de vigilancia, ni la culpa in eligendo en que pudo incurrir la Nación en esta acción de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, o sea por el hecho del Director de la Cárcel al no haber tomado las medidas de vigilancia y seguridad; esto es, por no haberse probado la falta de diligencia y cuidado para evitar los delitos cometidos por el preso Tomás Mena dentro del penal.

La Corte Suprema de Justicia en Casación del 17 de noviembre de 1943, LVI página 289, exige perentoriamente que se demuestre que la persona que causó el daño estaba bajo el cuidado y vigilancia del responsable del mismo.

"Según los principios y reglas generales sobre la responsabilidad, quien comete el hecho productor del daño, está obligado a repararlo. Pero esta presunción puede desplazarse y radicarse en cabeza de otra persona llamada a responder por las acciones de aquéllos que tuvieren bajo su cuidado en los casos y condiciones taxativamente indicados por la ley, y en ese evento, es decir, cuando un demandante pretende que una persona responda del daño causado directamente por otra, **tiene que demostrar que el individuo que causó el daño estaba a su cuidado y bajo su vigilancia**". (Subraya la Sala).

Por otro aspecto la Corte ha dicho: "Para que la responsabilidad en los casos anotados pueda deducirse, es preciso que se hallen plenamente demostrados los siguientes factores esenciales: a) la existencia del daño inferido a la víctima; b) culpa imputable al demandado; y c) relación precisa de causas a efectos entre la culpa y el daño sufrido". (Casación 28 febrero de 1956, G J Tomo LXXXII, Nos. 2163 y 2164, página 105).

De estos tres elementos falta demostrar la culpa imputable al demandado, —la Nación— por la designación de Adolfo Lara Peña como Director de la cárcel Judicial de Santa Marta, a quien se le hace el cargo de no haber tomado las medidas de seguridad para evitar el daño del cual sería responsable la Nación".

Apelada esta, el negocio vino a este Despacho en donde ha recibido la tramitación de rigor.

Concepto de la Procuraduría

En su alegato de conclusión dijo el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"...Conocidas suficientemente las peculiares características de la acción propuesta en este juicio, y la recta interpretación y aplicación del precepto legal que reglamenta el fenómeno jurídico de la prescripción extinitva de la acción en este caso (inciso 2º 2358 del CC.); y de otro lado que según las constancias procesales, la demanda fué presentada el 16 de agosto de 1955 (f. 14 vto. cuaderno Nº 1), es decir, después de haber transcurrido más de 3 años contados desde la fecha en que tuvo lugar la muerte trágica del señor Manuel S. Pinto Mozo (15 de diciembre de 1951, es forzoso concluir que se ha operado y se halla acreditada plenamente la excepción de prescripción extintiva de la acción, la cual me permito proponer y alegar comedidamente, por medio de este escrito, ante esa H. Corte para que sea reconocida y, en tal virtud, se falle el pleito en consonancia con dicha excepción".

Consideraciones de la Sala

Propuesta como ha sido por el señor Procurador la excepción que acaba de mencionarse, debe la Sala estudiarla preferentemente.

El art. 2358 del CC. señala las normas que gobiernan el fenómeno jurídico de la prescripción de las acciones encaminadas a indemnizar los daños provenientes de delitos y culpas.

De acuerdo con tal disposición, las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal; y las consagradas para la reparación de los mismos daños que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposicio-

nes del título 34 del CC. prescriben en 3 años contados desde la perpetración del acto.

No señala el referido artículo el término para la prescripción de las acciones civiles encaminadas a la reparación de los daños originados en culpa o hecho que aunque dañosos no sean reprimibles por la ley penal, y por ello la jurisprudencia tiene establecido que las acciones de esta clase prescriben conforme a las normas generales del derecho civil. Pero sí es muy claro el artículo citado en cuanto a los términos para la prescripción de las acciones civiles que puedan ejercitarse contra quienes, además de estar obligados a la reparación civil, deben responder penalmente de la culpa o hecho causantes del daño; y muy claro también en cuanto a los términos para la prescripción de las acciones civiles que puedan ejercitarse contra quienes, a pesar de no ser los autores directos de la culpa o hecho dañosos, son obligados por la ley a indemnizar los daños causados por las personas o las cosas puestas bajo su vigilancia y cuidado. De suerte que en tratándose, como ocurre en el caso de autos, de la reparación de daños originados en delitos o culpas castigados por el Código Penal, lo importante para saber cuál es el lapso aplicable para la prescripción, es conocer si la acción civil propuesta se ha dirigido contra el directamente responsable del delito o la culpa que han causado el daño (arts. 2341 y 2345 CC) o contra el obligado directamente a responder de la conducta de las personas puestas bajo su vigilancia o cuidado. (artículos 2346 47 48 49 52).

Naturalmente, al resolver sobre este punto de la responsabilidad directa o indirecta de la Nación, se presentan al juzgador diversas y contradictorias doctrinas: las de quienes consideran al Estado como un simple complejo de Servicios Públicos, que se manifiesta siempre a través de éstos, absorviendo la culpa de las personas a cuyo cuidado se hallen tales servicios y que al atribuír al Estado una responsabilidad directa exigen que la prescripción de estas acciones se gobierne conforme al inciso 1º del artículo 2358 citado; las de quienes distinguen entre órganos y agentes de la administración para atribuír culpa directa del Estado cuando actúan sus órganos e indirecta cuando actúan sus agentes y que resuelven el problema de la prescripción aplicando el inciso 1º del mencionado artículo a la actividad u omisión de los órganos y el inciso 2º al hecho positivo o negativo de los agentes; y la de quienes consideran al Estado como persona moral, físicamente incapaz de cometer delitos o incurrir en culpas pero que lo obligan a responder por las acciones u omisiones de sus funcionarios o empleados, con responsabilidad indirecta, es decir, como a tercero responsable.

En los últimos días ha tenido la Sala diversas oportunidades para fijar su criterio al respecto y es así como en sentencias de fechas 4 y 23 del presente mes, dijo lo siguiente:

"Sin vacilaciones la Sala reafirma hoy el criterio de que la única fuente aceptable para aplicar la concepción de la culpa civil extracontractual a los casos en que ella es imputada al Estado, es la norma expresa del artículo 2347 del Código Civil, o sea la que consagra la responsabilidad **indirecta.** No tiene soporte jurídico verdadero la clasificación de los servidores públicos en "funcionarios-órganos" y "funcionarios dependientes o subordinados". No hay servidor público, por alta que sea su categoría y por importantes que sean las funciones que desempeñe, que pueda confundirse con la persona moral de derecho público, llámese Nación, Departamento o Municipio. El servidor público será siempre un ejecutor de los ordenamientos de la persona moral, que sólo se hacen a través de sus **órganos constitucionales.** Resulta inadecuado, por no corresponder a realidad alguna, nominar a un servidor público "funcionario-órgano", como si hubiera una sola persona dentro del Estado que, independientemente de las instituciones o de los demás servidores, pudiera "encarnar" la voluntad del organismo todo, o ser consustancial con él. Ya la Sala había anticipado éstos conceptos: "No puede decirse con propiedad que los agentes de una persona moral, de cualquier categoría que sean, carecen de toda personalidad porque se confunden con la persona jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la persona moral, y que por eso es directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origine". Y como esto es evidente y cierto, a la persona moral no se le puede imputar la comisión de un delito o culpa para comprometer su responsabilidad en forma directa, puesto que solo las personas físicas que le sirven son capaces de producir esos actos".

Las ideas expuestas son claramente aplicables al caso en estudio; máxime cuando aquí se pretende deducir al Estado responsabilidad civil por el delito cometido, no ya por un funcionario o empleado suyo sino por una persona ajena por entero a sus servicios. De esta suerte, aún en el caso de que pudiera deducirse responsabilidad a cargo del Estado por razón de la vigilancia que le incumbe sobre los detenidos en sus establecimientos carcelarios, dicha responsabilidad no po-

dría ser otra que la indirecta a que se refiere el inciso 2º del artículo 2358 tantas veces mencionado.

Como de autos aparece que la muerte de don Manuel S. Pinto Mozo acaeció el 15 de diciembre de 1951, debe concluírse que la acción propuesta estaba ya prescrita para el 18 de agosto de 1955, fecha en que se presentó la demanda con que se inició este juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

DECLARA PRESCRITA la acción intentada en este juicio, por las señoritas Mercedes María, Josefa Cristina, Irene del Rosario y Lorenza Isabel Pinto Mozo, contra la Nación, y en consecuencia ABSUELVE a ésta de los cargos que en la demanda se le formulan.

Queda así reformada la sentencia de fecha 16 de octubre de 1956, proferida en este juicio por el H. Tribunal Superior de Santa Marta.

Costas a cargo de la parte demandante.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ELEMENTOS ESENCIALES DE LA ACCION INDEMNIZATORIA PROVENIENTE DE LA OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS. — LUCRO CESANTE

1 — De acuerdo con lo previsto en el art. 264 de la Ley 167 de 1941, los elementos esenciales de las acciones indemnizatorias provenientes de la ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos, son: "el carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño y el monto de la indemnización que se reclama".

2 — En acciones de indemnización de perjuicios por trabajos públicos para que prospere la súplica referente al perjuicio por lucro cesante, los actores deben demostrar que mantenían en explotación el terreno materia de la litis, que de él derivaban alguna renta, como la proveniente de arrendamiento del predio u otra semejante.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veintiseis de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponnte: Dr. Abelardo Gómez Naranjo)

Con fecha 7 de diciembre de 1953, el señor Faustino Rico, por medio de apoderado debidamente constituído, presentó demanda ordinaria ante el Consejo de Estado, para que con citación y audiencia del Fiscal de la Corporación y por los trámites señalados en el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, se hicieran las siguientes declaraciones contra la Nación Colombiana:

"PRIMERA: Que la Nación debe pagar a la sociedad conyugal ilíquida formada entre el señor Faustino Rico y la señora Isabel Sosa de Rico y a la sucesión de la misma señora Isabel Sosa de Rico, representada por el cónyuge sobreviviente señor Faustino Rico y por los herederos señores Faustino Hernando, Luis Enrique y Jorge Humberto Rico Sosa, a título de indemnización, el valor del terreno que en extensión de seis mil varas cuadradas aproximadamente ocupó con motivo de los trabajos públicos ejecutados por conducto del Ministerio de Obras Públicas. Dicho terreno ocupado por la Nación y agregado de modo definitivo a la vía pública, formaba parte del globo de terreno distinguido con el número 76-14 de la Avenida 13 de esta ciudad, antes número 76-48 de la carrera 13, alinderado así: "Por el occidente con la Avenida 13, o sea la antigua línea del Ferrocarril del Norte, en extensión de ciento cuarenta y dos metros lineales (142), dicha carrera de por medio, con terrenos que fueron de Pedro López Pumarejo; por el Norte, con la parte del terreno que se le adjudicó a la señora Clementina Bernal de Correal, hoy de García, en extensión de cincuenta y un metros con cuarenta centímetros lineales (51,40); por el Oriente, con terrenos que fueron de Vicente Gaitán, hoy predio denominado "Parque Gaitán", en extensión de 130 metros con 20 centímetros; y por el Sur, en extensión de 29 mtros con 10 centímetros de longitud, medidos de oriente a occidente, con el callejón que da entrada al "Parque Gaitán", hoy calle 76".

"SEGUNDA — Que la Nación debe pagar también a los propietarios el valor del lucro cesante y el daño emergente causados con motivo de la ocupación.

"TERCERA — Que la cuantía de la indemnización que debe pagar la Nación por la causa expresada, es la siguiente: la suma de ciento ochenta mil pesos ($ 180.000.00) como valor del terreno ocupado, o sea a razón de treinta pesos cada vara cuadrada; y la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) mensuales como lucro cesante y pagaderos desde que se verificó la ocupación hasta que se haga el pago del valor del terreno.

"CUARTA — Subsidiariamente a la petición anterior que se fije el monto de la indemnización (tanto del valor del terreno como de los perjuicios) por avalúo pericial en este juicio, o en la forma señalada en el Art. 553 del CJ."

Los hechos en que el actor fundamenta las an-

teriores súplicas, están expuestos en el libelo textualmente así:

"1º El señor Faustino Rico A. adquirió el globo de terreno que ha quedado relacionado y alinderado, por compra a la señora Alicia Correal de Corredor, por escritura pública número 1964 de 15 de junio de 1939, ante el Notario primero de este Circuito.

"2º Por causa del fallecimiento de la señora Isabel Sosa de Rico esposa del nombrado señor Faustino Rico, el inmueble en cuestión, que fue adquirido durante la sociedad conyugal Rico-Sosa ha pasado a ser de propiedad de la mencionada sociedad conyugal y de la sucesión intestada y aún ilíquida de la nombrada señora Isabel S. de Rico, cuya causa mortuoria cursa en el Juzgado 5º Civil de este Circuito.

"3º Mi poderdante, señor Faustino Rico, es cónyuge supérstite de la causante, y los señores Hernando Faustino, Luis Enrique y Jorge Humberto Rico Sosa, son hijos legítimos de la misma y sus herederos conforme al reconocimiento de tales que les hizo el Juez de la causa.

"4º En el mes de junio de 1952, el gobierno nacional por conducto del Ministerio de Obras Públicas, ocupó de hecho y sin contar para nada con los propietarios, la mayor parte del terreno que había adquirido don Faustino Rico y que ahora pertenece a la sucesión de la señora Sosa de Rico. Tal ocupación la verificó para la construcción y ampliación de la carretera Nacional que es continuación de la Avenida 13, o Avenida Caracas y que es conocida con el nombre de Autopista del Norte.

"5º La parte del terreno que ocupó la Nación con el objeto indicado, tiene una área aproximada de seis mil varas cuadradas y es la misma a que se refiere el plano topográfico levantado por el Ministerio de Obras Públicas y que en copia se acompañó a la demanda.

"6º La Nación destinó la zona ocupada, para la vía pública, y hoy forma parte integrante de la citada Avenida 13.

"7º No ha pagado la Nación el valor de dicha zona ocupada, ni los perjuicios ocasionados.

"8º No obstante los muchos requerimientos y reclamos hechos por los propietarios, el Ministerio de Obras Públicas no les ha reconocido el valor de la zona, ni los perjuicios.

"9º Los propietarios derivaban de ese terreno utilidades adecuadas a la ubicación y extensión del mismo.

"10º El terreno ocupado por la Nación y al cual se refiere esta demanda, tiene los siguientes linderos: Por el norte, con finca de Clementina Bernal de García; por el occidente con la antigua línea del Ferrocarril del Norte, hoy Avenida 13; por el Sur, antes con el callejón que daba entrada al 'Parque Gaitán", hoy con la calle 76; y por el oriente, en parte con el resto del predio que era de Faustino Rico, hoy de la sucesión de Isabel S. de Rico y en parte con terrenos que fueron de Vicente Gaitán, hoy predio denominado "Parque Gaitán".

El actor, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 264 de la Ley 167 de 1941, expone a continuación una síntesis de los fundamentos esenciales de la acción incoada, afirmando el carácter con el cual ejercita la acción indemnizatoria, esto es, como cónyuge supérstite de la señora Isabel Sosa de Rico, y en representación de la sucesión ilíquida de dicha señora; el hecho mismo de la ocupación realizada por la Nación de parte del predio alindado en la súplica primera de la demanda, para convertirla en vía pública; el haber sido el Ministerio de Obras Públicas quien ordenó dicha ocupación, y finalmente, reafirma que en su concepto el valor de la indemnización por concepto del valor comercial de la zona de terreno ocupada es de $ 180.000 00 y de $ 1.500,00 anuales el valor del lucro cesante por la privación de las utilidades que le reportaba al propietario el terreno objeto de tal ocupación.

Por último, el actor enuncia las siguientes disposiciones legales como fundamentos de derecho: Arts. 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941, y 1612 y siguientes del C. Civil, y demás disposiciones concordantes.

Los elementos de prueba

Con la demanda trajo el demandante, el poder especial .conferido por Faustino Rico, Luis E. Hernando F. y Jorge H Rico Sosa para iniciar esta acción, debidamente autenticado.

Copia del auto y sus notificaciones, de fecha 14 de mayo de 1952, dictado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, donde se hace el reconocimiento de herederos en el juicio sucesorio de la señora Isabel Sosa de Rico, a favor de cada una de las personas que confirieron el poder de que trata el párrafo precedente.

Copia registrada de la escritura pública Nº 1964 de 15 de junio de 1939, pasada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, por medio de la cual Alicia Correal de Correal transfirió a título de venta a favor de Faustino Rico A. por la cantidad de $ 10.156.00 el lote de terreno que apare-

ce alindado en la súplica primera de la demanda anteriormente transcrita.

La demanda fue admitida por el Consejo de Estado, y en consecuencia, se corrió el correspondiente traslado al señor Fiscal 2º del Consejo, funcionario que lo descorrió en el sentido de oponerse a las declaraciones impetradas en dicho libelo.

Pruebas producidas en el juicio

Recibido a prueba el negocio, se practicaron, a pedimento del actor, las siguientes pruebas:

a) Inspección ocular con peritos designados por las partes en el predio a que se refiere la demanda y la escritura pública Nº 1964 de 15 de junio de 1939 de la Notaría 1ª de Bogotá, y en la zona objeto de la ocupación alegada, prueba esta de la cual se hablará más adelante.

b) Declaraciones juramentadas de los señores Eliberto Páez y José M. Gutiérrez Coy, sobre propiedad del demandante Faustino Rico del predio que aparece alindado en la súplica primera del libelo, sobre la posesión material que dicho señor Rico mantenía sobre dicho predio, y sobre el hecho de que el Ministerio de Obras Públicas "ocupó una zona de él, para destinarlo a la construcción de la autopista al Puente de El Común", aunque sin precisar la fecha en que se iniciaron los trabajos de la expresada obra, pues el declarante Páez dice no recordarla, y Gutiérrez Coy dice apenas que tal hecho tuvo lugar "a mediados del año de 1952". Agregan los declarantes que se dieron cuenta de tal hecho porque el predio del señor Rico se encontraba cercado y, por último, afirman que dentro de dicho lote de terreno existían sólo algunos arbustos y pastos. El declarante Gutiérrez Coy dice que vio las máquinas del Ministerio de Obras Públicas trabajando en la obra de la Autopista sobre el predio en referencia, y destruyendo los cerramientos que circunscribían dicho inmueble.

c) Una certificación expedida por la Sección Jurídica y Valorización del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 21 de mayo de 1954, donde se expresa que "de acuerdo con el plano que reposa en esta oficina, levantado por los ingenieros del Ministerio, la extensión superficiaria o área de terreno de propiedad del señor Faustino Rico ocupada para la construcción de la autopista Bogotá Puente del Común es de 2.435,38 metros cuadrados". (Folios 26 v y 27 del Cuaderno Nº 1)

d) Una segunda certificación expedida por el señor Ministro de Obras Públicas, Dr. Santiago Trujillo Gómez, con fecha 21 de mayo de 1954, en la cual se expresa lo siguiente:

"**Al punto Segundo** — En la Oficina de Valorización del Ministerio de Obras Públicas hay constancia de que la parte del lote de terreno perteneciente al señor Faustino Rico que aparece relacionada en el plano oficial de los terrenos ocupados por la autopista Bogotá Puente del Común, fue ocupada por las obras de la autopista de Los Libertadores de Bogotá al Puente del Común.

"**Al punto tercero** — En la Oficina de Valorización del Ministerio de Obras Públicas hay constancia de que el terreno a que se refiere el punto anterior fue ocupado por este Ministerio para las obras de la Autopista Bogotá Puente del Común. Esta constancia consiste en un plano de los terrenos ocupados por dichas obras.

"**Al punto cuarto** — Al señor Faustino Rico no se le ha pagado el terreno que se ocupó según los puntos anteriores, tampoco se ha celebrado ningún convenio o contrato con él para pagárselo.

"**Al punto Quinto** — Por lo ya dicho me consta que el valor del terreno que se refiere esta certificación no ha sido cubierto al señor Rico o a la sucesión de la señora Isabel S. de Rico no obstante ocupado como zona o vía pública, porque aunque al señor Rico se le hizo saber oportunamente por este Ministerio el propósito de pagárselo dicho señor no volvió para celebrar la negociación".

e) Certificación de la Secretaría del Departamento de Catastro del Municipio de Bogotá, de fecha 29 de abril de 1954, que dice textualmente:

"1º Que el predio (lote de terreno sin edificación) situado en la Avenida 13 de esta ciudad, distinguido en la nomenclatura con el número 76-14, cédula catastral 76-13|5 es el mismo predio que hasta el 19 de noviembre de 1936 figuró con la dirección de Carrera 13 número 76-48; 2º Que dicho predio aparece inscrito en el Catastro a nombre de Faustino Rico, según escritura Nº 1664 de 1939 (junio 15) Notaría 1ª de Bogotá, adquirido por el actual propietario de Alicia Correal de Corredor, según el título mencionado; 3º Que el predio de que se trata figura en la cédula catastral respectiva, cuya referencia es 76-13 5, con un área de 5.300 metros cuadrados y está avaluado por este Departamento, a contar del primer semestre de 1949 en la suma de treinta y siete mil cien pesos ($ 37.100,00); 4º Que al presente certificado se acompaña el croquis de dicho

predio, según lo solicitado en el adjunto despacho Nº 47..." (folio 34 del cuaderno Nº 1).

Este certificado aparece ampliado por el mismo Departamento de Catastro con fecha 27 de julio de 1954 (folio 45 v. del cuaderno Nº 1), en la siguiente forma:

"Que el predio sin edificación, situado en la Avenida 13 número 76-14 de esta ciudad, cédula catastral 76-13-5, inscrito a nombre de Faustino Rico, a que se hace referencia en el despacho anterior, está avaluado por este Departamento, desde el 28 de septiembre de 1948, en la suma de treinta y siete mil cien pesos ($ 37.100,00) avalúo que viene rigiendo desde el primer semestre de 1949".

f) Certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, fechado el 30 de abril de 1954, donde aparece que la escritura Nº 1964 de 15 de junio de 1939 de la Notaría 1ª de Bogotá, por la cual Faustino Rico compró a Alicia Correal de Corredor un lote de terreno en el barrio de Chapinero de esta ciudad Nº 76-14 de la Avenida 13 con 8.125 v. c. por los linderos que de dicho predio se dan en la demanda anteriormente transcrita, fue registrada en dicha Oficina. Que Alicia Correal adquirió dicho inmueble en la división con Clementina Correal, según consta de la escritura 25 de 4 de enero de 1935 de la Notaría 1ª de Bogotá, y que la misma señorita Alicia Correal y Clementina Correal habían adquirido en la sucesión de Justiniano V. Correal, por título de 10 de diciembre de 1930; que Justiniano adquirió de Francisco del Carmen y Ana Josefa Varrera, según escritura 619 de 3 de junio de 1913 de la Notaría 4ª de Bogotá, ratificada por la 1817 de 5 de septiembre de 1928 de la misma Notaría. 3º Que en la sucesión de Isabel Sosa de Rico, registrada el 21 de enero de 1954, se adjudicó a FAUSTINO RICO A. LUIS E. FAUSTINO H. y JORGE H. RICO SOSA, la mitad de la finca de que se trata".

Que sobre dicho inmueble no aparece inscripción de hipoteca, embargo ni demanda algunos y no ha sido enajenada por los señores Rico A. y Rico Sosa.

Determinación e identificación del terreno

Como se dijo anteriormente, una de las pruebas solicitadas oportunamente por el actor consistió en la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos, para que en ella se establecieran los siguientes hechos:

"a) Que se verifiquen sobre el terreno los linderos del predio Nº 76-14 de la Avenida 13 de esta ciudad, comprado por Faustino Rico a Alicia Correal de Corredor por la escritura Nº 1964 de 15 de junio de 1939 ante el Notario 1º de Bogotá, escritura cuya copia está agregada a los autos de este juicio;

"b) Que se constate qué extensión o parte del terreno comprado por el señor Rico por medio del citado instrumento, fue ocupada y destinada a formar parte de la vía pública a causa de las obras que llevó a cabo el Ministerio de Obras Públicas para la apertura y construcción de la carretera nacional llamada Autopista a Chía, que parte de la calle 76 hacia el puente del Común;

"c) Que se determine de manera precisa el área de la zona ocupada por el Ministerio de Obras Públicas para la citada obra, teniendo en cuenta la superficie del terreno comprado por Rico y el área de la parte que le quedó después de hecha la ocupación".

Se formuló a los peritos el siguiente cuestionario:

"1º Cuál era el área o superficie del predio de la parte demandante antes de la ocupación; 2º Cuál es el área del terreno ocupado por la Nación y si ese terreno se destinó por la entidad ocupante para ampliar la vía pública denominada Avenida 13 o principio de la Autopista al Puente del Común; 3º Cuál es el área del terreno no ocupado, o sea del que quedó en poder del propietario; 4º Cuál es el valor actual y comercial del terreno que fue objeto de la ocupación; y 5º Cuál es el valor del lucro cesante causado al propietario, mediante esa ocupación, desde que ésta se hizo hasta que el pago de la indemnización se verifique".

Solicitó también el actor que el mismo personal inspector se trasladara inmediatamente después a las oficinas del Ministerio de Obras Públicas "para que allí se examinen por el señor Magistrado y por los señores peritos los planos antes citados, los demás documentos que aparezcan en relación con la ocupación y se haga un cotejo entre el plano oficial del Ministerio de Obras Públicas y los planos presentados con la demanda, para establecer la identidad entre ellos y determinar las áreas o superficies de la zona ocupada y de la sobrante". (folios 14 f y v del cuaderno Nº 1).

La diligencia de inspección ocular sobre el terreno se llevó a efecto el 7 de junio de 1954, presidida por el Magistrado sustanciador del H. Consejo de Estado. En el acta respectiva (folio 31 del C. Nº 1) se expresa lo siguiente:

"3º Solicitó (el Magistrado) a los peritos que con vista del expediente localizaran el inmueble

de los señores Faustino Rico e Isabel Sosa de Rico, materia de este juicio. Los peritos identificaron la propiedad, teniendo en cuenta sus linderos y los planos que de ella existen en los autos. Se constató que para los trabajos públicos de la autopista se ocupó una parte del inmueble señalado por los peritos como de propiedad de los demandantes. En este estado, el señor Fiscal demandó que se pidiera: a) al Ministerio de Obras Públicas certificación, con base en las actas de trabajo de la referida obra pública, acerca de la fecha en que fue ocupada la faja de terreno a que se refiere la demanda; y b) A la Oficina de Catastro del Municipio de Bogotá el avalúo fijado allí al lote de terreno de los señores Faustino Rico e Isabel Sosa de Rico", lo que fue despachado favorablemente por el señor Magistrado actuante.

Dictamen de los peritos

Los expertos, al dictaminar sobre los puntos del cuestionario a que se hizo referencia anteriormente, principian por referir que en la diligencia de inspección ocular realizaron el recorrido de los linderos del predio relacionado en el título de adquisición presentado por la parte demandante, y comprobaron "que la mayor parte de ese terreno fue ocupado por el Ministerio de Obras Públicas para la construcción de la carretera Nacional denominada "Autopista", que comienza en la calle 76 de la ciudad y se dirige hacia el Puente del Común".

Añaden que se trasladaron al Ministerio de Obras Públicas, y que allí examinaron detenidamente los planos de la expresada obra pública, "en los cuales aparecen en forma nítida y clara, tanto la zona ocupada como la que le quedó a los propietarios una vez practicada la segregación que se hizo de ese predio con destino a la mencionada obra pública".

Al contestar a cada uno de los puntos del cuestionario propuesto, expresan:

"1) Los linderos de la finca materia del litigio verificados sobre el terreno, son los siguientes, de acuerdo con lo que consta en los títulos respectivos: "Por el Occidente, con la Avenida 13, o sea con la antigua línea del Ferrocarril del Norte, en una extensión de ciento cuarenta y dos metros (142 mts.) lineales, dicha carrera de por medio con terrenos que fueron de Pedro López Pumarejo; por el Norte, con la parte del terreno que se le adjudicó a la señora Clementina Bernal de Correal, hoy de García, en una extensión de cincuenta y un metros (51 mts.) con cuarenta centímetros (40 ctms.); por el Oriente, con terrenos que fueron de Vicente Gaitán, hoy el predio denominado "Parque Gaitán" en una extensión de ciento treinta metros (130 mts.) con veinte centímetros (20 ctms.); por el Sur, en una extensión de veintinueve metros (29 mts.) con diez centímetros (10 ctms.) de longitud medidos de Oriente a Occidente, con el callejón que dá entrada al "Parque Gaitán" hoy calle setenta y seis (76)".

"2) De acuerdo con el plano que acompañamos a este dictamen y que es copia exacta del que reposa en el Ministerio de Obras Públicas, y cuyas áreas fueron tomadas con la mayor precisión posible y con la cooperación de los ingenieros y dibujantes del Ministerio, y confrontadas por nosotros, la extensión de terreno ocupada a los señores Rico, fue de tres mil setecientos cuarenta y nueve metros cuadrados con cuarenta centímetros de metro cuadrado (3.749,40 mts2) lo cual equivale a una área de cinco mil ochocientas cincuenta y ocho varas cuadradas con cuarenta y tres centésimos de vara cuadrada (5.858,43 v c). Las áreas ocupadas están marcadas en el plano adjunto, con los números 1, 2 y 4, señaladas con líneas rojas y comprendidas dentro de los siguientes puntos: A — B — E — D — H — G— F— A. En relación con este punto precisamos lo siguiente: Algún funcionario del Ministerio entendemos que se trata del Abogado de la Sección de Valorización, nos dijo: que del total del terreno ocupado, una parte, a juicio de él debía pagarla el Municipio de Bogotá y la otra la Nación, teniendo en cuenta lo que corresponde a la calle o vía y lo que es la plazoleta inmediata al monumento proyectado.

"Estimamos necesaria esta aclaración porque ella explica la diferencia entre el dato suministrado por el Ministerio sobre el área ocupada y lo que nosotros pudimos verificar en la inspección ocular y teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente y en el plano que acompañamos".

Agregan que el resto del lote que ha quedado libre de la ocupación a la parte demandante, tiene una área de 2.687,50 V C. lote que está señalado en el plano con el número 3 y está comprendido dentro de los puntos B — C — D — E — B. Finalmente señalan como área total del predio de propiedad de los demandantes Rico, antes de la ocupación, la de 5.469,40 Mts2 que equivalen a 8.545,93 v. c.

Al contestar al punto 7º del cuestionario, relativo al valor de la zona ocupada, dicen los expertos:

"Teniendo en cuenta la magnífica ubicación del terreno, las manifiestas facilidades para su urbanización, los avalúos practicados en terrenos cercanos y el precio de venta que tienen actualmente algunos lotes en el mismo sector, conceptuamos que el valor actual y comercial del terreno ocupado es el de treinta pesos ($ 30.00) moneda corriente por cada vara cuadrada y proporcionalmente por las fracciones de vara, lo que da para el total del terreno ocupado un valor que estimamos en la cantidad de ciento setenta y cinco mil setecientos cincuenta y dos pesos con noventa centavos ($ 175.752,90) moneda corriente".

Con relación al lucro cesante, conceptúan los expertos:

"Estimamos que el valor del lucro cesante causado a los propietarios por la ocupación, equivale a lo que éstos hubieran podido derivar como rendimiento normal del precio del terreno ocupado si su valor les hubiera sido pagado cuando se efectuó la ocupación. Teniendo en cuenta el monto del interés corriente en operaciones entre particulares, y la tasa que cobran los Bancos, el precio más bien bajo a que hemos apreciado los terrenos ocupados y que un interés del seis por ciento (6%) anual resulta módico, conceptuamos que ese interés computado sobre el valor actual de los terrenos ocupados, desde que se efectuó la ocupación representa el valor del lucro cesante causado a los propietarios..." De acuerdo con estas bases, los expertos liquidan el lucro cesante a razón de $ 878,76 mensuales, cuota ésta que en su concepto debe correr desde la fecha de la ocupación hasta que se verifique el pago de la zona expropiada.

Concepto de la Fiscalía

Correspondió al Fiscal 2º del Consejo de Estado formular el alegato de fondo en esta controversia. Esta pieza procesal, visible a folios 52 a 54 del C. Nº 1, dá cuenta de que dicho funcionario considera que el actor ha logrado probar satisfactoiramente: la propiedad que tiene hoy la sucesión de doña Isabel Sosa de Rico sobre el lote de terreno descrito en la demanda y por ende sobre la parte de dicho inmueble que fue ocupada con la obra de la Autopista; la suficiencia del título aducido por los actores; la identidad del predio en cuestión y de la zona ocupada, y finalmente, el carácter de obra pública de la Autopista Bogotá-Puente del Común y que fue el Ministerio de Obras Públicas la entidad que ordenó la ejecución de dicha obra.

Pero observa más adelante que existe una apreciable diferencia entre el área ocupada de que trata la certificación del Ministerio de Obras Públicas y la determinada por los peritos. En efecto, éstos hallaron que la zona de ocupación mide 5.858,43 varas cuadradas, en tanto que el Ministerio de Obras Públicas certifica que el área en referencia fue de 2.453,31 metros cuadrados, equivalentes a 3.833,29 varas cuadradas, estableciéndose así una diferencia entre dichas dos áreas de 2.025,14 V2. Frente a esta circunstancia, estima la Fiscalía que el área que debe tenerse en cuenta es la certificada por el Ministerio, por estar calculada de acuerdo con los planos oficiales elaborados para la obra de la Autopista. No obstante, sugicre al Consejo de Estado que se pida por medio de auto para mejor proveer, al Ministerio de Obras Públicas explique el por qué de tal diferencia.

Así se hizo en efecto. El Consejo de Estado, en auto de 22 de noviembre de 1954 (folio 55 Cuaderno Nº 1) ordenó enviar el expediente al Ministerio de Obras Públicas, "a fin de que por quien corresponda se haga el estudio sugerido por el Fiscal en su vista de fondo... y se manifieste lo que se estime conveniente, acompañando las pruebas que fundamenten sus conclusiones..."

El Ministerio, en oficio Nº 0859 de 13 de diciembre siguiente, (folio 57 Cuaderno Nº 1) se limitó a contestar lo siguiente:

"Al respecto me permito informar que la zona que estuvo destinada al Ferrocarril del Norte no está incluída en el área que se especifica en la certificación de los folios 26 vuelto y 27".

Como el H. Consejo de Estado estimó que la anterior información del Ministerio no despejaba la duda planteada, dictó un nuevo proveído, con fecha 16 de febrero de 1955, que dice:

"1) Solicítese al Ministerio de Obras Públicas —Departamento Jurídico—, certificación acerca de si los trabajos de la llamada Autopista Bogotá-Puente del Común comenzaron en la calle 76 o en la calle 77 de esta ciudad.

"2) Igualmente pídase a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá certificación acerca de la fecha en la cual el Municipio amplió la Avenida 13, entre calles 76 y 77".

La parte demandante solicitó que el despacho a librar al Ministerio de Obras Públicas de acuerdo con el auto anterior, fuese adicionado en el sentido de pedir que dicha entidad enviara copia auténtica del plano elaborado para los trabajos de la Autopista, "copia que debe comprender el trayecto entre las calles 76 y 77 de la carrera 13

o Avenida Caracas, o sea el punto de partida de la Autopista; y que se certifique por el Ministerio si es verdad que los trabajos de la citada Autopista comenzaron en el punto marcado en dicho plano con las letras K-O y si esas letras significan "kilómetro cero".

El despacho se libró con la adición solicitada, y a él contestó el Ministerio de Obras Públicas por medio de certificado visible al folio 75 del cuaderno Nº 1:

"1º Que de conformidad con el inciso 2º del Artículo 1º del Decreto Nº 2268 de 23 de septiembre de 1952, la zona de influencia de la Autopista "Paseo de los Libertadores" que une a Bogotá con el Puente del Común por la antigua zona del Ferrocarril del Norte, comienza en la calle 77 de esta ciudad.

"2º Que, la mencionada vía no comienza en el punto marcado en el plano respectivo, cuya copia se acompaña a la presente calificación (sic), con las letras K-O; y

"3º Que las letras "K-O" del referido plano significa kilómetro cero", pero la Autopista, según aparece del plano adjunto, comienza en la **abcisa KO-079.70, señalada en el mismo plano, sitio de empalme de la Avenida 13 con la propia autopista".**

Por su parte, la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial de Bogotá dio la siguiente respuesta:

"Me permito informarle que no fue el Municipio de Bogotá quien ejecutó la obra de ampliación de la Avenida 13 entre calles 76 y 77, sino el Ministerio de Obras Públicas, por consiguiente es a éste a quien corresponde dar la información solicitada". (Folio 67 del Cuaderno Nº 1)

El plano enviado por el Ministerio de Obras Públicas a solicitud del Consejo de Estado, se halla al folio 66 del Cuaderno Nº 1

A solicitud de la parte actora, y ordenado por auto de 21 de mayo de 1955, dirigió el H. Consejo de Estado un nuevo despacho, marcado con el Nº 59, al Ministerio de Obras Públicas, para que se sirviera aclarar el certificado que se acaba de transcribir "en el sentido de que esa entidad administrativa diga si por su cuenta se hizo o no la ampliación de la Avenida 13 entre calles 76 y 77".

Con referencia al nuevo despacho, se expidieron en el Ministerio estas dos certificaciones:

De la Sección Administrativa: "Que el Ministerio de Obras Públicas pagó a los Contratistas PARDO, RESTREPO Y SANTAMARIA, con fondos del Contrato las obras de ampliación de la Avenida 13 entre calles 76 y 77, exceptuando el valor del andén correspondiente al frente de el Norte donde funcionaba "La Gallera", valor que fue pagado por la propietaria de dicho lote".

Del Abogado Jefe de la Sección Jurídica: "Que por acuerdo celebrado a principios del año de 1952 entre el Ministro de Obras Públicas, entonces doctor Jorge Leiva y el Alcalde de Bogotá, entonces doctor Santiago Trujillo Gómez, con asistencia del Secretario de Obras Públicas Municipales, en esa época doctor Pedro Valenzuela, se convino que las obras de la Avenida 13 entre calles 76 y 77 de Bogotá se ejecutaran como del Ministerio en zonas de terreno aportadas por el Municipio de Bogotá, quedando el derecho para el Municipio de cobrar a los propietarios de los predios vecinos el costo de tales obras".

Ampliación del dictamen pericial

En este estado de la relación de las pruebas allegadas a la presente controversia, conviene registrar el hecho de que el H. Consejo de Estado, en cumplimiento de la sentencia proferida por la Corte en Pleno con fecha 20 de junio de 1955, por la cual se declaró la inexequibilidad del Art. 269 de la Ley 167 de 1941, y de parte de otras disposiciones del capítulo XXII de dicho estatuto legal, dispuso el envío de este juicio a la justicia ordinaria (Tribunal Superior de Bogotá), por razón de competencia.

Posteriormente, de acuerdo con lo ordenado en el Decreto-Ley Nº 293 de 15 de febrero de 1956, que atribuyó el conocimiento de los negocios pendientes en el H. Consejo de Estado relacionados con la ocupación permanente de la propiedad con trabajos públicos, a la Sala de Negocios Generales de la Corte, el Tribunal Superior de Bogotá dispuso enviar el negocio a esta Sala, donde continuó la tramitación del juicio.

Al realizarse el estudio del negocio para formular el correspondiente proyecto de sentencia, estimó la Sala conveniente, para fallar con mayor acierto, practicar la ampliación del dictamen pericial rendido ante el H. Consejo de Estado, a fin de que se despejaran las dudas planteadas a lo largo de las certificaciones y notas que se han relacionado últimamente. El objeto de la ampliación lo determinó la Sala en auto de 18 de octubre de 1956, con base en la facultad contenida en el inciso 2º del Art. 719 del Código Judicial, del siguiente modo:

"a) Si dentro de la zona ocupada en el lote de terreno a que se refiere la demanda, y que aparece alindada en el dictamen pericial, existe una parte que no corresponde a la obra pública cono-

cida con el nombre de Autopista Bogotá-Puente del Común, sino a la ampliación de la Avenida 13;

"b) Si así fuere, determinar el área de cada una de las dos partes ocupadas;

"c) Hacer la descripción detallada de cada uno de los sectores de ocupación;

"d) Determinar el valor de la zona que corresponde a la Autopista Bogotá-Puente del Común, de acuerdo con el precio unitario tenido en cuenta en el dictamen anterior".

La exposición de los peritos es bastante extensa, y por tanto, la Sala se limitará a tomar de ella las partes que sirven de conclusión respecto a cada uno de los cuatro puntos señalados como fundamento de la ampliación en el auto transcrito.

Punto a) "La obra de la autopista por su calidad de vía de acceso a la ciudad lógicamente tenía que empalmar con una urbana, es decir, ser prolongación de una de las vías públicas de la ciudad.

"Ese empalme o conexión entre la autopista y la vía urbana —necesario para que aquélla prestara su servicio natural— podría producirse en dos maneras: realizando la obra de la autopista exclusivamente hasta el punto preciso en que empalmara con la respectiva vía urbana o, si las circunstancias de la vía urbana con la cual se hiciera el empalme lo requerían, avanzando la obra nueva hasta donde fuera necesario en el curso de la vía urbana con la cual se hiciera el empalme... Hubiera sido absurdo construir una autopista amplia y de varias pistas que empalmara con una callejuela urbana apta para el tránsito de vehículos en un solo sentido por ser muy angosta. En tal evento la obra de la autopista requería, en forma necesaria, la ampliación de la vía de empalme.

"... ... ...

"Conforme a dichos planos (de la Autopista hechos por el Ministerio de Obras Públicas) las obras proyectadas debían realizarse, es decir, fueron proyectadas a partir del sitio que en tales documentos se señala con la indicación K O (kilómetro cero.) Personalmente hemos verificado sobre el terreno el hecho concreto de que el sitio marcado en los planos K O corresponde a la intersección de la carrera 13 con la calle 76 y de allí en adelante, siguiendo hacia el norte, se realizó la obra proyectada por el Ministerio de Obras Públicas, para lo cual se ocupó un área de 3.749,40 metros del terreno materia del litigio.

"... ... ...

"La necesidad de que en el proyecto de la autopista se incluyera la construcción del sector comprendido entre los puntos K O y K O — 079.70, no fué, a nuestro juicio, una cuestión caprichosa. Obedecía a una necesidad. En efecto: en las diferentes visitas que hemos practicado al terreno objeto del litigio hemos podido apreciar, por las edificaciones que dan frente a la Avenida 13 y por la edad y desarrollo de los árboles existentes en ella, que esa Avenida terminaba en su intersección con la calle 76, siguiendo de allí en adelante la zona del antiguo Ferrocarril del Norte. En consecuencia, si la obra de la autopista hubiera comenzado en la "Plaza para el Monumento a los Héroes" (punto K O — 79.70 del plano) y no en el punto K O (intersección de la Avenida 13 con la calle 76), como se proyectó y realizó, habría sido una obra trunca, que no daría acceso a la ciudad sino en pésimas condiciones.

"En todas las razones que preceden nos fundamos para afirmar en nuestro dictamen primitivo que la totalidad del terreno ocupado (3.749, 40 mts2) lo habían sido por la obra de la autopista a Chía, hoy al puente del Común.

". ... ...

"El dato contenido en el oficio Nº 0859 de 13 de diciembre de 1954 originario del Ministerio de Obras Públicas no afecta nuestra conclusión ya que se limita a precisar que en la certificación expedida por ese despacho sobre área ocupada no está incluída la zona que estuvo destinada al Ferrocarril del Norte, inclusión que tampoco hicimos nosotros como peritos.

"... ... ...

"A la obra realizada por el Ministerio en el sector comprendido entre los puntos K O y K O — 79.70 del plano, o sea, al que queda actualmente entre las calles 76 y 77 le dá la nota la denominación de "obra de ampliación de la Avenida 13", denominación o calidad que en nuestro concepto no altera el hecho manifiesto verificado por nosotros, de que tal obra fue proyectada por el Ministerio de Obras Públicas como integrante del proyecto de la Autopista, y luego realizada por ese mismo Ministerio de acuerdo con el proyecto.

"El certificado expedido por la Sección Administrativa del Ministerio de Obras Públicas se limita a establecer que la obra realizada por el Ministerio de Obras Públicas entre las calles 76 y 77 fue pagada por ese mismo Ministerio, excepción hecha de un andén que pagó un particular. Por ello, lejos de alterarla, confirma la conclusión de nuestro dictamen".

Refiriéndose a lo certificado por el Ministerio

de Obras Públicas en relación con el Acuerdo celebrado entre el Alcalde de Bogotá, entonces el Dr. Trujillo Gómez y el Ministro de Obras Públicas en la época, Dr. Jorge Leyva sobre ampliación de la Avenida 13, conceptúan los peritos:

"Este certificado confirma a nuestro juicio la apreciación en que basamos nuestro dictamen.

"En efecto :el Ministerio de Obras Públicas al proyectar la autopista o Avenida de los Libertadores, consideró que era necesario para la realización de esa Avenida ejecutar obras desde la calle 76 y por ello en sus planos de la Autopista incluyó la obra que debía hacerse a partir de esa calle, esto es, desde el punto K O del plano, hasta el punto K O — 079.70 del mismo plano, hoy calle 77. El convenio a que se refiere el certificado establece que tanto el Ministro como el Alcalde estuvieron de acuerdo en la necesidad de construír esas obras y que acordaron concretamente que las realizara, no el Municipio, sino el Ministerio con sus propios fondos, es decir, la Nación con fondos nacionales. Este convenio, como ya lo dijimos, confirma nuestra apreciación de que los terrenos ocupados a que se refiere el litigio, lo fueron, en su totalidad, para realizar las obras que proyectó el Ministerio de Obras Públicas para la construcción de la Autopista, las cuales fueron todas construídas y costeadas por la Nación inclusive las previstas entre los puntos K O — 079.70 del plano (Hoy entre calles 76 y 77).

Consideraciones de la Sala

Fundamentos de la acción — De acuerdo con lo previsto en el Art. 264 de la Ley 167 de 1941, los elementos esenciales de las acciones indemnizatorias provenientes de la ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos, son: "el carácter o título con que la indemnización se reclama, el hecho que la causa, el funcionario o agente público que hubiere ordenado la ocupación o causado el daño, y el monto de la indemnización que se reclama".

Del estudio de las probanzas aducidas al juicio se deduce claramente: a) Los actores han probado la propiedad que hoy tiene la sucesión aún ilíquida de la señora Isabel Sosa de Rico sobre el lote de terreno adquirido por don Faustino Rico por medio de la escritura pública Nº 1964 de la Notaría Primera de Bogotá, fechada el 15 de junio de 1939, traída en copia debidamente registrada; este título está amparado por el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, según el cual el registro de dicho instrumento no ha sido cancelado por ninguno de los medios reconocidos por la ley; este certificado sobre suficiencia del título invocado por los actores cubre un tiempo mayor de 20 años; está probado con este mismo certificado y con la copia del auto de apertura del juicio de sucesión de la señora Isabel Sosa de Rico, que esta sucesión tiene como bien relicto el inmueble de que trata la demanda, y que en el juicio sucesorio respectivo, abierto en el Juzgado 5º Civil de este Circuito, fueron reconocidos como herederos de la extinta señora Sosa de Rico, los demandantes Faustino Rico, Faustino Hernando, Luis Enrique y Jorge Humberto Rico Sosa. b) Está igualmente probado que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Obras Públicas ocupó material y definitivamente la mayor parte del lote de terreno de la sucesión de la señora Isabel Sosa de Rico, para destinarlo a las obras de construcción de la vía pública conocida con el nombre de Avenida de Los Libertadores o Autopista Bogotá-Puente del Común; c) tanto el lote alindado en el título de propiedad de los demandantes, como la zona afectada por la ocupación fueron debida y satisfactoriamente identificados; y d) Se fijó pericialmente el área de ocupación y se determinó del mismo modo su valor.

Por otra parte, mediante la certificación allegada a los autos el 11 de los corrientes, expedida por el Ministerio de Obras Públicas (folio 20 de este cuaderno), se establece que "por informes suministrados por la firma Pardo, Restrepo y Santamaría Limitada, contratistas para la construcción de la Autopista "PASEO DE LOS LIBERTADORES", dicha zona fue ocupada probablemente durante los meses de noviembre o diciembre de 1952". Con este comprobante se tiene que la demanda fue formulada dentro del término legal.

Si, pues, están satisfactoriamente demostrados por el actor los presupuestos básicos de la acción indemnizatoria de que se trata, lo procedente es pasar al análisis de estas dos cuestiones complementarias para decidir de la presente controversia:

1º Si el área que debe tenerse en cuenta para liquidar la indemnización es la conceptuada por los peritos, o si, como lo ha pedido el Fiscal del H. Consejo de Estado, el área verdadera para los fines del presente fallo debe ser la certificada por el Ministerio de Obras Públicas; y

2º Si el avalúo dado por los peritos a la zona

por ellos determinada tiene suficiente fundamentación.

En el primer dictamen pericial se expresa que tomadas por los expertos con la mayor precisión posible las medidas y cálculos de la superficie de la zona materia de la ocupación, dieron por resultado que la extensión de ese terreno es de 3.749,40 metros cuadrados, que convertidos a varas cuadradas da un total de 5.858,43 varas cuadradas.

Al observar los mismos peritos que este resultado arroja una considerable diferencia con el área certificada por el Ministerio de Obras Públicas, de 2.453,31 metros cuadrados, o sean 3.833.39 varas cuadradas, hicieron notar que algún funcionario del Ministerio les había manifestado que parte del terreno ocupado debía pagarlo el Municipio de Bogotá, "teniendo en cuenta lo que corresponde a la calle o vía y lo que es la plazoleta inmediata al monumento proyectado".

El Ministerio Público, como ya se vio atrás, hizo idéntica observación, por lo cual tanto el H. Consejo de Estado como esta Sala dictaron varias providencias tendientes a esclarecer ese problema.

De las certificaciones e informes recibidos sobre el particular y de la ampliación del dictamen pericial ordenada con el mismo fin, se aclaró:

Que en un acuerdo celebrado entre el Ministro de Obras Públicas y el Alcalde de Bogotá, se convino en que el Municipio aportaría los terrenos necesarios para la ampliación de la Avenida 13 en el sector de empalme con la Autopista Bogotá Puente del Común, "quedando el derecho para el Municipio de cobrar a los propietarios de los predios vecinos el costo de tales obras".

Ya se vio también de las transcripciones que se han hecho de los conceptos emitidos por los peritos en la ampliación de su dictamen, que dichos expertos consideran como hecho incuestionable que los trabajos realizados por el Ministerio de Obras Públicas debieron avanzar hacia el sur hasta la calle 76, a partir del kilómetro cero (0) más 079.7), fijado como punto de partida de la Autopista en los planos de la obra, por la sencilla razón de que de no haberlo hecho así "hubiera sido un absurdo construír una autopista amplia y de varias pistas que empalmara en una callejuela urbana apta para el tránsito de vehículos en un solo sentido por ser muy angosta..."

En realidad de verdad, y ello consta no solamente en los planos sino en otros elementos de juicio que obran en el expediente, resulta claramente establecido que fue el Ministerio de Obras Públicas la entidad que realizó los trabajos de ampliación de la Avenida 13 para lograr el empalme de esta vía con la Autopista, trabajos con los cuales se ocupó parcialmente el lote de terreno materia de la demanda, en extensión de 5.858,43 varas cuadradas.

No existe en los autos prueba alguna, a excepción de lo afirmado por el Ministerio de Obras Públicas sobre el convenio habido entre el Ministerio del ramo con el Alcalde de Bogotá en relación con la ampliación de la Avenida 13, entre calles 76 y 77 de esta ciudad, de que los trabajos públicos de que habla la demanda, se hubiesen ejecutado por entidad distinta del expresado Ministerio.

De ahí que la Sala encuentre perfectamente fundado el concepto de los peritos de que "el convenio a que se refiere el certificado establece que tanto el Ministro como el Alcalde estuvieron de acuerdo en la necesidad de construír esas obras y que acordaron concretamente que las realizara, no el Municipio sino el Ministerio con sus propios fondos, es decir, la Nación con fondos nacionales. Este convenio, como ya lo dijimos, confirma nuestra apreciación de que los terrenos ocupados a que se refiere el litigio, lo fueron, en su totalidad, para realizar las obras que proyectó el Ministerio de Obras Públicas para la construcción de la Autopista, las cuales fueron todas construídas y costeadas por la Nación inclusive las previstas entre los puntos K O — 079.70 del plano (hoy entre calles 76 y 77)".

Por lo demás, el propio Ministerio de Obras Públicas afirmó en certificado ya relacionado anteriormente, que "pagó a los contratistas PARDO, RESTREPO Y SANTAMARIA, LIMITADA con fondos del contrato las obras de ampliación de la Avenida 13 entre calles 76 y 77..."

Para que pudiese prosperar la alegación del Ministerio Público, según la cual la ocupación imputable a la Nación vendría a reducirse a lo certificado por el Ministerio de Obras Públicas, sería indispensable que la parte demandada hubiese aportado la prueba de tal excepción: el contrato de delegación para la ejecución de las obras de ampliación de la Avenida 13 y los Acuerdos y Decretos que hubiesen autorizado ese acto administrativo.. Y ya se ha dicho que tales elementos de prueba no han sido allegados al expediente.

Pasa, en consecuencia, la Sala a estudiar la fundamentación del avalúo pericial de la zona

de 5.858,43 varas cuadradas cercenadas al predio de propiedad de los actores.

Ya se vio, al relacionar el dictamen pericial en referencia, que los expertos tuvieron en cuenta "la magnífica ubicación del terreno, las manifiestas facilidades para su urbanización, los avalúos practicados en terrenos cercanos y el precio de venta que tienen igualmente algunos lotes en el mismo sector", para determinar el valor unitario de la vara cuadrada en la época de la ocupación, que es de $ 30.00 cada una".

Este concepto, adoptado de común acuerdo por los expertos, tiene fuerza probatoria suficiente, con tanto mayor razón cuanto que tal apreciación no ha sido objeto de reparo alguno por las partes litigantes.

Se tiene entonces, como producto de multiplicar las 5.858,43 varas cuadradas por $ 30.00 la suma de $ 175.752,90 que es el valor que la Nación debe pagar a los demandantes por concepto de la zona de terreno a éstos ocupada.

Resta considerar lo que se refiere a los perjuicios derivados del lucro cesante.

De las probanzas allegadas al expediente, como bien puede observarse de la relación hecha en esta providencia, no aparece en manera alguna demostrado que los actores mantuviesen explotación de ningún género en el terreno materia de la litis, que de él derivasen alguna renta, como la proveniente de arrendamiento del predio u otra semejante.

En tales circunstancias, y de acuerdo con constante jurisprudencia de la Corte, la súplica referente a la indemnización correspondiente al lucro cesante no está, en este caso, llamada a prosperar.

Finalmente, como en el presente caso los demandantes reciben el beneficio de la valorización del resto del predio de su propiedad con la construcción de la Autopista Bogotá-Puente del Común, es claro que del monto de la indemnización debe deducirse el 20% de que trata el Art. 268 del CC. Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Primero: Declárase que con los trabajos públicos de construcción de la Autopista del Norte Bogotá-Puente del Común, y de ampliación de la Avenida 13 entre calles 76 y 77 de esta ciudad, la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas— ocupó material y definitivamente la zona de terreno de que trata la demanda que dio origen a la iniciación del presente juicio, con el área y ubicación en éste establecidas, de propiedad de la sucesión de la señora Isabel Sosa de Rico, representada por los herederos Faustino Rico (Cónyuge supérstite), Faustino Hernando, Luis Enrique y Jorge Humberto Rico Sosa.

Segundo: Consecuencialmente, condénase a la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas— a pagar a la expresada sucesión, el valor de los perjuicios que se le ocasionaron a dicha sucesión, con la aludida ocupación material, o sea la cantidad de CIENTO CUARENTA MIL SEISCIENTOS DOS PESOS con TREINTA Y DOS CENTAVOS ($ 140.602,32) moneda corriente, resultante de restar de la cantidad de ciento setenta y cinco mil setecientos cincuenta y dos pesos con noventa centavos ($ 175.752,90), la suma de treinta y cinco mil ciento cincuenta pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 35.150,58) valor del 20% deducible por concepto de valorización del predio que quedó libre de la ocupación. La suma de ciento cuarenta mil seiscientos dos pesos con treinta y dos centavos ($ 140.602,32) representa el valor líquido de la indemnización por concepto del valor del terreno ocupado.

Tercero: Dentro del término de treinta (30) días, contados desde la ejecutoria de este fallo, el Ministerio de Obras Públicas dictará la Resolución competente en la cual se adopten las medidas necesarias para el pago de la suma de dinero de que trata el numeral segundo precedente. (Art. 121 del CC Administrativo).

Cuarto: Simultáneamente con el pago ordenado en el punto segundo precedente, la parte demandante otorgará a la Nación Colombiana la correspondiente escritura pública de venta de la zona de terreno de que trata el punto primero de esta sentencia.

Quinto: Absuélvese a la Nación Colombiana de los demás cargos formulados en la demanda.

No hay lugar a costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Con salvedad, Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CAMILO RINCON LARA

Se deniega, en el precedente fallo, la condenación al pago del lucro cesante, expresamente demandado por el actor. Y las razones que para esa denegación sostiene la mayoría de la Sala, están consignadas en los siguientes párrafos:

"De las propanzas allegadas al expediente, como bien puede observarse de la relación hecha en esta providencia, no aparece en manera alguna demostrado que los actores mantuviesen explotación de ningún género en el terreno materia de la litis, que de él derivasen alguna renta, como la proveniente de arrendamiento del predio u otra semejante.

"En tales circunstancias, y de acuerdo con constante jurisprudencia de la Corte, la súplica referente a la indemnización correspondiente al lucro cesante no está, en este caso, llamada a prosperar.

"En otros muchos negocios en los cuales han sostenido y aplicado mis distinguidos colegas de Sala la tesis enunciada en los apartes transcritos, he salvado mi voto a este respecto, porque he considerado y sigo considerando que al tenor del art. 1613 del CC. la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante de manera que, en casos como el de autos, si se condena al pago del primero, se impone legalmente la condenación al pago de dicho lucro que está representado por los intereses legales sobre la suma en que se aprecia el daño emergente. Así pues, la salvedad de mi voto al fallo precedente, que ahora formulo, se apoya en consideraciones de orden legal y jurídico repetidas veces expuestas por mí en otros juicios y que ahora me permito reproducir para dejar suficientemente aclarados los motivos de mi respetuoso disentimiento con el fallo proferido hoy en este negocio.

"En fallo de casación de 1º de julio de 1943 (G. J. Nº 1998-1999, páginas 593 a 598) dijo la Corte que ante la imposibilidad de fijar las bases para que el monto del lucro se determine por el procedimiento que señala el artículo 553 del CJ. "ese lucro cesante está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente".

"La Corte, al sentar esta doctrina, lo hizo con criterio muy distinto al que tienen hoy, sobre la misma cuestión, mis honorables colegas de Sala, pues en tanto que éstos estiman indispensable la comprobación del lucro cesante, en aquélla se consideró, no obstante la desestimación de la cuantía asignada a dicho lucro por los peritos, que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, y en tal forma se hizo la condena, para lo cual se tuvo en cuenta que el dueño de una cosa dañada u ocupada deja de reportar utilidades o ganancias desde el día del daño o de la ocupación. Tal es, exactamente, lo que ocurre en el caso de autos, porque desde la ocupación del inmueble por parte de la Nación se privó al dmandante del goce de su propiedad y consecuencialmente se le privó del aprovechamiento o utilidad que derivaba o estaba en condiciones de derivar de aquella propiedad. Esta deducción se hace inobjetable al considerar que de haberse llevado a cabo legalmente la expropiación, la entidad demandada habría pagado previamente la plena indemnización y el demandante hubiera podido utilizarse de esa suma.

"De otra parte no podría sostenerse que los intereses legales sólo serían causables desde la ejecutoria del fallo que decreta la indemnización del daño emergente, porque la obligación de la entidad demandada surgió desde el momento mismo en que se ocupó la propiedad; y porque ha de tenerse en cuenta el principio que informa algunas reglas relativas a las prestaciones mutuas con motivo de la acción de dominio, como las del art. 964 del CC. puesto que el poseedor vencido es obligado a restituír los frutos naturales y civiles que se hubieren percibido antes c después de la demanda, según sea poseedor de mala o buena fe.

"Fuera de esto, se incurriría en ostensible contrasentido si al acudir a la fijación del tipo de interés legal por imposibilidad de fijar las bases para determinar el monto del lucro cesante, se exigiera a la vez la comprobación de aquellas bases.

"La suma en que se estima el inmueble ocupado es, desde el momento de la ocupación, una deuda a cargo del ocupante y a favor del propietario sobre la cual, como es obvio, debe aquél intereses legales hasta la fecha de su cancelación.

Ese tipo de interés se ha fijado para aplicarlo cuando no existe convención o estipulación al respecto (art. 1617 del CC.) y por lo mismo no constituye un hecho, por decirlo así, que exija comprobación distinta a la de la obligación que lo origina.

"La doctrina de la Corte, atrás citada, de fecha 19 de julio de 1943, fué aplicada por esta Sala en el juicio de Manuel M. Peraza contra el Municipio de Bogotá, (G. J. Nº 2171-72-73, pág. 649); en el de Mauricio Alvarez Correa contra la Nación (G.. J. Nº 2157-58, página 332) y en el de Silena Sardi de Tenorio contra la Nación, (G. J. Nº 2170, página 361). Al fallo dictado en este último negocio pertenece el siguiente párrafo:

"Teniendo en cuenta que como principio general, de acuerdo con la Constitución Nacional, el valor de la zona de terreno ocupada ha debido ser cubierto con anterioridad a la ocupación y que la indemnización de este factor no es propiamente una recompensa por los perjuicios sufridos sino que corresponde al valor o precio del terreno en disputa, resulta procedente el reconocimiento de intereses a la rata legal, para compensar el lucro cesante".

"Por todas estas razones considero que en el presente negocio ha debido condenarse al pago del lucro cesante, representado por los intereses legales del monto en que se estimó el inmueble ocupado". — Fecha ut-supra.

Camilo Rincón Lara

EL CONTRATO SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS NO ES PROPIAMENTE UN GENUINO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. — PERIODOS DE EXPLORACION Y DE EXPLOTACION.—CANONES SUPERFICIARIOS EN LOS MISMOS Y REINTEGRO DEL VALOR DE ESTOS

1.—Como lo ha dicho la Corte, los contratos para la explotación del petróleo que pueda hallarse en un terreno dado, no pueden calificarse judicialmente y con carácter obligatorio de contratos de arrendamiento, porque entre ellos existen sustanciales diferencias. Así, es de la esencia de los contratos de arrendamiento que la cosa arrendada no sea fungible, y es obvio que la explotación de yacimientos petrolíferos no puede hacerse sino mediante la extracción del petróleo, la que va causando la destrucción de los mismos yacimientos. De otra parte, como también lo sostiene la Corte, siendo conmutativo el contrato de arrendamiento, supone necesariamente el pago de un precio, y éste, en las concesiones de exploración y explotación de petróleos en las cuales se da al Estado un porcentaje del producto líquido explotado, deja de tener existencia cuando la explotación no da producto líquido alguno. Además, "no es normal en el arrendamiento la obligación a cargo del arrendatario de explotar y gozar así de la cosa arrendada, al paso que sí es normal en el contrato sobre explotación de minas a base de participación en los productos como precio para el que hace la concesión, la obligación que pesa sobre el concesionario de explotar las minas objeto de aquel contrato". (Fallo, septiembre 20 de 1944, G. J. número 2016, pág. 492). Por esto se ha dicho que esta clase de concesiones son convenios o contratos administrativos sui generis, los cuales es preciso interpretar teniendo en cuenta su especialísima finalidad.

Corrobora esta tesis la disposición contenida en el artículo 219 del C. de Petróleos (Decreto 1056 de 1953).

De lo anterior se deduce que uno es el contrato de arrendamiento y otro el de explotación de yacimientos petrolíferos.

2.—En orden a las estipulaciones contractuales contenidas en las concesiones petrolíferas, la ley estableció dos períodos: el de exploración y el de explotación, cuyas solas denominaciones hacen ver la diferencia que los distingue, porque el primero atañe a la búsqueda y localización del petróleo y sus derivados, y el segundo a la extracción de tales yacimientos. Por esto, precisamente, el legislador diferenció también los cánones superficiarios en dichos períodos, de tal suerte que el de exploración se fija, según la ubicación de los terrenos de la concesión, en escala ascendente desde diez centavos por hectárea, y de explotación en "el equivalente a la mitad del que correspondió al año anterior a aquel en el cual se inicie la explotación" (artículo 26 del C. de Petróleos). Esta progresión en la cuantía de los cánones de exploración, así como la disminución en las anualidades de explotación, está demostrando que el concedente tiene primordial interés en que ésta se inicie en el menor tiempo posible, desde luego que entre más años se prolongue la exploración es mayor el canon, y una vez iniciada la explotación el canon se reduce.

Se tiene entonces que encontrándose clara y legalmente determinados los dos períodos en referencia y sus respectivos cánones, no es jurídico confundirlos en ninguna forma ni para ninguno de sus efectos, porque ello equivaldría a la configuración de un período mixto que la ley no establece.

El período inicial de la exploración no es un término que obligtaoriamente deba agotar el concesionario para dar principio a los trabajos de explotación, ya que por expresa disposición legal él tiene derecho a prórrogas ordinarias y extraordinarias de aquel período, y facultad para iniciar la explotación en cualquier tiempo del mismo.

Cuando la explotación se inicia antes del vencimiento de cualquiera de los períodos de exploración, el plazo de aquella se cuenta desde dicha iniciación. Así lo estatuía el

ya citado artículo 56 del Decreto 1270 de 1931, y así lo dispone el artículo 23, inciso 9º del C. de Petróleos.

Si, pues, la ley no establece períodos mixtos, sino que especifica los dos únicos de exploración y explotación y de igual manera fija para cada uno de ellos los cánones superficiarios, y si el plazo de explotación, al iniciarse ésta antes del vencimiento del período de exploración, se cuenta desde esa iniciación, lógicamente se deduce que en este evento el período de exploración deja de tener existencia legal y por ende desaparece también la causa del canon correspondiente a dicho período.

3.—Conforme al artículo 26 del C. de Petróleos los cánones se causan y se pagan por anualidades anticipadas, de acuerdo con una tarifa que sólo tiene en cuenta la anualidad de que se trate y el número de hectáreas contratadas; y que por ello únicamente en los casos de devolución de lotes hecha dentro de los primeros quince días de la respectiva anualidad tiene derecho el contratista al reintegro proporcional del canon pagado por el número de hectáreas devueltas.

Cuando los lotes se devuelven pasado el término que para ello fija expresamente la ley, o cuando se renuncia la concesión, es claro que no hay razón para reintegrar el valor de los cánones porque, en el primer caso, el concesionario, al dejar vencer aquel término, a sabiendas de los efectos que le asigna la ley, se somete voluntariamente a la pérdida del canon pagado por las hectáreas extemporáneamente devueltas; y en el segundo, en virtud de la facultad que el mismo concesionario tiene para renunciar el contrato, también se sujeta a la pérdida si para dicha renuncia escoge cualquier fecha ya avanzada de una anualidad.

No hay que perder de vista que en el caso contemplado por el artículo 150 del C. de Petróleos la disminución de los cánones se motiva por reducirse el elemento físico que da lugar a ellos, es decir el área de la concesión, mediante la entrega de los lotes que el concesionario desiste de explorar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiseis de julio de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

— I —

El apoderado especial de la Concesionaria de Petróleos Shell-Cóndor S. A. demandó a la Nación, ante esta Sala de Negocios Generales, el 12 de diciembre de 1956, para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hagan, en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"1º—Que la Concesionaria de Petróleos Shell-Cóndor S. A., como titular del contrato de concesión nacional llamado San Pablo y que consta en la escritura pública número 3138 de 26 de junio de 1953 de la Notaría Cuarta de Bogotá, tiene derecho al reintegro de $ 25.792.58 moneda corriente del canon superficiario correspondiente al tiempo no corrido de la tercera anualidad del período de exploración de la Concesión en referencia, o sea del 30 de noviembre de 1955 al 8 de junio de 1956, en virtud de haber entrado en el período de explotación con fecha 30 de noviembre de 1955, y en consecuencia debe ordenarse la devolución de dicha suma.

"2º—En subsidio solicito que la suma correspondiente a la rebaja proporcional del canon superficiario referente al tiempo no corrido de la tercera anualidad del período de exploración sea imputada o abonada al pago de los futuros cánones superficiarios del período de explotación.

"3º—Que por tanto, son nulas las resoluciones 954 de 27 de diciembre de 1955, en su numeral segundo y la resolución número 419 de 18 de mayo de 1956, expedidas por el Ministerio de Minas y Petróleos en cuanto niegan la devolución o la imputación o reintegro solicitados correspondiente al tiempo expresado".

Los hechos fundamentales de la demanda fueron puntualizados así:

"1º—La Compañía de Petróleo del Cimitarra celebró con el Gobierno Nacional un contrato para la explotación del petróleo que pueda hallarse en un globo de terreno ubicado en jurisdicción de los municipios de Simití (Bolívar), Remedios (Antioquia), y Puerto Wilches (Santander), contrato que consta en la escritura pública número 3.138 de 26 de junio de 1953 de la Notaría Cuarta de Bogotá y que se halla publicado en el **Diario Oficial** número 28.288 de 5 de septiembre de 1953, y que se denomina 'Concesión San Pablo'.

"2º—Este contrato fue traspasado a la Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor y el traspaso aceptado por el Gobierno Nacional por resolución número 134 de 8 de febrero de 1954, publicado en el **Diario Oficial** número 28.472 de 7 de mayo de 1954.

"3º—La fecha inicial de este contrato es el 8 de junio de 1953 día de la notificación de su aprobación al señor Fiscal del Consejo de Estado, según aparece en el punto séptimo de la escritura número 3.138 citada, y por tanto el primer año de exploración principió en la fecha anotada y terminó el día 7 de junio de 1954; el segundo, principió el 8 de junio de 1954 y terminó el 7 de junio de 1955.

"4º—El tercer año de exploración principió el 8 de junio de 1955 y debía terminar normalmente el 7 de junio de 1956.

"5º—El 30 de noviembre de 1955 se inició el período de explotación de la Concesión San Pablo, según consta en la resolución número 869 de 29 de noviembre de 1955, publicada en el Diario Oficial número 29.044 de 28 de mayo de 1956.

"6º—Del tercer año de exploración solamente corrieron ciento setenta y cinco días, antes de iniciarse el período de explotación.

"7º—En Resolución número 485 de 12 de julio de 1955 se hizo la liquidación del canon correspondiente a la tercera anualidad del período de exploración del contrato en referencia, en la suma de $ 49.894.70 moneda corriente.

"8º—En recibo número 12.192 de 16 de julio de 1955 consta el pago total que hizo la Compañía del canon liquidado, correspondiente a la tercera anualidad del contrato en el período de exploración.

"9º—En memorial de 7 de diciembre de 1955 el apoderado de la Compañía pidió que una vez liquidado el canon superficiario correspondiente al primer año de explotación de la Concesión San Pablo se imputara a buena cuenta o se ordenara la devolución de los cánones en la parte proporcional correspondiente al tiempo no corrido del tercer año de exploración de la Concesión.

"10º—En la Resolución número 954 de 27 de diciembre de 1955 el Ministerio de Minas y Petróleos se negó la imputación o devolución solicitadas al no acceder en el punto segundo, a modificar la liquidación verificada referente al canon superficiario de la tercera anualidad del período de exploración del contrato en referencia.

"11. — En memorial de 18 de enero de 1956 el apoderado de la Compañía solicitó la reposición de la precitada resolución número 954 en su punto segundo.

"12.—En Resolución número 419 de 18 de mayo de 1956 se negó la reposición impetrada y fue notificada al apoderado de la Compañía con fecha 25 de junio de 1956.

"13. — Con fecha 22 de diciembre de 1955 la Compañía hizo el pago total referente a la primera anualidad del período de explotación del contrato en referencia, comprendido entre el 30 de noviembre de 1955 y el 19 de noviembre de 1956, según consta en recibo número 13.249.

"14.—En el lapso corrido del 30 de noviembre de 1955 al 7 de junio de 1956 se ha verificado un doble pago de canon superficiario en la Concesión San Pablo".

Como fundamentos de derecho citó el demandante el artículo 30 de la Constitución Nacional y los artículos 10, 23 y 26 del Código de Petróleos y demás disposiciones concordantes.

Con el libelo se presentaron varios documentos tendientes a la comprobación de los hechos.

— II —

Admitida la demanda se dio traslado de ella al señor Procurador Delegado en lo Civil quien manifestó que se atenía a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas al libelo y de las que posteriormente se produjeran en el juicio; se opuso a las peticiones y negó el derecho invocado.

Se abrió el negocio a prueba, se decretó y practicó la única solicitada por el actor, o sea una certificación expedida por el Minisetrio de Minas y Petróleos acerca de los períodos de exploración y explotación de la Concesión San Pablo; se surtieron los traslados a las partes para alegar de conclusión y finalmente se citó para sentencia. Por lo tanto se procede a resolver.

— III —

Las pruebas aducidas por el actor establecen los siguientes hechos:

1º—El 2 de marzo de 1953 el Gobierno Nacional celebró con la Compañía de Petróleso del Cimitarra un contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno de 49.894 hectáreas, 7.000 metros cuadrados, situado en jurisdicción de los municipios de Simití, Remedios y Puerto Wilches correspondientes, en su orden, a los Departamentos de Bolívar, Antioquia y Santander. La clánsula 9ª de dicho contrato, elevado a escritura pública número 3.138 de 26 de junio de 1953, estipula que los cánones superficiarios y regalías o participaciones de la Nación quedan regidos "por las disposiciones contenidas en los artículos 7º y 8º de la Ley 18 de 1952 y del Capítulo II del Decreto reglamentario número 332 de 1953, así como por las disposiciones de la Ley 37 de 1931 que sean compatibles

con las antes citadas de la Ley 18 de 1952...". (D. O. número 28.288, debidamente autenticado).

2º — La Compañía de Petróleos del Cimitarra traspasó el mencionado contrato a la Concesionaria de Petróleos Shell-Cóndor, trapaso que el Gobierno Nacional aprobó por Resolución número 134 de 8 de febrero de 1954. (D. O. número 28.472).

"3º—De conformidad con el punto 7º de la escritura Nº 3.138 de 26 de junio de 1953, antes nombrada, 'los plazos legales para los períodos de exploración y explotación empiezan a contarse desde el día ocho (8) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953)...'.

"4º—El 21 de junio de 1955 el apoderado de la Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor pidió al Ministerio de Minas y Petróleos la liquidación del canon superficiario de la tercera anualidad del período de exploración, y la rebaja a la mitad del canon de la anualidad anterior por haber mantenido trabajos de perforación. El Ministerio, por Resolución número 485 de 12 de julio de 1955 negó la rebaja solicitada, liquidó en $ 49.894.70 el canon superficiario de la tercera anualidad comprendida entre el 8 de junio de 1955 y el 8 de junio de 1956 y dispuso que dicha suma se consignara en la Tesorería General de la República a más tardar el 18 de aquel mismo mes de julio. (Copia de la citada Resolución, fl. 7, C. número 1).

5º—La suma en referencia fue consignada por la Concesionaria el 16 de julio de 1955. (Recibo, fl. 16, C. número 1).

6º — Por Resolución número 869 de 29 de noviembre de 1955 el Ministerio fijó el 30 del mismo mes como fecha inicial del período de explotación. (D. O. número 29.044 y copia auténtica de la Resolución, fl. 14, C. número 1).

7º—La explotación se inició, efectivamente, el 30 de noviembre de 1955, según el certificado del Ministerio. (Fl. 3 vto. del C. número 2).

8º—El 7 de diciembre de 1955 el apoderado de la Concesionaria pidió al Ministerio: la liquidación del canon superficiario correspondiente a la primera anualidad del período de explotación; que dicha liquidación se hiciera a $ 0.15 por hectárea; y que como del tercer año de exploración solo habían transcurrido 4 meses 20 días, se decretara a favor de la Concesionaria el reintegro proporcional del canon que pagó por dicho tercer año.

El Ministerio, por Resolución número 954 de 27 de diciembre de 1955 dispuso:

"**Primero.**—Liquídase en la suma de **catorce mil novecientos sesenta y ocho pesos con cuarenta y un centavos** ($ 14.968.41) moneda corriente el valor del canon superficiario de la primera anualidad del período de explotación en el contrato denominado 'Concesión San Pablo', de que es titular la Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor, contrato referente a un globo de terreno de 49.894 hectáreas con 7.000 metros cuadrados, situado en jurisdicción de los Municipios de Simití (Bolívar), Remedio (Antioquia), y Puerto Wilches (Santander). La citada anualidad es la comprendida entre el 30 de noviembre de 1955 y el 29 de noviembre inclusive, de 1956.

"**Segundo.**—No es el caso de acceder a modificar la liquidación hecha en la Resolución 485 de 12 de julio de 1955, referente al canon superficiario de la tercera anualidad del período de exploración en el contrato mencionado en el punto anterior.

"**Tercero.**—La Concesionaria de Petróleos Shell-Cóndor deberá consignar en la Tesorería General de la República la suma señalada en el punto primero de esta Resolución, a más tardar el 5 de enero de 1956".

Para esto tuvo en cuenta el Ministerio: que el canon superficiario correspondiente a la segunda anualidad del período de exploración se liquidó a $ 0.60 por hectárea quedando esa liquidación en firme pues se negó la rebaja que de ella pidió la Concesionaria. que como según el artículo 26 del C. de Petróleos el canon superficiario de las anualidades de explotación "será el equivalente a la mitad del que correspondió al año anterior a aquel en el cual se inicie la explotación", y como las explotaciones de la Concesionaria comenzaron durante el transcurso del tercer año de exploración, el canon correspondiente a la primera anualidad de explotación debía ser la mitad del fijado al segundo año de la etapa exploratoria, es decir a $ 0.30 por hectárea; y que en cuanto a la solicitud de devolución de parte de la suma pagada por concepto del canon superficiario del tercer año de exploración debía rechazarse por carecer de sustento legal.

9º—El 22 de diciembre de 1955 la Concesionaria consignó en la Tesorería General de la República la suma de $ 14.968.41 en que se fijó el canon superficiario del primer período de explotación, según recibo oficial del fl. 17 del C. número 1; y el 18 de enero siguiente (1956) el apoderado de la Concesionaria elevó al Ministerio el siguiente memorial:

"Señor Ministro de Minas y Petróleos. Sección Jurídica.—Hablando como apoderado especial de la **Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor**, en el

contrato conocido con el nombre de 'Concesión San Pablo' a S. S. respetuosamente expongo:

"a) Para atender a lo dispuesto en los artículos 1º y 3º de la Resolución número 954 de 27 de diciembre de 1955, me permito acompañar el recibo oficial número 13.249 de 22 de diciembre de 1955, expedido por la Tesorería General de la República, en el que se hace constar que la Compañía que apodero consignó en dicha Tesorería la suma de catorce mil novecientos sesenta y ocho pesos con cuarenta y un centavos ($ 14.968.41) por concepto del canon superficiario de la primera anualidad del período de explotación de la Concesión 'San Pablo' comprendido entre el 30 de noviembre de 1955 y el 30 de noviembre de 1956.

"b) En cuanto al punto 2º de dicha Resolución, que niega la devolución de los cánones superficiarios por el tiempo no corrido correspondiente a la tercera anualidad del período de exploración de la Concesión de que me vengo ocupando, solicito de S. S. se sirva reconsiderarlo y acceder a dicha devolución con base en los razonamientos que hago en seguida:

"1)—El artículo 23 del Código de Petróleos autoriza al concesionario para iniciar el período de explotación en cualquier tiempo y de acuerdo con el artículo 26, ordinal 2º de dicho Código, 'Durante las anualidades del período de explotación, el canon superficiario, para todos los contratos será el equivalente a la mitad del que correspondió al año anterior a aquel en el cual se inicie la explotación'.

"Ese canon de acuerdo con la misma Resolución fue fijado en $ 0.30 centavos para el período de explotación; al negarse la devolución de los cánones no corridos por la exploración, se estaría cobrando realmente un canon mucho mayor que la Ley no autoriza, que la Resolución misma no decretó y que no tiene base alguna.

"2)—Al iniciarse la explotación el Estado comienza a percibir fuera del canon superficiario fijado en la Resolución 954 las correspondientes regalías y no hay equidad alguna ni razón que la justifique para cobrar cánones superficiarios por un período de exploración que terminó automáticamente el día 30 de noviembre de 1955 al iniciarse el período de explotación.

"3)—En consecuencia no existe causa legal alguna para exigir un doble pago por concepto de cánones superficiarios durante el período de explotación, o sea por una parte los $ 14.951.41 ya liquidado y por otra la suma de $ 30.213.96 pagada en exceso por cánones para un período de exploración no corrido.

"4)—Por último va contra el espíritu y el texto de la Ley que busca estimular la iniciación de la explotación de toda concesión el que se castigue al concesionario que satisface esa finalidad iniciando la explotación anticipadamente con el cobro de un canon superficiario no autorizado.

"Las anteriores consideraciones me hacen esperar que S. S. tendrá a bien reconsiderar el punto 2º de la Resolución número 954 de 27 de diciembre de 1955, y ordenar en su lugar que se devuelva a mi Compañía el valor de la parte proporcional de los cánones no corridos del tercer año de exploración de 'San Pablo' o que dicha suma se tenga en cuenta para abonarla al canon superficiario correspondiente al próximo año de explotación".

A esta solicitud recayó la Resolución número 419 de 18 de mayo de 1956, en la que después de compendiar los antecedentes de la cuestión y resumir las alegaciones del señor apoderado de la Concesionaria, se expresa:

"Para el Ministerio la argumentación anterior carece de validez porque parte del supuesto erróneo de que el canon superficiario es susceptible de rebaja en proporción a los meses o días que no hayan transcurrido de la respectiva anualidad. Pero ello no es así, ya que conforme al artículo 26 del Código de Petróleos dicha presentación (sic) se paga y se causa por anualidades anticipadas, de acuerdo con una tarifa que solo mira a dos factores, a saber: la anualidad de que se trate y el número de hectáreas contratadas. Por ello, únicamente en el caso de devolución de lotes que se presenten dentro de los primeros quince días de la respectiva anualidad tiene el Contratista el derecho al reintegro proporcional del canon pagado por el número de hectáreas devueltas, al tenor de lo previsto en el artículo 150 de la misma obra, disposición que expresamente determina que 'las devoluciones que se presenten después de los primeros quince días no dan derecho al contratista para reintegro de lo pagado por canon superficiario del año en curso'.

"Conforme con tal disposición, este Despacho ha sostenido en forma reiterada que una vez transcurridos quince días de una anualidad contractual, ni la renuncia del contrato, ni la iniciación de la explotación, dan derecho a repetir el canon pagado por dicha anualidad.

"II.— Afirma el doctor Pradilla Reyes que la negativa del Ministerio a otorgar la rebaja del canon por el tiempo no corrido del último año de exploración, implica para la empresa que representa un pago en exceso de $ 30.213.96.

"Por lo dicho en el punto anterior, no existe tal exceso, ya que la suma indicada por el recurrente corresponde a una parte del canon de la última anualidad de exploración, liquidado por este Despacho con sujeción estricta a la tarifa legal, canon que, se repite, no es jurídicamente susceptible de rebajas por los días no corridos en exploración.

"III. — Finalmente, sostiene el doctor Pradilla que va contra el espíritu de la Ley y la equidad el hecho de que se castigue el concesionario que inicia prontamente la explotación con el cobro de un canon superficiario no autorizado.

"Este argumento, al igual que el anterior, no hace sino repetir la tesis ya rebatida de que la suma cuya devolución se pretende corresponde a un canon no causado. Por lo tanto, considera este Despacho innecesario presentar nuevos razonamientos para impugnarlo. Con todo, no está por demás recordar que solicitudes similares a la de que aquí se trata, presentadas por la propia Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor con motivo de la iniciación de las explotaciones comerciales de Yondó y El Difícil (ocurridas dentro de los respectivos períodos de exploración), fueron rechazadas por el Ministerio mediante resolución número 259 de 1946 y 248 de 1950. Dichas providencias, conforme a la regla del artículo 1622 del Código Civil, constituyen un respetable y serio antecedente para la interpretación que ahora se hace de las cláusulas del contrato de San Pablo.

"En mérito de lo expuesto, el Ministerio de Minas y Petróleos RESUELVE: No se accede a reponer la Resolución número 954 proferida por este Despacho el 27 de diciembre de 1955, la cual se confirma en toda sus partes".

— IV —

En su alegato de conclusión sostiene el apoderado de la parte actora los puntos de vista por él ya expresados ante el Ministerio y agrega estas otras argumentaciones:

"La disposición del artículo 150 del Código de Petróleos citada por el Ministerio en su comentada Resolución, no es aplicable al caso presente porque esta disposición contempla una situación específicamente distinta como es la devolución de terrenos. Si se busca aplicación por analogía, lo es más el artículo 151 que precisamente autoriza al Concesionario para pedir la reducción de los cánones por perforación y como estos cánones se pagan anticipadamente, tal petición y tal reducción tiene que hacerse después de corrido el respectivo año de exploración, y por eso la Ley lo autoriza para pedir la devolución o que se abone la suma resultante de tal deducción al pago de la siguiente anualidad. De manera que en el caso de no existir disposición expresa que contemple tal devolución, lo cual no es necesario puesto que las cláusulas de un contrato fijan taxativamente las obligaciones y derechos de los contratantes, la disposición aplicable por analogía no sería el artículo 150 sino el artículo 151 del Código de Petróleos.

"Tampoco es aplicable el argumento hecho por el Ministerio, en el sentido de que las solicitudes similares presentadas por la Concesionaria con motivo de las explotaciones de Yondó y El Difícil, fueron rechazadas por el Ministerio. En primer lugar porque esas providencias tenían naturalmente un alcance limitado a los propios negocios a que pusieron término, y en segundo lugar porque cuando tales providencias se dictaron, aún no regían las disposiciones aplicables al contrato de 'San Pablo' que establecieron cánones superficiarios durante el período de explotación".

El señor Procurador Delegado expone que las resoluciones cuya nulidad se demanda están ajustadas a derecho en cuanto se refieren al pago previo del impuesto correspondiente a los períodos de exploración y explotación, mas no así en lo relativo a la "teoría" según la cual "una Compañía de Petróleos tenga la imprescindible necesidad de terminar su anualidad correspondiente a un período de exploración para iniciar la explotación del petróleo so pena de tener que recibir el doble gravamen tanto por el período de exploración ya causada como por el impuesto correspondiente a nuevo período".

Y agrega la Procuraduría:

"Y esta interpretación que se hace no es en ninguna forma gratuita. Tanto la Honorable Corte como el Consejo de Estado en materia de legislación tributaria, han sostenido en forma constante que no se puede imponer un doble gravamen sobre determinada cosa.

"En el presente caso, podría argüirse que no se trata de doble tributación, pues el origen de los dos impuestos está perfectamente delimitado por la ley, ya que las erogaciones por parte del Tesoro tienen origen diferente.

"Pero a esta tesis se opone el argumento de que al iniciar una Compañía la explotación de una concesión, desaparece automáticamente el gravamen correspondiente a los períodos de exploración y nace para ésta el impuesto correspondiente a la explotación, y si no se devuelve la parte pro-

porcional al período de exploración no corrido, en concepto de esta Procuraduría se está causando para las Compañías petroleras una doble tributación en favor de la Nación que carece de todo sentido de justicia y de equidad.

"Efectivamnete, se trata de dos opiniones, como son la de la División Nacional de Petróleos y la de esta Procuraduría.

"Pero si volvemos al problema de la doble tributación encontramos que el Código de Petróleos, a pesar de distinguir las erogaciones que las Compañías deben pagar a la Nación referentes a los períodos tanto de exploración como de explotación, no dicen nada en relación con un posible conflicto entre los dos gravámenes, comoquiera que una Compañía pueda encontrarse en situación de explotar un subsuelo petrolífero con posterioridad al pago de la anualidad correspondiente a la exploración.

"Y si no hay norma legal que indique la vía por medio de la cual se haya de solucionar el problema, el sentido de la equidad y de justicia debe primar al respecto, pues de lo contrario se quebrantaría gravemente el sistema del impuesto de un lado y de otro le traería a la Nación las funestas consecuencias de que las Compañías Petroleras, por evitarse el doble gravamen, podrían permanecer inactivas durante una anualidad de exploración con el solo y único fin de evitarse el doble pago del impuesto.

"Además, es bueno recordar que todo contratista de petróleos de acuerdo con el artículo 30 del mismo Código puede principiar los trabajos de explotación en cualquier época del período de exploración si se conforma a lo previsto con los artículos 24 de la misma obra y los demás señalados por la disposición legal.

"El presente caso de la 'Compañía Shell-Cóndor' ésta fue debidamente autorizada para iniciar la explotación de la 'Concesión San Pablo' por la Resolución número 869 de 29 de noviembre de 1955 originaria del Ministerio de Minas y Petróleos.

"En estas condiciones no encuentra la Procuraduría, argumento valedero por parte de la División Nacional de Petróleos para no imputar a futuros períodos de explotación de la Compañía demandante, dineros que ésta pagó durante el período de exploración, y que, como hemos visto, no operaron en su totalidad.

"En consecuencia esta Procuraduría como representante de la Nación, solicita muy atentamente de la Honorable Corte se accedan las peticiones de la demanda por encontrarlas ajustadas a derecho".

— V —

Puntualizados como quedan los documentos aportados al debate por la parte actora, y expuestas las alegaciones de ésta y del representante legal de la Nación, conviene reproducir lo que sobre el punto de la controversia previenen la escritura 3138 y el contrato a ella incorporado, y resumir las disposiciones legales pertinentes.

El punto séptimo de la citada escritura expresa:

"Séptimo.—Que de conformidad con lo pactado en la cláusula tercera del contrato, los plazos legales para los períodos de exploración y explotación empiezan a contarse desde el día ocho (8) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953), fecha en que se notificó al señor Fiscal del Consejo de Estado el concepto favorable de esa entidad, siendo entendido que si la explotación comienza antes de vencerse el período de exploración, según el artículo 23 del Código de Petróleos, inciso 9º, el plazo de treinta (30) años del período de explotación se computará como lo dispone el artículo".

La cláusula segunda del contrato dice:

"Régimen legal del contrato—Este contrato queda regido de manera absoluta e incondicional por todas y cada una de las disposiciones pertinentes de las Leyes 37 de 1931, 160 de 1936 y 18 de 1952 y del Decreto extraordinario 2270 de 1952 y de los Decretos reglamentarios números 1270 de 1931, 950 de 1937, 1694 de 1939 y 332 de 1953, disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incorporadas en ella, quedando íntegramente aceptadas como tales por el Gobierno y el Contratista sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y cada una de ellas.

"Parágrafo.—Es entendido que en este contrato se consideran también incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887".

La cláusula novena del contrato reza así:

"En cuanto a cánones superficiarios y regalías o participaciones de la Nación, este contrato queda regido por las disposiciones contenidas en los artículos 7º y 8º de la Ley 18 de 1952 y del Capítulo II del Decreto reglamentario número 332 de 1953, así como por las disposiciones de la Ley 37 de 1931 que sean compatibles con las antes citadas

de la Ley 18 de 1952. En tal virtud el canon superficiario que deberá pagar el Contratista dentro de los primeros 30 días de cada anualidad del contrato será el siguiente:.....".

Como el valor de los cánones superficiarios de la tercera anualidad de exploración y de la primera de explotación no es materia de la nulidad demandada en el presente juicio, puesto que la parte actora concreta su acción a la denegatoria, por parte del Ministerio, de la devolución proporcional del canon de exploración no causado, no es indispensable el análisis de la cuantía de dichos cánones.

Examinando ahora a la luz de las disposiciones legales citadas en el contrato y de las pertinentes del Decreto número 1056 de 19 de abril de 1953 (Código de Petróleos), lo relativo a los períodos de exploración y a los plazos de explotación, así como lo referente a devolución de lotes y rebajas por motivo de dicha devolución y de trabajos de perforación, se tiene:

Períodos de exploración y plazo de explotación.

El artículo 18 de la Ley 37 de 1931, subrogado por el 4º de la Ley 160 de 1936, preceptuaba que la exploración se dividía en tres períodos: el inicial de tres años, a partir del perfeccionamiento del contrato; prórrogas ordinarias por tres años y extraordinarias por otros tres.

El artículo 19 de la Ley 18 de 1952 amplió en dos años el período inicial de exploración, para los contratos celebrados o perfeccionados a partir de la vigencia de esa ley.

El artículo 23 del Decreto 1056 antes nombrado fija el período inicial de exploración en cinco años y las prórrogas ordinarias y extraordinarias en tres años cada una.

El precitado artículo 4º de la Ley 160 de 1936 determinaba en treinta años el plazo de explotación, "a partir del vencimiento definitivo del período de exploración, comprendidas las prórrogas ordinarias y extraordinarias de éste, si las hubiere, otorgadas al tenor del presente artículo, sin perjuicio de que la explotación comience antes de vencerse aquel período". Igual disposición contiene el artículo 23 del Decreto 1056.

El artículo 22 de la Ley 37 de 1931 facultaba para dar principio a los trabajos de explotación en cualquier época del período de exploración, y en reglamentación de esa facultad, el artículo 56 del Decreto 1270 de 21 de julio del mismo año, dispuso que el contratista daría el aviso correspondiente al Gobierno y que los 30 años del plazo de explotación "comenzarán a contarse desde que ésta se inicie efectivamente según el aviso del concesionario". Estos ordenamientos son los mismos de los artículos 30 y 149 del Decreto 1056.

Devolución de lotes. — Hablaba el artículo 17, inciso final, de la Ley 37 de 1931 (subrogado por el 3º de la Ley 160 de 1936) de la devolución de lotes no menores de 5.000 hectáreas, a partir del final del segundo año del perfeccionamiento del contrato, y de año en año en todo el período de exploración. El artículo 24 ibidem trataba, con tal motivo, de la disminución del canon superficiario. Y el artículo 57 del Decreto reglamentario de la Ley 37, en sus incisos 2º y 5º, establecía que la rebaja sería sobre la tercera anualidad de la exploración, siempre que el memorial de devolución se presentara a más tardar dentro de los primeros quince días del año. Los artículos 22, inciso 9º, y 150 del Decreto 1056 ya citado, reproducen en iguales términos aquellos ordenamientos.

Rebaja por trabajos de perforación.—El artículo 7º de la Ley 18 de 1952, aparte I de la letra b), preceptuaba que los cánones superficiarios allí contemplados se reducirían a la mitad en la respectiva anualidad mientras se mantuviera trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación. Y el artículo 13 del Decreto 0332 de 1953 (febrero 17) dispuso que dicha rebaja se decretaría por el Ministerio de Minas y Petróleos una vez vencida la respectiva anualidad, y que el concesionario podría pedir la devolución de esa rebaja, en dinero, o el abono de la suma en cuestión al pago de la siguiente anualidad. Estas disposiciones están consignadas en los artículos 26, aparte I de la letra b), y 151 del Decreto 1056 (Código de Petróleos).

Se deduce, pues, del compendio y confrontación de todas estas disposiciones, que el contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, celebrado por el Estado con la Compañía de Petróleos del Cimitarra y traspasado por ésta a la Concesionaria de Petróleo Shell Cóndor, está sometido, entre otras reglas, a las siguientes:

a) Un período inicial de exploración por cinco años, que principió el 8 de junio de 1953, período prorrogable ordinariamente por tres años y extraordinariamente por otros tres;

b) Un plazo de explotación por treinta años, "a partir del vencimiento definitivo del período de exploración, comprendidas las prórrogas ordinarias y extraordinarias de éste, si las hubiere".

c) Facultad para dar principio a los trabajos de

explotación en cualquier época del período de exploración, en cuyo caso los treinta años del plazo de explotación "comenzarán a contarse desde que ésta se inicie efectivamente según el aviso del concesionario".

Además dentro del período de exploración podía la Concesionaria:

1º—Devolver, a partir del final del segundo año, y en los sucesivos, lotes no menores de 5.000 hectáreas. En tal caso el canon superficiario de la tercera anualidad se disminuiría proporcionalmente al área de lotes devueltos, siempre que el memorial de devolución se presentara dentro de los primeros quince días del tercer año de exploración. Y en las mismas condiciones se operaría la devolución y rebajas subsiguientes.

2º—Obtener, en la respectiva anualidad, la reducción a la mitad de los cánones superficiarios, al mantener trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación. La rebaja, por este motivo, se decretaría por el Ministerio de Minas y Petróleos, y se devolvería en dinero al concesionario o se abonaría al pago de la siguiente anualidad.

— VI —

Ya se ha visto: que la tercera anualidad de exploración principió el 8 de junio de 1955 y debía terminar el 8 de junio de 1956; que la Concesionaria resolvió dar principio a la explotación antes de vencerse dicha anualidad; que con tal fin dio el aviso correspondiente al Ministerio el que, en consecuencia, fijó el período de la primera anualidad de explotación desde el 30 de noviembre de 1955 al 29 de noviembre de 1956; que fueron liquidados por el Ministerio los cánones de la tercera anualidad de exploración y de la primera de explotación, y que estos cánones los pagó oportunamente la Concesionaria. En estas condiciones pasa la Sala a resolver si es o no procedente la declaratoria de nulidad de las Resoluciones acusadas, en cuanto por ellas se denegó la devolución proporcional del canon correspondiente a la tercera anualidad de exploración, y si, por tanto, debe ser condenada la Nación a devolver a la Concesionaria la suma que ésta reclama, correspondiente al lapso en que la exploración, dentro de aquella tercera anualidad, no tuvo efectos por haberse iniciado en ella el período de explotación.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que, como lo ha dicho la Corte, contratos como el de autos no pueden calificarse judicialmente y con carácter obligatorio de contratos de arrendamiento, porque entre ellos existen sustanciales diferencias. Así, es de la esencia de los contratos de arrendamiento que la cosa arrendada no sea fungible, y es obvio que la explotación de yacimientos petrolíferos no puede hacerse sino mediante la extracción del petróleo, la que va causando la destrucción de los mismos yacimientos. De otra parte, como también lo sostiene la Corte, siendo conmutativo el contrato de arrendamiento, supone necesariamente el pago de un precio, y éste, en las concesiones de exploración y explotación de petróleos en las cuales se da al Estado un porcentaje del producto líquido explotado, deja de tener existencia cuando la explotación no da producto líquido alguno. Además, "no es normal en el arrendamiento la obligación a cargo del arrendatario de explotar y gozar así de la cosa arrendada, al paso que sí es normal en el contrato sobre explotación de minas a base de participación en los productos como precio para el que hace la concesión, la obligación que pesa sobre el concesionario de explotar las minas objeto de aquel contrato". (Fallo, septiembre 20 de 1944, G. J. número 2016, pág. 492). Por esto se ha dicho que esta clase de concesiones son convenios o contratos administrativos sui generis, los cuales es preciso interpretar teniendo en cuenta su especialísima finalidad.

Corrobora esta tesis la disposición contenida en el artículo 219 del C. de Petróleos (Decreto 1056 de 1953). Dice:

"El arrendamiento o la concesión administrativa para la explotación de pozos de petróleo o de gas o de otras mezclas naturales que lo acompañen o que se deriven de él, se estimará, para los solos efectos impositivos, como un contrato sui generis en que **tanto el arrendador o el otorgante de la concesión, según el caso,** como el arrendatario o concesionario explotador, conservan o retienen un interés económico en la propiedad agotable, interés que es la fuente de su respectiva renta, y en consecuencia, la deducción por agotamiento se concederá tanto al arrendador o propietario del pozo, como al arrendatario o concesionario explotador, sobre la base del costo de sus respectivas inversiones determinadas conforme a las reglas establecidas en el artículo anterior". (Subraya la Sala).

De este ordenamiento se deduce, sin lugar a duda, que uno es el contrato de arrendamiento y otro el de exploración y explotación como el que obra en este negocio.

La Corte ha dicho también que los contratos administrativos, en cuanto a su ejecución, cumplimiento y consecuencias jurídicas, quedan someti-

dos a la legislación civil, salvo disposiciones especiales. "De cualquier clase que sean los contratos que celebre el Estado, por medio de ellos se obliga. Sobre el particular dice Duguit: "El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado, demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder'.

"Sentado lo anterior, se concluye que en cuanto falten en nuestra legislación disposiciones de carácter especial, quedan los contratos administrativos sometidos al régimen ordinario de los contratos civiles. Están, por tanto, comprendidos en el mandato del artículo 1602 del Código Civil, que establece lo siguiente:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

"Conforme a la disposición anterior, los contratos pueden disolverse o extinguirse de dos maneras: por el mutuo consentimiento de las partes, o por causas legales". (Fallo, mayo 9 de 1938, G. J. número 1935, págs. 483 y ss.).

Ahora bien: la cuestión considerada y decidida por el Ministerio en las resoluciones acusadas proviene del contrato entre la Nación y la Compañía de Petróleos del Cimitarra, traspasado por ésta a la Concesionaria demandante. Es decir, el origen de la controversia está en la interpretación de dicho contrato, puesto que no hay en la legislación sobre petróleos una disposición expresa sobre aquella cuestión. Por tanto es preciso agotar cuidadosamente el estudio de ella.

Para el cabal cumplimiento del contrato en mención la concesión contiene recíprocas obligaciones y derechos. El Estado, por ejemplo, se compromete a permitir las naturales actividades del concesionario sobre una superficie territorial delimitada y por tiempos determinados, y el explotador se obliga al ordenado y legal desarrollo de sus labores; aquel tiene el derecho de percibir anticipada y periódicamente el valor de los cánones superficiarios así como, en oportunidad, las regalías correspondientes, y el concesionario adquiere para sí el resto de la producción; el Estado exige al explotador ciertos requisitos, previene causas como las de caducidad, etc., pero a la vez concede prerrogativas como las referentes a devolución de lotes, disminución de cánones por este motivo, rebajas de los mismos por trabajos de perforación en los períodos de exploración, renunciamiento del contrato o de la concesión en algunos casos, etc.

En orden a todas estas estipulaciones contractuales la ley estableció, como atrás se ha visto, dos períodos: el de exploración y el de explotación, cuyas solas denominaciones hacen ver la diferencia que los distingue, porque el primero atañe a la búsqueda y localización del petróleo y sus derivados, y el segundo a la extracción de tales yacimientos. Por esto, precisamente, el legislador diferenció también los cánones superficiarios en dichos períodos, de tal suerte que el de exploración se fija, según la ubicación de los terrenos de la concesión, en escala ascendente desde diez centavos por hectárea, y el de explotación en "el equivalente a la mitad del que correspondió al año anterior a aquel en el cual se inicie la explotación". (Artículo 26 del C. de Petróleos). Esta progresión en la cuantía de los cánones de exploración, así como la disminución en las anualidades de explotación, está demostrando que el concedente tiene primordial interés en que ésta se inicie en el menor tiempo posible, desde luego que entre más años se prolongue la exploración es mayor el canon, y una vez iniciada la explotación el canon se reduce.

Se tiene entonces que encontrándose clara y legalmente determinados los dos períodos en referencia y sus respectivos cánones, no es jurídico confundirlos en ninguna forma ni para ninguno de sus efectos, porque ello equivaldría a la configuración de un período mixto que la ley no establece.

Definido así este primer aspecto de la controversia se pasa al estudio de otro no menos importante como es el relativo a la inserción parcial del plazo de explotación, en parte de uno de los períodos de exploración, cuando aquella se inicia antes de terminarse uno de estos.

El período inicial de exploración no es un término que obligatoriamente deba agotar el concesionario para dar principio a los trabajos de explotación, ya que por expresa disposición legal él tiene derecho a prórrogas ordinarias y extraordinarias de aquel período, y facultad para iniciar la explotación en cualquier tiempo del mismo.

Cuando la explotación se inicia antes del vencimiento de cualquiera de los períodos de exploración, el plazo de aquella se cuenta desde dicha iniciación. Así lo estatuía el ya citado artículo 56 del Decreto 1270 de 1931, y así lo dispone el artículo 23, inciso 9º, del C. de Petróleos, igualmente atrás citado. De aquí que en el punto 7º de la escritura 3138 contentiva del contrato, al hablar de los mencionados períodos se expresa: "...siendo entendido que si la explotación comienza antes de vencerse el período de exploración, según el

artículo 23 del Código de Petróleos, inciso 9º, el plazo de treinta (30) años del período de explotación se computará como lo dispone el artículo".

Si, pues, la ley no establece períodos mixtos, sino que especifica los dos únicos de exploración y explotación y de igual manera fija para cada uno de ellos los cánones superficiarios, y si el plazo de explotación, al iniciarse ésta antes del vencimiento del período de exploración, se cuenta desde esa iniciación, lógicamente se deduce que en este evento el período de exploración deja de tener existencia legal y por ende desaparece también la causa legal del canon correspondiente a dicho período.

Sobre estos razonamientos jurídicos pasa la Sala a resolver, finalmente, las peticiones de la demanda, es decir, la declaración, que en primer lugar se solicita, sobre el derecho "al reintegro de $ 25.792.58 moneda corriente del canon superficiario correspondiente al tiempo no corrido de la tercera anualidad del período de exploración de la Concesión en referencia, o sea del 30 de noviembre de 1955 al 8 de junio de 1956..."; la imputación o abono de esa suma al pago de los futuros cánones superficiarios del período de explotación, en el caso de que no se disponga su devolución en dinero; y la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 954 de 27 de diciembre de 1955, en su numeral segundo, y 419 de 18 de mayo de 1956, proferidas por el Ministerio de Minas y Petróleos.

Se sostiene en las citadas resoluciones que el canon superficiario no es susceptible de rebaja en proporción a los meses o días que no hayan transcurrido de la respectiva anualidad, porque conforme el artículo 26 del C. de Petróleos los cánones se causan y se pagan por anualidades anticipadas, de acuerdo con una tarifa que solo tiene en cuenta la anualidad de que se trate y el número de hectáreas contratadas; y que por ello únicamente en los casos de devolución de lotes hecha dentro de los primeros quince días de la respectiva anualidad tiene derecho el contratista al reintegro proporcional del canon pagado por el número de hectáreas devueltas. Y agrega el Ministerio:

"Conforme a tal disposición, este Despacho ha sostenido en forma reiterada que una vez transcurridos quince días de una anualidad contractual, ni la renuncia del contrato, ni la iniciación de la explotación, dan derecho a repetir el canon pagado por dicha anualidad".

Desde luego, cuando los lotes se devuelven, pasado el término que para ello fija expresamente la ley, o cuando se renuncia la concesión, es claro que no hay razón para reintegrar el valor de los cánones porque, en el primer caso, el concesionario, al dejar vencer aquel término, a sabiendas de los efectos que le asigna la ley, se somete voluntariamente a la pérdida del canon pagado por las hectáreas extemporáneamente devueltas; y en el segundo, en virtud de la facultad que el mismo concesionario tiene para renunciar el contrato, también se sujeta a la pérdida si para dicha renuncia escoge cualquier fecha ya avanzada de una anualidad. En cambio son muy diferentes la modalidad y consecuencias del hecho que en el presente juicio controvierten las partes, puesto que ya no se trata de una tardía actuación del contratista, sino del ejercicio de una atribución expresamente consignada en el contrato de acuerdo con la ley, atribución ejercida no en su exclusivo beneficio, sino también en el del concedente, ya que para éste la utilidad que obtiene de la explotación es mayor a la que le dan los cánones superficiarios en el período de exploración.

De otra parte no hay que perder de vista que en el caso contemplado por el artículo 150 del C. de Petróleos la disminución de los cánones se motiva por reducirse el elemento físico que da lugar a ellos, es decir el área de la concesión, mediante la entrega de los lotes que el concesionario desiste de explorar; y en el caso debatido en autos, la rebaja de tales cánones se fundamenta en el hecho de que, al interponerse dentro de la tercera anualidad de exploración la primera de explotación, el período de aquella queda legalmente terminado y por lo mismo inexistente para el resto de la anualidad la causa de dicho canon.

Todo lo cual está diciendo que están llamadas a prosperar las peticiones formuladas en la demanda, y de consiguiente a decretar la nulidad de las providencias administrativas solicitada y a ordenar la devolución de la suma de dinero por el concepto ya dicho, ya que no es aceptable que haya un enriquecimiento indebido que la ley no permite y que la jurisprudencia rechaza, doctrina que es aplicable al caso en estudio, comoquiera que ese enriquecimiento indebido o sin causa es consecuencia del principio según el cual nadie puede enriquecerse a expensas de otro. Sobre este particular ha dicho la Corte en fallo de 6 de septiembre de 1935, G. J. número 1901-1902, pág. 605:

"Este es un principio universal de tradición constante, cuya sanción en el Derecho Romano era la acción in rem verso, que se daba al tercero que contrataba con un incapaz para dirigirla contra el pater familias en cuyo favor había cedido el acto ejecutado por ese tercero, a virtud del contrato

celebrado con el incapaz. En el derecho moderno se ha ampliado su radio, concediéndose ella en todos los casos en que en alguna forma la justicia sufra quebranto si no se reconoce el valor de cualquier provecho que sin justa causa obtenga el patrimonio de una persona mediante el esfuerzo de otra. La medida de dicha acción fue en su origen, y lo es hoy, el valor de utilidad y provecho que adquiera el patrimonio de la persona en cuyo favor redunde el acto ejecutado por el tercero.

"Ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla general de equidad de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro ;sin embargo, se la puede considerar, como lo ha aceptado la jurisprudencia universal, como si estuviera en vigor esa ley, puesto que inspira muchas de las construcciones jurídicas imperantes en la legislación civil. De aquí que la acción de in rem verso, que se encamina a impedir todo enriquecimiento injusto, si no consagrada en la ley, se produce como consecuencia de la doctrina que hoy se aplica por analogía a todos los casos en que el principio de justicia lo aconseja y las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial.

"Todos los comentadores están acordes en que para que haya enriquecimiento sin causa y acción de in rem verso se necesita la concurrencia de tres condiciones indispensables: 1ª Enriquecimiento injusto por parte del demandado, por razón de que mediante los hechos verificados por el demandante entró al patrimonio de aquel algún provecho que se haya comprobado; 2ª Que a este enriquecimiento o patrimonio no haya tenido ningún derecho el demandado y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante; 3ª Que este demandante sufra daño si no se le reembolsa lo gastado o el valor de los servicios prestados. El valor del provecho reportado por el patrimonio del demandado debe aparecer comprobado debidamente...".

Todas estas condiciones concurren al presente caso, inclusive la referente al valor del provecho reportado por el patrimonio del demandado, pues el actor adujo los recibos de las sumas pagadas por él por concepto de los cánones de la tercera anualidad de exploración y de la primera de explotación.

En cuanto a la cuantía del reintegro, ya se ha visto que es proporcional al tiempo no corrido de la tercera anualidad de exploración por la cual pagó la Concesionaria $ 49.894.70. Ese lapso fue de 190 días contados desde el 30 de noviembre de 1955, fecha en que se inició el período de explotación, hasta el 8 de junio de 1956, término de la dicha tercera anualidad de exploración. Hechas, pues, sobre estos factores, las operaciones aritméticas correspondientes, se obtiene como valor de los cánones de exploración no causados, $ 25.972.58; pero como la parte actora fija la cuantía de su reclamo en $ 25.792.58, esta será la suma a cuyo reintegro debe ser condenada la Nación.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—Son nulas las Resoluciones números 954 de 27 de diciembre de 1955, en su numeral segundo, y 419 de 18 de mayo de 1956, expedidas por el Ministerio de Minas y Petróleos, en cuanto por ellas se niega a la Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor la devolución proporcional de los cánones superficiarios no causados durante la tercera anualidad del período de exploración.

2º—Condénase a la Nación a devolver a la Concesionaria de Petróleo Shell-Cóndor la suma de veinticinco mil setecientos noventa y dos pesos cincuenta y ocho centavos ($ 25.792.58) m. cte., por concepto de los cánones no causados en la tercera anualidad de exploración correspondiente a la Concesión San Pablo contratada por la Compañía de Petróleos del Cimitarra y traspasada por ésta a la Shell-Cóndor.

Parágrafo.—La Nación podrá imputar o abonar la suma de que trata este numeral, al pago que la Concesionaria deba hacer por futuros cánones superficiarios en el período de explotación.

3º—Para los efectos legales envíese copia de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

EL PROVEIDO POR EL CUAL SE FALLA EL INCIDENTE DE QUE TRATA EL ARTICULO 553 DEL C. JUDICIAL, NO ES CONSULTABLE, AUNQUE SEA PARTE UNA ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO

No todas las providencias judiciales son consultables, sino aquellas expresamente determinadas por la ley. Las sentencias lo son cuando declaran, en primera instancia, alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios (Art. 508 del C. J.); y los autos en los casos señalados en forma expresa por la norma legal.

Tiénese, pues, en efecto, que de conformidad con el último inciso del art. 553 del código citado, el proveído por el cual se falla el incidente de que trata esta disposición es un auto, apelable como interlocutorio y que presta mérito ejecutivo. No se dispone allí la consulta de dicho auto, y las razones que indudablemente tuvo el legislador para omitirla son fácilmente comprensibles, como en seguida se verán.

El precitado art. 553 señala el procedimiento para ejecutar una sentencia cuando por ella "se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra cosa semejante". Por tanto, la decisión del fallador a este respecto no declara ninguna obligación porque ésta ya ha sido declarada en la sentencia de cuya ejecución se trata. El auto que resuelve el incidente se limita por lo mismo, a regular la cantidad que el demandado debe pagar al demandante, es decir a fijar concretamente el quantum de la obligación. De manera que tratándose en el prenombrado incidente de una cuestión que surge como consecuencia legal de la sentencia, y siendo en ésta que se ha declarado la obligación a cargo del Estado, no es consultable el proveído por el cual se falla el incidente.

Esta es la doctrina de la Corte, según auto de 15 de septiembre de 1950, G. J. Tomo LXVIII, página 395.

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

Magistrado ponente Dr. Camilo Rincón Lara

Ante el Tribunal Administrativo de Santa Marta demandó la señora Leticia Castro de Pupo al Municipio de Valledupar, para el pago de la indemnización de perjuicios causados por la ocupación permanente de un lote de propiedad de la misma demandante.

En virtud de la apelación interpuesta contra el fallo proferido por el citado Tribunal el 29 de octubre de 1953, subió el negocio a esta superioridad y el 11 de junio de 1956 se dictó la sentencia de segundo grado, reformando la del a-quo, en el sentido de condenar al demandado a pagar a la señora Castro de Pupo, a título de indemnización, "la suma de dinero que en el incidente correspondiente a la ejecución de este fallo se fije como valor de las dos zonas ocupadas, con arreglo a las bases que quedan expuestas en la parte motiva de esta misma sentencia. (Art. 553 del CJ.)".

De acuerdo con esa decisión y con fundamento en el citado artículo 553 del C. J. el apoderado de la demandante presentó al Tribunal Superior de Santa Marta, el 17 de noviembre de 1956, la liquidación motivada y especificada de los perjuicios. Surtidos los trámites legales correspondientes, y como la liquidación no fué objetada, falló el incidente el Tribunal el 7 de marzo de 1957, aprobando la liquidación hecha por la parte demandante "en suma de seis mil novecientos pesos ($ 6.900,00), que deberá pagar el Municipio de Valledupar dentro del término de quince (15) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, con la obligación de transferir simultáneamente la señora Leticia Castro de Pupo, a favor del mismo Municipio, su derecho de dominio sobre las dos zonas ocupadas, según la sentencia objeto de esta indemnización".

En vista de que las partes no interpusieron recurso alguno contra esa providencia, y habiéndose ordenado su consulta, se remitió el juicio a esta Sala de Negocios Generales.

Del negocio se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien concreta su análisis al hecho de no haber objetado el Personero Municipal de Valledupar la liquidación presentada por el demandante, y de paso alude a la ca-

pacidad superficiaria y al avalúo catastral de la finca de la señora de Pupo de la cual se segregaron las zonas ocupadas, y al certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Valledupar sobre la compra hecha por dicho Municipio a la demandante, de dos hectáreas trece metros sesenta y cinco centímetros cuadrados por la suma de $ 4.275,00 para deducir de esta manera que la mencionada liquidación es fundamentada y por ello, como por no haberlo impugnado el demandado, no es posible desestimarla y en consecuencia debe confirmarse el auto materia de la consulta. En efecto, termina así su concepto el señor Procurador:

"Todo esto viene a indicar que el silencio del señor Personero Municipal de la Entidad de Derecho Público demandada entraña una aceptación del monto de la liquidación por estar ajustada a la equidad y a la justicia.

"Como no existe otro elemento de convicción en los autos procede la Procuraduría a solicitar de los señores Magistrados se sirvan impartir confirmación al proveído materia de la consulta de fecha 7 de marzo de 1957, dictado por el Honorable Tribunal Superior de Santa Marta".

El término de fijación en lista venció sin que la parte actora formulara ninguna alegación.

Estando, pues, el negocio en estado de resolver lo que sea de rigor, a ello se procede, para lo cual se considera:

No todas las providencias judiciales son consultables, sino aquellas expresamente determinadas por la ley. Las sentencias lo son cuando declaran, en primera instancia, alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios (Art. 508 del C. J.); y los autos en los casos señalados en forma expresa por la norma legal.

Tiénese, pues, en efecto, que de conformidad con el último inciso del art. 553 del código citado, el proveído por el cual se falla el incidente de que trata esta disposición es un auto, apelable como interlocutorio y que presta mérito ejecutivo. No se dispone allí la consulta de dicho auto, y las razones que indudablemente tuvo el legislador para omitirla son fácilmente comprensibles, como en seguida se verán.

El precitado artículo 553 señala el procedimiento para ejecutar una sentencia cuando por ella "se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra cosa semejante". Por tanto, la decisión del fallador a este respecto no declara ninguna obligación porque ésta ya ha sido declarada en la sentencia de cuya ejecución se trata. El auto que resuelve el incidente se limita, por lo mismo, a regular la cantidad que el demandado debe pagar al demandante, es decir **a fijar concretamente el quantum de la obligación**. De manera que tratándose en el prenombrado incidente de una cuestión que surge como consecuencia legal de la sentencia, y siendo en ésta que se ha declarado la obligación a cargo del Estado, —como ocurre en el presente caso—, no es consultable el auto proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta el 7 de marzo último.

Esta es la doctrina de la Corte, según auto de 15 de septiembre de 1950, G. J. Tomo LXVIII, página 395, cuyo aparte principal se reproduce a continuación:

"El auto interlocutorio que fija el quantum o monto de los perjuicios se origina en una resolución anterior, que es la que propiamente declara la obligación a cargo del Estado. Cuando se hace la valuación de los perjuicios no se declara la obligación, sino se la tasa.. La sentencia es, pues, la providencia declarativa de la obligación; el auto que fija la cuantía es providencia ejecutiva, y su existencia está condicionada a la declarativa, o de reconocimiento. Esto lo expresa claramente el art. 553 en su inciso último. Si el legislador hubiese querido dar a entender que es declarativo de una obligación, hubiera reforzado su pensamiento estricta y claramente expuesto en el art 508 ibidem, aclarando que dicho auto sería consultable, siempre y cuando declarase una obligación a cargo de entidades públicas allí indicadas; pero no lo dice así la disposición, sino que, por el contrario, habla de apelación simple y llanamente. En estos términos no puede prosperar la tesis de que sí pueden ser consultables por ministerio de la ley los autos como el de que aquí se trata".

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se declara sin jurisdicción para revisar el auto que en el presente negocio profirió el Tribunal Superior de Santa Marta el 7 de marzo del presente año.

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

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL

Técnica de la demanda de casación.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre nulidad de un juicio, adelantado por Clementina Peláez contra Carlos Materón y otro. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga 649

Pago de honorarios profesionales.—No es causal de nulidad el que en un juicio actúe una persona que no es abogado titulado e inscrito.—La declaración de nulidad por ilegitimidad de la personería adjetiva solo puede invocarla y obtenerla la parte que ha estado mal representada o que ha carecido de representación.—Para la celebración del convenio de mandato judicial, la ley no exige el requisito de la inscripción. — Errores de hecho y de derecho. — La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario sobre pago de honorarios profesionales, adelantado por Martín E. Acuña contra Aglae Virginia Villodres. — Magistrado Ponente: Dr. Francisco de P. Vargas Vélez 654

Demanda de casación.—Técnica de ésta.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre restitución, adelantado por Carmen Salazar de Soler, en su propio nombre y en representación de la sucesión de Federico Rodríguez Mendoza contra Hernando Rodríguez Gutiérrez y otros. — Magistrado Ponente: -Dr. Pablo Emilio Manotas 663

Indemnización de perjuicios en caso de muerte por electrocución.—Incongruencia. — El mismo error en la apreciación de una prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho.—La prueba de peritos no es la única hábil para establecer la causa de la muerte de una persona.—Soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas.—Carga de la prueba en esta clase de juicios.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre pago de perjuicios por muerte por electrocución, adelantado por Ana Lucía Díaz de Largo contra la sociedad comercial "Energía Eléctrica de Riosucio y Supía".—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán 670

Acción reivindicatoria.—Las acciones establecidas en el artículo 1.888 del Código Civil, solamente corresponden al comprador y al vendedor, no a terceros. — Para obtener la restitución de una porción de tierra, es menester que ésta quede plenamente singularizada.—La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre propiedad de un lote de terreno, adelantado por Lázaro Villa Wolff y otros contra José Vicente Fernández.—Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla 680

Filiación natural.—Soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas mientras no sean contrarias a la evidencia.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre filiación natural, adelantado por Rosa Elena Salazar contra Eleázar Patiño Otálvaro y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla 687

Al acusar un fallo por error de hecho en la apreciación de las pruebas, estas deben determinarse expresamente en la demanda y señalarse con claridad el concepto en que consiste el error. — La justicia ordinaria, y no los funcionarios policivos, es la que tiene atribución legal para resolver problemas referentes a la propiedad de inmuebles. Identi-

Págs.

ficación de terrenos. — Cómo debe hacerse. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario reivindicatorio adelantado por María Fidelia Alzate vda. de López contra Carmen Rosa Henao de Granada. — Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar..... 692

Técnica de casación.—Errores de hecho y de derecho.—Violación de la ley sustantiva por interpretación errónea y por no aplicación. Representación. — Diferencias cuando ésta proviene de un mandato o de una guarda. Sanción de los actos jurídicos ejecutados contra legem. — Cosa juzgada. — No se puede aplicar este principio a una providencia que no tiene el carácter de sentencia.—Fundamento objetivo de la condena en costas judiciales—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento, adelantado por Mercedes Jiménez de Cajigas y otros contra Luis Alejandro Cárdenas. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga..... 704

Crítica del testimonio.—Las nulidades procesales tienen carácter adjetivo. — Elementos de la acción reivindictoria. — Medios de prueba adecuados para la demostración de la poseión o de su impugnación en esta clase de acciones.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, y en su lugar se confirma el de primer grado dictado por el Juez Promiscuo del Circuito de Finlandia, en el ordinario sobre nulidad de una sentencia aprobatoria de partición de bienes de sociedad conyugal, restitución y otras peticiones, adelántado por Pastor Montoya Duque como curador general de José Eliseo Duque contra Ricardo o Ricardino Arias. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga 715

Aclaración de sentencia.—No hay lugar a hacer las aclaraciones solicitadas, respecto del fallo dictado por la Corte el 25 de julio de 1957, en el ordinario adelantado por Pastor Montoya Duque como curador general de José Eliseo Duque contra Ricardo o Ricardino Arias. — Magistrado Ponente: Dr. Armando Latorre Rizo 730

Págs.

La falta de registro de una sentencia, no es obstáculo para su obligatoriedad y cumplimiento entre las partes. — El decreto de simulación no produce efectos contra terceros. No es procedente allegar en casación nuevos elementos probatorios.—Errores de derecho. La buena fe, es un elemento moral que pertenece al fuero interno del poseedor.—No se puede desatender un cargo bien fundamentado, con el solo argumento de que el motivo alegado no se apoya en la precisa causal que le corresponde.—La Corte casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio seguido por Arturo Boada contra Rafael Munar y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán..... 732

Elementos de la acción reivindicatoria.—Para el éxito de esta acción es indispensable que quien la ejercite pruebe de modo cumplido la propiedad de los bienes reclamados.—Es ineficaz la acción que no expresa los linderos, o que no se establecen en el juicio, de la porción o porciones de tierra que se pretende reivindicar. — La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Pedro Brito Ojito como comunero con Agripina v. de Fernández en la finca "La Pureza" contra Mitrídates Campo Ruiz y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas..... 742

SALA DE CASACION PENAL

A los Jueces y Fiscales les está prohibido hacer calificaciones ofensivas respecto del procesado, debiendo limitarse al examen escueto de los hechos y a las conclusiones jurídicas que de ellos se derivaren.—No comete abuso de autoridad el Juez que, en vez de rechazar un memorial injurioso, o de multar o arrestar a su autor, se limita a protestar enérgicamente contra las ofensas lanzadas en el escrito tachando la actitud irrespetuosa del litigante, porque ello es la facultad justa y natural de protesta que no hay razón para negársela a un Juez.—Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Rogerio Patiño Camargo y otros, en su condición de Magistrados del Tribunal

Págs.

Superior de Quibdó, por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 753

Finalidad del recurso de reposición.—Cuándo el funcionario instructor puede abstenerse de investigar los hechos denunciados. — La Corte se abstiene de investigar los hechos denunciados contra el doctor Julio Marenco Romero, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 758

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, la sola disparidad de criterios en la aplicación de la ley o en la definición del derecho no constituye ilícito penal.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en favor del doctor José Lobelo Manjarrés, por cuanto los hechos que dieron lugar a la instrucción, no se realizaron.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 762

El concepto de fondo de los Fiscales como causal de impedimento.—Se declara fundada la causal de impedimento manifestada por el doctor Cicerón Domínguez —Magistrado del Tribunal Superior de Neiva— para intervenir en el conocimiento del proceso que se adelanta a Jesús María Cano Fernández, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa. 768

Impedimentos de los Agentes del Ministerio Público.—Se declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Mario Suárez Paz —Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali—, para conocer del proceso que se adelanta contra Francisco Antonio Pérez y otro, por delito contra la propiedad.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 770

La vinculación del parentesco no puede tenerse en cuenta dentro de la causal cuarta contenida en el artículo 73 del C. P. P., en relación con el 79 del mismo estatuto, ya que no es origen de interés nacido por apreciaciones jurídicas y actividades de esta índole, personales y propias en todo caso. — Dicha causal hace referencia a la relación entre determinada persona y un proceso, no a exclusivas relaciones entre aquella y un tercero.—Se declara infundada la causal de impedimento invocada por el doctor Leonardo Garcés Sinisterra como Fiscal del Tribunal Superior de Cali, para intervenir en el proceso que se adelanta contra José Harold Bonilla Prado, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 772

Se reitera la doctrina consistente en que es indispensable acreditar la calidad de abogado en el profesional acusado por faltas cometidas en el ejercicio de la abogacía.—Se revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso que se adelanta al abogado Jorge Ariza Reyes, por faltas contra la moral profesional. Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel 773

Colisión de competencia entre la Rama Administrativa —Policía — y la justicia ordinaria.—La Corte reafirma la tesis de que no tiene facultad legal para resolver sobre tales incidentes y se abstiene de conocer de ellos.—La Corte se abstiene de dirimir el incidente de colisión de competencias anotado, dentro del proceso que se adelanta a Benjamín Pérez Pabón, por el delito de hurto (abigeato). — Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel 775

Delito de fuga.—Su existencia está condicionada a la comisión de un ilícito penal.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en favor del doctor J. Adán Montoya, por los cargos materia de la investigación.—Magistrado Ponente: - Dr. Domingo Sarasty Montenegro 778

Prescripción de la acción penal.—Fundamentos jurídicos que la gobiernan.—Se confirma la cesación del procedimiento adelantado por el Tribunal Superior de Bogotá, contra el doctor Lisandro Castañeda, Acosta, ex-Juez Segundo Penal del Circuito de Facatativá, por inexistencia de los hechos imputados.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 781

Págs.

Irretroactividad de la ley.—Excepción a este principio.—Ley permisiva o favorable.—Cómo se aplica. — Veredicto contraevidente.—Quién lo declara y en qué oportunidad debe hacerse.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que se adelanta a Guillermo Gallón Cardona y otro, por el delito de violencia carnal. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 784

La demanda y la técnica procesal.—Si se considera que el jurado valoró mal las pruebas y decidió contra la evidencia, su veredicto puede discutirse ante el Juez del conocimiento o ante el Tribunal de instancia, no ante la Corte en el recurso extraordinario de casación.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso que se adelanta a Carlos José Gutiérrez y otro, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 790

Prevaricato—La interpretación de la ley cuando es equivocada pero no de mala fe, no da lugar a deducir consecuencias penales.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en favor del doctor Ramiro Goenaga R., por los cargos que se le imputaron.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 793

El desconocimiento de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, debidamente acreditadas en el proceso, no cabe alegarlo, como causal de casación, dentro de la segunda del artículo 567 del C. P. P., sino en la primera.—Los elementos que han servido para configurar el exceso en la legítima defensa, no pueden, a la vez, ser tomados como constitutivos de circunstancias de mayor peligrosidad. — Cabe reconocer circunstancias de menor peligrosidad en caso de exceso en la legítima defensa.—La gravedad del delito de homicidio no ha de tomarse por el solo aspecto de la supresión de una vida, siempre grave, sino por el conjunto de circunstancias que mediaron, para no desvirtuar la legítima defensa, aunque haya exceso en ella. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso que se adelanta a José Dolores García Gómez, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 796

Incompetencia de la Corte para conocer de los procesos contra los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas.—La Corte se inhibe de conocer, por falta de competencia, del proceso adelantado contra el doctor José Manuel Cuéllar, Magistrado del Tribunal Supremo de Aduanas, por el delito de falsedad.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel 802

No se puede decidir un incidente de colisión de competencias, mientras no obre en el expediente la providencia en la cual el funcionario ante quien se propone, exponga la razón jurídica de su renuncia para asumir el conocimiento del proceso.—Se inhibe la Corte de conocer del incidente de colisión de competencias provocada por el Comando de la Quinta Brigada al Juzgado Superior de Pamplona, en el proceso que se adelanta a Eulogio Montes Fernández, por el delito de homicidio.-Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel 804

Delitos de responsabilidad.—Comprobación de la calidad de funcionario público.—Se revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio que por responsabilidad se adelanta al doctor Mauricio Daza Ovalle.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 805

Extravío o pérdida de expedientes.—Acciones que de ella se derivan.—Se inhibe la Corte de conocer de las diligencias iniciadas en el Tribunal Superior de Pasto, para reconstruir el proceso que por faltas cometidas contra la ética profesional, se adelantaba contra el doctor Emiliano Gómez A.—Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro 807

Denuncia.—Quién puede formularla. — Derechos y obligaciones impuestos por la ley.—El denunciante no puede interponer recursos. — Se inhibe la Corte de conocer de la

Págs.

providencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta —abstención de investigar— en las diligencias que se iniciaron contra el doctor Manuel Antonio Ovalle.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 810

SALA DE CASACION LABORAL

Límite del interés jurídico para recurrir en casación cuando no se apela del fallo de primera instancia.—La "reformatio in pejus". El principio de la libre formación del convencimiento rige tanto para el juzgador de primera como para el de segunda instancia. Requisitos de la acusación por error de hecho. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Juan de Jesús Aldana contra Aparicio Molina.—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 813

Recurso de hecho. — Fijación de la cuantía para la procedencia del recurso de casación. Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Jorge Lenis contra el Municipio de Buga.—Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 818

Actividades de los terciadores, acarreadores o braceros que ofrecen sus servicios al público en general así fuere la Empresa o patrono que les dé preferencia en el trabajo.—La subordinación o dependencia como elemento esencial.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Jesús María Gil contra la Sociedad comercial denominada "Hijos de Marco Gómez Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 820

Notificación de las providencias judiciales en el procedimiento laboral.—Las sentencias de instancia se pronuncian en audiencia y se notifican en estrados y la de casación, cuando no se profiere en audiencia, se notifica por edicto.—Recurso de hecho. — No se accede a ordenar que se conceda el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en el ordinario laboral adelantado por Antonio Ruiz Uribe contra Textiles Nylon S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 824

Contrato de trabajo de agentes vendedores y de agentes viajeros. — Sus características.—Agente viajero con contrato mercantil.—La falta de licencia en el agente viajero no desnaturaliza el contrato de trabajo sino que hace incurrir al agente en sanción administrativa.—Empresa comercial como ejercicio profesional de una persona natural. — Coexistencia de contratos.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Juvenal Pacheco L. contra 'Alberto Perlman & Cía."—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano..... 827

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Responsabilidad civil extracontractual de las entidades de derecho público. Pruebas trasladadas de un proceso penal a uno civil.—Requisitos para la admisibilidad de la prueba testimonial.—Su valor probatorio. — Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios, ocasionados por muerte violenta, adelantado por María Josefa Vargas v. de Bernal contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 834

Interrupción transitoria de términos.—El incidente de acumulación de autos puede promoverse en cualquier estado del juicio.—La acumulación de procesos no priva a las partes del ejercicio de ningún derecho.—Se revoca el auto suplicado por medio del cual se abstiene la Sala de darle curso a una solicitud de acumulación, hasta tanto no se surtan los traslados para alegar de conclusión, en el ordinario adelantado por la Compañía Empresaria del Camino del Carare, S. A. contra la Nación y la Texas Petroleum Company, sobre nulidad de unas Resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos y

Págs.

otras peticiones. — Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo 843

Influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal.—A la persona moral no se le puede imputar la comisión de un delito o culpa para comprometer su responsabilidad en forma directa.—No hay servidor público, por alta que sea su categoría y por importantes que sean las funciones que desempeñe, que pueda confundirse con la persona moral de derecho público, llámese Nación, Departamento o Municipio—Corresponde al perjudicado demostrar el acto culposo del transportador benévolo—Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios derivados de culpa civil extracontractual, adelantado por María Elena Linares v. de Peña y otras contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo 846

Títulos emanados del Estado antes de 1873.—Qué entraña la determinación de los terrenos. — Interés jurídico del demandante en acciones de petróleos.—El remate de bienes que fueron de temporalidades constituía tan solo un anteredente previo a la esrritura de venta y no puede aceptarse, por sí solo, como título capaz de transmitir el dominio de la Corona al rematante.—Se hacen algunas de las declaraciones pedidas en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantada por Manuela Rocha de Fonnegra contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 855

Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias que tengan como base la ocupación transitoria de la propiedad particular, o la reparación de simples daños sin ocupación permanente, continúa radicada en la jurisdicción contenciosa-administrativa cuando tales daños se originan en trabajos públicos. — En la acción encaminada a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por simples daños sin ocupación, adelantada por Leonidas Castro Rojas y otra contra el Municipio de Cali, la Corte declara una nulidad y ordena devolver el expediente al H. Consejo de Estado a quien corresponde el conocimiento en armonía con el Decreto 293 de 1956.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora..... 884

Recurso de hecho.—Contra la providencia que resuelve una solicitud de reposición, se puede interponer nuevamente este recurso o el subsidiario de apelación, si en aquella se decide sobre un punto nuevo.—Se concede el recurso de apelación denegado en el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de Rafael Angulo contra el Departamento de Antioquia. Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 888

Competencia de la Corte para conocer de las acciones de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada inmueble, con ocasión de trabajos públicos. — La valorización solo puede cobrarse cuando la ocupación del predio es parcial.—Se reforma el fallo proferido por el Tribunal Addinistrativo de Cundinamarca en el juicio ordinario de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos, adelantado por Clemencia Samper de Liévano y otros contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo..... 892

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Camilo Rincón Lara, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 900

El juicio ordinario que ha de decidir sobre la oposición que se formule ante el Ministerio de Minas y Petróleos a las propuestas de que habla el artículo 34 del C. de Petróleos, se estableció para que resolviera todas las situaciones particulares que pudieran surgir como oposición a una determinada propuesta de contrato.—Término para formular las oposiciones y para demandar en juicio ordinario ante la Corte la declaración de propiedad del petróleo, cuando aquella no se pudo formular en tiempo. — El objeto del juicio ante la Corte es el de decidir definitivamente si es del Estado o de propiedad particular

Págs.

el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la litis.—Se mantiene el auto suplicado proferido en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantado por el Municipio de Sabanalarga contra la Nación—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 902

Indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual.—Prescripción en corto tiempo.—Suspensión de la "controversia" e "interrupción" de la prescripción.— Se reforma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte violenta de una persona, adelantado por Isabel Gutiérrez v. de Méndez y otros contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora... 913

Responsabilidad directa o indirecta de la Nación. — Prescripción de las acciones civiles ejercitadas contra quienes, a pesar de no ser los autores directos de la culpa o hecho dañosos, son obligados por la ley a indemnizar los daños causados por las personas o las cosas puestas bajo su vigilancia y cuidado. — Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales causados por la muerte violenta de una persona, adelantado por Mercedes Pinto Mozo y otras contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 920

Elementose esenciales de la acción indemnizatoria proveniente de la ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos.—Lucro cesante. — Se hacen algunas de las declaraciones pedidas en la demanda ordinaria sobre indemnización de perjuicios con motivo de trabajos públicos, adelantada por Faustino Rico y otros contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr Abelardo Gómez Naranjo..... 925

Salvamento de voto del H. Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 963

El contrato sobre exploración y explotación de petróleos no es propiamente un genuino contrato de arrendamiento. — Períodos de exploración y de explotación.—Cánones superficiarios en los mismos y reintegro del valor de estos.—Se hacen algunas de las declaraciones solicitadas en el ordinaria sobre nulidad de unas resoluciones, adelantado por la Concesionaria de Petróleos Shell Cóndor S. A. contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara..... 938

El proveído por el cual se falla el incidente de que trata el artículo 553 del C. Judicial, no es consultable, aunque sea parte una entidad de derecho público.—La Sala se declara sin jurisdicción para revisar el proveído de que se ha hecho mérito, el cual fue proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el incidente sobre regulación de perjuicios adelantado por Leticia Castro de Pupo contra el Municipio de Valledupar.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara 950

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 414325.

—

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 414325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXV BOGOTA — 1957 NUMERO 2185

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXXXV (Nos. 2181 A 2184, ABRIL A JULIO DE 1957), DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABOGADOS (**Prueba de esta calidad en los juicios por faltas contra la ética profesional**)

La Corte ha sostenido y forma parte de su doctrina, que para poder juzgar la conducta de un abogado según el procedimiento de la ley 69 de 1945 es fundamental la demostración de que el sujeto pasivo de la acción posee efectivamente aquella calidad, ya que tal ordenamiento sólo hace referencia a actos cometidos por abogados titulados en ejercicio de la profesión o por medio de funciones inherentes a ella.

"La omisión de uno de estos requisitos — dijo la Sala en providencia de 12 de diciembre de 1956— desquicia los fundamentos jurídicos de la acción, bien por ausencia del hecho o por carencia de sujeto, pues sería ilógico a la vez que injurídico, imponer estas medidas a personas que no tienen un grado profesional quienes por no poseer un título académico, no pueden infringir los preceptos de la ley que se comenta.

"Si la medida se impone por esta clase de faltas leves o graves o si éstas o aquéllas no pueden cometerse sino por personas que poseen título profesional, es natural y obvio que las sanciones sólo tienen vivencia jurídica cuando en el proceso se acredite plenamente esa calidad, bien sea de oficio o a petición de parte. Mientras esto no se haga, la sentencia que absuelve o condena no tiene fundamento legal por ausencia de uno de los presupuestos esenciales que sirven de base a la acción, es decir, el derecho del Estado para sancionar a los abogados titulados por actos de indelicadeza o decoro cometidos en el ejercicio de la profesión...". (Casación Penal. Mayo 9/57. Nos. 2181-2182) .....171, 2ª y 172, 1ª

— 2 —

ABUSO DE AUTORIDAD

"El abuso previsto en el artículo 171 del Código Penal exige, como elemento constitutivo del delito, el que el acto arbitrario o injusto vaya en perjuicio de una persona o de una propiedad. En consecuencia, cuando la arbitrariedad se comete para beneficiar a alguien, el hecho queda penalmente en blanco y se regula por el principio **Nullum crimen**

sine lege, que nuestro derecho positivo consagra en los artículos 26 y 28 de la Constiturional Narional, 43 de la ley 153 de 1887 y 1º del estatuto represivo". (Casación Penal. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182) 201, 1ª

— 3 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Cuando se rechazan memoriales injuriosos)

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 163 del Estatuto Procesal, les está prohibido a los Jueces y Fiscales "hacer calificaciones ofensivas respecto del procesado, debiendo limitarse al examen escueto de los hechos y a las conclusiones jurídicas que de ellos se derivaren", y es evidente que la pretermisión de este mandato puede hacer incurrir a tales servidores públicos en las sanciones de que trata el artículo 171 de la misma obra.

Está bien que así sea, porque el lenguaje forense ha de corresponder a la alta misión de administrar justicia entre los hombres, y en él deben aparecer sofrenadas la exuberancia retórica por la sobriedad de la forma y la sensibilidad moral del juzgador frente al delito por el ánimo de esclarecer imparcialmente la verdad, sin indulgencias que favorezcan la impunidad y sin concesiones a la venganza. Pero ello no impide que se censuren actitudes de las partes o de sus apoderados o defensores poco o nada conformes con la dignidad de que se halla investido el funcionario, siempre que éste se mantenga dentro de los límites de lo justo. En este sentido ha dicho la Corte que "no comete abuso de autoridad el Juez que, en vez de rechazar un memorial injurioso, o de multar o arrestar a su autor, se limita a protestar enérgicamente contra las ofensas lanzadas en el escrito tachando la actitud irrespetuosa del litigante de desconforme con la cultura, contraria a la verdad, desleal y otros calificativos por el estilo", porque "ello no es sino el rechazo obligado de una ofensa; es la facultad justa y natural de protesta que no hay razón para negársela un juez". (XXXVI, 308). (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2154) 757, 1ª

— 4 —

ACCIDENTES (Carga de la prueba)

Cuándo se produce un accidente que ocasione daño a una persona, la carga de la prueba, gracias al juego de las presunciones, se desplaza de la víctima hacia el autor del daño quien sólo podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que lo acaecido tuvo por causa una fuerza mayor o caso fortuito o un hecho propio de la víctima. La presunción de culpa está consagrada en el artículo 2356 del C. Civil. (Casación Civil. Julio 5/57. Número 2184) 678, 2ª

— 5 —

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD (No es desistible)

La acción de inexequibilidad para decidir acerca de la constitucionalidad de leyes o decretos extraordinarios o legislativos, consagrada en el artículo 214 de la Carta, no es desistible. La solicitud de audiencia pública es improcedente en esta clase de juicios. (Negocios Constitucionales. Abril 24/57. Números 2181-2182) ..... 7, 1ª y 2ª

— 6 —

ACCION REIVINDICATORIA (Elementos)

La acción reivindicatoria, como todas las demás, entraña el ejercicio de un derecho y surge del quebranto que un tercero haya infringido a ese estado, es decir, nace de un ajeno titular del derecho y tiene por objeto

el restablecimiento normal de determinada relación jurídica. Pero no basta que una acción exista y resida en la persona del demandante para que le sea reconocida; precisa que dicha acción haya sido deducida de acuerdo con la ley, previa demostración, de los elementos que la configuran; ya que si el actor, en caso dado, descuida la comprobación de alguno de estos elementos, la acción va inevitablemente a su fracaso. La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular reivindicable; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión o tenencia material en el demandado a tenor del artículo 971 del C. C., y d) identificación de la cosa materia de la reivindicación; o sea, que lo que se reivindica por el demandante, sea lo mismo que posee el demandado. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184) 727, 2ª

— 7 —

ACCION RESOLUTORIA (Diferencias con el pacto comisorio)

El principio contenido en el artículo 1609 del C. C. es una norma general aplicable a toda clase de contratos bilaterales, e implica la consagración de la regla "Non adimpleti contractus", y que significa un amparo a la parte que ha sido reconvenida judicialmente para que cumpla lo pactado, alegando que la otra parte no ha cumplido con la prestación que le corresponde. Es una norma inspirada en la equidad y fue introducida por los canonistas, contra los rigores del derecho romano, que no perfeccionó doctrinas que protegieran la simetría contractual, el equilibrio de las prestaciones y que amparan el sentido económico de cambio de bienes o de servicios. Pero el principio, aunque de sólidos fundamentos morales, determinaba innovaciones trascendentales en otros aspectos de la institución contractual, razón por la cual fue susceptible de posteriores modificaciones, con la intención de acomodarla a los diferentes tipos de convenciones.

La introducción en el régimen contractual de la regla "Non adimpleti contractus" si implicaba para cada una de las partes comprometidas con la convención un instrumento de seguridad jurídica, el "Do ut des", o "dando y dando", suscitaba problemas de orden práctico, uno de los cuales consistió en que se le quitaba firmeza al vínculo contractual, ya que las partes vivían en expectativa de que la una o la otra cumpliera lo pactado. En estas condiciones los efectos jurídicos del contrato se dilataban indefinidamente y la regla "Pacta sunt servanda", sufría serios quebrantos. A estas urgencias prácticas atendieron los canonistas, ideando un nuevo medio de seguridad jurídica, consistente en la acción resolutoria que, alternativamente, dio a los contratantes o la facultad de pedir el cumplimiento de la prestación pactada o la extinción o terminación del vínculo contractual, con lo cual no sólo se consulta a la firmeza de los contratos, sino, también, la urgencia que tenían o podían tener las partes de definir su situación frente a la convención o contrato celebrados.

Sin embargo, y con una inspiración moral muy distinta a la idea de los canonistas, sobrevivió la idea del pacto comisorio del derecho romano, consistente en que expresamente se pactaba la resolución, fuera de la cual el contrato era rígido, e inspirado en la noción de condición pactada. Esta innovación, traída de los textos romanos, fue la que inspiró la reglamentación de la acción resolutoria en los códigos clásicos, entre ellos el nuestro, que calcó esa reglamentación del código de Napoleón y bajo la forma de un pacto comisorio tácito. Lo que en un principio fue, y por obra de los juristas que elaboraron el derecho intermedio, una regla de equidad, en los textos modernos llegó a ser la expresión de la voluntad de las partes, o condición im-

plícita en todos los pactos o convenciones bilaterales. De tal suerte que, si la acción resolutoria fue desde un principio una institución inspirada en la equidad y sobrevive esa idea aún en los expositores que la fundamentan en la idea de causa, en la de equilibrio o simetría contractual, porque estas nociones están fundadas en aquel criterio supremo, en las legislaciones modernas se basa en la regla de la autonomía de la voluntad, de una manera expresa o tácita, con lo cual las aplicaciones jurisprudenciales, no pueden tener un criterio uniforme.

Pero debe tenerse en cuenta que las partes, al celebrar una convención, y aportar todos los ingredientes naturales, psíquicos y económicos que formar el presupuesto de hecho de todo contrato, expresan y tienen una intención firme de vincularse contractualmente: las convenciones se celebran es para que surtan efectos jurídicos y se cumplan realmente. Su mora o incumplimiento son fenómenos anormales a la vida del contrato y la reglamentación jurídica de éstos tiene fundamentos muy distintos a los que pueden encontrarse en la autonomía de la voluntad. La sabiduría de los canonistas al proponer la acción resolutoria se inspira en ideas morales que como la de equidad interfiere todas aquellas ventajas que la voluntad de las partes quieran sacar de las rigurosas fórmulas contractuales. Es por esto por lo que la Corte considera ahora que aunque el pacto comisorio y la acción resolutoria pueden confundirse, aún con fundamento en textos expresos de la ley positiva, son diferentes: el primero se funda en la voluntad expresa de los contratantes; y, el segundo, en cambio, en claras y sólidas reglas de equidad. (Casación Civil. Mayo 3/57. Números 2181-2182).....

36, 1ª y 2ª, 67, 1ª y 2ª

— 8 —

ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

(Cuándo hay opción para escoger entre ellas)

No es aceptable, como tesis absoluta, la de que el demandante puede escoger y ejercitar la acción de responsabilidad civil que estime conveniente para la reparación del daño resultante de la ejecución de un contrato, cualquiera que éste sea, porque quedarían sobrando nuestras instituciones legales que regulan con características propias la culpa contractual y las consecuencias que de ésta dimanan.

La regla general es la contraria, aun cuando tampoco es absoluta. La violación del contrato acarrea a la parte incumplida las obligaciones propias de la convención. Pero puede ocurrir que el hecho sea causa de responsabilidad contractual y a la vez pueda causar responsabilidad extracontractual; tal sucede cuando en la ejecución de un contrato ocurre un hecho que lesione derechos de uno de los contratantes y también cause perjuicios a un tercero no ligado por el vínculo contractual e independiente de éste. Si en este caso especial se conjugan en una misma persona las dos calidades que le den derecho a exigir las indemnizaciones que corresponderían al contratante por el incumplimiento del contrato y las del tercero por los perjuicios que directa y personalmente se le han causado con el hecho, la doctrina y la jurisprudencia admiten que esa persona ejercite cualquiera de las dos acciones indemnizatorias, sin que pueda acumularlas, porque se produciría una injusta duplicación en la reparación del perjuicio.

Este derecho de escogencia de la acción ha sido reconocido por la Corte cuando con ocasión de la ejecución de un contrato de trans-

porte ocurre la muerte del pasajero por culpa o descuido imputable al transportador y el heredero ejercita la acción indemnizatoria. Este puede optar por demandar el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, demandando como sucesor del contratante muerto y para la sucesión de éste; o exigir la indemnización a que pueda tener derecho por el perjuicio recibido directamente motivado por la muerte de su pariente o benefactor. A este exclusivo caso se refieren las jurisprudencias de la Corte citadas tanto en la sentencia como en la demanda de casación.

Esta cuestión está puntualizada con toda claridad por la Corte en sentencia de casación de 23 de abril de 1954 (GACETA JUDICIAL Nº 2140, pág. 411).

Sólo en el caso de que en una misma persona se reúnan las calidades que la invisten del derecho para ejercitar la acción extracontractual y a la vez la contractual tendiente a la reparación del perjuicio ocasionado por un hecho, puede haber lugar a optar por la exigencia de una u otra responsabilidad. La calidad de que se habla no es otra que la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción por ser titular del derecho. El derecho del contratante proviene siempre de la convención y cuando de la ejecución del contrato reciba algún perjuicio, su acción será siempre la de responsabilidad contractual; el tercero que recibe perjuicios de un hecho, aun cuando ese hecho se hubiese ejecutado en el cumplimiento de un contrato, como no está ligado con ningún vínculo contractual con el culpable, sólo puede acudir a la acción de responsabilidad civil extracontractual.

Lo dicho es suficiente para aclarar la dualidad de derechos para exigir responsabilidades; pero se repite, no podrán ser acumuladas ni podrá obtenerse doble indemnización. (Casación Civil. Abril 29/57. - Nos. 2181-2182).....50, 1ª y 2ª y 51 1ª y 2ª

— 9 —

ACCIONES RESOLUTORIA Y DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

El medio defensivo consagrado en el art. 1609 del C. C., tiene en nuestro derecho positivo una significación como también alcances y contornos muy precisos. Sus efectos jurídicos en la litis no impiden propiamente el pronunciamiento de un fallo resolutorio, sino que crea una situación indefinida entre las partes, que suspende o define la acción resolutoria, rompiendo el vínculo contractual entre ellas; lo que indica, claramente, que no pueden confundirse de ninguna manera, porque la acción de cumplimiento prospera es en el caso en que, en lugar de demandar la resolución se suplica el cumplimiento de las prestaciones, súplica que se interfiere precisamente con dicha excepción. En la acción resolutoria, en cambio, se pide es la terminación del contrato, con fundamento en dicho incumplimiento, porque la parte desfavorecida con el incumplimiento prefiere liberarse del nexo convencional. El medio defensivo adecuado en la acción de cumplimiento es la excepción "Non adimpleti contractus"; en la acción resolutoria, en cambio, no es este mismo medio, porque aun en el supuesto que la parte que demanda hubiese incurrido también en el incumplimiento, lo que se pide es la terminación de toda vinculación jurídica. (Casación Civil. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182) 68, 2ª

— 10 —

ACUMULACION DE AUTOS (Cuándo procede)

No puede entenderse la disposición expresa del artículo 402 del Código Judicial, que estatuye que el incidente de acumulación de autos puede promoverse en cualquier estado del juicio, en el sentido de que sólo procede

hacerlo al concluír uno de los ciclos procesales y antes de comenzar el siguiente, como parece darlo a entender el auto que se revisa, pues lo mismo podría afirmarse sin razón alguna respecto de otros incidentes como el de nulidad, el de impedimentos y recusaciones, etc., los cuales se proponen también en cualquier momento y deben surtirse en su totalidad antes de proseguir la actuación.

Pero no solamente del texto del artículo 402 puede concluírse que implícitamente se autoriza la suspensión transitoria de cualquier etapa del juicio. Si se armoniza tal norma con la del artículo 409 del mismo código, se verá claramente la voluntad de la ley sobre la suspensión. Porque si el Juez que conoce del proceso que va a acumularse debe suspender el curso del juicio inmediatamente que reciba el oficio en que se le pide la remisión del expediente, sin que para ello valga el argumento de que no puede suspender el trámite porque se está corriendo un término, con el mismo e idéntico criterio, y aun con mayor razón, el juez a quien se dirige la solicitud de acumulación debe atenderla y decidirla aunque para ello deba interrumpir momentáneamente la etapa procesal que se esté corriendo. En nada se perjudican los derechos de las partes así sea que se acepte la acumulación o que se deniegue, porque el trámite del juicio habrá de surtirse en toda su plenitud.

Al interpretar de tal manera la ley procedimental sobre la suspensión natural de términos para resolver las cuestiones incidentales que se presenten, y aceptar su conformidad con la ley, la jurisprudencia no ha hecho otra cosa distinta a la de aplicar con toda propiedad el principio que se expresa en el artículo 472 del Código Judicial, que dice: "Los funcionarios del órgano judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales...". (Negocios Generales. Julio 4/57. Nº 2184).....
845, 1ª y 2ª

— 11 —

ACUMULACION DE AUTOS (Finalidades)

La reunión de causas es uno de los actos procesales que beneficia directamente a las partes litigantes, porque ella cumple el fin primordial de la justicia, que es el de lograr la eficacia del derecho con el mínimo de actividad jurisdiccional. O en otros términos: la acumulación no priva el ejercicio de ningún derecho, ni exime de ninguna carga a las partes. Todo el trámite pertinente a cada uno de los procesos acumulados ha de cumplirse, aunque con el beneficio para los litigantes de una mayor economía procesal. No es pues exacto que el estudio de la solicitud de acumulación hecha por la Procuraduría, prive a las partes del derecho de alegar de conclusión. (Negocios Generales. Julio 4/57. Nº 2184).....845, 2ª

— 12 —

AGENTES VENDEDORES Y VIAJEROS
(Contrato de trabajo)

El contrato de trabajo que establece el art. 98 del Código Sustantivo del Trabajo, para los agentes vendedores y agentes viajeros, exige servicio personal con licencia para el ejercicio, bajo continuada dependencia y mediante remuneración y, que no constituyan por sí mismo una empresa comercial. Por las modalidades que requiere es muy especial, y por ello mismo, no puede tener el cumplimiento de exigencias, en cuanto a tiempo o cantidad de trabajo, horario de reglamento y órdenes en cualquier momento. Aquí se debe tener en cuenta, como requisito indispensable, la existencia de la subordinación

jurídica en circunstancias posibles dentro de la especialidad del contrato, porque los agentes viajeros vendedores carecen de autonomía en sus determinaciones, semejante a los "empleados dependientes" que actúan en la oficina local de las empresas, por la subordinación a las instrucciones a que deben atenerse en el expendio de mercancías, solo que el agente viajero, es enviado asiduamente a ejercer sus funciones en diversas localidades cuyos mercados conoce, aunque puede darse el caso de un agente viajero representante de firmas, que tenga contrato mercantil y no de trabajo, pero éste actuará con autonomía, no recibirá órdenes concretas, tendrá los precios no estipulados por patrono alguno, que sujetará al libre juego de una habilidad mercantil, la cual le irá aconsejando su decisión en cada caso. (Casación Laboral. Julio 25/57. Nº 2184).....831, 2ª y 833, 1ª

— 13 —

AGENTES VIAJEROS (Licencia)

El establecimiento de la licencia, constituye una reglamentación para el ejercicio de una profesión, y la falta de la misma sólo puede acarrear sanciones al infractor, impuestas por el Gobierno, pero en manera alguna hacer degenerar su relación laboral en una de carácter civil o de otra naturaleza, determinando así las garantías propias de su contrato de trabajo. La claridad de esta interpretación es más visible, si se reparan las normas que precedieron al artículo 98 del C. S. del T.

El artículo 1º de la Ley 48 de 1946 no incluyó entre las condiciones para que el agente viajero fuera parte de una relación de trabajo la licencia oficial, la que se mencionó adelante, en el artículo 5º, como requisito para el ejercicio de la profesión. Y el Decreto reglamentario de esa ley, número 2332 de 1947, sólo se refirió a la tal licencia, también en su artículo 5º, bajo el acápite "condiciones para el ejercicio de la profesión", concluyendo en el 17 que las personas que la ejercieran sin poseer el documento, serían sancionadas por el Ministerio de Economía Nacional con multas de $ 20 a $ 200. De suerte que la única consecuencia de que un agente vendedor haya ejercido su oficio mediante contrato, que por lo demás puede llegar a considerarse como de trabajo, sería la de que fuera sometido a una sanción administrativa por el quebrantamiento de un mandato que regula el ejercicio de esa profesión, pero no la de que se desnaturaliza su relación laboral. (Sentencia de 4 de febrero de 1954. Tribunal Supremo del Trabajo). (Casación Laboral. Julio 25/57. Nº 2184).....832, 1ª

— 14 —

ASIGNACIONES MODALES

"La asignación modal debe hacerse a la persona a quien el testador encarga la ejecución del modo, en propiedad, para que la tenga como suya con la obligación de aplicarla al fin previsto. Es de la esencia, en esta clase de asignaciones, la entrega al instituído para que los bienes los haga suyos; el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante". (Casación Civil. Abril 25/57. Nos. 2181-2182).. 37, 1ª

— 15 —

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS
(Por el alma del testador)

Todo asignatario (regla general) debe ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica, pero los testadores pueden establecer asignaciones en favor de su alma, como excepción a la norma que contiene el primer

inciso del artículo 1113 del C. Civil. (Casación Civil. Abril 25-57. Nos. 2181-2182)... 35, 2ª

— 16 —

AUTOS DE DETENCION Y DE PROCEDER

La conveniencia de dictar por separado el auto de detención del de proceder salta a la vista y la Corte la ha expresado en reiteradas ocasiones. (G. J., tomo LX, 234). (Casación Penal. Junio 3-57. Nº 2183)....426, 1ª

— 17 —

AUTOS DE DETENCION Y DE PROCEDER (En el procedimiento del Decreto 0014 de 1955)

En el procedimiento del Decreto 0014 de 1955 no existe el auto de proceder ni se dispone que el auto de detención equilvalga a aquél o que lo supla; en cambio, el artículo 55 manda que la captura y el auto de detención se rijan por las normas generales, normas éstas según las cuales cuando la infracción porque se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si contra él resultare una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que es responsable, como autor o partícipe, de la infracción que se investiga y la detención se ordenará en un auto en que debe expresarse el hecho que se averigua, los elementos probatorios allegados sobre su existencia, su calificación legal, la pena que la ley establece para él y las pruebas que aparezcan en el proceso en contra de la persona cuya detención se ordena (artículos 379 y 383 del Código de Procedimiento Penal y Decreto 2184 de 1951, artículo 2º).

Tales no son todos los requisitos exigidos para la viabilidad del auto de proceder pues para éste se requieren condiciones más rigurosas, entre ellas la plena prueba del cuerpo del delito y pluralidad de indicios graves de responsabilidad en el sindicado (artículo 429 C. P. P.), debiendo el auto ajustarse a los requisitos del artículo 431 y dictarse una vez cerrada la investigación. De otro lado, con la ejecutoria de esta providencia finaliza el sumario, que es reservado, y empieza el juicio o causa, que es pública, etapas que no existen en el procedimiento especial de que se viene hablando, en el cual se desarrolla un proceso continuo en el que la única oportunidad de verificar la calificación legal de los hechos se presenta en la sentencia, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario en el que dicha calificación se hace en el auto de proceder sin que pueda ella desatenderse en la sentencia ni en el interrogatorio a los jurados cuando éstos intervienen en el proceso, so pena de incurrir en causales que invaliden el juicio.

Refiriéndose a los autos de detención y proceder ha sostenido la Corte que, "los elementos de análisis y apreciación de los fenómenos jurídicos que se requièren para sustentar un auto de esta clase, son diferentes a los exigidos para fundamentar el auto de proceder. En el primer caso, el ánimo del Juez, su conciencia y su decisión no se comprometen a fondo, pues, tratándose de una medida de orden meramente preventivo, su fundamento puede ser revocado por pruebas posteriores que lo decidan a infirmar su anterior providencia. En cambio, tratándose de auto de proceder, cualquier opinión que el juzgador tome al respecto conlleva un proceso de análisis y de síntesis de los elementos constitutivos del delito y modalidades del mismo, que presupone definida posición de su ánimo para llamar al procesado a responder por un pliego de cargos que debe estructurar según su criterio jurídico, todo ello basado sobre el diverso conjunto probatorio". (Casación Penal. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182).....212, 2ª y 213, 1ª

— B —

— 18 —

BALDIOS (Manera de adquirirlos)

La adquisición de bienes baldíos está subordinada a una tutela jurídica especial, la consignada en el Código Fiscal. Así la ocupación, modo de adquirir el dominio de los bienes de que trata el Código Civil, origina también el derecho de propiedad sobre los terrenos baldíos. Pero, si en el derecho común esa ocupación con ánimo de señor y dueño genera posesión y ésta hace presumir el dominio o lo origina por el transcurso del tiempo —prescripción adquisitiva—, en el régimen legal de los baldíos la sola ocupación no funda dominio, entre otras razones, porque ellos no pueden adquirirse por prescripción —artículo 61 del Código Fiscal—; y porque, además, lo que la ley exige perentoriamente para adquirir derecho de propiedad sobre esa clase de terrenos, es el título de adjudicación el cual se obtiene o a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo.

De allí que las controversias judiciales que se suscitan con motivo de la propiedad de los terrenos baldíos, y en general sobre esta clase de bienes, no se discuta quién sea dueño, sino quién de los dos contendientes tiene mejor derecho a la adjudicación, a menos que se controvierta la calidad misma de baldío y se afirme que el terreno es un bien de propiedad privada. (Casación Civil. Junio 17/57. Nº 2183).....382, 2ª

— 19 —

BUENA O MALA FE (Apreciación)

La buena fe, según el artículo 768 del Código Civil, es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio. Es, pues, un elemento moral que pertenece al fuero interno del poseedor. La estimación que el sentenciador hace sobre hechos morales, ha dicho la Corte, no puede ser desatendida por ésta en casación, sino por prueba evidente en contrario, desatendida por el Tribunal.

De las anteriores razones depende la relativa autonomía de los falladores de instancia en la apreciación de la buena o mala fe del poseedor, apreciación que sólo puede ser variada en casación cuando se demuestre que el Tribunal ha incurrido en error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas de que se sirvió para calificar la buena o mala fe del poseedor. No es suficiente afirmar que el contrato de compraventa se interpretó en sentido distinto de aquel que el mismo contrato expone, para obtener éxito en la acusación, sino que es necesario demostrar que de la prueba señalada surge la evidencia contraria al concepto del juzgador. (Casación Civil. Julio 26/57. Nº 2184).....739, 1ª y 2ª

— C —

— 20 —

CAJAS DE PREVISION (Su mora implica la de la Administración)

Las Cajas de Previsión son parte integrante de la respectiva Administración, son apenas formas de manifestarse ésta en un sector de sus funciones, son simples delegatarias de las entidades públicas para liquidar y pagar prestaciones, por lo cual es indudable que entre tales Cajas y la entidad pública correspondiente existe unidad de responsabilidad, de efectos más vinculantes aún que la solidaridad porque se trata de una misma Administración, de tal suerte que la sanción que el Decreto establece para la entidad de derecho público no es injurídica ni imposible de aplicar, pues parte del concepto de la responsabilidad unitaria entre la Administración y su Caja pagadora. La mora de la Caja

es mora de la Administración y como tal la entendió la norma, pero como el vínculo contractual se establece no con la Caja sino con la entidad pública, era natural que las consecuencias de la subsistencia ficcionada del contrato las sufran las entidades de derecho público y no las Cajas pagadoras. (Casación Laboral. Junio 17/57. Nº 2183).....536, 2ª y 537, 1ª

— 21 —

CAMBIO DE RADICACION (Demostración del motivo que la justifique)

Para que el cambio de radicación de los procesos penales proceda se requiere, al tenor de lo prescrito en el artículo 58 del C. de P. P., que ello "se estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado"; y se entiende que existe tal conveniencia cuando los derechos y prerrogativas que la Constitución y la Ley otorgan a las partes no se hallan debidamente amparados, bien porque se tema fundadamente su denegación por los encargados de fallar el negocio, ya porque circunstancias especiales dificultan la defensa del procesado o ponen en peligro su vida como consecuencia de las reacciones sociales o personales derivadas del hecho sub-judice. Pero en cada caso es indispensable —se ha dicho por la Sala— "la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos no da base a la Corte para emitir concepto favorable" (LX, 541). (Sala Penal. Junio 3/57. Nº 2183).....429, 1ª

— 22 —

CAMBIO DE RADICACION (Por inseguridad del establecimiento de detención)

Cuando se pide el cambio de radicación con base en que los establecimientos de detención no ofrecen ninguna seguridad para el mantenimiento de personas sujetas al proceso penal, se está invocando directamente una medida de protección para los intereses de la sociedad y de la justicia que busca la seguridad y no la evasión de quienes tienen que responder ante la ley por hechos constitutivos de infracción penal. Y si a este hecho se compagina la circunstancia de que el procesado revela un gran contenido de peligrosidad social que hace indispensable se tomen las medidas necesarias para mantenerlo en seguridad, nada más natural y obvio que la medida —cambio de radicación— responde a las finalidades que tuvo en cuenta el legislador al establecerla garantizando así la presentación personal del sindicado ante los Jueces del proceso. (Casación Penal. Junio 24/57. Nº 2183).....471, 1ª

— 23 —

CAMBIO DE RADICACION E IMPEDIMENTOS (Diferencias)

El cambio de radicación de los procesos y la sustitución en éstos del funcionario que es recusado o se manifiesta impedido —aunque son fenómenos análogos en cuanto constituyen excepciones a las reglas generales de jurisdicción y competencia— se rigen por normas diferentes y buscan la solución de situaciones distintas. Sobre el particular, la Corte ha sido explícita al decir: "Las causales de impedimento de que tratan los artículos 72 y 73 del C. de P. P. no pueden confundirse con las condiciones expresamente establecidas por el artículo 58 del mismo estatuto proce-

dimental, para hacer viable el cambio de radicación de un proceso penal. En consecuencia, el hecho de que existan o puedan existir causales de impedimento en un funcionario para conocer de determinado negocio penal no es fundamento legal para el cambio de radicación del respectivo proceso" (LXV, 714). (Sala Penal. Junio 3/57. Nº 2183) . . . 429, 2ª

— 24 —

CASACION CIVIL (Demanda de)

Nuestro Código Judicial no se refiere en detalles sobre lo que debe ser, en sí, una demanda de casación, pero en su artículo 531, determina su estructura general en cuanto a las condiciones mínimas que debe llenar. Pero, no así la legislación anterior, Ley 90 de 1920, que era estrictamente formalista o detallista en el cumplimiento de esas condiciones, y la cual preveía, entre ellas, la de que el Magistrado debía examinar "preferentemente si la demanda de casación reúne las condiciones de que trata el artículo anterior —"artículos 9º y 10º"—. De allí que, armonizando los dos conceptos, la jurisprudencia ha deducido la regla general de que el libelo de casación debe estar ajustado a todas las exigencias de una verdadera demanda, porque en otra forma sería inepta, según las voces del artículo 333, numeral 1º del Código Judicial. Esto, porque si en un procedimiento general la ley es exigente, más lo es tratándose de uno especial y de carácter extraordinario, como es el del recurso de casación, rígido y estricto por naturaleza, dentro del cual tiene que moverse la Corte, sin que pueda desviarse del cauce que la señala la respectiva demanda, por ser este recurso, según decir de los doctrinantes: "el medio de provocar el juicio de la Corte Suprema sobre la sentencia enjuiciada, **en los límites fijados por el recurso mismo**".

La demanda de casación que motiva esta decisión de la Sala carece de la técnica legal que impone el artículo 531 del Código Judicial. En ella, si se relata la historia de los hechos materia de la controversia y se aducen concretamente algunas de las causales instituídas por el artículo 520 ibidem, para que por vía de casación, se infirme el fallo recurrido, existe una involucración ininteligible de los sustentos de cada una de ellas, de los conceptos de violación de la ley en uno y otro caso, que no permite definir los elementos de confrontación del ataque con la sentencia, dando por resultado que los cargos contra ésta, aparecen formulados en forma confusa e imprecisa, sin dar razón del por qué de la violación de la ley por parte del fallo impugnado, situando a la Corte en la imposibilidad de pronunciar su juicio sobre aquél, ya que el camino indicado en el libelo acusatorio y la restricción que le impone el recurso mismo no le permiten salvar aquellos obstáculos, como lo podría hacer el juzgador de instancia. Entonces, la situación procesal que se contempla es la de ausencia de cargos propiamente dichos, de puntos de reparo para la debida confrontación entre la sentencia y su impugnación, y como es obvio, de formal acusación contra aquélla. (Casación Civil. Julio 4/57. Nº 2184) . . . . . 667, 2ª y 668, 1ª y 2ª

— 25 —

CASACION (Infirmación de la sentencia cuando el cargo está mal formulado)

El formulismo de la casación, con ser tan riguroso, no puede llegar hasta desatender un cargo que se aduce con razón, con el solo argumento de que el motivo alegado no se funda en la precisa causal que le corresponde, máxime si se considera que la misma Corte no ha mantenido un criterio unánime sobre la causal que debe ser alegada en el caso de la **Reformatio in peius**. Desatendiendo el

rigorismo, esta Sala ha encontrado viable un cargo, aun cuando se indique causal distinta a la existente, si al fundamentarlo el recurrente lo justifica debidamente. (Casación Civil. Julio 26/57. Nº 2184).....740, 2ª

— 26 —

CASACION (Técnica de)

No es procedente allegar en casación nuevos elementos probatorios, porque el debate queda terminado en las instancias, ya que el recurso de casación está encaminado exclusivamente a decidir las acusaciones que se formulen contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, por las causales establecidas en la ley. Esta ha sido doctrina constante de la Corte. (Casación Civil. Julio 26/57. Nº 2184).....737, 1ª

— 27 —

CASACION (Técnica de)

En muchas ocasiones ha insistido la Corte en que no es lo mismo la impugnación de una sentencia por interpretación errónea de disposiciones sustantivas, caso evidente de violación directa, con la infracción a un precepto del mismo orden al cual se llega por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, o falta de apreciación de éstas. En tratándose de dos cargos completamente diferentes, éstos exigen un planteamiento no sólo claro sino en forma separada. De ahí que el recurrente, al acusar la sentencia por violación del artículo 2515 del C. Civil, no pueda aglomerar en un solo cargo la violación por interpretación errónea, la infracción indirecta por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, como tampoco la violación de varios preceptos, por falta de aplicación. De otro lado, al invocar como causas de infracción la interpretación errónea debe expresar cuál es en su opinión la interpretación correcta del precepto sustantivo que considera violado.

Los requisitos de orden técnico contenidos en el artículo 531 del C. J. tienen por objeto que el recurso de casación surta los efectos perseguidos por el legislador; unificar la jurisprudencia nacional, con el fin de que existan pautas claras, precisas y seguras en la interpretación y aplicación de los preceptos sustantivos, en primer lugar; y, en segundo, que las partes que se sientan afectadas con posibles yerros que se traduzcan en violaciones de la ley, tengan la oportunidad de impugnarlas y obtener el restablecimiento del derecho violado. Y una de las consecuencias más graves, cuando existe confusión o falta de precisión en el planteamiento de los cargos, consiste en que ese fenómeno anormal es fatalmente inhibitorio para la Corte, pues considerar, estudiar y resolver cargos en esas condiciones, implicaría un quebranto por parte de la Sala de las normas fundamentales que reglamentan el recurso.

Yerra el recurrente cuando aplica un criterio antitécnico en relación con la estructura de los juicios civiles y de los verdaderos alcances de los principios procesales. La primera, la configuran las etapas indicadas por la ley adjetiva, para el desenvolvimiento de la relación procesal ya que todas esas etapas y su reglamentación procesal, tienen inspiración en el artículo 26 de la Constitución. Y del mismo modo, los principios del procedimiento no vienen a ser cosa distinta a un conjunto de preceptos que en la legislación ordinaria reglamentan dicho canon. Lo que no es exacto, es que esa reglamentación que al fin y al cabo tiene que ser puramente formal y objetiva, tenga que detenerse a examinar a fondo la actuación de las partes o de sus representantes en un proceso civil, en el que se tiene en cuenta su conducta externa y no sus móviles íntimos. (Casación Civil. Julio 3/57. Nº 2184).....652, 1ª y 2ª y 653, 1ª y 2ª

— 28 —

CASACION (Técnica de)

Uno de los requisitos fundamentales que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 531 del C. J., es la exigencia que hace de que en ella se debe expresar con claridad y precisión la causal que se aduzca para infirmar el fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos.

Cuando se acusa la sentencia de violación, por no aplicación de preceptos sustantivos a una situación jurídica determinada, y esa situación implica hechos que deben ser demostrados en el juicio, la técnica de casación indica que deben puntualizarse con toda claridad los errores de hecho y de derecho en que pudo incurrir el Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas; puesto que, de lo contrario, se infringiría una de las normas fundamentales sobre el recurso, como es el de la claridad y precisión en la formulación y fundamentación de los cargos. En el caso sub-judice, el recurrente no indica por qué caminos llegó el Tribunal a esas violaciones, ni si se trata de la interpretación errónea o de la apreciación errónea de determinados medios de prueba; sino que, simplemente, sostiene que la omisión de los inventarios, y el haber fijado el canon en una cuantía ínfima, son suficientes para configurar el ilícito civil que el recurrente imputa tanto al curador arrendador como al arrendatario. La estructura de la norma jurídica, supone siempre actuaciones de hecho que es preciso demostrar, requisito sin el cual es antitécnico alegar su infracción directa, por interpretación errónea, aplicación indebida o no aplicación de la misma norma a una situación jurídica determinada; principalmente, la no aplicación, exige la demostración de los hechos supuestos por el precepto legal, pues, de lo contrario, la acusación carece de fundamento.

La interpretación errónea de un texto legal sustantivo no es un caso de violación medio sino indirecta, y es lógico que por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, jamás puede llegarse a una interpretación errónea, salvo que, interpretada erróneamente una disposición legal, se aplique a una situación jurídica dada y que en la demostración de los hechos que la configuran se haya incurrido en yerros de hecho y de derecho, caso en el cual aún se trata de dos imputaciones de casación completamente diferentes. (Casación Civil. Julio 25/57. Número 2184).....708, 1ª y 2ª, 710, 1ª y 2ª y 711, 1ª

— 29 —

CASACION (Técnica de)

Yerra el recurrente, en materia grave en casación, cuando ataca parcialmente la sentencia y omite hacérlo a los fundamentos esenciales en que se apoya la decisión. Porque la Corte no podría, en tal supuesto, examinar oficiosamente ninguno de esos extremos no atacados y que de suyo son suficientes como pilares de juridicidad para que el fallo sobreviva.

Por otra parte, yerra también el recurrente al tratar de configurar un error de derecho en la apreciación de la prueba, sin invocar o siquiera citar las disposiciones legales correspondientes que imponen determinada fuerza probatoria a los elementos que afirma desestimados en la sentencia, o las que priven de eficacia a los que sirvieron de fundamento esencial al fallo, para estimar como infringidos, por éste, artículos del Código Civil que definen el derecho de dominio y la acción reivindicatoria, porque en tales circunstancias invocar un error de derecho en la apreciación de la prueba, es como no decir

nada en casación. (Casación Civil. (Junio 18/57. Nº 2183).....395, 2ª y 396, 1ª y 2ª

— 30 —

CASACION PENAL (Contra sentencias dictadas en procesos de que conocen jueces de circuito)

Al tenor del artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, para que sea procedente el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial en causas de que hayan conocido los jueces de circuito, es necesario que el delito investigado tenga señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

La Sala ha interpretado esta disposición en el sentido de que el punto de partida que allí se indica (cinco años o más) "no se refiere a la sanción establecida para las infracciones previstas genéricamente en la ley, en abstracto, sino a la específica resultante de relacionar la pena señalada para el delito base con la deducida en la respectiva sentencia por razón de las modalidades objetivas y subjetivas de cada caso sub-judice" (fallos de 21 de septiembre, 22 de octubre y 10 de diciembre de 1954; 12 de enero, 5 de febrero y 26 de julio de 1955). (Casación Penal. Junio 21/57. Nº 2183).....450, 2ª

— 31 —

CASACION (Por desconocimiento de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad)

Las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad deben estimarse por el juez de derecho; los hechos sobre los cuales se basan, como es obvio, también deben valorarse por aquél y no por el Tribunal popular; finalmente, tales circunstancias influyen en la determinación de la pena. Pero el desconocimiento de alguna de ellas, debidamente acreditada en el proceso, o el reconocimiento de otra que carezca de este respaldo, no cabe alegarlo, como causal de casación, dentro de la segunda del artículo 567 del C. P. P. sino en la primera, como repetidamente lo ha venido sosteniendo la Corte, porque, aunque influyan en la graduación de la pena, y aún apreciadas en cuanto hechos, el ejercicio indebido de esta facultad por parte del Juez es el que configura más claramente una violación de la ley penal que una interpretación o apreciación errónea de los hechos, materia propia de la causal segunda. Y esto se hace más patente cuando en la sentencia se toman aquellas circunstancias unas veces como elementos constitutivos del delito, y otras como de mayor peligrosidad. (Casación Penal. Julio 26/57. Nº 2184).....793, 2ª y 800, 1ª

— 32 —

CASACION (Técnica de)

En el recurso extraordinario de casación, esencialmente formalista, la ley fija requisitos encaminados a hacer girar el procedimiento alrededor de la sentencia recurrida, y a impedir que se convierta en una especie de revisión general del proceso o de tercera instancia. Contiene, pues, ordenamientos que pueden denominarse de orden sustantivo, en cuanto al demandar debe determinarse lo demandado, y expresarse los hechos, las disposiciones que se consideren violadas con la providencia, y la causal de casación que se estime aplicable, lo que a su turno exige requisitos de técnica procesal, es decir, referentes a la parte formal del escrito en que se pretende enjuiciar la sentencia, para que, por uno y otro aspecto, no degenere en alegato de instancia; así, para poderse tener como correctamente formulada, no debe involucrar entre sus antecedentes, recuento histórico que sirve para mejor comprender-

la, ni la discusión de pruebas u otros elementos de juicio, ni la propiamente jurídica para enlazar las conclusiones salidas de aquellas premisas con la respectiva causal de casación, porque todo esto es precisamente lo que forma la parte esencial, el cuerpo de la demanda. Y dentro de ésta, debe haber un orden procesalmente lógico, porque la indicación de las disposiciones que se consideran violadas en la sentencia ha de hacerse con las discusiones del valor de las piezas procesales pertinentes y exactamente mostrarse cómo pudo violarse cada una de aquellas normas legales, para poder llegar a la conclusión definitiva de que la sentencia recurrida incide en una o varias de las causales de casación del artículo 567 del C. de P. P. (Casación Penal. Julio 23/57. Nº 2184)...792, 1ª

— 33 —

CASACION (Técnica de)

No basta la simple afirmación del recurrente de que hubo hechos que, no estando debidamente probados, fueron acogidos con pleno valor en la sentencia, sino que debe demostrarlo. De lo contrario, no podría la Corte hacer examen al respecto, ya que es esencial en casación, para debatir, que haya argumentación y prueba, no simple afirmación, porque se trata de enjuiciar un fallo, y esto no puede hacerse sin aquellos elementos. (Casación Penal. Junio 3/57. Nº 2183)..... 436, 2ª

— 34 —

CASACION LABORAL (Cuando persigue condena al pago de salarios caídos)

Para la procedencia de la condena por "salarios caídos" que persigue el recurrente, era indispensable la formulación del cargo en el cual solicitara la revocatoria de la absolución correspondiente a cesantía, con indicación de las normas que se acusaran como infringidas, para que producida la condena por este extremo, buscar como consecuencia, el aspecto de la condena por "salarios caídos", entendido que esta indemnización procede cuando hay mora en el pago de las prestaciones. (Casación Laboral. Junio 18/57. Nº 2183)..... 563, 1ª

— 35 —

CASACION (Interés jurídico para recurrir)

El alcance de la impugnación no puede extenderse a los términos señalados por el acusador, o sea, a que casada la sentencia absolutoria del Tribunal, la Corte haga las declaraciones de condena de acuerdo con las peticiones de la demanda inicial, pues la parte demandante —ahora recurrente— no apeló del fallo de primera instancia que condenó por unos extremos, absolvió por otros y declaró una prescripción. Esta circunstancia procesal hizo que el interés jurídico de la parte demandante para acudir en casación quedara limitado, por su propia voluntad, al contenido de dicha providencia en lo favorable y en lo desfavorable. Tal restricción la impone también el principio de la **Reformatio in pejus** (artículo 494 del C. J. y numeral 2º del artículo 87 del C. de P. del T.) según el cual no le es posible al Superior hacer más gravosa la situación del único apelante, que en el caso **sub judice** lo fue la parte demandada. (Casación Laboral. Julio 6/57. Número 2184) 814, 2ª

— 36 —

CASACION (Interés jurídico para recurrir cuando no se apeló de la sentencia desfavorable de primera instancia)

Respecto a vacaciones el Seccional se limitó a confirmar la absolución del **a quo**. La parte demandante no apeló del fallo de pri-

mera instancia, conducta procesal que traduce su voluntaria conformidad con tal absolución y que hizo perder a dicha parte el interés jurídico para recurrir en casación en busca de una condena por este extremo de la litis. Además, las pretensiones del acusador chocan con el principio de la Reformatio in peius enunciado al decidir el cargo único del Capítulo II del recurso del Colegio demandado, porque la condena que se solicita desmejoraría la situación de ese Instituto, único apelante de la sentencia de primer grado. (Casación Laboral. Abril 13/57. Nos. 2181-2182) .....237, 1ª y 2ª

— 37 —

CASACION (Reposición del auto que deniega el recurso)

Es obvio que al reponer la providencia que deniega la concesión de un recurso de casación, el Tribunal queda en plena libertad para tomar las decisiones conducentes a buscar la verdadera cuantía del juicio. (Casación Laboral. Abril 8/57. Nos. 2181-2182) .217, 2ª

— 38 —

CASACION (Soberanía del juzgador de instancia)

La circunstancia de que el Tribunal se hubiera separado del criterio que guió al a-quo en el análisis de las pruebas, no implica infracción directa de ningún principio procesal sobre libre formación del convencimiento, ya que tanto los juzgadores de primera como de segunda instancia gozan de la misma facultad al respecto. Otra cosa muy distinta es que la decisión del Tribunal resulte equivocada por mala apreciación o falta de apreciación de las pruebas, pero entonces la infracción de la ley se produce por vía indirecta y no de manera directa. (Casación Laboral. Julio 6/57. Nº 2184) 816, 2ª

— 39 —

CASACION (Técnica de)

La acusación contra las disposiciones del C. S. del T. que cita el recurrente, debió proponerse por infracción directa, por haberse aplicado tales normas a una situación no regulada por ellas, pero no cabía hacerlo como lo presentan los cargos, por error de hecho, ya que este medio de infracción obedece simplemente a un fenómeno de error en la apreciación probatoria, pero bajo el supuesto necesario de que la norma o normas respectivas sean aptas para regular el derecho discutido. (Casación Laboral. Abril 13/57. Números 2181-2182) .....236, 2ª y 237, 1ª

— 40 —

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL (Técnica de)

El cargo, en los términos en que está formulado y sustentado es inoperante, porque el error de hecho consiste en que el sentenciador haya tenido como demostrado un hecho no comprobado en el juicio o como no probado un hecho que sí lo está, y no en dejar de aplicar cierta norma legal al caso subjudice. Para que prosperara el error de hecho que se imputa al Tribunal, preciso hubiera sido al recurrente demostrar que los hechos que en el fallo se estimaron demostrados no lo están con las probanzas que se allegaron al juicio, o que por falta de estimación de elementos probatorios dejó el fallador inadvertidos ciertos hechos y que como consecuencia de estos errores infringió la ley sustantiva que ampara los derechos de los litigantes. Pero al Tribunal no se le imputa estimación equivocada o falta de estimación de elementos probatorios, sino que, no aplicó disposiciones que el recurrente considera pertinentes al caso del pleito, y como la falta de aplicación de determinados preceptos le-

gales no configura el error de hecho alegado, el cargo así formulado no puede prosperar. (Casación Civil. Junio 18/57. Nº 2183) .... 387, 1ª y 2ª

— 41 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuando falta la legitimación en causa de una de las partes)

La legitimación en causa, como lo ha explicado la Corte en ya numerosos fallós, es elemento estructural de la acción y se identifica con la titularidad para demandar o para ser demandado. La acción, como medio para realizar el derecho subjetivo, debe ser ejercida por y contra la persona a quien la ley asigna calidad para instaurarla y para responder de ella, esto es, por el titular del derecho y contra el obligado a reconocerlo. Siendo la legitimación en causa elemento de la acción, debe concluírse que sin ella no existe la acción porque falta la titularidad en una de las partes y se impone el fallo absolutorio.

Si por falta de legitimación del actor o del demandado en la causa, el Tribunal dicta fallo absolutorio, su decisión no es incongruente con las pretensiones deducidas por las partes, porque no falla sobre puntos ajenos a la controvessia, no sobre más ni sobre menos de lo pedido. El fallo absolutorio comprende todos los extremos de la litis, aunque los motivos o fundamentos del pronunciamiento puedan ser desacertados. Y no es procedente en ese caso la causal segunda de casación, porque ésta no autoriza a la Corte a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al Tribunal como fundamentos del fallo, ya que la incongruencia sólo puede consistir en la disconformidad entre la resolución del fallador y las pretensiones de las partes. (Casación Civil. Junio 17/57. Número 2183) 373, 1ª

— 42 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuando la sentencia es absolutoria)

Cuando la sentencia es absolutoria, como en el caso presente, no puede entenderse que quedó sin decidir ningún extremo de la controversia porque al negarse todas las peticiones de la demanda se ha fallado sobre la totalidad del pleito. Así lo ha sostenido la Corte constantemente en numerosas sentencias. (Casación Civil. Mayo 28/57. Números 2181-2182) 116, 2ª

— 43 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuándo puede alegarse)

El numeral segundo del artículo 520 del Código Judicial autoriza el recurso de casación por infracción de la ley cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Para los efectos de aquel recurso, ésta es la incongruencia propiamente dicha. Porque: la hay también por exceso y por defecto en el fallo. Estas dos últimas se encuentran también comprendidas en el propio numeral segundo del artículo citado. Pero, la distinción entre las tres clases de incongruencia puede resumirse en estos términos: fallo incongruente, propiamente dicho, es el que no concuerda o coincide con las solicitudes de las partes; fallo omiso, el que deja de resolver alguna de ellas, y fallo excesivo el que otorga más de lo pedido. Es entendido, que fallo omiso o diminuto no significa lo opuesto de fallo excesivo; éste es el que otorga más de lo pedido; aquél no es el que otorga menos. Dar más de lo que se solicita es vicio que quiebra la sentencia; dar menos puede y debe hacerlo el juzgador.

En relación con la incongruencia, propiamente dicha debe anotarse que, es regla o

principio general del derecho procesal, que la sentencia debe corresponder o coincidir jurídicamente a la acción. Principio que se desenvuelve en una doble situación y que implica: a) Que el Juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide y sólo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas; y ver que debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo basándose en tales elementos. Esto, porque como lo ha dicho la doctrina jurisprudencial, la sentencia judicial se integra por las declaraciones de hecho que, en mérito de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, estima probadas el juzgador; por las definiciones jurídicas que de ellas, como verdad legal, se deriven, y por el consiguiente fallo o declaración del derecho discutido en el pleito. Y como las primeras, las declaraciones de hecho, son necesariamente de carácter afirmativo, el silencio sobre ellas equivale a su no existencia en los autos, y al no afirmarse, en el fallo, silenciándose alguna o algunas de aquellas situaciones alegadas por una u otra parte, no es posible establecer relación jurídica alguna sobre lo que procesalmente carece de existencia.

Porque, además, a diferencia de las demandas, el fallo del Juez puede ser implícito y genérico, pero siempre que sea posible su determinación y reconstrucción del pensamiento del juzgador, consignado allí. Así, el legislador prevee que la sentencia debe contener una parte resolutiva, pero no así en cuanto a la forma especial de esta parte dispositiva, como lo establece para las demandas. Entonces, puede acontecer que el Juez no se pronuncie expresamente sobre todas las demandas de las partes, pero del conjunto de la sentencia rectamente interpretada, resulta claro que ha examinado y decidido el punto sobre el cual guarda silencio; en estos casos el pensamiento del Juez está indirectamente manifestado pero está manifestado. De donde hay que deducir, de acuerdo con reciente jurisprudencia de esta Sala: a) - El pensamiento del Juez sobre una determinada cuestión puede reconstruírse también a través de los motivos de la sentencia cuando no esté expresa en la parte resolutiva; b) - Puede el pensamiento del Juez sobre una cuestión deducirse solamente de la solución dada a otra que suponga necesariamente examinada y resuelta de modo inequívoco la primera. En otra forma no habrá fallo implícito, sino defecto de fallo; así sucederá en el caso en que la sentencia acoja la demanda subordinada, concretamente la consecuencial, sin examinar la principal, porque el haber examinado y decidido la subordinada o consecuencial no implica necesariamente que haya examinado la principal; por la misma razón que en el caso de decidirse la cuestión de fondo sin discutirse la prejudicial. Caso en los cuales no sólo hay "defecto de fallo", por falta de referencia en la motivación, sino "falta de fallo" por cuanto que no sólo no está determinado sino porque no es determinable con los elementos ofrecidos por la sentencia. Casación Civil. Junio 17/57. Número 2183).....381, 2ª y 382, 1ª

— 44 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Incongruencia entre la sentencia y la ley)

La incongruencia que como causal de casación consagra el numeral segundo del artículo 520 del C. J., proviene de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y no en que, "haya una incongruencia visible de bulto, entre esa decisión y lo que dispone el artículo 471 del Código Judicial". La desarmonía entre la decisión del juzgador y un precepto legal puede dar lugar a casar

la sentencia por otra causal, pero no por la de incongruencia.

Al pronunciarse el fallador sobre la pretensión deducida en el juicio por una de las partes en sentido favorable, desestima la pretensión opuesta de la contraparte, y el fallo no es inconsonante porque no comprende puntos ajenos a la controversia ni se ha decidido sobre más o sobre menos de lo pedido. (Casación Civil. Julio 5/57. Nº 2184)..... 672, 2ª y 673, 1ª

— 44-bis —

CAUSAL 7ª DE CASACION

Véase el aparte Costas en el número 78 de este Indice.

— 45 —

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL (En los juicios adelantados por el Decreto 0014 de 1955)

Como dentro del procedimiento del Decreto 0014 de 1955 no existe auto de proceder ni el de detención equivale a él, resulta fuera de lugar alegar en los juicios adelantados por los trámites de este procedimiento especial, que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. (Casación Penal. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) 213, 2ª

— 46 —

CAUSAL 4ª DE CASACION (Cuando se declara probada, comprende a todos los procesados)

Estima la Corte que, cuando se trata de casar una sentencia con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P. tal nulidad debe comprender a todos los procesados por el mismo delito, ya que sería un contrasentido jurídico decidir que la sentencia se dictó para unos en un proceso viciado de nulidad y que esa misma sentencia no se pronunció en un juicio afectado de nulidad constitucional, para los demás. Como es obvio —y no está demás el decirlo—, si respecto de alguno de esos procesados se reconoció judicialmente el fenómeno jurídico de la prescripción, la declaratoria de nulidad que se pronuncie no debe afectarlo porque para él cesó el derecho del Estado a proseguir la acción penal, y sería obrar contra la garantía constitucional adelantar una acción penal que ya no existe. (Casación Penal. Noviembre 12/56. Nº 2183).....419, 2ª

— 47 —

CAUSAL 1ª DE CASACION LABORAL

Como tan repetidamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte y como claramente lo manda el inciso 2º del numeral 1º del artículo 87 del C. de P. del T., cuando se acusa por error de hecho no basta enunciar las pruebas y enfrentar el criterio personal a la decisión del **ad-quem** sobre la simple afirmación de que aquellas fueron mal apreciadas o dejadas de apreciar, sino que es requisito necesario para la estimación del cargo, demostrar el error mediante un proceso de raciocinio que haga ver la ostensible contradicción entre el efecto valorativo de la prueba y la realidad procesal. (Casación Laboral. Julio 6/57. Nº 2184).....816, 2ª

— 48 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

Tratándose de la causal 2ª del artículo 87 del C. P. L., no procede la indicación de normas legales violadas ni el concepto en que lo fueron. Basta únicamente demostrar cuánto se hizo más gravosa la situación de la parte apelante con el fallo de segundo grado. (Ca-

sación Laboral. Abril 23/57. Nos. 2181-2182) 250, 2ª

— 49 —

CERTIFICADOS (De paz y salvo. — Valor probatorio)

Las certificaciones de paz y salvo que los tesoreros expidan a los contribuyentes, el poder jurisdiccional que tienen los contralores para dictar autos de fenecimiento de las cuentas que rinden sobre quienes ejercen la función fiscalizadora, son motivos más que suficientes para considerar que están incluídos dentro de lo dispuesto por el artículo 632 del C. J.; es decir, que por ejercer autoridad, pueden expedir certificaciones y que éstas tienen el carácter de instrumentos públicos, con valor probatorio pleno sobre los hechos acreditados en esos documentos. Lo contrario sería negarle a los particulares y cerrarles el paso en la obtención de prueba de hecho, sobre los cuales pueden deducir situaciones jurídicas determinadas. (Casación Civil. Marzo 3/57. Nos. 2181-2182) 71, 2ª

— 50 —

CESANTIA (Pago a los herederos)

El artículo 258 del C. S. del T. establece que el auxilio de cesantía, transmisible por causa de muerte, cuando valga $ 5.000.00 o menos, se pagará ciñéndose al procedimiento establecido por el artículo 212 ibidem, esto es, el que reglamenta el pago del seguro. Esta regla procedimental exige como requisitos: a) La presentación de las copias de las partidas eclesiásticas o registros civiles o de las pruebas supletorias de ley y una información sumaria de testigos que acredite quiénes y cuántos son los herederos; b) Que antes de efectuar el pago de la prestación el patrono dé aviso al público, con 30 días de anticipación, por lo menos dos veces en la prensa. Sólo después de cumplidos estos requisitos se puede hablar de que la prestación es exigible por parte de los herederos del causante. (Casación Laboral. Marzo 3/57. Nos. 2181-2182) 255, 2ª, 256, 1ª

— 51 —

CESANTIA Y JUBILACION (Concurrencia)

Tanto en el régimen de la Ley 6ª de 1945 —artículo 14, numeral c)— como en el Código Sustantivo del Trabajo (artículos 260 y 266), la pensión ordinaria de jubilación se causa "después de veinte (20) años continuos o discontinuos" de servicios, y se estructura como prestación excluyente del auxilio de cesantía, menos en los casos allí previstos de préstamos, anticipos, o liquidaciones parciales de éste. Por otra parte, tanto el artículo 9º de la Ley 64 de 1946 como el artículo 266 del C. S. del T., establecen que cuando la jubilación ocurriere después de un tiempo de servicios mayor de veinte años "el trabajador recibirá, además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido". Finalmente, el artículo 261 del C. S. del T. dispone: "Si después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, se mantiene, prorroga o renueva el respectivo contrato de trabajo, las modificaciones que tenga el salario durante el período posterior no se toman en cuenta para el cómputo de la pensión de jubilación, sino solamente para efectos de la liquidación de la cesantía correspondiente".

El conjunto normativo anteriormente enunciado, señala con absoluta individualidad de modo y tiempo los diferentes efectos jurídicos prestacionales que se causan por la prolongación de los servicios más allá del mínimum de los veinte años exigido para la jubilación; y usa las nociones de "continuidad o discontinuidad" en el servicio, como simples factores formales de integración numé-

rica de un mínimum de tiempo trabajado, indicando que a él puede llegarse no solamente dentro de la ejecución de un solo vínculo laboral, sino también mediante la suma de tiempos correspondientes a varios contratos de trabajo. A los primeros veinte años de servicios, continuos o discontinuos, corresponde legalmente la pensión jubilatoria, con la modalidad de la congelación del salario de que habla el artículo 261 del C. S. del T.; sobre el tiempo excedente, cualquiera que él sea, la misma ley impone otra clase de gravamen, como es la cesantía. No es posible, entonces, pretender invertir o desconocer el orden y los términos legales con que han sido establecidas las prestaciones, para que la jubilación se liquide teniendo en cuenta solamente los últimos veinte años continuos de servicio y despreciando el tiempo anterior, porque ello implicaría el quebrantamiento ostensible de la reglamentación referida y la incorporación al reconocimiento jubilatorio de un tiempo de servicio (el excedente a los veinte años básicos) sobre el cual la ley ordena un gravamen prestacional diferente. (Casación Laboral. Junio 7/57. Nº 2183)...

492, 2ª y 493, 1ª y 2ª

— 52 —

CESANTIA Y JUBILACION (Reintegro de cesantía para disfrutar de la jubilación)

Sobre la base de que la jubilación excluye el auxilio de cesantía, que es lo preceptuado en el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo y de que no existe inconveniente de equidad o que contraríe la justicia para que el patrono recabe el valor pagado por cesantía definitiva, es elemental permitirle al trabajador compensar las mesadas de jubilación con lo debido como reintegro por concepto de auxilio de cesantía, entre otras consideraciones porque la ley no puede presumir que el trabajador posea otros bienes que lo que pudiera recibir por concepto de las mesadas de la jubilación y porque en caso de insolvencia del mismo trabajador ,también resulta equitativo que se permita al patrono la forma de evitar que se le grave con dos prestaciones.

Esta Sala no encuentra inconveniente alguno en aceptar la anterior interpretación jurisprudencial, si ella resulta más acomodada a la equidad que debe imperar en las decisiones, que la otra solución que tuvo trayectoria y que consistía en sostener que la reintegración de lo percibido por auxilio de cesantía definitiva, debía hacerse en su totalidad de una vez y no por cuotas o porcentajes mensuales, para que el trabajador tuviera el derecho a disfrutar de la pensión jubilatoria solamente desde el momento en que hiciera el reintegro.

Porque con esta última solución se busca el cumplimiento del artículo 266 del Código, mas se pierde de vista que se infringe el 262 de la misma obra, que señala un punto de partida para que la pensión vitalicia de jubilación "se deba"; se persigue que no haya simultaneidad en las dos prestaciones, pero con mengua del derecho a la pensión para el trabajador, desde el momento en que la ley lo concede.

Consiste el argumento central del recurso en sostener, que la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo, en franca contradicción con el principio excluyente de las dos prestaciones, consagra el contrario al permitir que durante un determinado lapso el trabajador goce a la vez de las dos prestaciones, porque éste conserva en su poder la cesantía o al menos parte a medida que se vaya disminuyendo, pero conservando la simultaneidad de las dos prestaciones, hasta tanto la compensación no se haya terminado.

Mas la Sala observa que la simultaneidad del goce de que se habla en el recurso es sólo aparente si se estima que el "goce" consiste en "la acción y efecto de disfrutar de una

cosa", y "disfrutar" es "percibir los productos y utilidades de una cosa" o "disponer de algo", lo cual transplantado al motivo de discusión deja en claro que mientras el trabajador no disponga de sus mesadas no tiene disfrute de ellas y así aunque figuren como debidas a él quien disfruta de su valor, o mejor dicho, a quien le produce intereses es al patrono, que puede disponer del numerario. Y así, sólo en el momento en que se le descuenta una mesada que va a amortizar parte de la cuantía percibida por concepto de cesantía definitiva, recibe el trabajador en beneficio de ella y es a la vez cuando se descarga por tal descuento, de una suma igual debida.

Lo anterior estaría acorde con lo preceptuado por el artículo 1715 del C. Civil, que establece que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley hasta la concurrencia de sus valores, si son de género igual, si son líquidas y si son actualmente exigibles. (Casación Laboral. Junio 18/57. Número 2183) .....575, 2ª y 576, 1ª

— 53 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD (Apreciación)

Si se sanciona por el exceso en la defensa, y para configurarlo se incluyen elementos que, separados y para el homicidio simplemente voluntario o para el cualificado, constituirían circunstancias de mayor peligrosidad, no podían tomarse esos mismos elementos como constitutivos de alguna de tales circunstancias, porque estaría destruyéndose la defensa aceptada y el exceso reconocido; en cuanto dichos elementos dan entidad jurídica al exceso, son antinómicos de las circunstancias de mayor peligrosidad; y si se reconoce aquél, no pueden, por lo mismo, existir éstas.

Pero, al contrario, en la legítima defensa ejercida en exceso, han de reconocerse circunstancias de menor peligrosidad, porque en sí mismas jamás son factores que den fisonomía a aquello por lo cual se va a aplicar la sanción, o sea el exceso. Ni debe olvidarse que en éste también entra el hecho de que la víctima es el injusto provocador inicial, porque de otra manera no habría ninguna justificación en la represión del ataque. (Casación Penal. Julio 26/57. Nº 2184) 800, 1ª y 2ª

— 54 —

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

Tiene advertido la Corte, para computar la 9ª circunstancia del artículo 38 del C. P., que es necesario que se llenen los dos requisitos allí señalados: a) Presentación voluntaria ante la autoridad; b) Confesión, propiamente tal. (Casación Penal. Junio 3/57. Nº 2183) 436, 1ª

— 55 —

CLAUSULA DE RESERVA

La reserva de la facultad de terminar el vínculo laboral mediante preaviso sólo opera para los contratos de duración indeterminada. (Casación Laboral. Abril 23/57. Nº 2181-2182) 250, 1ª

— 56 —

COHECHO

Un elemento constitutivo de la infracción contemplada en el artículo 161 del C. P. es entrega u oferta, lo cual supone indispensablemente la existencia de dos personas: el cohechador y el que se deja cohechar; una acción unilateral es inconcebible, como delito consumado. (Casación Penal. Abril 10/57. Nos. 2181-2182) 145, 2ª

— 57 —

COLISION DE COMPETENCIAS (A quién corresponde decidir la que se suscita entre Jueces de Garantías Sociales y de Menores)

La Corte tiene que abstenerse de resolver sobre la colisión de competencias negativas suscitada entre Juzgados de Menores y Juzgados de Garantías Sociales, pues ella sólo está facultada, según el inciso 4º del artículo 42 del Estatuto Procesal, para decidir de las suscitadas "entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de Distritos Judiciales, y, finalmente, entre la jurisdicción militar y la ordinaria".

No hallándose el caso de que se trata comprendido en la enumeración que precede, necesario es acudir, para determinar qué funcionario o entidad es la llamada a decidir lo que fuere legal —de conformidad con lo estatuído en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal— a lo dispuesto en el 82 del Código Judicial, que en lo pertinente establece: "Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en Sala de Decisión, tienen, además, las siguientes atribuciones:... "3ª Dirimir las competencias de jurisdicción que no sean de la incumbencia de la Corte Suprema de Justicia o de los Jueces inferiores". (Casación Penal. Abril 9/57. Nos. 2181-2182).... 143, 2ª

— 58 —

COLISION DE COMPETENCIAS (Atribuciones de la Corte en relación con la libertad del procesado)

Como tiene dicho la Corte, sus facultades, cuando debe decidir sobre una colisión de competencias, no van más allá de señalar, en su caso, el funcionario a quien corresponde el conocimiento del negocio, ya que el papel de la entidad es entonces semejante al del árbitro, con un preciso cometido, sin que actúe como juzgador ad-quem; por eso, resuelve de plano, sin intervención del Ministerio Público, en materia penal, por mandato del artículo 67 del C. P. P. En estos casos, nada se decide en el fondo ni el trámite propio del proceso, ya que sólo cabe hacer el indicado señalamiento de la entidad que ha de conocer del negocio, siendo éste el único objeto del incidente. Si la competencia está limitada a esta única función y las resoluciones sobre libertad y revocatoria del auto de detención, están necesariamente condicionadas a la competencia, en tanto no exista ésta, aunque se tengan los autos, por una u otra causa, no puede sobrevenir decisión alguna favorable o desfavorable acerca de la libertad de un procesado. (Casación Penal. Mayo 7/57. Nos. 2181-2182) 166, 1ª

— 59 —

COLISION DE COMPETENCIAS (Cuándo surge)

Para que se suscite la colisión de competencia es menester que la controversia surja entre dos funcionarios o Magistrados, no entre uno de éstos y otra persona que carezca de investidura de aquel carácter. Por tanto, asimismo "es indispensable que un juez o magistrado diga a otro juez o magistrado, directamente, por medio de una providencia, que este último es competente o no para conocer de un proceso. El texto del artículo 65 del C. P. P. es meridianamente claro. El artículo 68 del mismo Código, con igual claridad, dice cómo debe obrar el juez a quien una de las partes en el proceso suscita la colisión, para que se establezca el vínculo entre quienes debe establecerse; no hay vinculación legal entre los que administran justicia cuando apenas se contesta a un interesado que es competente y, por tanto, que se considere que otro no lo es". (Casación Penal. Mayo 7/57. Nos. 2181-2182).....165, 2ª

— 60 —

COLISION DE COMPETENCIAS (Entre autoridades policivas y judiciales)

En providencia de 30 de octubre de 1956 dictada en un caso similar que se presentó entre la Gobernación del Departamento de Santander y el Tribunal Superior de San Gil, la Sala, luego de hacer una clara diferenciación entre los géneros de peligrosidad social o predelictual y criminal o posdelictual, al estudiar lo referente a la colisión de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y policiva frente a los estados de especial peligrosidad contemplados en el Decreto 0014 de 1955, expresó que la Corte no tiene jurisdicción y competencia para resolver la colisión de competencias provocada por la Gobernación del Departamento (Despacho de Gobierno y Policía—Juzgado Departamental de Garantías Sociales—) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

La Sala reafirma la tesis expuesta concluyendo que la Corte no tiene facultad legal para resolver el incidente de que se ha venido tratando y debe abstenerse de dirimirlo por carencia de jurisdicción. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184).....776, 1ª y 2ª

— 61 —

COLISION DE COMPETENCIAS (Trámite del incidente)

Es verdad que la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior de El Socorro ordenó remitir el negocio a la Justicia Penal Militar afirmando ser de su competencia, según lo dispuesto por el Decreto 1814 de 1953; pero también es evidente que, de acuerdo con las normas que rigen la competencia, este funcionario no tiene facultad alguna para resolver sobre el fondo del problema. Es el Juez o Tribunal —con jurisdicción y competencia pora conocer del negocio— quien debe provocar, aceptar o negar la colisión de competencias, pero en ningún caso el Fiscal del Juzgado, quien carece de facultad legal para decidir.

Planteado el incidente —colisión de competencias— el funcionario ante quien se promueve debe expresar en forma clara, precisa y terminante las razones o motivos que le asisten para aceptar o rechazar, según el caso, la colisión de competencias. Si las razones aducidas por quien provoca la competencia son aceptadas por el funcionario provocado, habrá acuerdo o conformidad de pensamiento disipándose en esta forma toda posibilidad sobre colisión de competencias y el Superior—Corte Suprema o Tribunal—según el caso, nada tiene que resolver. Si existe desacuerdo, si no hay conformidad de pensamiento entre lo dispuesto por el Juez o Tribunal que promueve la competencia, con el funcionario o entidad provocada, entonces, surge el incidente y en tal evento se dará cuenta al Juez o Tribunal inmediatamente superior para que resuelva la colisión. (Artículo 67 C. de P. P.).

Para ello, es necesario e indispensable: que el funcionario provocado —justicia ordinaria— emita concepto u opinión en relación con la colisión de competencias suscitada por la justicia penal militar. Sólo el conocimiento externo de las razones que asisten al funcionario puede servir de orientación para afirmar o negar la existencia de un incidente de colisión de competencias. Si se trata de lo primero —razones concordantes o afirmativas— no habrá colisión; si de lo segundo — desacuerdo o motivos divergentes — en este caso la Corte, podrá pronunciarse sobre el particular. (Casación Penal. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182).....155, 1ª y 2ª

— 62 —

COMISIONISTA PARA VENDER

El comisionista para vender puede tener o no contrato de trabajo, pero en el primer caso se requiere la presencia de las condiciones fijadas por el artículo 98 del Código de la materia. (Casación Laboral. Abril 11/57. Números 2181-2182) 222, 2ª

— 63 —

COMPETENCIA (Cómo se determina)

La competencia para conocer de un negocio penal, no surge de la calificación que el denunciante dé a los hechos, sino de la comprobación de los mismos en la realidad procesal. (Casación Penal. Junio 5/57. Nº 2183) 439, 2ª

— 64 —

CONDICION (de una asignación testamentaria y de una obligación)

No debe confundirse la condición que afecta una asignación testamentaria, con la que se refiere a una obligación. La primera suspende, da validez o extingue una disposición del testador; la segunda, en cambio, aunque también suspende, hace surgir o resuelve una obligación, se diferencia de la primera en que se origina en una convención o en un acto voluntario unilateral para surtir efectos jurídicos en vida del declarante, mientras que la segunda está destinada a producirlo después de su muerte. Por eso, aunque la naturaleza de la condición y su función suspensiva, extintiva o resolutoria opera de la misma manera en ambos casos, la condición que afecta una asignación testamentaria tiene una reglamentación especial, como se desprende del artículo 1128 del C. C. (Casación Civil. Mayo 2/57. Nos. 2181-2182) 59, 2ª

— 65 —

CONDICION RESOLUTORIA (En los contratos de trabajo con trabajadores oficiales)

Tanto los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 9º del Decreto 2541 del mismo año, como el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 hablan de una subsistencia del contrato de trabajo para el caso de que no se paguen al trabajador las deudas laborales dentro del modo y tiempo que dichas disposiciones establecen; pero como va a explicarse, tales preceptos no contemplan la subsistencia real del vínculo como efecto punitivo de la mora, porque tal entendimiento enfrentaría los textos reglamentarios a la ley reglamentada, ya que ante el principio general de la cláusula resolutoria que para todos los contratos de trabajo establece el artculo 11 de la Ley 6ª de 1945 para sancionar el incumplimiento de lo pactado, no puede entenderse que los Decretos reglamentarios citados establezcan precisamente el principio opuesto de convertir ese incumplimiento, en su última etapa del proceso de sanción, en fuente reanudativa del contrato laboral. Además de que semejante interpretación quebrantaría también los efectos jurídicos extintivos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a las diversas causales de terminación del contrato de trabajo.

La Ley 6ª de 1945 no reguló lo relativo a causales de terminación del contrato de trabajo, pero en cambio consagró en su artículo 11, como principio general, la condición resolutoria tácita por incumplimiento de lo pactado con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. La especial naturaleza del contrato de trabajo que es un vínculo esencialmente de relación humana, afianzada sobre la mutua confianza de las partes y sobre la voluntad recíproca de colaboración entre el capital y el trabajo, explica por qué el legislador al establecer la cláusula resolu-

toria laboral prescindió de la facultad potestativa dada al demandante en los contratos bilaterales por el artículo 1546 del Código Civil para escoger entre el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios o la resolución del mismo por su incumplimiento, y consagró exclusivamente la resolución con indemnización de perjuicios. El evento de la condición resolutoria, que como se sabe es uno de los medios de extinción de las obligaciones (numeral 9º del artículo 1625 del C. C.), tiene el efecto jurídico de destruír el contrato. Terminada la vida jurídica de la fuente obligacional por virtud de la resolución, surge para el demandante el derecho accesorio de cobrar los perjuicios consiguientes.

Dentro de este presupuesto, el Decreto 2127 de 1945, al reglamentar la Ley 6ª y definir en su artículo 47 las diversas causales de terminación del contrato, incluyó entre ellas, para que pudieran alegarse unilateralmente, la violación grave de las obligaciones y prohibiciones legales propias al contrato y las faltas graves calificadas como tales en las convenciones, contratos individuales o reglamentos de trabajo. Además el artículo 47 mencionado incorporó otras causales referentes a determinadas infracciones en la conducta de las partes, a ciertas modalidades propias del contrato de trabajo, y a razones de orden jurídico-natural comunes a todos los contratos bilaterales. El artículo 51 del mismo Decreto 2127, en desarrollo del principio resolutorio del artículo 11 de la Ley 6ª, prescribió que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, fuera de los casos de terminación autorizados por el artículo 47, daría derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo pactado o presuntivo, sin perjuicio de las demás indemnizaciones a que hubiere lugar. La jurisprudencia laboral ha entendido que en este caso la terminación del contrato se produce por su resolución automática a consecuencia del despido injusto. Hasta aquí, el sistema reglamentario establecido por el Decreto 2127 en cuanto a terminación del contrato y a sus consecuencias indemnizatorias aparece en armonía con la ley reglamentada, pues toda su construcción jurídica descansa sobre la base de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales lleva en sí la extinción o terminación del contrato.

El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 aparenta establecer una excepción a los artículos 47 y 51 del mismo, en cuanto a la extinción del contrato, pues dice que éste no se considerará terminado en ningún caso antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todas las deudas laborales. La intención protectora de la norma es clara en el sentido de que el patrono sufriera alguna consecuencia jurídica por la mora en el pago de tales acreencias. Pero como la liquidación y pago de muchas de esas prestaciones presupone, por su propia naturaleza, la terminación del vínculo porque es entonces cuando el trabajador adquiere el derecho a cobrarlas, la jurisprudencia se encontró frente al problema de decir cuál era el alcance de la subsistencia contractual que la norma preveía, para que sin chocar con la realidad jurídica fuera operante como medio coercitivo en la protección de los derechos del trabajador. Después de un agitado y contradictorio proceso jurisprudencial en los organismos inferiores de la Justicia Laboral, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo definió el punto dándole al artículo 52 la única interpretación viable a través de la ficción para efectos puramente indemnizatorios. (Sentencia de marzo 27 de 1953, Luis Angel Rangel contra el Departamento de Caldas).

De acuerdo con la doctrina anterior, el artículo 52 del Decreto 2127 fue adicionado por el artículo 9º del Decreto 2541 de 1945, en

el sentido de agregar una causal más de subsistencia ficcionada del contrato de trabajo mientras no se le practique al trabajador el examen médico reglamentario y se le entregue el correspondiente certificado.

El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 no contempla la subsistencia real del vínculo contractual sino su mera ficción para hacer calculable la sanción por mora en el pago de las prestaciones y salarios causados en el contrato ya extinguido. Este entendimiento es estrictamente hermenéutico, por cuanto parte del contenido de la ley reglamentada y le fija al reglamento el único efecto que él podía producir sin contrariarla.

La indiscriminada aplicación que la jurisprudencia dio al artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 tratárase de trabajadores particulares o de aquellos trabajadores oficiales que se entendían vinculados a la Administración Pública por un contrato de trabajo, puso de manifiesto la necesidad de establecer un régimen diferencial para la Administración en cuanto a la oportunidad para la cancelación de salarios y prestaciones, que estuviese acorde con la naturaleza compleja de la organización administrativa, la cual requería forzosamente un proceso más lento y dispendioso dentro de los trámites propios oficiales y dentro de la diversidad de las dependencias gubernamentales, para el estudio, reconocimiento y pago de estas acreencias. Para tales fines el Ejecutivo expidió el Decreto 797 de 1949 con el carácter de norma sustitutiva del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

El Decreto 797 al diferenciar el sistema generalizante contemplado por el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 sobre términos para el pago le deudas laborales, dispuso un régimen distinto ya se tratara de trabajadores particulares o de trabajadores oficiales que se entendieran vinculados a la Administración por un contrato de trabajo. En el inciso 1º y parágrafo 1º del artículo 1º conservó para los trabajadores particulares la misma reglamentación que traían los artículos 52 del Decreto 2127 y 9º del Decreto 2541, ambos de 1945, que, como se ha visto establecen la mora automática si el patrono no paga o no deposita el valor de las deudas laborales inmediatamente después del despido o el retiro del trabajador, mora que la jurisprudencia sanciona con la obligación de pagar salarios que tienen por causa la ficción de la continuada subsistencia del contrato. Para los trabajadores oficiales estableció en el parágrafo 2º del artículo 1º un régimen de plazo de 90 días, contados a partir de su retiro o despido, durante el cual las entidades o funcionarios respectivos deberán liquidar o pagarles las deudas de trabajo, y cuya justificación y alcances quedaron ampliamente expuestos en los considerandos que sirvieron de base para la expedición de la reforma.

El parágrafo 2º del tan citado Decreto 797 dice que a partir del retiro o despido del trabajador el contrato sólo se considerará suspendido por un término de 90 días durante el cual los funcionarios o entidades respectivas deben liquidar y pagar las deudas de trabajo; y que si vencido ese término no se ha hecho el pago o el depósito, "los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley". Dentro de la sujeción normativa que liga al reglamento con la ley reglamentada y frente al concepto universal de derecho sobre jerarquización de las reglas, los fenómenos de suspensión y de recobro de vigencia que el Decreto presupone sobre la base del retiro o despido del trabajador, solamente pueden entenderse en cuanto no pugnen con el principio general de la resolución previsto en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y las reglas superiores que gobiernan el régimen de terminación del contrato de trabajo, es decir, en el sentido de una subsistencia ficcionada, para los efectos moratorios de que ya se ha hablado tantas veces.

Hay que entender que como el objetivo del plazo dado a la Administración fue el de suspender la obligación inmediata a la terminación del contrato de pagar los salarios y las prestaciones, para no hacerla exigible sino a su vencimiento, el Decreto sustrajo temporalmente de la relación jurídica la causa para cobrar perjuicios moratorios, mediante el desplazamiento de la ficción subsistencial del contrato por otra que lo consideró solamente suspendido. Mas como durante la suspensión no obra la mora, por cuanto se está dentro del plazo, vencidos los 90 días sin que se realizara el pago, era necesario, para hacer plenamente operantes las consecuencias por el retardo en la cancelación de las deudas laborales, que se incorporara a la relación jurídica la causa para pedir perjuicios moratorios, que fue lo que hizo el Decreto al establecer que en este evento recobraría su vigencia el contrato de ficción. Por ello, el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, no hace otra cosa que establecer para la Administración un sistema que le permite disfrutar de una oportunidad mayor que los particulares para el pago de las deudas de trabajo, consagrando una obligación de dar y hacer dentro de un plazo determinado, cuyo incumplimiento configura la mora para la Administración, al tenor del ordinal 2º del artículo 1608 del Código Civil, y la hace incurrir en la sanción de los salarios caídos, en virtud de la ficción subsistencial del contrato.

La anterior interpretación que busca la operancia del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 como norma garante de los derechos de los trabajadores oficiales ante la mora de la Administración, consulta las más exigentes reglas de hermenéutica, porque, como ya se ha explicado, a tal entendimiento conduce la investigación sobre el espíritu de dicho precepto claramente manifestado en los considerandos del Decreto, en sus antecedentes, y en la necesidad de armonizar el alcance interpretativo que se dé a este parágrafo 2º, con el que se reconoce al inciso 1º y parágrafo 1º del mismo artículo que reproducen para los empleados particulares la regla general que traía el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, para que así los trabajadores de las entidades oficiales a que se refiere el Decreto precitado no queden en manifiesta y desventajosa desigualdad con los trabajadores particulares, no obstante tener en un mismo cuerpo legal preceptos similares y conexos de ostensible intención protectora. (Casación Laboral. Junio 17/57. Nº 2183).....530, 1ª a 536, 1ª

— 66 —

CONFESION (Cuándo es ineficaz)

Para que la confesión carezca de validez es necesario que el hecho confesado sea ilícito o físicamente imposible, que la ley exija para el caso otro medio de prueba, o que quien la rinda no se halle en uso de su razón o no sea capaz para contraer la obligación de cuya comprobación se trata. Y para que la que se hace en juicio no tenga fuerza de prueba es necesario que se demuestre que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable. Tales son los principios que deben recordarse con ocasión del cargo propuesto, no porque los impongan algunos textos del Código Judicial —ya que la tarifa legal no es obligatoria en los juicios laborales— sino porque a ellos también se llega por la crítica científica de la prueba, exigida por el sistema que se estableció para dicha clase de juicios. (Casación Laboral. Junio 14/57. Nº 2183).....508, 1ª y 2ª

— 67 —

CONFESION (Hecha por el apoderado)

Según el artículo 607 del C. J. la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poder-

dante y sólo se presume para los escritos de demanda y excepciones y las respuestas correspondientes. (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) 122, 2ª

— 68 —

CONFESION (Indivisible en materia penal)

Si bien es verdad que el delito —lesiones personales— está demostrado en su aspecto material, también es evidente que la imputabilidad y consiguiente responsabilidad de su autor no está debidamente comprobada. La confesión del procesado —en este caso— debe aceptarse en su integridad tanto en lo favorable como en lo desfavorable, máxime cuando en autos no existe prueba distinta que la desvirtúe o la infirme, teniendo —por este aspecto— la confesión el carácter de indivisible, no sólo en cuanto al reconocimiento del elemento objetivo material, sino también en lo relativo al factor subjetivo-moral como eximente de responsabilidad y causa de justificación del hecho; confesión que se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario. Y no existiendo esa prueba, la tesis —legítima defensa subjetiva— contenida en la confesión, tiene plena operancia jurídica. (Casación Penal. Junio 21/57. Nº 2183) .....462, 2ª y 463, 1ª

— 69 —

CONSIGNACION PATRONAL (Casación de la mora por pago de la condena en primera instancia)

Existiendo desacuerdo sobre el monto de lo debido, el patrono queda liberado de la pena por el hecho de consignar no ya lo que creyó deber, sino la suma a que fue condenado en primera instancia. Y el hecho de que el proceder de la demandada obedezca a un fallo y no a su espontánea voluntad, no es razón valedera para demostrar el errado entendimiento del fallador respecto de la norma acusada, puesto que si el patrono cumple sus obligaciones consignando ante el Juez lo que acepte deber, con tanto mayor razón las cumplirá si deposita la suma a que es condenado por el Juez del conocimiento. Además, las circunstancias del acatamiento de la sentencia y la relación existente entre lo confesado deber y la suma objeto de la condena, ciertamente implican un principio de buena fe patronal.

En cuanto a la oportunidad de efectuarla, es válida la consignación si se hace "mientras la justicia del trabajo decide la controversia", esto es, entre tanto, durante el tiempo en que se discute judicialmente el derecho, condición ésta que no puede considerarse fenecida cuando el fallo de primer grado ha sido apelado. (Casación Laboral. Junio 17/57. Nº 2183) 525, 2ª

— 70 —

CONSULTA (Del auto que falla el incidente del artículo 553 del C. J.)

No todas las providencias judiciales son consultables, sino aquellas expresamente determinadas por la ley. Las sentencias lo son cuando declaran, en primera instancia, alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios (artículo 508 del C. J.); y los autos en los casos señalados en forma expresa por la norma legal.

Tiénese, pues, en efecto, que de conformidad con el último inciso del artículo 553 del código citado, el proveído por el cual se falla el incidente de que trata esta disposición es un auto, apelable como interlocutorio y que presta mérito ejecutivo. No se dispone allí la consulta de dicho auto, y las razones que indudablemente tuvo el legislador para omitirla son fácilmente comprensibles, como en seguida se verán.

El precitado artículo 553 señala el procedimiento para ejecutar una sentencia cuando

por ella "se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra cosa semejante". Por tanto, la decisión del fallador a este respecto no declara ninguna obligación porque ésta ya ha sido declarada en la sentencia de cuya ejecución se trata. El auto que resuelve el incidente se limita por lo mismo, a regular la cantidad que el demandado debe pagar al demandante, es decir a fijar concretamente el quantum de la obligación. De manera que tratándose en el prenombrado incidente de una cuestión que surge como consecuencia legal de la sentencia, y siendo en ésta que se ha declarado la obligación a cargo del Estado, no es consultable el proveído por el cual se falla el incidente.

Esta es la doctrina de la Corte, según auto de 15 de septiembre de 1950, G. J. Tomo LXVIII, página 395. (Negocios Generales. Julio 30/57. Nº 2184).....951, 1ª y 2ª

— 71 —

CONSULTA (En los negocios en que son parte los Ferrocarriles Nacionales)

El grado de consulta a que se refiere el último inciso del artículo 69 del C. de P. L. fue establecido únicamente en favor de la Nación, los Departamentos y los Municipios. Y siendo la parte demandada y condenada, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, esto es, una entidad distinta de la Nación, según el fallo del a quo, resultaba improcedente la consulta ordenada por el mismo. En estas condiciones carecía de competencia el Tribunal para conocer del asunto sub-lite y su decisión es nula al tenor de lo dispuesto en el artículo 448, numeral 1º del C. J. aplicable en los juicios del trabajo conforme al artículo 145 del C. P. del T. (Casación Laboral. Abril 11/57. Nos. 2181-2182). 219, 2ª

— 72 —

CONTRATO DE TRABAJO (De trabajadores oficiales)

Véase el aparte Condición Resolutoria en el número 65 de este Indice.

— 73 —

CONTRATO DE TRABAJO (Presunción de)

La presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo es verdadera y favorece el reconocimiento del derecho del trabajador, en tanto que no se demuestre por la parte opuesta, que los servicios no se prestaron en condiciones de continuada dependencia o subordinación. (Casación Laboral. Abril 11/57. Nos. 2181-2182).....228, 2ª

— 74 —

CONTRATO DE TRABAJO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Tanto el arrendamiento de obras (locatio operatis), como el arrendamiento de servicios (locatio operarum), del derecho civil, pueden dar lugar a especies de contratos de trabajo, adecuándose sea al producto o al tiempo, pero en ambos, para que se conforme la calidad de contrato de trabajo, han de presentarse de manera clara e incontrovertible los elementos constitutivos del contrato de trabajo, que para el caso, están puntualizados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. Abril 11/57. Nos. 2181-2182).....228, 1ª

— 75 —

COPIAS (Responsabilidad del funcionario que recibe dinero por compulsarlas)

El artículo 190 del C. de P. P. expresamente dice que las copias indispensables para que

el superior forme juicio, en el recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo, se expedirán gratuitamente.

Si un Juez acepta dinero para la compulsa de las copias, no para sí, sino para pagar empleados y aún extraños a la oficina, no comete delito porque no se beneficia a sí mismo, y sí busca la manera de acelerar el trámite del recurso para que tenga oportuno efecto. Incurre sí, en una irregularidad al aceptar el pago de las copias, contra una expresa prohibición legal. Pero debe tenerse en cuenta que dicha prohibición lo que pretende es impedir que, con el pretexto de las copias, se genera una fuente de entradas para los funcionarios, es decir, tiende a evitar que, ilícitamente, se obtengan proventos; si no existe aquella ilicitud, no puede hablarse de delito. Sin embargo, la práctica no es recomendable, aun cuando se trate de trabajo extraordinario, precisamente porque puede darse entrada a los abusos con suma facilidad. (Casación Penal. Abril 10/57. Nos. 2181-2182) .....146, 2ª y 147, 1ª

— 76 —

COSA JUZGADA

A la cosa juzgada se llega por la senda de la preclusión, figura que significa según Chiovenda "la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley en el juicio o en una fase de él". Tiene definido la Corte que en la materia debe distinguirse la **cosa juzgada material** de la simplemente **formal**, conceptos distintos uno y otro, toda vez que en el espacio y en el tiempo su alcance y proyecciones son diferentes. La cosa juzgada **material** se produce cuando el juez previo estudio de fondo de los extremos de la acción califica, estima o rechaza concretamente las peticiones del actor; la **formal** se configura, cuando mediando sentencia, queda sin calificar la acción o vivo el problema de fondo y en forma, que pueda ser posible revivirlo.

La cosa juzgada material surge del juicio comparativo y lógico que se haga entre la acción ya definida procesalmente y la que va a ser calificada vistos los sujetos, objeto y causa de las dos relaciones jurídicas; y sólo a condición de que en el primer litigio haya quedado definida la cuestión de fondo podrá hablarse de cosa juzgada material, fenómeno que acaecido quita al órgano jurisdiccional la facultad de fallar de nuevo en el fondo por carencia absoluta de poder, porque de tal carece cuando producida la cosa juzgada material se pretende erróneamente volver sobre lo que fue juzgado con eficacia dentro de los límites objetivos y subjetivos que configuraron el primero de los fallos recaídos.

Entonces si en la sentencia no se califica la acción ni incidental ni definitivamente, o lo que es lo mismo, si no se pronuncia el sentenciador sobre el fondo del negocio, apenas si la sentencia produce los efectos de la cosa juzgada formal, resultante jurídica que en todos los casos habilita a la parte actora para proponer nuevo litigio a fin de que en la sentencia de éste se defina, calificándolas en uno u otro sentido, las pertinentes pretensiones del actor si el juez ordinario fuere competente. (Casación Civil. Junio 5/57. Nº 2183) .....352, 1ª y 2ª

— 77 —

COSTAS (Condenación)

El artículo 2º del D. L. 243 de 1951, establece de una manera objetiva, el principio general de que todo litigante vencido debe ser condenado en costas, salvo las excepciones legales. El fundamento de esta regla es muy claro y consiste en que no es justo ni equitativo que los esfuerzos económicos hechos por la parte vencedora en un litigio graven o disminuyan su patrimonio. Precisamente, el criterio objetivo en que está inspi-

rado el decreto legislativo citado, exonera al fallador de dar explicaciones en el fallo, a menos que se trate de algún caso de los contemplados en el artículo 210 del C. J., por exceso en las peticiones de la demanda. Además, ese mismo criterio excluye las acusaciones de casación contra una sentencia, en materia de condenación en costas, pues si el recurso prospera, el fallo de instancia pronunciado por la Corte resolverá lo pertinente; o en el caso de que el el recurso no prospere, será condenado el recurrente. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184) 713, 1ª

— 78 —

COSTAS (Sanción de no ser oído el litigante vencido mientras no las pague. — Recursos concedidos a dicha parte. — Requerimiento)

La justicia es impartida gratuitamente por el Estado, pero los litigantes deben pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que soliciten y otros que están contemplados en el Capítulo primero, Título XVI, Libro 2º del Código Judicial. También es de cargo de éstos suministrar el papel sellado oficial necesario para las actuaciones judiciales. Estos gastos llegan a ser finalmente de cargo de la parte que sucumbe en el juicio, incidente o recurso, la cual debe ser condenada al pago de las costas. La justificación de esta condena, según Chiovenda, "encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la que se realiza".

En el sistema que consagraba el Código Judicial, para la condenación en costas se atendía a la temeridad y a la malicia del litigante. El Decreto Extraordinario 243 de 1951 cambió de criterio y acogió la tendencia generalizada en las legislaciones modernas en las cuales el fundamento de la condena en costas es el hecho objetivo del vencimiento. Este decreto manda que se condene en costas al litigante vencido; al que promoviere un incidente o al que se opone a él cuando la decisión le es desfavorable; al que pierde el recurso de apelación que ha interpuesto; al que deja caducar la instancia y al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente o recurso, e impuso para el litigante condenado en costas, una vez ejecutoriado el auto aprobatorio de la liquidación respectiva, la sanción de no ser oído en el juicio mientras no presente el recibo de pago o no consigne su valor.

Esa sanción de no ser oído el litigante la aplica también el Código Judicial en sus artículos 351 y 571, y su alcance ha sido determinado por la doctrina y la jurisprudencia. La parte colocada bajo esa sanción no puede aprovechar los trámites del juicio, tales como el de petición de pruebas, ni podrá repreguntar a los testigos de la contraparte, ni pretender que sus solicitudes le sean resueltas, puesto que el Juez no debe oírlo, pero nada más. No queda sometida a perder el pleito ni a que el juzgador, prescindiendo de las pretensiones deducidas en el juicio, pueda dictar un fallo que sea desfavorable a la parte sancionada, con base solamente en que no puede ser oída. Ninguna sanción puede hacerse más gravosa ni debe hacérsele producir mayores efectos de los contemplados en la norma que la establece. La sanción procedimental de no ser oída la parte morosa en el pago de las costas, debe hacerse efectiva en iguales términos y producir los mismos efectos que la idéntica sanción de no ser oída la parte renuente en el reembolso de lo que su contraparte pagó por gastos que correspondía atender a la primera, a que alude el artículo 571 del C. J. y que la misma sanción impuesta por el artículo 351 ibidem para la parte que dejó de suministrar el papel sellado que le correspondía y que el Secretario suplió con papel común, porque en los tres casos se trata de apremio para que el moroso y renuente cumpla su obligación procedimental.

Esta Sala de Casación Civil, en auto de 26

de junio de 1956, publicado en la GACETA JUDICIAL, Tomo LXXXIII, pág. 82, interpretó el artículo 351 del C. J. en el sentido de que es necesario requerir al renuente en el suministro del papel sellado para que presente las estampillas necesarias para revalidar el papel común empleado en la actuación, como requisito previo para aplicarle la sanción de no ser oído, por razones de equidad y conveniencia procesal que se expusieron allí ampliamente. Por las mismas razones, en auto de 12 de diciembre próximo pasado, que aparece publicado en la GACETA JUDICIAL números 2174 y 2175, pág. 891, se estimó necesario el requerimiento previo sobre pago de costas liquidadas, para hacer efectiva la sanción de no ser oído que establece el artículo 2º del Decreto Extraordinario 243 de 1951.

Pero además, cuando la condenación en costas ocurre en incidente tramitado en la primera instancia, es el juez quien debe hacer efectiva la sanción de no oír a la parte condenada en ellas mientras no las pague. Y si por inadvertencia u otro motivo no la aplica y oye a la parte que se ha colocado en tan anómala situación, la actuación que se adelante no será por ello nula ni dejará de producir sus efectos. Esto por lo que hace a la actuación dentro de la instancia. Porque en lo relativo a la aplicación de la sentencia, el Juez debe proceder como lo disponen los artículos 495 y 496 del Código Judicial, disposiciones que, en concepto de la Sala, no han sido modificadas ni suspendidas por el Decreto Extraordinario 243 citado. Según ellas, interpuesta en tiempo la apelación contra la sentencia, el Juez la concede si es procedente; y si la apelación es interpuesta por la parte que ha sido condenada en costas por auto ejecutoriado, sin haberlas pagado, el Juez la requiere para que haga el pago y si pasan cinco días después de la notificación del auto de requerimiento y la parte no paga, el Juez le deniega el recurso.

En todo caso, concedida que sea por el Juez la apelación que se haya interpuesto contra su sentencia, el Tribunal adquiere jurisdicción para conocer del negocio en segunda instancia. El artículo 497 del C. J. le señala al Tribunal el procedimiento para el caso de que el Juez conceda la apelación sin que el recurrente haya pagado las costas a que antes fue condenado. En este caso, a petición de la parte contraria, el Superior se abstiene de conocer y ordena que se devuelva la actuación al juzgado de su procedencia. Pero se repite, es necesario que medie petición de la parte contraria.

En el caso actual se observa que el Tribunal sólo a petición de la contraparte podía abstenerse de conocer del recurso, y como esa petición no se formuló, indebidamente se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia, declarándolo así en el fallo.

Se está, pues, en el caso contemplado en la causal 7ª de casación señalada por el artículo 520 del Código Judicial, alegada por el recurrente. (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) . . . . . 110, 2ª, 111, 1ª y 2ª y 112, 1ª

— 79 —

CUANTIA

No le es posible a la Sala ampliar el petitum de la demanda para calcular los "salarios caídos" a partir de una fecha anterior a la expresamente fijada en aquélla, pues tal procedimiento constituiría una reforma oficiosa, por la Corte, del libelo inicial. (Casación Laboral. Mayo 31/57. Nos. 2181-2182). 278, 2ª

— 80 —

CUESTIONARIOS (Nulidades de que pueden adolecer)

El proceso penal con intervención del Ju-

rado se gobierna por normas especiales, la principal de las cuales es la de que la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que el Jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (artículo 480 C. de P. P.). De acuerdo con este precepto, la pena es justa y se ciñe a la Ley cuando es el resultado de los cargos formulados en el auto de proceder y de las afirmaciones que sobre responsabilidad y modalidades haga el Jurado.

El proceso penal se forma por una serie de actos que, encadenados, conducen al fallo, que debe ser la expresión de la verdad y de la Justicia. En el auto de proceder la Sociedad formula los cargos; en el veredicto se da la calificación que en conciencia hagan los Jueces de hecho, y en la sentencia se aplican los preceptos penales pertinentes a la calificación del Jurado. Entre todos esos actos debe haber una estrecha y real armonía, para que no se vulneren los intereses del acusado, ni se deje a la Sociedad en desamparo frente al delito.

Por consiguiente, y según lo manda el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, si en el auto de proceder se ha reconocido la modalidad de la riña imprevista, es deber del Juez Superior determinar en el cuestionario, no sólo los factores objetivos y subjetivos del delito de homicidio, sino las circunstancias modificadoras de la responsabilidad deducidas en el enjuiciamiento. Si no las incluye, y si con esa irregularidad violatoria del derecho de defensa, se llega al fallo, se han pretermitido las formas propias del juicio y se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional. Igualmente, y según mandato del citado artículo 28, en el cuestionario debe determinarse el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, "determinándose las circunstancias que lo constituyen sin darles denominación jurídica". Por lo tanto, si el Juez no interrogó sobre si el acusado era responsable de haber dado muerte a equis con intención de matar, sino que preguntó si el acusado era responsable de haber cometido el delito de "homicidio en equis", dando así denominación jurídica al hecho, violó las formas propias del juicio, y esta violación constituye otra causal de nulidad constitucional.

La tesis que sostiene en este fallo la Corte, se encuentra en perfecto acuerdo con lo dicho en casación de 23 de abril de 1951, cuando se dijo: "La Corte ha sostenido que hay nulidad de orden supra-legal cuando el cuestionario contiene errores esenciales que modifican el pliego de cargos formulados en el auto de proceder, y por lo tanto, ese vicio impide que el Jurado se pronuncie sobre la verdad de los hechos materia del debate, causando así, un perjuicio evidente a la sociedad en su función represiva, o al procseado en su derecho de defensa". - (G. J. Tomo LXXIV, pág. 767).

En casación de 11 de junio de 1955, la Corte dijo que el cuestionario que se somete al Jurado es un acto sustancial del juzgamiento, y que, mediante él se enuncian, en síntesis completa, los hechos y las circunstancias que son materia del debate para que el Juri pueda calificarlos y dar un veredicto justiciero y acorde con la verdad, veredicto que es la base principal de la sentencia.

Pero si el interrogatorio se formula, agregó la Corte, dejando por fuera los elementos constitutivos del delito, o los de la responsabilidad, o los concernientes a las modalidades específicas de la infracción objeto del proceso, entonces la respuesta de los jueces populares queda trunca, se ignora su verdadero pensamiento "y se recortan, además, los derechos de las partes, quienes, por esa grave deficiencia, están cohibidas para llenar cumplidamente su labor, en orden a sostener la culpabilidad o la inocencia del incriminado, si se trata del Ministerio Público; o de abogar por la absolución, si es el defensor. Y una falla de tal naturaleza, que desquicia el correcto y ordenado funcionamiento

de la potestad represiva, crea una nulidad de las llamadas constitucionales, por violación del artículo 26 de la Carta".

En el fallo que se está citando, recordó la Corte que en casación de 20 de febrero de 1951 (G. J. Nos. 2096-2097, página 186), 6 de octubre de 1953 (G. J. 2133, página 660) y 8 de febrero de 1955, se ratificó y se volvió a la jurisprudencia sentada el 26 de julio de 1944, en la casación de Agustín Barrera Niño, y en la cual quedó claramente establecido que **se incurre en nulidad** si el cuestionario omite la fundamental pregunta sobre el actor psíquico del delito "que en el homicidio es el propósito de matar".

Conviene recordar, que en casación del 6 de octubre de 1953, dijo la Corte, que en los procesos con intervención del Jurado, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, pues éste necesariamente es la base fundamental de aquélla. Por eso es necesario que la pregunta que se haga a los jueces de conciencia comprenda, en forma concisa y ceñida al auto de proceder, todos los presupuestos sustanciales del delito, en su aspecto genérico y específico, lo mismo que las circunstancias integrantes y modificadoras de la responsabilidad y de la sanción. Pero cuando el cuestionario se elabora sin sujeción a esos hechos fundamentales del debate, y el Jurado, por dicha causa, no se pronuncia acerca de ellos, se pretermite un acto primordial del juzgamiento, como es el de consignar en el interrogatorio todo lo atinente al cuerpo del delito, a la responsabilidad del autor o partícipe y a las modalidades que le dan al ilícito una gravedad o una atenuación especial. "Y en tan grave evento, se viola el artículo 26 de la Constitución y se incurre en una nulidad de orden supralegal".

En esa oportunidad, se omitió interrogar a los Jurados sobre la acción psíquica de los homicidios, traducida en el "propósito de matar" que, para el caso emplea la ley penal. (Casación Penal. Noviembre 12/56. Nº 2183) 419, 2ª

— 81 —

CULPA IN ELIGENDO O IN VIGILANDO

La responsabilidad por el hecho de quienes dependen de una persona natural o jurídica, o proveniente de cosas sometidas a control o vigilancia, se genera de la culpa en la elección o escogencia del que, a nombre de dicha persona, debe realizar determinadas actividades, o de la falta de vigilancia necesaria de esa misma persona sobre su representante o empleado. Es decir, que la tesis se apoya en la culpa **in eligendo** o en la culpa **in vigilando**, la cual se presume cuando se trata de actividades peligrosas, correspondiéndole entonces a la parte demandada desvirtuar esa presunción. (Negocios Generales. Mayo 29/57. Nos. 2181-2182) 319, 1ª

— D —

— 82 —

DACION EN PAGO

En cuanto al fenómeno de la dación en pago basta decir que la Corte lo registra en su jurisprudencia, y la figura mencionada es distinta del pago efectivo, que regula el artículo 1626 del C. C. Pero ello no obsta para que la extinción de una obligación pueda hacerse, en determinado caso, con cosa diversa a la que se debe, siendo equivalente a ella y mediante acuerdo mutuo entre acreedor y deudor. (Casación Laboral. Mayo 31/57. Números 2181-2182) 276, 1ª

— 83 —

DELITO

La disparidad de criterios entre dos funcionarios, no acarrea responsabilidad criminal. Casación Penal. Junio 5/57. Nº 2183) . . 439, 2ª

— 84 —

DELITOS (Hechos que no lo son)

La orden oficiosa de un Juez Penal de Circuito, para que se investigue el delito de falsedad dentro de unas diligencias sumarias adelantadas por prevaricato, abuso de autoridad y detención arbitraria; la omisión del aviso de iniciación de las mismas al Juez Superior y la no remisión oportuna del expediente cuando éste lo reclama, no son hechos considerados en la ley como infracciones penales. (Casación Penal. Junio 5/57. Nº 2183) 440, 1ª y 2ª

— 85 —

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD (Procedimiento y funcionarios competentes)

El Decreto 0014 de 1955 se refiere exclusivamente a los procesos que se adelanten por los estados de especial peligrosidad y no a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria, pues al paso que a éstos sólo se aplica el procedimiento especial señalado en ese estatuto (artículo 81), el conocimiento de aquéllos corresponde de modo exclusivo a los Jueces de Policía Judicial o de Prevención en donde existan, y a los Alcaldes Municipales en los demás sitios. Es, pues, sólo el procedimiento o tramitación que contempla el Decreto 0014 lo que se aplica a los delitos contra la propiedad de que conoce la justicia ordinaria, procesos cuya etapa investigativa y cuyo juzgamiento escapan, precisamente, al conocimiento de los Jueces de Policía Judicial o de Prevención, pues a éstos solamente compete el conocimiento de los hechos determinados en la Ley 48 de 1936 y los constitutivos de estados de especial peligrosidad. (Casación Penal. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) . 212, 1ª

— 86 —

DEMANDA (Error en su interpretación)

El error en que incurre un Tribunal en la interpretación de la demanda "sólo es susceptible de ser atacado en casación por error de hecho", ha dicho insistentemente la Corte. Además, el error de hecho debe aparecer de un modo manifiesto en los autos y es necesario que se alegue por el recurrente. (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) . . 118, 2ª

— 87 —

DEMANDA (Interpretación de la)

En el escrito de demanda, ni aún después, está obligado el litigante a calificar o a darle denominación jurídica a la acción que intenta: las leyes de procedimiento no le hacen la exigencia. Le basta para hacer efectivo su derecho anunciar con claridad y precisión lo que demanda, los hechos en que apoya sus peticiones, enunciándolos y clasificándolos debidamente; los fundamentos de derecho y la cuantía de la acción cuando la enunciación sea necesaria para fijar la competencia. Sobre estos elementos que son los que configuran el presupuesto "demanda en forma" el juez debe darle a la acción la calificación jurídica que corresponda. Esta la razón de la facultad que tiene el juzgador de interpretar la demanda, señalar la acción y encauzar el

procedimiento en orden a definir la controversia sobre estas determinadas bases.

Estimar que la demanda del proceso no vino presentada en forma porque la acción que procedía intentar, visto el derecho reclamado, debió ser distinta, es grave error. Es obvio estimar que quien solicita la tutela de su derecho pero escogiendo vía procesalmente no aconsejable pide de modo indebido, resultante que configura la excepción del mismo nombre, mas no la falla de un determinado presupuesto procesal, porque sabido es que las modalidades o hechos que dan vida a la excepción son distintos de los hechos o requisitos que determinan la existencia o no existencia de un determinado presupuesto procesal. Ya dijo la Corte: "es error jurídico confundir los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción con los que exige la ley de procedimiento civil para que haya demanda en forma". (Casación Civil. Junio 5/57. Nº 2183).....351, 2ª

— 88 —

DENUNCIA CRIMINAL (Derechos del denunciante)

Es verdad que de conformidad con el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, todo habitante del territorio colombiano — con las excepciones allí establecidas— está en la obligación de denunciar ante la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento, pero esta obligación y el deber correlativo a ella no le confiere ningún derecho para intervenir en diligencias posteriores a la denuncia, fuera de la ampliación de la misma y la de jurar los cargos en ella contenidos cuando se ha omitido, inicialmente, cumplir con esta formalidad.

Si con motivo de la posible comisión de un delito se originaren perjuicios para el denunciante, la ley establece los caminos legales para intervenir en el proceso y para reclamarlos, y éstos no son otros que la de constituírse parte civil (artículo 112), derecho que puede ejercitarse en cualquier estado del proceso, antes de que el negocio haya entrado al despacho del Juez o Magistrado para dictar sentencia (artículo 113). Sólo a partir de este acto —constitución de parte civil— puede ejercitar los derechos consagrados por la ley (artículo 123) y reclamar contra las decisiones de los funcionarios judiciales que en una u otra forma puedan causarle perjuicio; mientras esto no ocurra, la ley no le otorga ninguna facultad para intervenir en el proceso. (Casación Penal. Julio 31/57. Nº 2184).....811, 2ª y 812, 1ª

— 89 —

DENUNCIA TEMERARIA

Cuando se formula una denuncia, quien lo hace no adquiere el deber o el imperativo categórico de probar que los hechos denunciados son ciertos y evidentes. Basta la posibilidad de que ellos se hayan realizado para que la denuncia pierda el carácter de temeraria, ya que la demostración de la verdad es precisamente uno de los objetos fundamentales del procedimiento. Existe un deber legal cual es el de denunciar los delitos, pero la ley en ningún caso trae como corolario correlativo a ese deber, la obligación de demostrarlos. Sería temeraria la denuncia si quien la hace procede "a sabiendas" es decir, con conocimiento cierto y seguro, con deliberación previa y plena de que el hecho constitutivo de la denuncia es falso y sin consistencia alguna. Pero, en el caso de estudio, si bien es verdad que los hechos no fueron probados, ello no implica que la denuncia se hubiera formulado con el exclusivo propósito de causar un mal; es decir, "a sabiendas" y con dolo de que los hechos eran falsos. (Casación Penal. Junio 21/57. Nº 2183).....454, 2ª, 455, 1ª

— 90 —

DENUNCIANTE (Derechos cuando no es parte civil)

La calidad de simple denunciante no le da derecho para intervenir en la actuación, por la obvia razón de no ser parte. Los derechos que pueden hacerse efectivos dentro del proceso penal, los confiere la ley a las personas que en él intervienen y éstas no son otras que el Ministerio Público, el Procesado, los Apoderados, Defensores y la Parte Civil. La ley guarda silencio en cuanto a los derechos que puedan tener los denunciantes en materia de recursos, pues su intervención se halla limitada por lo dispuesto en los artículos 12, 14, y 275 del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que contemplan los deberes del denunciante sobre formulación de cargos, juramento de ellos y ampliación de los mismos, expresando terminante y perentoriamente su pensamiento en relación con las obligaciones del denunciante cuando dice: "quedando a esto reducida su intervención".

Si por mandato del legislador las obligaciones y deberes del denunciante quedan reducidas a las determinaciones consignadas en las normas anteriores, es natural y obvio que el denunciante no tiene derecho para interponer recurso contra las decisiones judiciales mientras no tenga el carácter de parte civil, requisito que confiere derecho para solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el cuerpo del delito, los autores o partícipes de la responsabilidad penal, naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado, y como consecuencia de ello, la facultad amplia e ilimitada para interponer recursos en los casos determinados por la ley. - (Casación Penal. Julio 31/57. Nº 2184) .....812, 1ª y 2ª

— 91 —

DENUNCIO CRIMINAL (Su rechazo no puede hacerse a través del artículo 153 del C. de P. P.)

La Corte tiene dicho, con respecto a la providencia del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, que ella debe pronunciarse después de alguna actuación, como así lo indica el texto del mentado artículo cuando dice que ese fallo se dicte "en cualquier estado del PROCESO", y que no hay proceso mientras éste no se inicie; al agregar que debe aparecer la plena comprobación que de ordinario no aparecerá sino después de la práctica de algunas diligencias; y al emplear la expresión de que "la acción penal no podía iniciarse o proseguirse", todo lo cual dá a entender que el proceso ya se ha iniciado, pero no puede continuar.

"Pero sobre todo, enseña que tal proveído no se puede proferir simplemente para rechazar una denuncia criminal, la doctrina de que "una sentencia o un sobreseimiento no puede dictarse sino como conclusión de proceso, y no hay proceso mientras no se dicte el auto en que se ordene iniciar la investigación, auto que por eso se llama "cabeza de proceso" (artículo 284 del Código de Procedimiento Penal.

'Estima la Sala que en estas ocurrencias se debe rechazar la acción penal por medio de un auto en que se expongan las razones por las cuales así se procede. Este auto es de carácter interlocutorio, indudablemente y por tanto, debe tener apelación para ante el superior. Que así debe procederse, lo deduce la Corte de la naturaleza propia de esta actuación, y del caso semejante del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal". (Fallo de 26 de noviembre de 1948. G. J. Tomo LXV, 146). (Casación Penal. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182).....198, 2ª y 199, 1ª

— 92 —

DETENCION

La detención se puede decretar en cualquier momento, con tal de que aparezcan los elementos indispensables (artículos 379 y ss. C. de P. P.). (Casación Penal. Junio 3/57. Nº 2183) 426, 1ª

— 93 —

DETENCION ARBITRARIA (Declarado el estado de quiebra)

No existe delito de detención arbitraria en los juicios de quiebra, cuando aquélla se produce como consecuencia natural y lógica de la aplicación de normas del Decreto 750 de 1940. Declarado el estado de quiebra y abierto el juicio de concurso de acreedores por cesación de pagos en obligaciones de carácter mercantil, el Juez del conocimiento debe ceñirse a lo dispuesto en el artículo 17 del mencionado Decreto ordenando la captura y detención del quebrado, previa observancia de ritualidades señaladas en la ley procedimental. Si el funcionario, con base en el auto que hace la declaración de quiebra, cumple los preceptos de los artículos 379 y 383 que reglamentan la detención preventiva sobre modalidades del hecho, elementos probatorios que lo demuestran, calificación legal del mismo y pruebas relativas a la imputabilidad, no hay lugar a deducir responsabilidad por un delito de detención arbitraria, y esto, precisamente, fue lo que ocurrió en el presente negocio. (Casación Penal. Junio 21/57. Nº 2183) .....457, 1ª y 2ª

— 94 —

DETENCION ARBITRARIA (Delito de)

El delito de detención arbitraria consiste en la privación de la libertad que hace el funcionario público abusando de sus funciones y omitiendo el cumplimiento de requisitos que la Constitución y las leyes le exigen para detener. La calidad de funcionario público, por una parte, el abuso de funciones inherentes a su cargo, por otra, y la omisión de normas legales que regulan el hecho, son elementos que estructuran en cada caso concreto el delito de detención arbitraria.

Cuando la detención se lleva a cabo como resultado de una investigación y en dicha providencia se analiza el hecho averiguado; los elementos probatorios allegados para demostrar la existencia del mismo; las pruebas que sirven de base para demostrar la imputabilidad del autor o autores o partícipes de la infracción, dándole una calificación legal y determinando las sanciones que lo reprimen, no puede decirse que se ha cometido delito de detención arbitraria, porque el cumplimiento de normas constitucionales y de procedimiento, no implican abuso de funciones ni extralimitación de las mismas. (Casación Penal. Junio 21/57. Nº 2183) 453, 2ª

— 95 —

DETENCION ARBITRARIA (Dolo de la infracción)

La doctrina ha establecido que para la existencia del delito de "detención arbitraria" no se requiere la concurrencia de un dolo específico, sino, simplemente, del dolo genérico, pero esto en tratándose del delito contemplado en el artículo 295 del Código Penal, exigencia obvia y natural que no impide que en relación con el delito a que se refiere el artículo 296 pueda sufrir una excepción en cuanto a la prolongación indefinida de la detención, porque lo indebido hace alusión a lo "ilícito, injusto y falto de equidad", y si bien es verdad que incurre en un delito de "detención arbitraria" el funciona-

rio que prolongue indefinidamente la detención de una persona, también es cierto que esa detención tiene que ser injusta o indebida; es decir, que ella no se justifique ante la ley, por proceder el funcionario con abuso de funciones y por llevar la detención el sello de lo arbitrario. (Casación Penal. Junio 3/57. Nº 2183) 425, 2ª

— 96 —

DICTAMEN PERICIAL (Errónea apreciación)

La Corte estima que, por regla general, no es posible desechar, en tratándose de avalúos, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado, porque a ello se opone el artículo 721 del C. J. que es suficientemente claro y explícito, conforme lo ha sostenido esta Corporación en otras ocasiones. Pero no es menos cierto que es al juzgador a quien corresponde apreciar ese dictamen y examinar si los razonamientos deducidos por los peritos "tienen un firme soporte legal".

Es a él a quien libremente la ley le atribuye esta tarea y si considera que el dictamen no está debidamente fundamentado o sea una fundamentación que, a su juicio sea satisfactoria, esta apreciación no puede ser variada por el Superior "sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos". (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) 130, 2ª

— 97 —

DOCUMENTOS (Reconocimiento de los otorgados a ruego)

Es doctrina de la Corte que "cuando el documento privado está suscrito por el otorgante basta que el signatario confiese ser suya la firma para que se tenga por reconocido; cuando fue suscrito a ruego, aunque el que aparece como otorgante confiese que se otorgó a su orden y que pidió a otra persona que firmase por él, no se tiene por reconocido el documento ni hace fe mientras el otorgante no agregue que es cierto su contenido". (GACETA JUDICIAL. Tomo XXX, página 283). Ahora, si vivo el presunto otorgante es indispensable para que el documento preste fe que éste agregue o manifieste en el acto de reconocimiento que es cierto su contenido, con tanto mayor razón es necesaria esa su declaración si el otorgante no sabe firmar y aparece que rogó a otro que lo hiciera por él. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182) ..... 81, 2ª y 82, 1ª

— 98 —

DOCUMENTOS (Tacha de falsedad de)

En pura doctrina, distinguen los autores de derecho procesal entre los medios de defensa, la objeción de la excepción propiamente dicha; "y entienden por la primera la negación del derecho pretendido por el demandante; sea en cuanto su nacimiento o únicamente en cuanto a su ejercicio; y por excepción la afirmación de hechos distintos para desvirtuar los efectos del derecho invocado por el actor, no su existencia, cuya prueba y alegación le corresponde al demandado. En cambio, como la objeción se limita a una negativa, sin plantear nuevas cuestiones, no es necesario que el oponente o demandado tenga a su cargo la prueba de esas negaciones, sino que el demandante lleva la de sus afirmaciones.

Nuestra legislación procesal civil no acepta aquel criterio diferencial de la doctrina, pero en algunos casos, implícitamente, lo autoriza, como en el de la tacha de falsedad civil de un documento. En efecto, si éste está

revestido de autenticidad, instrumento público o privado legalmente reconocido, su tacha constituye una verdadera excepción e impera la regla: "reo excipiendo fiat actor". Si se trata de un mero documento privado en las circunstancias del artículo 645 del Código Judicial, su tacha constituye una objeción, y entonces la parte que lo presentó carga con la prueba de su legitimidad, bastando para que cree esta situación la sencilla manifestación de inconformidad, al Juez de la causa por la parte obligada o por su apoderado, respecto a la autenticidad de la firma o del contenido del documento. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182) 103, 1ª

— 99 —

DOCUMENTOS (Valor probatorio de los auténticos)

Si bien es cierto que, los documentos privados admitidos por las partes contendientes como legítimos y auténticos por alguno de los medios expresamente señalados por la ley de procedimiento civil, tienen fuerza probatoria y han de producir sus naturales y jurídicos efectos, sin que sea lícito prescindir de ellos al hacer la apreciación de las pruebas ni dejar de reconocerles su natural alcance, conforme a los propios términos en que se hallan concebidos, tal como lo indican los artículos 1761, 1763, 1764 del Código Civil y 645 del Código Judicial, y que marcan normas al Juzgador para que, conforme a ellas, conceda el debido valor de los documentos privados y a la confesión judicial que pueda estar contenida en ellos, cuando se utilizan como medios de probar las alegaciones de las partes; no es menos cierto, en derecho probatorio, que tales normas no le privan —al Juzgador— de la facultad de inquirir la verdadera naturaleza y realidad de su contenido y de su texto y de condicionar su resultado al examen general de las demás probanzas. (Casación Civil. Mayo 24/57. Números 2181-2182) 82, 2ª

— 100 —

DOCUMENTOS PRIVADOS (Reconocimiento tácito)

De conformidad con el artículo 645 del C. J. cuando obran en los autos documentos privados que fueron enunciados en el libelo inicial, con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, y no fueron objetados y por el contrario aceptados, tienen pleno valor y no pueden desestimarse como pruebas en armonía con dicho precepto. (Casación Laboral. Mayo 6/57. Nos. 2181-2182) 263, 2ª

— 101 —

DOCUMENTOS PUBLICOS (Acta de visita)

El acta de una visita fiscal, dada la circunstancia de que es una diligencia que se practica por un empleado público en ejercicio de sus funciones, es un documento que por este motivo tiene el carácter de público contra el cual sólo es viable la prueba que acredite la falsedad del documento mismo según mandato del artículo 251 del C. de P. Penal. (Casación Penal. Junio 6/57. Número 2183) 445, 1ª

— 102 —

DOMINIO (Competencia para conocer de sus controversias)

El derecho de dominio tan sólo se demuestra con el pertinente título escriturario debidamente registrado. Cualquier apreciación que hagan los funcionarios policivos sobre dominio o propiedad, resulta menos que inocua, como que a éstos les está vedada la de-

finición, solución y consideración, así sea en forma tangencial, de problemas referentes a la propiedad de los inmuebles. La justicia ordinaria, mediante trámite adecuado y competente, es la que tiene la atribución legal de resolver sobre esta determinada relación jurídica en todos los casos de litigio. (Casación Civil. Julio 24/57. Nº 2184)...701, 1ª

— E —

— 103 —

EMPLEADOS DE CONFIANZA O DE MANEJO (Determinación)

Respecto del elemento confianza en las relaciones laborales, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en fallo de 1º de junio de 1954, en el juicio de Luis E. García vs. "Santa Marta Railway Company" dijo: "La legislación colombiana distingue, además, entre las categorías específicas de actividades laborales las de confianza o manejo". (Subraya el Tribunal).

"Siendo el contrato de trabajo un vínculo intuitu personae, la confianza, en su común acepción, es un elemento constante, y presente en cualquier relación laboral, pues como ya lo ha dicho el Tribunal Supremo, en todo trabajador se deposita un mínimo de confianza que responde a las exigencias de lealtad, honradez, aptitud y demás calidades derivadas de la especial naturaleza del contrato. (Sentencia de 7 de noviembre de 1950. G. del T. Vol. 5º, página 900). Esta circunstancia obliga a concluir que el vocablo confianza empleado por la legislación para determinar una situación laboral excepcionante debe entenderse, no en su significado ordinario sino conceptualmente valorado, como manifestación especialísima de aquel elemento común. Considerado en esta forma el concepto, implica un desplazamiento de la actividad ordinaria de trabajo que se resuelve en la responsabilidad de realizar una labor concreta de finalidad limitada en el espacio y en el tiempo, hacia objetivos permanentes de mayor entidad, por los cuales se debe responder, relacionados con la organización de la empresa, con la coordinación de sus diversos servicios y con el control o fiscalización de los mismos; de lo anterior se concluye que los trabajadores de dirección y supervigilancia lo son también de confianza en su más eminente acepción. Cuando la actividad de confianza consiste en el manejo de dinero o bienes materiales se configura el empleado de manejo, cuyos ejemplos típicos son los cajeros, los pagadores y los almacenistas".

Sosteniendo que no existen "empleados absolutamente autónomos" ya que "todos están sometidos a un sistema jerárquico de órdenes cuya más alta expresión se encuentra en la voluntad patronal", concluye la sentencia así: "En esas condiciones lo importante es estudiar la actividad misma, la manera de ejercerla, su contenido esencial, sin que importe la categoría o denominación del cargo que se desempeñe ni el grado de subordinación a un jefe superior". (Casación Laboral. Junio 14/57. Nº 2183)....502, 2ª y 503, 1ª

— 104 —

EMPLEADOS PUBLICOS (Prueba de su calidad en procesos de responsabilidad)

Para determinar la jurisdicción y competencia en los juicios que por responsabilidad se adelantan contra los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, es indispensable la comprobación del carácter de empleado público, mediante el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión. La omisión de estos requisitos priva tanto al Tribunal en primera instancia, como a la Corte en segunda para conocer de estos negocios, pues la jurisdicción y competencia que confiere la ley para estos casos, la condiciona a la calidad de funcionario o sea a la investidura que tiene el sindicado, y no a la

simple persona del mismo. De manera que si, previamente, estos requisitos no se demuestran, tanto el Tribunal como la Corte, carecen de facultad legal para conocer y fallar del negocio. - (Casación Penal. Julio 31/57. Nº 2184).....806, 1ª y 2ª

— 105 —

EMPRESA COMERCIAL (Ejercida por una sola persona)

La concepción de una empresa en su sentido amplio desde el punto de vista del Derecho Laboral y en su necesaria relación con el campo económico, entraña un organismo con fines a la producción para el mercado, de ciertos bienes o servicios, con independencia económica respecto a cualquiera otra entidad, organismo jerarquizado para el completo desarrollo de sus fines. Más restringido el término, a una concepción individualista, y siempre entendida como actividad económica, una empresa bien puede ser el ejercicio profesional de una persona que ofrece bienes o servicios con independencia de relaciones de carácter laboral en un juego libre de actividades. Comprendido de esta manera el ejercicio profesional del comercio, hay oferta de bienes o servicios que bien puede adelantarse teniendo como referencia un lugar o establecimiento donde a menudo ocurran las ventas o intercambios, mas sin sometimiento de parte de quien lo ejerce, de jerarquía alguna en cuanto a tiempo, instrucciones o determinados cumplimientos, para que pueda presumirse la existencia de una relación de carácter laboral. (Casación Laboral. Julio 25/57. Nº 2184).....830, 2ª

— 106 —

ENTREGA (Acción de)

Las acciones establecidas en el artículo 1888 del Código Civil, las cuales expiran al cabo de un año contado desde la entrega, solamente corresponde al comprador y al vendedor y no a los terceros. Además, aún entre las mismas partes, la ley consagra recursos que pueden hacerse efectivos pasado el año, como la acción por lesión enorme.

Para obtener la restitución de una porción de tierra, no basta con indicar los linderos generales del globo de que antes hacía parte, puesto que no es este globo el que se pretende, sino tan sólo una porción de él, la que, para quedar verdaderamente singularizada, es menester encontrarle sus límites propios, sus linderos individuales. (Casación Civil. Julio 11/57. Nº 2184).....684, 2ª y 685, 1ª

— 107 —

ENTREGA (Material de un inmueble)

En determinados casos la entrega real de un inmueble no exige la ejecución de hechos positivos distintos de la omisión de aquellos que pueden interferir o desvirtuar dicha entrega, cuando la naturaleza misma de los inmuebles, por falta de edificaciones, de plantaciones, o de explotación económica, o su condición misma los destina a esos mismos actos. En este caso, la omisión de esos actos de interferencia, son por sí mismos suficientes para demostrar que la entrega material se efectuó realmente. (Casación Civil. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182).....69, 2ª

— 108 —

ERROR DE DERECHO

Cuando se acusa el fallo por error derecho, el examen debe concretarse a averiguar si el valor que le dio o le negó el juzgador a la prueba señalada está de acuerdo o no con el que le asigna el precepto legal respectivo, porque el sentenciador debe precisamente atender los preceptos legales que definen los medios de prueba y les asignan un determi-

nado valor. De ese examen resulta si la valoración hecha en el fallo se ajusta a la señalada por la ley. Si no se ajusta, el juzgador ha incurrido en error de derecho que puede conducirlo, mediante la infracción de la ley sobre pruebas, a quebrantar la ley sustantiva que consagra el derecho cuya efectividad se persigue en el juicio. (Casación Civil. Abril 29/57. Nos. 2181-2182).....51, 2ª

— 109 —

ERROR DE DERECHO (Formulación)

El recurrente, al formular el cargo por error de derecho en la apreciación de la prueba, y hacerlo consistir en que el Tribunal dio a esa prueba "un valor probatorio distinto al que en sí tiene", debe indicar cuál fue el valor probatorio que le asignó, y señalar la disposición legal sobre régimen probatorio que el fallador hubiera infringido por razón de esa valoración, porque son indicaciones imprescindibles para la prosperidad del cargo, pues sin ellas se carece de los necesarios extremos para que la Corte pueda hacer la confrontación que le permita establecer si se incurrió en el error de derecho imputado y si a consecuencia de ese error se infringió la ley sustantiva. (Casación Civil. Julio 26/57. Nº 2184).....738, 1ª

— 110 —

ERROR DE HECHO (Demostración)

Cuando se acusa un fallo por error de hecho en la apreciación de las pruebas, es necesario que éstas se determinen expresamente en la demanda y se señale con claridad el concepto en que consiste el error.

En casación, el planteamiento global del problema probatorio que se haga con la finalidad de solicitar de la Corte una convicción judicial distinta de la que se formó el Tribunal sobre la cuestión controvertida, no armoniza con la naturaleza y objeto del recurso extraordinario toda vez que en éste, si se juzga la sentencia en relación con los cargos de infracción de la ley sustantiva o quebranto de las formas esenciales de procedimiento, no puede traerse el problema probatorio relativo con el fin de que a la luz de un nuevo estudio de éste se sustituya el juicio que hubo de encausar el Tribunal a la formación de su convencimiento.

El modo legal de fijar los senderos de la convicción que solicite el recurrente de la Corte, debe hacerlo no invitando a la Sala al estudio del acervo probatorio en general, sino particularizando cada elemento probatorio, el hecho que demostraba cada uno, indicando la debida conclusión, y luego la equivocación o el error del Tribunal. Fundar el ataque, simplemente, en la consideración de que del examen que haga la Corte de los distintos elementos de prueba habrá de llegarse a la convicción a que se aspira, se repite, no es de recibo de demandas propias de este recurso extraordinario. (Casación Civil. Julio 24/57. Nº 2184).....700, 1ª y 2ª

— 111 —

ERROR GRAVE (En el dictamen pericial)

Para fijar el alcance jurídico de la expresión "error grave" de que trata el artículo 720 del Código Judicial, se ha tenido en consideración que la norma equivalente del anterior estatuto procesal, traía la de "error esencial", y ese cambio refleja claramente el pensamiento del legislador. Lo esencial como noción filosófica aplicada al campo jurídico recae sobre la sustancia misma de la cosa, es decir, sobre los atributos que por ser inherentes al objeto lo hacen subsistir por sí mismo, dándole entidad propia y definida. De modo que el error esencial en un dictamen de peritos se refería limitativamente al error sobre las cualidades ontológicas de la cosa en

lo tocante a su sustancia misma. Al adoptarse la nueva categoría del error en el dictamen o sea la de "grave", se buscó un radio de acción más extenso al concepto, no limitándolo exclusivamente a la sustancia misma de la cosa, sino ampliándolo a otras calidades que, concebidas en forma distinta o contraria a la realidad, produzcan una variación de tal magnitud e influencia que cambien o desfiguren la verdadera entidad del objeto o cosa examinada.

Lo que caracteriza pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que puedan presentarse contra un dictamen, ês el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven. De esto se deduce que las objeciones por error grave de que trata el artículo 720 del Código Judicial, no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisible para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva. (Negocios Generales. Junio 13/57. Nº 2183).....604, 2ª y 605, 1ª

— 112 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

En reiteradas ocasiones ha dicho la Corte que, por la importancia fundamental que para el estudio de los cargos de casación tienen las dos clases de "violaciones medio", el error de derecho y el error de hecho, se hace necesario diferenciarlos nítidamente y que no es aceptable que en los cargos se diga que se admitió por el Tribunal un hecho, sin que en los autos exista prueba de ninguna especie; y, luego, se impugne la sentencia por el concepto de que se le reconoció valor pleno a un medio probatorio, sobre ese mismo hecho. La infirmación de su fallo de instancia es un acto trascendentalísimo del poder jurisdiccional y es por esto por lo que quien lo impugna en recurso de casación, debe tener una convicción plena, por lo menos, de que la conducta del juez de instancia no estuvo ajustada a derecho por violación directa, por interpretación errónea, no aplicación o indebida aplicación, o que llegó a estas infracciones por caminos indirectos, como los errores de hecho y de derecho en las apreciaciones de las pruebas, para no mencionar sino la causal 1ª del artículo 520 del C. J., sin que en el ánimo del recurrente existan vacilaciones sobre un aspecto de acusación contra el fallo de instancia. (Casación Civil. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182).....68, 1ª

— 113 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

En repetidas ocasiones la Corte ha expresado los motivos por los cuales el juzgador no puede incurrir a la vez en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de una misma prueba y ha dicho que aun cuando los dos errores ocurren en el campo común de la estimación probatoria y producen el mismo efecto que es la violación de la ley, el

primero atañe a la materialidad de la prueba, vale decir, a su existencia o no en los autos, al paso que el segundo se refiere a la valoración de la prueba existente; el error de hecho es la desarmonía entre la prueba que existe o no existe y la idea contraria del juez sobre determinado hecho, y el error de derecho es la disconformidad entre el valor que el Juez le reconoce a una prueba existente y el que a la misma le asigna la ley; el primero cae exclusivamente en el campo del hecho, y el segundo exclusivamente en el campo jurídico. Por razón de estas diferencias el mismo error en la apreciación de una prueba no puede ser a la vez de hecho y de derecho. (Casación Civil. Julio 5/57. Número 2184).....675, 2ª

— 114 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO
(En la apreciación de pruebas)

Puede decirse que hay error de derecho en la apreciación de una prueba cuando se le dá determinada fuerza que la ley no le atribuyó, se desconoce la que sí le asignó, o se permite su producción sin llenar los requisitos legales, aplicándole luego una fuerza estatuída sólo para elementos probatorios que reúnan todas las cualidades exigidas por la ley. No se trata entonces de una falsa noción de hecho, sino de una noción equivocada de la ley. O bien puede suceder que el sentenciador se haya fundado en la mala apreciación de una determinada prueba o en la falta de apreciación de elementos que obren en el proceso y que fueron producidos legal y oportunamente. Cuando la equivocación en que incurrió el sentenciador fue de tal magnitud que a primera vista y sin mayor esfuerzo en el análisis de las probanzas que obran en autos se observó que la apreciación hecha por él pugna en forma evidente y manifiesta con la realidad de los hechos, entonces se dirá que existe error de hecho en la apreciación de la prueba. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182).....105, 1ª

— 115 —

EXPEDIENTES (Acciones a que dá lugar su pérdida o extravío)

La pérdida de un negocio dá origen a dos investigaciones: la primera, para averiguar la responsabilidad de los funcionarios que por negligencia o dolo hubieren dado lugar a ella; la segunda, tendiente a reconstruír o reponer el proceso desde un principio, cualquiera que sea la instancia en que se encontrare. Las acciones son diferentes puesto que por medio de ellas se persiguen fines diversos; la relativa a responsabliidad de los funcionarios se vincula a los trámites ordinarios señalados en el Código de Procedimiento para deducir consecuencias penales (artículo 155 C. de P. P.); la otra referente a reconstrucción del proceso, simplemente entraña una especie de acción de carácter administrativo —si así pudiera denominarse— para allegar datos o documentos probatorios en orden a deducir consecuencias ajenas al juicio de responsabilidad (artículo 154 ibidem). Así lo entendió el Tribunal y por esto es por lo que ordenó separar las investigaciones, la penal y la de reconstrucción del proceso. (Casación Penal. Julio 31/57. Nº 2184).808, 2ª

— F —

— 116 —

FALSEDAD (Ordinal 1º. art. 231 del C. P.)

Como acontece en toda obra legislativa, en el proceso de la reforma del Código Penal que vino a concretarse en la Ley 95 de 1936, se presentaron en las discusiones dentro de la Comisión encargada de su estudio, diversas modificaciones al proyecto inicial, algunas de las cuales fueron admitidas y otras

rechazadas por el legislador a adoptar en forma definitiva el estatuto.

Fue así como al discutir el artículo 21 del proyecto, que hoy corresponde al 231 del Código, referente a los hechos constitutivos del delito de falsedad en documentos, la Comisión introdujo como nuevo un ordinal para 1º del artículo, en los siguientes términos: "los confeccione falsos en todo o en parte". El legislador no aceptó la modificación por hallarla superflua ya que el caso en ella contemplado quedaba comprendido dentro del numeral 1º del proyecto inicial que decía: "Contrahaga o finja letra, firma o rúbrica".

La razón es obvia: aunque dentro del significado lato del vocablo "documento" queda comprendido cualquier objeto que sirva para ilustrar o comprobar algo, jurídicamente, y en lo que atañe al fenómeno de la falsedad documentaria, el sentido en que lo emplea la ley es en el de escrito destinado a probar un hecho generador, modificador o extintivo o que contiene simplemente declaraciones de voluntad.

Los expositores de derecho penal al definir lo que es un documento para los efectos de la falsedad, concuerdan en que él requiere la forma escrita.

Ahora bien: escritura o escrito es la representación de las ideas por medio de signos y éstos, en cuanto se utilizan para representar los sonidos y articulaciones de un idioma, se denominan letras; de modo que el escrito o documento que expresa las manifestaciones de voluntad, está formado de letras. Contrahacer, imitar las letras que constituyen el texto del documento, es confeccionarlo falso y lo será en todo o en parte según la extensión parcial o total de los signos contrahechos.

El ordinal 1º del artículo 231 tal como quedó redactado en el Código, comprende, pues tanto la firma y la rúbrica como las letras con que se confecciona el documento, y por tanto era redundante y superflua la modificación propuesta por la Comisión. Su rechazo por el legislador, no significa que quedara excluída del precepto la forma de falsedad que se tuvo en mientes al proponer el ordinal 1º del artículo 21 del proyecto que adoptó la Comisión. No. El legislador prescindió de tal fórmula porque la halló inncesaria, esto es, que sin la susodicha modificación, el artículo 21 (hoy 231 del Código Penal) comprende también la confección falsa en todo o en parte del documetno, mediante la imitación de las letras que lo constituyen.

Es verdad que el documento contrahecho debe acercarse al modelo en forma que sea difícil distinguirlos; el acto del falsario debe tener aptitud e idoneidad para alcanzar a producir el engaño generador del perjuicio. Si no hay imitación de la verdad en forma capaz de originar el juicio erróneo, no sobreviene el daño y no se configura el delito de falsedad. Pero la eficacia de la mutación para causar el engaño, se relaciona tanto con el elemento subjetivo como con el objetivo; por una parte ha de tomarse en cuenta el sujeto a quien el documento mutado tiende a engañar, a sus condiciones y capacidades para advertir la alteración de la verdad, y por otra, la objetividad del modelo que se imita por el falsario, pues si éste ofrece una forma ordinaria y fácil, entonces en su imitación no habrán de emplearse dotes especiales de habilidad y destreza. Casación Penal. Mayo 14/57. Nos. 2181-2182) . . . 179, 1ª y 2ª y 180, 1ª y 2ª

— 117 —

FALSEDAD Y USO DEL DOCUMENTO
(En los públicos y privados)

La doctrina y la jurisprudencia han precisado los elementos que de acuerdo con el artículo 231 del Código Penal configuran el delito de falsedad en documentos privados: ofensa a la verdad mediante la mutación que

conduce al juicio equivocado, intención criminosa o sea el dolo específico y perjuicio a terceros, material o moral o propóstio de causarlo, esto es, que el daño puede ser actual o potencial. Para que estos presupuestos se cumplan, resulta exigible, además, que el acto del falsario tenga aptitud para alcanzar el fin perseguido.

Tratándose de documentos públicos, la falsedad y el uso del documento, constituyen actos jurídicamente distintos que configuran por sí delitos diversos que concurren materialmente: el de falsedad que ofende la fe pública como derecho universal que es, ya que todos los asociados tienen interés en que se acaten y respeten las garantías de autenticidad con que son protegidos los documentos públicos, y que se consuma en el acto mismo en que se altera o se confecciona el documento mentiroso, porque es en ese instante cuando se quebrantan las normas con que el Estado tutela la fe debida a tales documentos, y el de estafa que hiere el interés particular y que se consuma cuando se utiliza el documento falso que entonces es un medio para realizar el segundo delito.

No ocurre lo mismo tratándose de la falsedad privada porque siendo el perjuicio a terceros uno de los elementos constitutivos del delito y siendo el uso del documento lo que actualiza el perjuicio, no es dable sostener que el acto de usar el documento, sea un hecho separable del delito mismo.

Es esta la razón que explica por qué el artículo 242 referente a la falsedad de documentos privados considera como una simple circunstancia agravante el uso del documento hecho por el propio falsario. En este caso la contrafacción y el uso concurren como elementos sustanciales del mismo delito. (Casación Penal. Mayo 14/57. Nos. 2181-2182) 181, 1ª y 2ª

— 118 —

FALSIFICACION DE MONEDA

Para que se configure la infracción del artículo 217 del Código Penal, es indispensable la existencia de la buena fe en el momento en que se reciba la moneda falsificada, vale decir, que no se tenga conocimiento al recibirla de su falsedad o alteración y que luego —ya esto comprobado— se ponga en circulación.

Si en las instancias no se ventiló en ninguna forma el modo como adquirió el procesado los billetes falsificados la disposición aplicable no es el artículo 217 sino el 214, numeral 4º del C. Penal. (Casación Penal. Junio 24/57. Nº 2183) .....469, 1ª y 2ª

— 119 —

FILIACION NATURAL

El sistema de investigación de la paternidad natural autorizado por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es el de que ella puede declararse con base en las presunciones a que dan origen las distintas situaciones a que alude la mencionada norma, con adopción del criterio de derecho probatorio denominado de persuasión racional, en el cual el Juzgador cuenta con un amplio margen de libertad en la apreciación del valor o fuerza de la prueba. (Casación Civil. Mayo 24/57. Números 2181-2182) 106, 1ª

— 120 —

FILIACION NATURAL (Efectos de la sentencia que la declara)

Para que sea viable, jurídicamente, la sentencia sobre filiación natural y en forma que pueda producir efectos contra los representantes de la sucesión del presunto padre natural, es indispensable que en el respectivo

juicio haya representado el contradictor legítimo, el padre si aún vive, o en su caso, sus herederos, como continuadores de su personalidad jurídica, vale decir, los sucesores suyos en todas sus obligaciones y derechos transmisibles; siendo la ocurrencia, únicamente, que si en el juicio ha intervenido el padre, la sentencia tendrá efectos contra todos en vez de alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia circunscrita siempre en sus efectos a los que hayan intervenido en el litigio o sus respectivos causahabientes. Demandada la sucesión del presunto padre, la acción debió dirigirse, precisamente, contra sus herederos bien en la categoría de conocidos, reconocidos o que hubiesen aceptado en cualquier forma la herencia. (Casación Civil. Junio 25/57. Nº 2183).

401, 1ª y 404, 1ª

— 121 —

FILIACION NATURAL (Evolución jurisprudencial sobre la ley 45 de 1936)

La ley 45 de 1936 dio lugar en su interpretación doctrinal a indistintas tesis que — en relación con su alcance, extensión y tiempo en que pueden producir efecto probatorio los hechos alegados por el hijo natural en orden a obtener la declaratoria judicial de la filiación de que quedó investido desde el momento de su nacimiento— vino a quedar consagrada en forma definitiva en sentencia de 7 de abril de 1953, doctrina a la que antecedieron éstas:

1ª—La Ley 45 sólo es aplicable a actos y hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia porque no es retroactiva.

2ª — La ley sólo es aplicable e invocable por personas nacidas antes de su vigencia pero que pueden probar que los hechos que configuran la filiación natural han sucedido cuando la ley entró a regir; o que aduzcan prueba que, si es anterior a ella, sea de las que admitía la ley antigua tales como escritura pública o testamento.

Es la imperante, la consagrada en la sentencia en cita que establece que la ley 45 de 1936 creó la acción de investigación de la paternidad natural y señaló los medios de probar el estado civil de hijo natural antes no permitidos con el fin de poner en evidencia un estado civil existente pero no declarado o reconocido, porque tal acción y tal medio probatorio, agrega la doctrina, "es derecho que en todo tiempo asiste a toda persona tutelada por ellos sin consideración al tiempo en que ocurrieron los hechos". Y precisándola, desde el punto de vista de la prueba, la sintetiza el fallo así: "En materia probatoria de estado civil, la ley vigente en el momento del juicio es aplicable en cuanto consagra nuevos medios de prueba".

La aludida sentencia de 7 de abril de 1953 corre publicada en la GACETA JUDICIAL (Nº 2127, Tomo LXXIV, pág. 642); en ella explica la Corte, por qué razones, "si no se interpretara el estatuto en la forma indicada ocurriría que vendría a ser inoperante la reforma consagrada por la ley 45 en beneficio de los hijos naturales".

Cierto que en materias jurídicas y en especial en las del recurso no podrá decirse que la materia ha sido agotada; pero no puede negarse que el estudio de fondo realizado por la Corte con ocasión del fallo precitado no ha tenido hasta el momento contradicciones aceptables, y al punto, que son varios los casos en que la doctrina en relación ha sido aplicada sin recelo, entre otros en los muy recientes fallos de la actual Sala de la Corte de Casación. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182).....78, 2ª y 79, 1ª

— 122 —

FILIACION NATURAL (Puede pedirse después de muerto el padre)

Esta Sala, como lo manifestó expresamente en sentencia de casación de fecha veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, reafirmó la doctrina sostenida por la Corte a partir del año de 1945, según la cual la acción para que se declare la paternidad natural puede ser instaurada aún después de muerto el presunto padre y en este caso puede ser dirigida contra los herederos. Los fundamentos de esta doctrina son bien conocidos, por cuanto han sido expuestos en numerosas sentencias y esto la dispensa de repetirlos nuevamente.

Entre esos argumentos está el de que si no se otorgara la acción contra los herederos, el hijo natural perdería por la muerte del padre el ejercicio de una acción que es de carácter personalísimo y que depende en su duración de la vida del hijo y no de la vida del padre. El padre no puede llevarse a la tumba, con su muerte la acción del hijo, y otro tanto puede decirse respecto al heredero, quien tampoco puede llevarse a la tumba la acción de la cual estaba obligado a responder, esto porque la personalidad del difunto se prolonga o continúa, puede decirse, en la persona de sus herederos. (Casación Civil. Junio 17/57. Nº 2183).....374, 2ª

— 123 —

FUERO ESPECIAL (Prueba del nombramiento, posesión y ejercicio del cargo)

En varias ocasiones esta Corporación ha sostenido que el hecho de sustraer el juzgamiento de determinada persona a las normas que rigen para el resto, no se debe a consideración a aquélla en sí misma, sino por fuerza del cargo desempeñado; que su nombramiento no está sujeto a presunciones de ninguna clase; que, por tanto, debe probarse plenamente, y que la prueba atinente es la copia del documento en que conste tal nombramiento y no otra alguna. También se ha dicho que es diverso este punto de aquel otro que se refiere a la posesión y al ejercicio del cargo; éste se presume de derecho; la posesión puede probarse por cualquier medio y aún presumirse, con base en dicho ejercicio, probado el nombramiento, vale decir, el nombramiento debe probarse con su medio propio; el ejercicio del cargo probado aquel nombramiento, se presume de derecho; la posesión no requiere prueba especial. De tal suerte que basta la prueba de la designación, sin que la copia de posesión erradamente traída influya para no reconocer el fuero. Por esto, la Sala afirma que es competente para decidir en única instancia, sin que sea necesario previamente solicitar copia de la verdadera acta. (Casación Penal. Mayo 21/57. Números 2181-2182) 187, 1ª

— 124 —

FUGA DE PRESOS (Delito de)

El delito de "la fuga" se predica respecto de la persona que se halla legalmente detenida por imputársele la comisión de un delito. La detención puede emanar de cualquier funcionario bien sea de la Rama Jurisdiccional o de la Administrativa, siempre que para ello se reúnan los presupuestos que la Constitución y la Ley exigen para detener, y esa determinación —privación de la libertad— debe ser consecuencia necesaria de la comisión de un delito. En otros términos, la fuga presupone la existencia de un auto de detención; provisional, por la imputación de un hecho constitutivo de infracción penal, o definitivo, como resultado de una sanción por el delito cometido, y la sustracción o evasión de ese estado jurídico de restricción o privación de la libertad, es lo que la ley sanciona como delito de fuga.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, el Código Penal Colombiano vincula necesariamente la fuga a "la comisión de un delito", lo que equivale a decir que quien se evade por no imputársele directa o indirectamente la realización de un hecho constitutivo de infracción penal, no incurre en las sanciones previstas en el Capítulo V, Título IV de la Ley Sustantiva, como sería el caso del sujeto sindicado por la comisión de un estado antisocial. Es claro que dentro de los estados de "prevención social" o de "especial peligrosidad" (Decreto 0014 de 1955) o dentro de la ley sobre vagos, maleantes y rateros (Ley 48 de 1936) se contemplan verdaderos delitos, evento en el cual la evasión sí constituye un delito de fuga, pero —por regla general— en los demás casos no.

En el problema sub-judice no existe delito de **fuga procurada** que sería la imputación que podría hacerse al funcionario acusado, por ausencia de uno de los elementos necesarios para estructurarlo. Si bien es verdad que Julio Fernández se hallaba legalmente detenido por imputársele la comisión de un ilícito —homicidio— también es evidente que éste no se fugó, circunstancia que legalmente impide la configuración del ilícito. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184) . . . 779, 2ª y 780, 1ª y 2ª

— 125 —

FUNCIONARIOS PUBLICOS (No lo son los empleados de sociedades anónimas creadas por la ley)

Las expresiones "competente funcionario" y "funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones", usadas en los artículos 1758 del Código Civil y 632 del Código Judicial, respectivamente, están limitadas en su alcance y sentido por el concepto técnico-administrativo que el Código de Régimen Político y Municipal dá, en su artículo 5º a la expresión "empleados públicos".

En ninguna de las categorías establecidas por este artículo, como ya se dijo, bajo concepto técnico-administrativo, específico, puede catalogarse la modalidad de las funciones que corresponden a los directores representantes de la Nación, ni a los de los subalternos, en una sociedad anónima o de otra naturaleza, que si bien es creada y fomentada por la ley, está regida estrictamente por preceptos de derecho privado o común. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182) . . . . 99, 2ª y 100, 1ª

— G —

— 126 —

GUARDAS (Extinción)

No hay que confundir la institución de la representación proveniente de un mandamiento convencional con la que confiere la institución de las guardas e, indiscriminadamente, tratar de confundir las reglas para la extinción de la primera con las de la segunda. El título 24 del C. C. no establece reglas para fijar la terminación de las guardas, de un modo expreso, como acontece en el mandato, sino de una manera especial como se determina en el artículo 597 del C. C., pero por incapacidad sobreviniente. Pero la lógica jurídica y la naturaleza misma de la institución están indicando, claramente, que la muerte del tutor o curador, o la del pupilo, determinan la extinción de las guardas. Esto no quiere decir, de ningún modo, que se extingan las obligaciones legalmente contraídas por el pupilo, las que pasan a sus herederos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1155 del C. C., porque entonces el ejercicio jurídico del guardador habría sido completamente inocuo. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184) . . . . . 709, 1ª y 2ª

— 127 —

GUARDAS (Nulidad de los actos del guardador)

El artículo 6º del C. C., en el inciso 2º, despeja toda duda en relación con la sanción de los actos jurídicos llevados a cabo contra expresa prohibición de la ley, cuando determina y fija la sanción de la nulidad, no para todos los que se hallan afectados de ese vicio, sino para aquellos en que la ley no ha establecido una sanción distinta. Es lógico que todo acto contra-legem en materia civil es ilícito, pero no todos ellos están sancionados con la nulidad, pues, como lo expresa acertadamente el Tribunal, hay casos, como el contemplado en el artículo 500, que dispone que la sanción establecida al curador consiste en que el acto se considera ejecutado en representación del pupilo, si fuere útil a éste, y no de otro modo.

El único requisito previo, cuya omisión anula todos lo sactos del guardador, es el que se refiere al discernimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 468 del C. C.; la omisión de los demás requisitos, como el otorgamiento de fianza y de confección de inventarios, cuando se omiten, no invalidan las actuaciones del guardador, sino que le acarrean responsabilidad y el pago consiguiente de los perjuicios patrimoniales que pueda sufrir el pupilo, deducción jurídica que es lógica al tenor de lo dispuesto por el artículo 6º del C. C., segundo inciso.

El artículo 1740 del C. C. establece claramente la nulidad para todos aquellos actos a los que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes, con lo cual se determina claramente que la nulidad sólo es procedente, cuando, o se omiten los elementos esenciales para la validez de todo acto jurídico: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, o alguno de los elementose estructurales o esenciales que configuran específicamente un contrato o convención determinados. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184).

711, 1ª, 713, 2ª y 714, 1ª

— 128 —

GUARDIANES DE CARCELES (Competencia para conocer de delitos cometidos por ellos)

A partir del 10 de julio de 1953, la Policía Nacional pasó a formar parte de las Fuerzas Armadas como su cuarto elemento, otorgándosele el fuero militar en cuanto a la competencia para conocer de "todos los delitos" en que incurran sus miembros, situación en la que quedaron amparados también, a partir del 21 de este mismo mes, entre otras entidades, los Cuerpos de Vigilancia de Cárceles al ser éstos incorporados a su vez desde tal fecha a la Policía Nacional.

En lo que respecta al personal de vigilancia de cárceles, se observa que no son todos los guardianes de cárceles los que están amparados por el fuero militar. Este solamente cobija a aquellos que pertenezcan a un cuerpo de vigilancia, vale decir, a una pluralidad de personas dedicadas en forma permanente a la custodia y vigilancia de los presos, dentro de una organización jerárquica de carácter militar. aunque esta última calidad no es esencial. Así se desprende del contexto del Decreto número 1897 de 21 de julio de 1953, pues él se refiere a los "Cuerpos de Vigilancia de Cárceles y de Circulación y Tránsito" no abarcando, por tanto, al personal de vigilancia de cárceles que tiene un carácter eminentemente administrativo sin ninguna de las condiciones o cualidades a que se ha hecho referencia. Diferente sería la conclusión si el legislador hubiera empleado otra expresión de carácter menos restringido, como cuando habló de las Policías Departamenta-

les y Municipales y de los Resguardos de Aduanas, etc., cuyos componentes sí quedaron incluídos sin distinción alguna entre las personas que gozan de fuero militar.

No habiendo pertenecido el sindicado de autos a un cuerpo de vigilancia judicial, forzoso es concluír que el proceso que se le sigue por homicidio imperfecto escapa al conocimiento de la justicia castrense y se radica en la justicia ordinaria. (Casación Penal. Mayo 9/57. Nos. 2181-2182)...168, 1ª y 2ª

— H —

— 129 —

HEREDERO (No lo es quien simplemente ha recibido un encargo)

Si el testador, después de disponer muchos legados emplea la palabra remanente, como para que nada se le quedara por fuera, y dice que se entregará al señor Cura sin concretar persona física, es decir, se le entregará a quien ejerza las funciones del cura, "para que lo destine a sufragios por mi alma y por la de mi madre", evidentemente que no ha favorecido en nada ni a la Parroquia, ni al señor Cura de ella. Ha hecho un encargo, pero las sumas, cantidades u objetos a que pueda referirse esa asignación van directamente a aprovechar a las almas de las dos personas mencionadas y nada más que a eso. Son estas almas y sus sufragios los entes favorecidos por la voluntad del testador. Esa voluntad, claramente expresada, es que tales intereses, cualesquiera que ellos sean en su forma, calidad y cantidad, sirvan para los sufragios en favor de las almas de su madre y de él.

Así, pues, el simple encargo de recibir unos bienes para dedicarlos a determinada finalidad que no envuelve para la persona encargada ningún beneficio, sino más bien una carga, no puede realizar el fenómeno de convertir en heredero a quien en tal forma ha sido señalado o mencionado en una asignación testamentaria, máxime, si como se ha dicho, la voluntad del testador no podía ser otra que la de que el remanente fuera exclusivamente para los sufragios de su alma y el de su señora madre. (Casación Civil. Abril 25/57. Nos. 2181-2182).....35, 2ª y 36. 1ª

— 130 —

HERENCIA (Carece de capacidad para ser parte)

La comunidad herencial comprende todo lo que por activo o por pasivo transmite el causante a sus herederos, según la ley, desde el mismo instante de su muerte. Los elementos positivos y negativos que la forman son, por tanto, indeterminados y desde luego, el activo está sujeto esencialmente a la afectación del pasivo. Pero la herencia o sucesión carece de capacidad para ser parte porque no es sujeto de derecho, pues si bien es cierto que sus titulares son las personas naturales o jurídicas que han recibido de la ley o del testamento vocación hereditaria, no tiene, en principio, representante ni órganos. Por esto, es decir, por no tener capacidad de derecho, no puede actuar como demandante ni como demandada. El patrimonio hereditario carece de personalidad y de ninguna manera puede sustituír la del causante. (Negocios Generales. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) 290, 1ª

— 131 —

HOMICIDIO (Prueba del fallecimiento de la víctima)

En el homicidio la diligencia de autopsia no es prueba única para determinar el fallecimiento de una persona y su causa.

Es cierto que la diligencia de autopsia, por la precisión que debe revestir, es el índice

más neto para saber si hubo o no hubo homicidio, ya que, en el dictamen consiguiente, deben contenerse las conclusiones acerca de las causas del fallecimiento de la persona cuyo cadáver fue objeto de la diligencia. Pero ella no es la prueba exclusiva del cuerpo del delito. Tenerla como tal equivaldría a dejar, no sólo impunes, sino desconocidos ante la ley muchos homicidios, palpables, por decirlo así, en fuerza de la existencia de otros medios probatorios. (Casación Penal. Junio 3/57. Nº 2183).....434, 2ª

— I —

— 132 —

IMPEDIMENTO

La vinculación del parentesco no puede tenerse en cuenta dentro de la causal cuarta contenida en el artículo 73 del C. P. P., en relación con el 79 del mismo estatuto, ya que no es origen de interés nacido por apreciaciones jurídicas y actividades de esta índole, personales y propias en todo caso. Dicha causal hace referencia a la relación entre determinada persona y un proceso, no a exclusivas relaciones entre aquélla y un tercero. (Casación Penal). Julio 22/57. Nº 2184)... 772, 2ª

— 133 —

IMPEDIMENTO (Conceptos del Ministerio Público)

En la causal 4ª de recusación, contenida en el artículo 73 del C. de P. P., hay evidentemente aspectos que sólo pueden predicarse de personas que antes no estaban investidas de autoridad y que luego, como Jueces o Magistrados, han de decidir sobre algún proceso. Tal sucede, por ejemplo, con la calidad de apoderado o defensor. Pero también es evidente que aquel artículo del C. P. P., dentro de la causal citada, comprende situaciones referentes a personas que, como Jueces o Magistrados de una categoría inferior, han pasado a la superior y así tienen que conocer de negocios sobre los cuales habían dado concepto u opinión en su primitivo carácter de funcionarios de grado inferior. Ha sostenido reiteradamente la Corte que debe aceptarse como impedimento, comprendido dentro de la causal 4ª del artículo 73 del C. de P. P., el hecho de que el Juez o Magistrado haya dado concepto u opinión, no en virtud del ejercicio profesional de la abogacía, o en su carácter privado, sino como funcionario, porque en está calidad la opinión o el concepto son producto precisamente del análisis de la responsabilidad y del delito y, por tanto, del estudio de la relación jurídica que debe definirse. Y si el Juez o Magistrado que dictó providencia de aquel carácter tiene que declararse impedido y ha de aceptársele el impedimento, lo mismo cabe decir del Fiscal, teniendo presente el artículo 79 del C. P. P., dado que, como Agente del Ministerio Público y, por tanto, como parte en el proceso mediante el análisis, no sólo de las pruebas, sino de lo atinente a la responsabilidad y a la figura delictiva, se formó juicio especial y concreto mediante el cual hubo de pedir el sobreseimiento o el llamamiento a juicio, o sea, expresó un concepto fundado acerca del fondo del proceso y se creó en él el vínculo intelectual aludido. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184).....768, 2ª y 769, 1ª

— 134 —

IMPEDIMENTO (Opinión)

Ya la Corte ha dicho cómo, cuando la opinión o el concepto se han dado sobre puntos diferentes de aquellos sobre los cuales posteriormente ha de tratar, no existe relación que pueda influir en el segundo de ellos por consecuencia del proceso intelectivo seguido en el primero, que pudiera desviar el crite-

rio y que llevase a repetir en la segunda ocasión lo que ya se dijo en la primera, por vinculación intelectual entre quien dio la opinión o el concepto y las diligencias en que tal acaeció. (Casación Penal. Julio 22/57. Número 2184) 770, 2ª

— 135 —

IMPEDIMENTOS (de Agentes del Ministerio Público por haber conceptuado que ha prescrito la acción penal)

Cuando los señores Fiscales se limitan a declarar en las diligencias sumarias que se ha cumplido el fenómeno prescriptivo de la acción por el transcurso del tiempo, no entran en el fondo de ninguna de las cuestiones sustanciales que en ellas se elucidan o debaten comprometiendo en alguna forma los derechos del reo o los intereses de la sociedad lesionada con el delito. En estas condiciones no puede decirse que manifiesten opinión sobre el asunto materia del juicio, como sí ocurre, por ejemplo, cuando se solicita por el agente del Ministerio Público que se sobresea en favor de un sindicado o que se le abra causa criminal, momentos estos del ejercicio funcional en que sí se le aplica a una determinada situación humana el propio criterio para decir el derecho, con la consecuencia de vincular a las resultas del respectivo proceso la responsabilidad ética del funcionario. (Casación Penal. Mayo 20/57. Números 2181-2182) 184, 1ª

— 136 —

IMPEDIMENTOS

Véase el aparte Cambio de Radicación e Impedimentos en el número 23 de este Indice.

— 137 —

INCONGRUENCIA (No la hay cuando se declara no probada la legitimación en causa de una de las partes)

Como la legitimación en causa es elemento de la acción, el juzgador debe examinar en primer término si el demandante es el titular de la acción que ejercita y si es el demandado la persona obligada a responder de esa acción. Si no encuentra la prueba de esas calidades, no puede reconocer el derecho que se trata de hacer valer en el juicio y su fallo debe ser absolutorio en uno u otro caso, porque decide así sobre la titularidad del derecho de acción o de contradicción.

Por tanto su decisión no será inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, porque no falla ni en más ni en menos de la exacta materia de la litis.

Entonces el sentenciador puede y debe declarar probada oficiosamente la excepción perentoria que fuere procedente o no demostrada la legitimación en causa planteada en la demanda.

Refiriéndose a estas modalidades procesales ha explicado la Corte que "cuando el Tribunal declara de oficio una excepción perentoria o confirma la declaración del juez, no es dable alegar en casación que la sentencia no está en armonía con las pretensiones de las partes, pues la alegación conduciría a dejar sin aplicación el mencionado artículo 51 de la Ley 105 de 1890 y el 343 del Código Judicial ahora vigente, que mantiene la misma doctrina. Sin duda es este un evento en que, por expresa disposición legal, el Juzgado puede apartarse, en su fallo, de las prtensiones de los litigantes; y lo que entonces procede en casación es invocar la causal primera, demostrando que no era el caso de declarar la excepción y que, por tanto, hubo quebrantamiento de determinada ley". (Casa-

ción, 30 de septiembre de 1932. G. J. número 1890, pág. 550). (Casación Civil. Abril 10/57. Nos. 2181-2182).....16, 1ª y 2ª

— 138 —

INCONSONANCIA (Por no haberse condenado en costas)

El impugnador reclama falta de consonancia entre la sentencia y la demanda respecto al pedimento de costas, pero olvida que estas materias tienen sus reglas específicas y propias en el Estatuto procedimental y con las cuales era necesario integrar la proposición jurídica acusatoria para presentarla al examen de la Corte, sin que bastara la cita escueta del artículo 45 de la Constitución que trae el cargo. (Casación Laboral. Abril 13/57. Nos. 2181-2182).....237, 2ª

— 139 —

INDAGATORIA (Nombramiento de apoderado)

El artículo 104 del C. de P. P. establece que, el procesado desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene derecho a nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del sumario; mas, si no lo hiciere, el Juez en el momento de la diligencia, oficiosamente puede nombrarlo. Como en el auto cabeza del proceso el Juez ordenó la captura y detención de los sindicados para recibirles indagatoria, era obvio que —para éstos— surgía el derecho consagrado en la disposición comentada, pues al ser llamados a rendir indagatoria, tenían pleno derecho a nombrar un apoderado que los asistiera en todas las diligencias del sumario, y en ejercicio de esta facultad (derecho del sindicado) el nombramiento y posesión del cargo (deber del funcionario) y el cumplimiento del mandato (obligaciones y deberes de los apoderados), en ningún caso, para el Juez constituye abuso de autoridad por violación de la reserva del sumario.

Si la diligencia — indagatoria — no se cumplió, probablemente para el funcionario comisionado surgieron dudas sobre la imputabilidad y responsabilidad de los sindicados que frente a pruebas recibidas o al concepto formado sobre estudio a fondo de la denuncia, pudieron hacer cambiar su criterio y prescindir de tal acto o aplazarlo para otra oportunidad, pero la actuación del apoderado o apoderados sujeta a prohibiciones legales (artículo 165 del C. de P. P.) no son hechos constitutivos de abuso de autoridad para el Juez por violación de la reserva del sumario, pues la ausencia de dolo por una parte, y la interpretación del artículo 104 del C. de P. P. por otra, excusan al funcionario de toda responsabilidad. De manera que, aún en el supuesto de que tales actos se hubieran cumplido ante el Juez del Circuito, no habría lugar a deducirle responsabilidad.

No hubo acto arbitrario, porque lo arbitrario supone el ejercicio de funciones o el exceso de las mismas para cometer o para que otro realice un acto injusto contra una persona o contra una propiedad con desconocimiento de las disposiciones que regulan el hecho, con el fin de imponer una determinación injusta o caprichosa sujeta al simple criterio del funcionario que la dicta, es decir, con desconocimiento absoluto de las normas legales o infringiéndolas con dolo y en detrimento de la persona para quien se profiere. (Casación Penal. Junio 21/57. Nº 2183)....459, 2ª y 460, 1ª y 2ª

— 140 —

INDEMNIZACION POR MORA (No se origina en el no pago del seguro de vida)

El no pago oportuno del valor del seguro no origina consecuencialmente la sanción del

artículo 65 del C. S. del T., ya que la condena por mora se produce por el retardo del pago de prestaciones de que es titular el trabajador y no en el caso del seguro de vida, que se un derecho reconocido legalmente a favor de los beneficiarios de aquél. (Casación Laboral. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182). 255, 1ª

— 141 —

INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES
(Es trammisible a los herederos)

Los herederos son los continuadores de la persona del de cujus en el orden patrimonial, esto es, adquieren **per universitatem** inmediatamente y de pleno derecho el dominio de todos sus bienes. Sólo por el hecho de la muerte, pero sin necesidad del lleno de formalidad alguna, pasan a los herederos los bienes, derechos, acciones, deudas del difunto. En el caso del artículo 65 del C. S. del T. no se trata de una sanción de "salarios caídos", como impropiamente se le denomina, sino de una pena moratoria que origina un derecho pecuniario —vale decir un crédito— a favor del trabajador, y como tal no puede extinguirse con la muerte de éste, pues que siendo un bien patrimonial, lógico y jurídico es que se transmita a sus herederos. Y este derecho, como todo derecho patrimonial, conlleva la acción para ejercitarla contra el deudor. No era necesario, pues, que la ley consagrara expresamente que tal derecho-crédito se transmitía a los herederos del trabajador, pues siendo ellos los continuadores de su persona, bastaba la aceptación universal de esta ficción legal. Ocurre lo mismo en el campo del derecho civil, ya que si el trabajador al morir deja un crédito, éste y sus inteseses moratorios pueden reclamarse por sus herederos. (Casación Laboral. Mayo 3/57). Nos. 2181-2182) 255, 1ª

— 142 —

INDICIOS

La existencia de la prueba indiciaria por consecuencia lógica debe llevar a determinar la responsabilidad del procesado. Los indicios se hallan plenamente probados y se relacionan directamente con el hecho que se pretende acreditar, coparticipación principal y responsabilidad de su autor. Los hechos indiciarios son diferentes e independientes los unos de los otros, pero convergentes hacia una misma conclusión; la fuerza de causalidad existente en ellos, trámite lógico del raciocinio, da como resultante el valor probatorio de los hechos indiciarios para afirmar la responsabilidad.

Todo este conjunto de hechos circunstanciales entre los cuales existe un perfecto acuerdo, sirven de base a inferencias indiciarias y convergentes para deducir la responsabilidad del autor, conclusión a la cual no hubiera podido llegarse sin el conocimiento previo de los hechos indiciarios debidamente comprobados. Por esto es por lo que la prueba de indicios es la resultante de varios hechos que demuestran la existencia de un tercero, que sumados y valorados en conjunto —sobre el principio de razón— desplazan toda duda o sospecha acerca de su mérito intrínseco como medio de prueba. (Casación Penal. Mayo 6/57. Nos. 2181-2182) . . 162, 2ª y 163, 1ª

— 143 —

INDICIOS (Apreciación)

El análisis independiente de los indicios, desnaturaliza la lógica de raciocinio, el principio de causalidad y la relación que ellos guardan entre sí. El examen separado de la prueba indiciaria destruye el valor potencial de acriminación, pero estudiados los medios

en conjunto —sistema lógico, jurídico y legal— la fuerza probatoria de ellos difícilmente puede demeritarse, porque una vez valorados y precisados, cada uno —dentro del proceso— ocupa lugar preferente en el orden a demostrar el hecho que se trata de probar. (Casación Penal. Mayo 6/57. Números 2181-2182) 163 1ª

— 144 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN MATERIA CIVIL

Habiéndose declarado por sentencia definitiva, que al sindicado —conductor del vehículo accidentado de propiedad de la Nación, que ocasionó las lesiones y posterior defunción del familiar de los demandantes— no le es imputable la comisión de culpa en el accidente, y siendo unos mismos los principios externos y psicológicos que configuran del mismo modo la culpa civil y la infracción penal culposa, no sería posible desconocer o no respetar la decisión penal, afirmando la existencia de una culpa en el campo civil con una revaloración de los elementos de prueba que tuvo en cuenta el juzgador penal. No sucedería lo mismo si se tratase de un sobreseimiento por falta o insuficiencia de pruebas sobre la culpa, pues en tal caso, al juicio civil puede el actor aducir las que estime convenientes en ese sentido, y el Juez está en el deber de examinarlas y justipreciarlas sin temor de que, al hallar probada la culpa, incurra en fallo contradictorio con el sobreseimiento. Estos conceptos han sido expresados de diverso modo en esta corporación, por sus distintas Salas. (Negocios Generales. Julio 4/57. Nº 2184) 849, 1ª

— 145 —

INMUEBLES (Identificación)

La identificación de un terreno debe hacerse a base de signos precisos que digan relación con sus linderos; y que si es admisible el dicho de testigos para estos fines, debe ser claro, expreso y en forma que no sea susceptible de reservas o interpretaciones de ninguna clase, toda vez que los puntos de referencia de un lindero y éstos mismos sólo pueden fijarse señalándolos expresamente, no a base de aproximaciones simples como sería considerar que un lindero quedó determinado con decir que el mojón correspondiente estaba situado en un filo o loma y otro en donde se levanta una sementera de banano. (Casación Civil. Julio 24/57. Nº 2184) .....
702, 2ª y 703, 1ª

— 146 —

INSPECTORES DE POLICIA (Competencia para investigar delitos)

De conformidad con el artículo 2º del Decreto 1111 de 1938, son funcionarios de instrucción los enumerados en el artículo 64 de la Ley 169 de 1896, entre los cuales se encuentran los Inspectores de Policía. Es verdad que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 60 apenas les dio a éstos atribuciones de funcionarios de instrucción en las contravenciones y en infracciones penales cuyo conocimiento corresponda a la Policía o a los Juzgados Municipales pero esta disposición está suspendida en virtud de la primeramente citada, que dispuso que "mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter". Así las cosas, no cabe ninguna duda de que un Inspector General Departamental de Policía tiene carácter de funcionario de instrucción y, como tal, competencia para investigar infracciones. (Casación Penal. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) ..
211, 2ª y 212, 1ª

— 147 —

INSTRUMENTOS PUBLICOS

A los instrumentos públicos se les debe dar crédito contra toda prueba que tienda a desvirtuar las declaraciones en ellos contenidas. Por tal motivo, el artículo 1934 del C. C. dispone que si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura. Esta regla sólo tiene la excepción, consagrada por la jurisprudencia, de que entre las partes contratantes es admisible la prueba en contrario. Empero, aún entre éstas, no todas las pruebas son eficaces para destruír el contenido de una escritura "dada la seguridad que debe rodear tales instrumentos". (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) . . 126, 1ª

— 148 —

INSTRUMENTOS PUBLICOS

El término "instrumento público" es genérico y no sólo comprende las escrituras públicas o instrumentos que se pasan ante el Notario, sino los instrumentos que otorgan y expiden otros funcionarios. (Casación Civil. Abril 29/57. Nos. 2181-2182) 55, 1ª

— 149 —

INSTRUMENTOS PUBLICOS (Requisitos)

Del artículo 1758 del C. C. ha de deducirse la regla general de que tres son los requisitos que debe reunir un instrumento o documento, o en general un escrito para que sea público o auténtico: que esté autorizado; que lo esté con las formalidades legales, y por un funcionario público.

"La autorización es la firma del funcionario, sea como autor del instrumento, por ejemplo el Presidente de la República que con el Ministro del Ramo suscribe una resolución de adjudicación de un baldío o de una mina a favor de un particular; o sea que el acto haya pasado ante él, como las declaraciones que los particulares hacen ante el Notario, quien firma la copia autorizándola; sea firmado por él, tal como la Contraloría que deduce un alcance líquido contra un deudor o responsable del erario".

Entonces, un documento extendido ante funcionario público puede no tener valor como público: a) por incompetencia del funcionario; b) por incapacidad del mismo; y c) por defecto de forma propia del instrumento.

Con relación a la competencia, ésta es de dos clases: por razón del lugar, y por razón de la materia. La falta de una cualquiera de estas competencias, hace perder al instrumento el carácter de público, pero le queda valor como privado. La incapacidad del funcionario conduce a dos situaciones jurídicas según la clase de interés que aquél tenga en el acto. Si directo, el acto es nulo; si consanguíneo o afín, el acto puede valer como privado o constituír un principio de prueba por escrito.

La ausencia de forma propia del instrumento tiene solución más práctica en estos casos. Si falta la firma del funcionario, el instrumento vale como privado, si la idoneidad de un testigo, o una fecha, entonces también vale el documento como privado, siempre y cuando que la falta de la formalidad no esté sancionada por la ley con la nulidad del acto.

Estas últimas situaciones de derecho probatorio están previstas en el inciso final del artículo 1760 del Código Civil. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182) . . . . 100, 2ª y 101, 1ª

— 150 —

INSTRUMENTOS PUBLICOS Y AUTENTICOS (Diferencias. — Valor probatorio)

El instrumento público no es sólo el auténtico, pues el artículo 1758 del Código Civil hace sinónimos estos términos para los solos fines de definir el primero. Este siempre es auténtico, pero un instrumento auténtico no siempre es público. De aquí, que la autenticidad de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, "se refiere al hecho de haberse otorgado realmente un documento por la persona y la manera que en él se expresa, es decir, a que es cierto que lo firmó y autorizó quien aparece suscribiéndolo o prohijándolo, o que su existencia es cierta. En cambio, la publicidad alude al conocimiento del documento, como que pierde el carácter de reservado entre los firmantes para convertirse en otorgado para todos. "De allí, también, que el documento privado adquiere el carácter de auténtico al ser reconocido por la parte obligada o por uno de los medios que para tal efecto prevé el Código Judicial".

Así las cosas, tanto dá, contra los directamente interesados y sus sucesores a título universal o singular, y para los efectos de su obligatoriedad probatoria, que el documento sea privado, pero reconocido, como que sea público, esto es, auténtico. Porque difieren sólo en cuanto a su alcance probatorio: el público prueba contra todos en cuanto a su existencia y otorgamiento, no así el privado reconocido que sólo alcanza a probar contra los obligados directamente y sus causahabientes. De donde nace, a la vez, la diferencia entre fuerza probatoria y fuerza obligatoria; la primera se dirige al juzgador, y la segunda a las relaciones entre partes, pero ambas concurren entre ellas, pero para los terceros el acto público tiene eficacia probatoria pero no obligatoriedad. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181-2182)....101, 2ª

— 151 —

INTERPRETACION ERRONEA (En qué consiste)

La acusación por interpretación errónea sólo cabe afirmarla cuando la sentencia no consulta el verdadero entendimiento de un precepto en que se ha informado la misma. (Casación Laboral. Junio 17/57. Nº 2183).. 546, 1º

— 152 —

INVESTIGACION (Responsabilidad de quien se niega a hacerla)

La negativa de un Juez a investigar lo que a su mente se haya ofrecido como acción delictuosa, lo hace incurrir en responsabilidad por omisión en el ejercicio de sus funciones. (Casación Penal. Junio 5/57. Nº 2183)..... 439, 1ª

— 153 —

INVESTIGACION PENAL (Cuándo puede el funcionario negarse a iniciarla)

Es deber de las autoridades investigar de oficio los hechos de que tenga conocimiento por cualquier medio, cuando son competentes para hacerlo y no se trata de aquellos cuya averiguación exige querella de parte, o de dar cuenta a quien corresponda con el mismo objeto. Pero esa obligación está subordinada al carácter delictuoso con que los hechos se ofrezcan real o hipotéticamente, porque ni la acción penal, ni la civil para indemnización de perjuicios, se originan en actos no punibles legalmente. "Para que la investigación pueda iniciarse --dijo la Sala en auto de 6 de diciembre de 1956— es preciso que en la mente del Juez instructor, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o que como tal pueda reputarse, sin que

el abstenerse de hacerlo, en caso contrario, entrañe prejuzgamiento o signifique que el funcionario omite o rehusa un acto propio de sus funciones. No hay delito qué investigar y por eso no investiga, de la misma manera que en los procesos ya iniciados, al aparecer la prueba de que el hecho no se considera en la ley con ese carácter, 'procederá, aun de oficio a dictar sentencia en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el reo'. En uno y otro caso la razón es la misma: inexistencia de la acción por no ser el hecho constitutivo de infracción penal. Solo que esta circunstancia se hace unas veces apreciable al instaurarse la denuncia, y con mayor frecuencia en el curso del sumario. Por tal medio se amparan por igual los derechos individuales, que no pueden estar expuestos al peligro de las acusaciones temerarias, y los de la comunidad no menos interesada en reprimir el delito que en mantener incólume la honra dè los hombres de bien". (G. J. Tomo LXXXIII, 1063). (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184)..760, 2ª y 761, 2ª

— J —

— 154 —

JUBILACION (Determinación del último año de servicios)

Se expresa en el salvamento de voto del doctor González Charry a la sentencia dictada en el juicio de Carlos Cuervo Olaya contra Cervecerías Bavaria, S. A., que, "no hay duda que cuando se trata de trabajadores que, en las condiciones establecidas por el artículo 260 cumplieron los veinte (20) años de trabajo con anterioridad al 1º de enero de 1951, y sin embargo su contrato se prolongó por más tiempo, el 'último año de servicios' de que habla la norma, no puede ser sino el que resulte contado o computado hacia atrás a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, fundado en primer término en que "cuando la ley habla del 'último año de servicios', se está refiriendo al término de la relación contractual".

Mas este razonamiento sobre la interpretación del artículo 260 no resulta cierto, si se observa que éste que es el primer precepto en el desarrollo de los varios sobre pensión de jubilación, no contempla situaciones de trabajadores con un lapso mayor de veinte años, como se desprende de su completo contenido; y así, cuando el artículo trata del "último año de servicios", se está refiriendo a una relación contractual de duración de veinte años continuos o discontinuos, y no puede entenderse ese "último año", con relación a un contrato de mayor duración que el precepto no contempla.

Los redactores del Código, y bien claro se ve ese pensamiento en el artículo 261 siguiente, tuvieron en cuenta las situaciones de un tiempo de servicios mayor de veinte años, y esa la razón para que en esta norma posterior en el orden establecido, contemplara la solución.

La Sala acepta que el sistema de la congelación del salario de los veinte (20) años de servicios para la liquidación de la pensión de jubilación, tuvo entre otros fines permitir la posibilidad de aumentos periódicos en los salarios de los trabajadores sin que ellos gravaran fuertemente a las empresas en relación con dicha pensión, como lo sostiene el salvamento de voto de la referencia, pero no es menos cierto contra la afirmación de este mismo documento, que esa interpretación en nada afecta y ha de extenderse a contratos que en su duración pasaron el límite del 1º de enero de 1951, aunque su veintena de servicios se cumpliera varios años antes de la vigencia del Código; y no puede ser otra la interpretación, si como se dejó expresado (supra), no se trata de una aplicación retroactiva de la norma, sino de simple referencia a tiempo pasado o de aplicación retrospecti-

va. (Casación Laboral. Junio 18/57. Nº 2183) 572, 2ª y 573, 1ª

— 155 —

JUBILACION (Ley aplicable)

Si con anterioridad al 1º de enero de 1951, fecha en que entró en vigencia el Código, la situación jurídica de la trabajadora con veinte años de servicio, era de simple expectativa de un derecho, no hay duda que con el cumplimiento de la edad y de acuerdo con la nueva modalidad, al consolidarse su derecho, tenía que regirse por la norma vigente sin que pueda hablarse en este caso de aplicación retrospectiva. Es lo cierto, que al entrar en vigencia el Código, no existía en concreto un derecho para la trabajadora, que pudiera indicar que a pesar de ello la norma "extienda su fuerza sobre una situación consolidada en el pasado", pues, apenas "se refiere a situaciones que vienen del pasado", o mejor, se trata de hechos anteriores con consecuencias en la nueva vigencia. (Casación Laboral. Junio 18/57. Nº 2183).....571, 2ª

— 156 —

JUBILACION (Manera de computar el tiempo de servicios)

Véase el aparte Cesantía y jubilación en el número 51 de este Indice.

— 157 —

JUBILACION (Petición para el futuro)

Que el solicitante a la pensión se adelante a fijar el día en que habrá de nacer con todos los requisitos su derecho, para que desde esa fecha le sea reconocido por quien está obligado a concederlo, en nada contraría el espíritu del artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo. Es muy distinto el caso, en que sin señalar la fecha cuando las exigencias legales se hayan de cumplir, se presente la petición en busca de que la pensión sea concedida de inmediato. Lo que no está bien, es aceptar como punto de partida, la notificación por medio de autoridad, si ésta no es exigencia establecida en el artículo 262 acogido.

El precepto dice que "la pensión de jubilación se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260", es decir que si pide que desde esa misma fecha se le pague faltándole uno de los requisitos, la petición es improcedente; mas si la solicitud o petición privada, se notifica en cualquiera forma que pueda establecerse, para ser tenida en cuenta en el momento en que los requisitos se cumplan, no ve la Corte cómo tal petición pueda ser desestimada si ella busca un acondicionamiento estricto con las normas legales cuando éstas entren a operar de plano.

Son pues, situaciones distintas, la de quien pide para que su solicitud produzca efectos inmediatos sin estar la obligación en calidad de exigible por falta de algún requisito, y la de quien hace saber con su petición privada que a partir de determinada fecha, deberá cumplirse la obligación, para notificar de que entonces estará en condiciones de exigirla.

La Sala, sin embargo, deja aclarado, que no debe confundirse la situación de autos en que se trata simplemente de la petición de la trabajadora a la Empresa, con la petición judicial para que se declare una obligación de futuro en la pensión ordinaria, la cual de conformidad con la jurisprudencia laboral, no es procedente. (Casación Laboral. Junio 18/57. Nº 2183).....569, 2ª y 570, 1ª

— 158 —

JUBILACION

Véase el aparte Cesantía y Jubilación en el número 52 de este Indice.

— 159 —

JUECES DE GARANTIAS SOCIALES

(Competencia para conocer de delitos cometidos por estos funcionarios)

El cargo de Juez Departamental de Garantías Sociales fue creado por el Decreto número 3.000 de 1954 —artículo 33— y si bien es cierto que en dicho texto legal se faculta a la Corte Suprema de Justicia para intervenir en la designación de las personas que deben desempeñarlo, también lo es que entonces no se señaló, ni ulteriormente se ha determinado, qué entidad es la competente para conocer de los ilícitos que tales funcionarios pudiesen cometer en el desempeño de sus funciones; y como la Ley 94 de 1938 — anterior al mencionado Decreto 3.000— tampoco contiene en su articulado disposición alguna dentro de la cual pudiera considerarse comprendido el caso en estudio, necesario es acudir, para llenar el vacío, a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 47 del Estatuto Procesal Penal, según el cual los Jueces de Circuito conocen "De la primera instancia en las causas por infracciones penales cuyo conocimiento **no esté atribuído a otras autoridades**". (Casación Penal. Mayo 3/57. Números 2181-2182) 152, 2ª

— 160 —

JUECES DE POLICIA JUDICIAL O DE PREVENCION

Los Jueces de Policía Judicial o de Prevención, no están comprendidos entre los funcionarios enumerados en el artículo 64 de la Ley 169 de 1896, por lo cual no tienen el carácter de funcionarios de instrucción. (Casación Penal. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182). 212, 1ª

— L —

— 161 —

LEGITIMA DEFENSA (Agravación del homicidio)

No puede entenderse que, por ser de suma gravedad, el homicidio en sí, por implicar la supresión de la fuente de todos los derechos, ha de tomarse, el cometido en legítima defensa, así sea excesiva, sin esta salvedad para agravar la sanción; dicho de otra manera: la gravedad del delito de homicidio no ha de tomarse por el solo aspecto de la supresión de una vida, siempre grave, sino por el conjunto de circunstancias que mediaron, para no desvirtuar la legítima defensa, precisamente razón justificativa en concepto de la sociedad, de la eliminación del injusto y actual agresor. (Casación Penal. Julio 26/57. Nº 2184) 800, 2ª

— 162 —

LEGITIMACION EN CAUSA

Es evidente que el Juez al estimar la demanda debe considerar no solamente la existencia del derecho que se ejercita sino también si éste corresponde precisamente a la persona del actor. Asimismo debe comprobar si la persona contra quien se dirige es el sujeto de la obligación. Si se considera la identidad de la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley, la legitimación es activa. Si se trata de la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se hace valer la voluntad de la ley, la legitimación es pasiva.

Este concepto, llamado por algunos procesalistas **legitimatio ad causam** y por otros "cualidad para obrar" o "legitimación para obrar" (expresión puesta en boga por Hugo Rocco), es lo que entre nosotros se ha conocido con el nombre de "personería sustanti-

va", término empleado por la Corte y los Tribunales desde hace muchos años. (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182) . . 117, 2ª

— 163 —

LEGITIMACION EN CAUSA (Desestimación de la demanda por falta de este presupuesto.—Efectos de la sentencia)

La sentencia que "resuelve desestimar la demanda" por falta de legitimación en causa del sujeto activo de la acción o del sujeto pasivo de la misma, o de ambos, falla el negocio en el fondo, ya que desconoce a las partes, o a una de estas el necesario interés para obrar o sea la calidad que identifica al actor con la persona a la cual la ley concede la acción o la identidad de la persona del demandado con aquella contra la cual es concedida la acción. Cuando el Juez falla en consideración a la legitimación en la causa, decide sobre la titularidad del derecho de acción o de contradicción, que es cuestión de fondo, adversa a la demanda, y el fallo produce entonces los efectos de cosa juzgada sustancial entre las partes. La desestimación de la demanda por este motivo implica la absolución del demandado. (Casación Civil. Abril 11/57. Nos. 2181-2182) 23, 1ª

— 164 —

LESIONES PERSONALES (Circunstancias agravantes de la pena)

En tratándose de lesiones personales, las circunstancias enumeradas en los artículos 37 y 363 del Código Penal no son modificadoras ni constitutivas de la infracción, sino agravantes de la pena, al revés de lo que sucede en el homicidio que toma la denominación de asesinato cuando concurre alguna de las previstas en la última disposición citada. (Casación Penal. Mayo 22/57. Nos. 2181-2182) 194, 2ª

— 165 —

LEY LABORAL (Irretroactividad y aplicación inmediata)

". . .el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo consagra el principio de la retrospectividad de las normas laborales, al disponer que producen efecto general inmediato y que se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que aquéllas empiecen a regir, pero sin que tengan efecto retroactivo, es decir, que no afectan a situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. De manera que la ley nueva, en virtud del principio de la irretroactividad no se aplica a situaciones definidas o consumadas en vigencia de la ley anterior, pero en cambio sí regula de manera inmediata las situaciones que indicadas en la ley anterior, no alcanzaron a perfeccionarse o concretarse durante su vigencia. Al explicar cómo deben armonizarse los principios aparentemente opuestos de la "irretroactividad" y de "la aplicación inmediata" de las leyes laborales, Durand anota que entre los campos de dominio propio de la ley nueva está el relativo a la determinación de las condiciones, para que un hecho, sobrevenido después de su vigencia, produzca efectos jurídicos y el de la determinación de las consecuencias que emanan de esos hechos jurídicos. Como la pensión de jubilación eventual ordinaria no es una situación jurídica definida o consumada, sino un derecho en expectativa, cuyo perfeccionamiento depende del cumplimiento en el futuro de determinados hechos-condiciones, es incuestionable que su regulación jurídica queda incluída dentro del ámbito que el Código Sustantivo del Trabajo señala a la ley nueva". (Sentencia de 8 de marzo de 1955, proferida en el juicio de Ernesto Vélez Londoño contra Consorcio de Cervecerías Bava-

ria S. A."). (Casación Laboral. Junio 18/57. Nº 2183).....572, 1ª

— 166 —

LEY PENAL (Irretroactividad)

Los principios sobre los cuales se funda el fenómeno jurídico de la irretroactividad de la ley penal procedimental, están sujetos a la excepción de retroactividad de la misma, el cual se opera en el tránsito de una legislación a otra, bien para aquellos negocios en que "las actuaciones y diligencias ya estuvieren iniciadas, las cuales se rigen por la ley vigente al tiempo de su iniciación" (artículo 40 de la Ley 153 de 1887 parte in fine), ora para aquellos procesos en que se agravan las condiciones del acusado como resultado de aplicar la nueva ley. En estos, casos, si bien es verdad que el procesado no puede invocar derechos adquiridos por leyes anteriores, la vigencia inmediata de la nueva ley no puede llevarse a efecto porque en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Si así no fuera, la nueva ley lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría con perjuicio manifiesto de las partes que intervienen en el proceso.

Pero la aplicación del principio de "la ley permisiva o favorable" en el tránsito de una legislación a otra, no puede sujetarse a las consecuencias del fallo ni al capricho de las partes, sino al ejercicio del derecho en los trámites procesales, bien sea en presencia de actuaciones y diligencias ya iniciadas o cuando se agravan los intereses del procesado por la aplicación de la nueva ley. Vale decir que, el derecho contenido en el artículo 26, inciso 2º de la Constitución Nacional, artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, y parte in fine del artículo 4º, Ley 153 de 1887, debe actualizarse en el proceso porque el ordenamiento de estas normas obedece a necesidades de orden público, pero la vigencia e imperio de ellas en el proceso se subordina al principio de ser "la ley permisiva o favorable", derecho que previamente debe ser invocado por el sindicado o su defensor, ya que sólo ellos —apreciación subjetiva—, tienen seguridad y certeza de que la ley anterior y no la nueva contempla mejores sistemas de defensa y da más amplitud en los trámites procesales. Esta la tesis de la Corte repetida en múltiples fallos, entre otros, casación de 13 de septiembre de 1945; casación de octubre 29 de 1945. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184).....787, 1ª y 2ª

— 167 —

LEY SUSTANTIVA (En casación)

Son sustantivas las disposiciones de los artículos 601 y 604 del C. J. y 1769 del C. C. que tratan, en su orden, de la manera como se aprecian las pruebas, de la confesión judicial y la extrajudicial y de los efectos de la confesión hecha en juicio, personalmente o por medio de apoderado, y la transgresión de estas normas por el Tribunal sentenciador es acusable por vía de la causal primera. (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181 y 2182).....120, 2ª

— 168 —

LEY SUSTANTIVA (Normas sobre pruebas)

Los principios del derecho probatorio tienen un carácter eminentemente técnico, en el sentido de que se utilizan para demostrar los hechos que supone todo surgimiento de una situación jurídica determinada. Y si los hechos no tienen por sí mismos la virtud suficiente para crear una relación de derecho, mucho menos los medios lógicos que se usan

para su demostración en un proceso judicial de cualquier orden. Los medios de prueba están inspirados principalmente en las reglas de la lógica, parte de la filosofía práctica que implica un conjunto de normas para llegar a la verdad y su contenido no es jurídico, ni siquiera ético, sino estrictamente técnico, en el sentido de que no incide en ninguno de los aspectos de la conducta social del hombre. Esa ausencia de juridicidad en los principios sobre pruebas y su contenido normativo tan diferente de la ética y del derecho, hacen que los principios de derecho probatorio tengan su fuerza obligatoria en la ley y no en su propia esencia. Y si los principios del procedimiento, a pesar de tener un contenido jurídico, porque regulan la conducta del juez y de las partes en el proceso, no tienen el carácter de reglas sustantivas de derecho, mucho menos podrían tener ese mismo carácter unas normas que si se hacen obligatorias para el juez y para las partes en el proceso, operan es como simples auxiliares de ellos para que la relación jurídica procesal tenga una feliz culminación, en la solución jurisdiccional de toda relación jurídica litigiosa entre las partes.

Inaceptable es, pues, para la Corte, la tesis de pretender formular un cargo de violación directa de los principios de derecho probatorio contra la sentencia del Tribunal; porque la infracción de estos preceptos es apenas un medio indirecto de quebrantamiento de la ley sustantiva. (Casación Civil. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182) .....70, 1ª y 2ª

— 169 —

LEY SUSTANTIVA (Para efectos de la casación)

El artículo 473 del C. J. es una regla de orden sustantivo, porque establece la invulnerabilidad de los fallos judiciales, cuando estos desatan de una manera definitiva una relación jurídica litigiosa, siempre que concurran los requisitos establecidos por el mismo precepto. No se puede aplicar el principio de la cosa juzgada a una providencia que no tiene el carácter de sentencia, porque no desata una controversia de orden jurídico sustantivo, como es el auto que discierne una tutela o curaduría y ordena la confección de los inventarios de los bienes del pupilo, en favor de quien se ha establecido la guarda, como una medida de protección. Estas providencias se limitan a autorizar el ejercicio de una función administrativa y a prevenir a los guardadores sobre el cumplimiento de determinadas medidas, exigidas por la ley, para el mejor desempeño del cargo. La función de la sentencia, como expresión concreta de la voluntad de la ley no es adjetiva sino eminentemente sustantiva: estimar o desestimar una acción, que se ha impetrado precisamente para consolidar y establecer una situación jurídica determinada, que por haber sido discutida, se debatió ampliamente dentro de un juicio civil. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184) 712, 1ª

— 170 —

LIBERTAD DEL PROCESADO

(En el incidente de colisión de competencias)

Véase el aparte Colisión de competencias en el número 58 de este Indice.

— 171 —

LICENCIA (Para construír obras en calles, plazas, etc.)

El artículo 682 del C. C. no es contrario a los preceptos constitucionales indicados por el recurrente, porque los interesados, al obtener la necesaria licencia para la construcción de obras en calles, plazas, etc., saben de antemano que a la expiración del tiempo por el cual se concede el permiso, las obras se restituyen por ministerio de la ley, al uso y

goce privativo de la Unión o al uso y goce general de los habitantes. Si las construyen toman sobre sí la carga de la restitución referida. (Casación Civil. Abril 29/57. Nos. 2181-2182) 56, 2ª

— 172 —

LUCRO CESANTE (Regulación)

En sentencia de fecha 1º de diciembre del año pasado dijo esta Sala: "...La indemnización de perjuicios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1613 del C. C. se conforma con los dos factores conocidos de daño emergente y lucro cseante". Y agregó más adelante que en toda indemnización por perjuicios constituye requisito **sine quanon** que quien la demanda principiará por probar la existencia de esos perjuicios y el hecho de haberlos sufrido, es decir, que se ha dejado de derivar alguna ganancia o provecho a consecuencia del daño cuya reparación se pide.

Y como en dicho caso tal prueba no se produjo, se negó la condenación por concepto de lucro cesante.

Mas como allí mismo se explicó, la afirmación de dicho principio no entraña contradicción con la otra doctrina de la Corte conforme a la cual "ante la imposibilidad de fijar las bases para determinar el lucro cesante, se considera que éste está representado por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente"; y no la contradice porque tal jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar su existencia, y porque en el presente caso no se trata de una cantidad líquida de dinero, sino de la liquidación, en este mismo fallo, de un daño emergente cuya cuantía era antes desconocida.

Sentado lo anterior, y de conformidad con lo que acaba de decirse, deberá reconocerse al actor en el presente incidente, como lucro cesante, el interés legal de la suma que se deduzca como monto del daño emergente ya que, como atrás se dijo, la existencia de este daño fue acreditada de manera plena durante la oportunidad que estas diligencias brindaron al actor. (Negocios Generales. Junio 1º/57. Nº 2183) .....588 2,ª y 589, 1ª

— M —

— 173 —

MAGISTRADOS DE TRIBUNALES ADUANEROS (Competencia para conocer de delitos cometidos por ellos)

El artículo 42 del C. de P. Penal señala expresamente los negocios cuyo conocimiento compete a la Corte por medio de la Sala Penal, sin que entre ellos se encuentren incluídos los juicios que se sigan contra los funcionarios de que aquí se trata.

El ordinal 6º del artículo citado, armónico con el inciso 2º del artículo 151 de la Constitución Nacional, se refiere a las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución y las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Agentes Diplomáticos y Consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las Fuerzas Nacionales, el Contralor General de la República, el Tesorero General de la misma y los Intendentes y Comisarios; no menciona la disposición a los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas.

La jurisprudencia que ha admitido que las causas contra los Fiscales de los Tribunales Superiores sean ventiladas ante la Corte, encuentra respaldo en el art. 142 de la Constitución que concede a los funcionarios del Ministerio Público igual categoría y los mismos privilegios que a los Magistrados ante quienes ejercen sus funciones, y en el artículo

144 que exige para desempeñar el cargo de Fiscal de Tribunal idénticas condiciones que a las pedidas para ser Magistrado de Tribunal Superior.

No ocurre lo mismo con los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas. Al contrario, el Decreto Legislativo número 0700 de 1954 (marzo 5) creó y organizó independientemente la "jurisdicción aduanera" y señaló en el artículo 11 para el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas condiciones distintas a las exigidas para los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

No habiendo dicho la Ley 94 de 1938 a quién corresponde el conocimiento de las causas que por razón de sus funciones se inicien contra los Magistrados del Tribunal Supremo de Aduanas, forzoso es dar aplicación a las reglas generales del procedimiento.

Así lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones (G. J. Tomo LXIV, pág. 153, LXXVII, pág. 913). (Casación Penal. Julio 29/57. Nº 2184).....802, 2ª y 803, 1ª y 2ª

— 174 —

MANDATO (Coexistencia con otros contratos)

El mandante, al celebrar el contrato de mandato, tiene en cuenta la competencia del mandatario en la realización de los negocios que le encomienda y es en atención a esa competencia que se celebra la convención. La doctrina ha aceptado que el mandato puede ser representativo o sin representación. Cuando comporta representación ésta puede ser directa o indirecta. Para la representación directa se requiere un contrato válido de mandato, que el mandatario acepte y que obre a nombre del mandante; de consiguiente, el mandatario al obrar debe entender que ejecuta el encargo o negocio que se le encomendó, en los términos convenidos.

El mandato, además, puede ser remunerado, según el artículo 2143 del C. C., circunstancia que lo hace coincidir con el contrato de prestación de servicios, pero estos dos contratos son fáciles de distinguir atendiendo a sus elementos esenciales que los individualizan convenientemente. La locación de servicios tiene por objeto hechos de orden material o inmaterial y quien los ejecuta obra en beneficio del patrono, ordinariamente bajo su dependencia y en función de un oficio o profesión. El objeto del mandato es siempre un acto jurídico y cuando implica representación se ejecuta por cuenta y riesgo del mandante. El mandato no siempre se da aisladamente, pues de ordinario suele integrarse con otro u otros contratos como los de sociedad, de obra, de servicios, etc. (Casación Civil. Abril 11/57. Nos. 2181-2182)... 27, 1ª y 2ª

— 175 —

MEDIOS NUEVOS (En casación)

Es inadmisible que en casación la parte recurrente niegue la existencia de una relación contractual que reiteradamente confesó en las instancias.

Y es que ningún precepto de orden público se opone a la conclusión del Tribunal, porque aun cuando es cierto que de las pruebas traídas a los autos aparece la naturaleza oficial del Colegio demandado, y la calidad de empleado oficial que tuvo el demandante, ello no se opone a que su relación pueda considerarse como de contrato de trabajo y regularse por las normas pertinentes a éste, pues la ley colombiana consagra esta ficción según el principio general del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 en armonía con la regla especial del artículo único de la Ley 6ª de 1946.

No hay pues, en el planteamiento que hace el recurrente una razón de puro derecho o un aspecto relativo al orden público que le permita a la Corte avocar y decidir el punto que se le propone. Se trata simplemente de una

cuestión de hecho no alegada en las instancias y que, por lo tanto, constituye un verdadero "medio nuevo" en casación según la reiterada doctrina de la Corte que aparece compendiada en sentencia de 22 de junio de 1956 (G. J. LXXXIII, pág. 69). (Casación Laboral. Abril 13/57. Nos. 2181-2182) 233, 2ª 234, 1ª

— 176 —

MEDIOS NUEVOS (En casación)

Una cuestión no planteada a los sentenciadores de instancia en ningún momento del juicio presentada por primera vez ante la Corte, no como problema meramente jurídico sino ligada a la apreciación de la prueba, es constitutiva de un medio nuevo en casación. (Casación Civil. Mayo 24/57. Nos. 2181 y 2182) .....:99, 1ª

— 177 —

MORA DE LA ADMINISTRACION (En el pago de salarios y prestaciones sociales)

Véase el aparte **Condición Resolutoria** en el número 65 de este Indice.

— 178 —

MUERTE (Prueba de la)

Es verdad que en muchos casos las causas determinantes de una muerte no caen bajo el dominio de los sentidos de las personas que puedan presenciarla, y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes. Entonces la prudencia indica recurrir a los científicos para que estos, mediante el examen de las lesiones y demás fenómenos que presente el cadáver, expliquen las causas que determinaron la muerte. En la mayoría de las veces la prueba pericial es la más apropiada para establecer la causa de la muerte de una persona, medio probatorio técnico que esta Sala ha exigido en algunos casos, entre los cuales puede citarse el contemplado en sentencia de casación de septiembre 24 de 1952 (G. J. 2119 y 2120, pág. 237).

El que en algunos casos sea exigible la prueba de peritos para establecer las causas de la muerte, no quiere decir que sea la única hábil a tales efectos. Ni siquiera en materia penal se ha llegado a ese extremo, a pesar de que allí está en juego no sólo el interés patrimonial sino el más importante derecho de libertad del inculpado.

Es de advertir, que en el caso de estudio no son los testigos los que están dictaminando la causa de la muerte de la víctima, sino que el Tribunal dedujo que ésta murió por electrocución del cúmulo de circunstancias que rodearon su muerte, circunstancias que encontró acreditadas con número plural de testigos que concuerdan en condiciones de tiempo, modo y lugar, que demuestran sinceridad en lo que afirman, que coinciden sobre la manera como se produjo la muerte y sobre la causa del accidente que lo fue el tropezar la víctima con unas cuerdas cargadas de electricidad. (Casación Civil. Julio 5/57. Nº 2184) .....676, 1ª y 2ª y 677, 1ª

— 179 —

MUERTE DEL PROCESADO (Como causa extintiva de la acción o condena penales)

"Uno de los medios naturales de extinguirse la acción o la condena penales, es la muerte del inculpado o del condenado, y el fundamento racional de este precepto estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que muerto el sujeto activo de la infracción o de la condena, prácticamente desaparece una de las partes del proceso penal, y el Estado no puede ha-

cer efectiva la prosecución del juicio o los resultados de la condena por carencia de sujeto". (Casación Penal. Mayo 24/57. Números 2181-2182).....203, 1ª

— N —

— 180 —

NOTIFICACIONES (En estrados)

El Código Procesal del Trabajo, consagra la notificación en estrados como única forma de notificar las sentencias de primera y de segunda instancia. Esta es la correcta interpretación de los artículos 81 y 82 de la obra que se acaba de mencionar, en consonancia con el artículo 41 ibidem, y con la doctrina que informa el principio de la oralidad, dominante en el procedimiento laboral.

En efecto, el ordinal 2º del artículo 41 citado, dispone que se harán en estrados, oralmente, las notificaciones de providencias que se dicten en las audiencias públicas (se subraya) y como de conformidad con los artículos 81 y 82 el juzgamiento se produce en audiencia pública, es natural que las sentencias tendrán que ser notificadas en estrados.

Los autos interlocutorios y de sustanciación cuando no se hubieran dictado en audiencias, se notificarán por estado (numeral 3º del artículo 41), lo cual quiere significar que cuando se producen en audiencias, se notifican en estrados.

El artículo 82 del Código Procesal del Trabajo, permite que si terminada la audiencia de juzgamiento no se pronuncia el fallo oral, se cite para otra audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes con el fin de proferir el fallo, que desde luego producido, como debe hacerse, en audiencia, se notificará también en estrados y no por edicto.

Para la casación es diferente porque prevalece el procedimiento escrito. Cuando el fallo se produce en audiencia, es claro que se hará la notificación en estrados; mas si no se profiere en audiencia, como el Código Procesal del Trabajo no dice cómo ha de surtirse la notificación, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en creación jurisprudencial que esta Sala acoge, estableció la notificación por edicto con aplicación analógica de las disposiciones pertinentes del Código Judicial, atendiendo a la categoría de las providencias y teniendo en cuenta que sólo los autos interlocutorios y de sustanciación dictados fuera de audiencia, según el Código de Procedimiento Laboral, se notifican por estado. (Casación Laboral. Julio 18/57. Nº 2184).....825, 2ª y 826, 1ª

— 181 —

NULIDAD (Por incompetencia de jurisdicción declarada en grado de consulta)

No incurre en nulidad un Tribunal cuando al fallar sobre una consulta, anula lo actuado por el inferior y a la vez avoca el conocimiento del negocio cuya competencia le corresponde por ministerio de la ley. Sobra la devolución del expediente.

Sería distinto que en vez de la declaración de nulidad que abarca toda la actuación adelantada sin competencia por el Juez, el Tribunal se limitara a revocar la providencia consultada pues es claro que en tal evento ocurriría el fenómeno de que trata el artículo 148 del Código Judicial. Menester sería entonces sujetarse al trámite correspondiente, ya que las actuaciones judiciales deben amoldarse a los términos y procedimientos que la ley señala y que para ello se han instituído. (Casación Penal. Mayo 3/57. Nos. 2181-2132) 149, 1ª y 2ª

— 182 —

NULIDAD PROCESAL

Las nulidades procesales, tienen carácter adjetivo, porque implican defectos graves en

las actuaciones procesales. El procedimiento como sistema, en un juicio determinado, tiene por finalidad esencial lograr la solución judicial de una relación jurídica litigiosa, mediante un normal desenvolvimiento de la relación procesal, que debe ajustarse al sistema legal. La ley adjetiva establece una rigurosa sistematización entre todos los actos procesales sean del juez o de las partes, de tal manera que entre todos ellos existe o debe existir la más completa unidad. Con razón los más autorizados procesalistas afirman que el proceso es uno, que no está compuesto de etapas desarticuladas, sino que entre ellas debe existir la más completa armonía. Estas consideraciones se oponen a que las nulidades adjetivas se refieran a una sola pieza o acto del proceso; porque si se ha llevado a cabo con violación de la ley, esta deficiencia afecta lógicamente todo el juicio, razón por la cual es inocua toda petición de nulidad referida a una sola pieza del proceso. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184) ....726, 2ª y 727, 1ª

— 183 —

NULIDADES (Deben ser estudiadas antes de dictar sentencia de fondo)

No puede un Tribunal dejar sin respuesta una nulidad invocada y llenar al mismo tiempo los trámites propios del juicio. Porque si debe el juzgador dar contestación directa o indirecta a toda solicitud que se le haga, y sólo cuando aparezca meridianamente claro, por las razones expuestas por él, que no puede tomarse la determinación solicitada, podría llegar a decirse que hubo decisión sobre el punto, aunque éste no hubiese sido concretamente tratado, sin embargo no se ve fácilmente cómo puede darse por decidido un problema de la trascendencia de la nulidad dentro del proceso penal sin aludir siquiera a ella. Al dejar de resolverse un incidente, y no una solicitud de poca o ninguna incidencia procesal, se llega por modo directo a la conclusión de que la tramitación legal del proceso no se cumplió, vale decir que se incidió en nulidad, porque no se llenó la plenitud de las formas legales que para fallar, ordena la Constitución Nacional en su artículo 26. (Casación Penal. Mayo 27/57. Nos. 2181-2182). 206, 1ª

— 184 —

NULIDADES (Pueden ser declaradas aun en contra del procesado)

Un orden lógico del estudio de las causales de casación, ha llevado siempre a la Corte a examinar en primer lugar, cuando se proponen varias causales, la que se refiere a la nulidad de los juicios. Y esto debe ser así, porque sobre un proceso viciado de nulidad no se puede edificar una sentencia, ni tampoco es necesario analizar otros aspectos que carecen de actualidad y de vigor, precisamente por quedar involucrados dentro de una actuación viciada de nulidad.

El artículo 198 del C. de Procedimiento Penal consagra una serie de hechos que originan causales de nulidad de los procesos, y que se conocen con el nombre de nulidades legales, por ser creación misma de la Ley. Estas causales son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse por analogía. Además, la jurisprudencia ha dicho que existen otras nulidades llamadas constitucionales, por derivarse de violación de los principios fundamentales erigidos por la Constitución Nacional.

Durante muchos años enseñoreó el ámbito de la actividad jurisdiccional, la jurisprudencia de que las nulidades en materia penal se entienden establecidas únicamente en favor de los enjuiciados, a fin de hacer más efectivo el derecho pleno de su defensa. Esta tesis ha venido siendo revaluada por la misma Corte, en lo que se refiere a las nulidades constitucionales, y es así como en casa-

ción de 24 de noviembre de 1953 se dijo: "La nulidad constitucional no está erigida sólo cuando ella opera como favorable al procesado. Su alcance también puede extenderse cuando ella se encamina a una finalidad de índole social, si se tiene en cuenta que las irregularidades o informalidades del juicio penal constituyen atentados contra la organización social y las prerrogativas de los procesados, que por ser de orden público, su incumplimiento acarrea perjuicios a la sociedad, desde luego que desampara a los ciudadanos y los deja librados a la arbitrariedad de los jueces". (G. J. Tomo LXXVI, p. 799).

Esta jurisprudencia quiere ratificarla la Corte, pues de la armonía de los artículos 16 y 26 de la Constitución Nacional resulta que las normas fundamentales y propias de los juicios penales son generales para todos los ciudadanos, no sólo para los procesados, pues tales normas van dirigidas a proteger y garantizar en primer término los derechos de la sociedad, pues protegidos y garantizados éstos, se protegen y garantizan los de los individuos o asociados.

Se ha dicho por la defensa que el artículo 26 de la Constitución es un principio que pertenece y está incorporado al Título III, que trata "De los derechos civiles y de las garantías sociales", y que en este artículo se consagra un principio "individualista" de defensa del particular frente a la acción del Estado, a fin de que el proceso penal no represente el imperio de la violencia y de la arbitrariedad, sino el de la justicia. La seguridad personal rechaza —según palabras de un autorizado expositor de Derecho Público— un sistema penal en que los ciudadanos carezcan de medios eficaces para defender sus actividades personales, y hacer valer sus derechos en amplio debate judicial.

Esto es así, en cuanto a que el procesado pueda ejercitar plenamente su derecho de defensa, y la Corte no pretende menoscabar esta suprema norma constitucional. Pero esa norma no tiene el arcaico sabor individualista que ha pretendido dársele, pues los textos constitucionales forman un todo armónico, que concurren a la realización del Derecho y el imperio de la justicia. Así, el artículo 16, que pertenece al mismo Título III ("De los derechos civiles y garantías sociales") preceptúa que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, EN SUS VIDAS, HONRA Y BIENES (se subraya), y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Por autoridades se entienden no sólo los organismos administrativos, sino los jurisdiccionales, una de cuyas misiones es la de investigar los delitos y sancionarlos conforme a las Leyes vigentes. Al investigar y sancionar los delitos, las autoridades jurisdiccionales, cumplen el mandato del artículo 16 de la Constitución, pues al luchar contra el delito, previniéndolo y sancionándolo, se realiza el fin del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los asociados.

El proceso penal consta de varias etapas (investigación y fallo) que quedan englobadas en el término general "juzgamiento" de que habla el art. 26. Este no dice que NADIE PODRA SER CONDENADO, sino que nadie podrá "SER JUZGADO" sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observándose la plenitud de las formas propias de cada juicio. El fallo con que termina el juzgamiento puede ser condenatorio o absolutorio y contener, además y en ciertos casos, la condena al pago de los perjuicios causados por el delito. En el proceso están en juego no sólo los intereses del acusado y los del ofendido (intereses particulares), sino los de la sociedad, que tiene derecho a que se sancionen los hechos que ofenden la organización social y establecidos por la Ley como delitos. Al adelantarse un proceso penal, es decir, al juzgarse a un delincuente, la actividad del

Estado tutela los intereses del acusado (para evitar un fallo arbitrario), los de la víctima (para evitar un fallo injusto) y los de la sociedad (para que se cumplan las leyes y se realicen los fines comunes previstos por la Constitución).

En consecuencia, las nulidades, tanto las relativas como las absolutas o las constitucionales, operan y cabe declararlas en todos los casos, bien sea en favor del procesado o de la sociedad. (Casación Penal. Noviembre 12/56. Nº 2183).....416, 2ª y 417, 1ª y 2ª

— P —

— 185 —

PACTO COMISORIO

Véase el aparte **Acción resolutiva** en el número 7 de este Indice.

— 186 —

PAGO EN CHEQUE (Validez)

El sistema de pago en cheques se ha generalizado de tal manera que el Gobierno lo admite en la cancelación de impuestos y contribuciones y las empresas privadas lo utilizan en toda clase de pagos, pudiéndose decir que el cheque ha llegado hoy a reemplazar los signos monetarios, estando catalogado por tal razón al par que la moneda.

Aparece, por tanto, equivocado el entendimiento de que el depósito de que trata el inciso 2º, artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no pueda hacerse por medio de cheques. (Casación Laboral. Junio 17/57. Número 2183).....522, 2ª y 523, 1ª

— 187 —

PARTE CIVIL (Demanda de)

Es noción elemental la de que no es dable, para aceptar la constitución de la parte civil, exigir que de antemano se pruebe la existencia de perjuicios, ya que, en la actuación procesal, por el ejercicio de la acción civil, es donde debe acreditarse no sólo la calidad de ellos sino el valor correspondiente, y de ahí la razón de ser del artículo 123 del C. P. P., que faculta a la parte civil, una vez admitida la demanda, no sólo para solicitar pruebas respecto del esclarecimiento del cuerpo del delito, de los autores o partícipes en el ilícito y de su responsabilidad, sino sobre la cuantía y, por tanto, como su presupuesto sobre la existencia y naturaleza de los perjuicios irrogados. Decidir anticipadamente, es impedir al presunto perjudicado el ejercicio de su derecho y juzgar de antemano que tales daños no se causaron, o que éstos fueron producidos por determinada persona, antes de todo procedimiento legal y de toda decisión pertinente. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184).....767, 1ª y 2ª

— 188 —

PARTE CIVIL (En negocios en que aparece como perjudicado el Estado)

Mientras se prosigue acción penal en orden a reprimir un ilícito, existe para el particular perjudicado el camino para adelantar acción civil dentro del proceso penal, tendiente a lograr el resarcimiento de los perjuicios, morales y materiales, originados por el delito. No es lícito rechazar apriorísticamente la constitución de parte civil, pues basta la posibilidad de que se ha causado daño resarcible para que esa constitución sea y deba ser procedente, en cuanto quien pretende ser parte civil sea persona vinculada a los hechos, materia de investigación, como posible perjudicado. No puede afirmarse que, por las características de un delito, que primordialmente interese al Estado, un particular no sufra perjuicios; es evidente que hay ilícitos por cuya comisión no resulta perjudicada una persona distinta del Estado y entonces nadie, fuera de éste, puede considerarse vincu-

lado a los hechos materia del proceso, pero también es evidente que, existiendo el nexo, no puede hacerse abstracción de éste ni de la persona perjudicada, para sólo ver el interés estatal. Aunque se trate de un delito contra la administración pública, jamás puede decirse de antemano que el único que puede sufrir perjuicios es el Estado, o que una persona distinta de éste sólo podrá constituírse parte civil cuando demuestre que existió daño, que deba repararse pecuniariamente porque esto equivaldría a desnaturalizar la acción. Lo que debe examinarse es si el particular en alguna forma pudo ser perjudicado, si no es por entero ajeno a los hechos, sin vinculación alguna con ellos y, por tanto, sin interés de ninguna clase en el proceso. Si existe este interés por aquella vinculación, o sea, si hay relación entre la persona y los hechos que pueden generar indemnización, entonces debe admitirse la parte civil, aunque a la postre resulte demostrado o que no hubo hecho delictuoso del cual se derive indemnización, o que, si lo hubo, el procesado no es responsable de él o que, aún siendo responsable no se causaron perjuicios, etc. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184)...766, 2ª y 767, 1ª

— 189 —

PARTE CIVIL (Rechazo de la)

La simple consideración de que pudo no haber perjuicios materiales o morales o son de ínfima cuantía, no es suficiente para rechazar la constitución de parte civil, si existe aquella vinculación tantas veces aludida; la cuantía del perjuicio y de la indemnización hacen precisamente parte del debate que ha de resolverse en su oportunidad. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184).....767, 2ª

— 190 —

PARTE CIVIL (Rechazo de la demanda)

El artículo 118 del C. P. P. enseña, precisamente, que la causa, única para que la demanda de constitución de parte civil pueda rechazarse, es la ilegitimidad de la personería del demandante. El artículo 119, consecuencia tanto de la naturaleza jurídica de la parte civil, como de la disposición antes citada, ordena que aun de oficio se admita la demanda rechazada si posteriormente se comprueba la legitimidad de la personería en el demandante. Por tal motivo, no es pertinente acudir al artículo 114 para alegar contra la admisión de la demanda, por el aspecto de que no se puntualizaron los perjuicios causados, porque, además, basta que se hayan indicado y el monto en que se estima su reparación, para que puedan darse por cumplidos los requisitos de dicha norma legal. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184)...766, 2ª

— 191 —

PATRONO (Obligación de practicar examen médico al trabajador)

En sentencia de 17 de agosto de 1954, en el juicio de Rafael Aponte Suárez contra el Instituto de Crédito Territorial, dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, refiriéndose a la regla 7ª del artículo 57 del C. S. del T.: "En efecto, dicha norma determina, entre las obligaciones del patrono la de dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación sobre el tiempo de servicio, índole de la labor y salario devengado, así como la de hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante su permanente en el trabajo hubiese sido sometido a examen médico. Esta disposición da un derecho al trabajador, el de exigir examen médico y consagra una obligación para el patrono, la de hacérselo practicar y expedirle el correspondiente certificado de salud. Pero no puede entenderse que este requisito exonera al patrono de las obligaciones o responsabilidades legales que pueden deducírse-

le en virtud de las normas que regulan el auxilio por enfermedad en los casos en que ello sea procedente". (Casación Laboral. Junio 17/57. Nº 2183).....524, 1ª

— 192 —

PECULADO (Dictamen pericial)

No es necesario que obren en autos documentos tales como el inventario en que se basó la visita fiscal, para la conclusión de los falladores pues aparte de que a éstos no se les exigen conocimientos técnicos para el desempeño de sus funciones y por tanto no tienen por qué estar capacitados para interpretar tales documentos, la presencia en el informativo de los dictámenes o exposiciones del perito fiscal constituyen base suficiente para que el Juez apoye su sentencia. Igualmente y como un juicio de cuenta, aun sin alcance, "no tiene ninguna repercusión en el proceso penal seguido por uso indebido de los caudales públicos contra el funcionario público que los administra", no se ve tampoco para qué se requiera en el informativo la base de un auto de fenecimiento definitivo que sí surte efectos en el camop civil. (Casación Penal. Junio 6/57. Nº 2183)...445, 2ª

— 193 —

PECULADO (Modalidades del delito)

Al tenor de los artículos 150, 151 y 154 del C. Penal, el funcionario público comete el delito de peculado en los siguientes casos: a) cuando le dá a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados; b) cuando hace uso indebido de los mismos o de otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar; y c) cuando por culpa dá lugar a que esos caudales o efectos se pierdan o extravíen.

En el primer caso es menseter que la aplicación diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que administra el empleado público tenga también el carácter de oficial con la diferencia de que la operación se sale del ámbito que le está señalado en las disposiciones administrativas, leyes, decretos, convenios o reglamentos, sin que sea indispensable ni siquiera necesario que haya perjuicio para la hacienda pública, requisito éste que sí es imprescindible en el último caso, en el que, además, debe establecerse que la pérdida o extravío obedeció a negligencia o descuido del funcionario, vale decir, que concurra en éste lo que en derecho se denomina culpa. En el segundo caso tampoco es necesario que se produzca daño pues sólo la comprobación del uso indebido, aunque éste no reporte beneficio al infractor o a otra persona, tipifica el delito. Dè donde se concluye que el objeto jurídico tutelado es el deber de probidad en el manejo de las cosas que se recaudan o administran oficialmente. (Casación Penal. Junio 6/57. Nº 2183).....
, 444 2,ª y 445, 1ª

— 194 —

PECULADO (Visita fiscal)

La visita fiscal contempla los manejos que haga el empleado responsable de los dineros o efectos oficiales puestos bajo su custodia, no la persona física del funcionario, pues así se deduce del artículo 60 de la Ley 42 de 1923 cuyo tenor es: "Cuando un empleado de manejo no presentare cumplidamente, al ser requerido por el funcionario autorizado para la inspección y revisión de la oficina, cualesquiera fondos de que esté encargado, este hecho será grave presunción, para los efectos de esta ley, de que tales fondos han sido sustraídos por dicho empleado o agente para aplicarlos a fines personales". Disposición de la cual se desprende que lo esencial es el requerimiento sin que sea indispensable pero

ni siquiera necesaria la presencia del funcionario al tiempo en que se practica la visita, lo cual es apenas lógico dados el carácter y naturaleza de diligencias de esa clase en que se trabaja sobre hechos y cosas objetivos en cuyo estudio se sustrae por completo la persona física del funcionario visitado, lo que al fin y al cabo es una garantía para desentrañar la realidad de las cosas. Formulado, pues, el requerimiento al empleado de manejo sin que éste presente cumplidamente al funcionario competente los fondos que echa de menos, surge desde ese momento la presunción grave de que el empleado ha hecho uso para su provecho personal de esos fondos. (Casación Penal. Junio 6/57. Nº 2183)....445, 1ª

— 195 —

PENA (Su graduación cuando no concurren circunstancias de mayor peligrosidad)

No es erróneo, por parte del Tribunal, partir de la base de que, aunque no existan circunstancias de mayor peligrosidad y sí una de menor peligrosidad, no pueda imponerse al procesado el mínimo de la sanción, dada la existencia del artículo 36 del C. P., porque, aparte de tales circunstancias, y en fuerza del artículo en referencia, el juzgador debe apreciar, para determinar la pena en concreto, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso. (Casación Penal. Junio 3/57. Número 2183).....435, 2ª

— 196 —

PERIODISTAS

El parecer de corresponsales y cronistas ajenos a la realidad procesal, "no pueden tener ningún valor jurídico". (Sala Penal. Junio 3/57. Nº 2183).....423, 2ª

— 197 —

PERITOS (Es improcedente su nombramiento para conceptuar sobre actuaciones judiciales)

En cuanto al examen pericial no decretado por el Tribunal en el auto que se revisa, cabe decir que nada habría podido ser más improcedente que la designación de peritos para conceptuar sobre la legalidad de actuaciones judiciales, atribución reservada a los superiores jerárquicos de los funcionarios que la cumplen. Como es obvio y como lo preceptúa el artículo 256 del Estatuto Procesal, tal prueba sólo es pertinente cuando la investigación del hecho requiere conocimientos especiales de determinada ciencia o arte, exige avalúos, traducción de documentos a la lengua castellana o cotejos de letras. (Casación Penal. Mayo 9/57. Nos. 2181-2182)....175, 1ª y 2ª

— 198 —

PERJUICIOS

En centenares de fallos tiene repetido esta Sala "que por regla general el perjuicio no se presume, de manera que cuando la ley establece la obligación de indemnizarlo, no por ello exonera del deber de comprobarlo a quien pide se le resarza afirmando haberlo sufrido...". Oportunamente la parte actora debe establecer en el proceso los extremos consiguientes a esta finalidad de la demanda, o al menos, darle base al sentenciador para hacer la condena en forma abstracta para que previo el trámite incidental indicado por la ley (artículo 553 del C. J.), se concrete en suma líquida el quantum del perjuicio. (Casación Civil. Junio 5/57. Nº 2183)...353, 2ª

— 199 —

PERJUICIOS MATERIALES (Por la muerte de un menor)

No hay fundamento legal para estimar como perjuicios materiales, por la muerte de una menor de edad en accidente de tránsito, el dinero invertido en su educación y la pérdida del apoyo económico que a sus padres hubiera dado en el futuro, por ser esto último una eventualidad. Se carece, pues, en estos aspectos, de una base seria y cierta de donde pueda desprenderse el perjuicio patrimonial que hubiera podido causarse a sus progenitores con el insuceso, pues siendo la víctima una joven de muy corta edad, que apenas cursaba los estudios primarios, no estaba en capacidad de desenvolverse económicamente en forma tal que le permitiera reportar, dentro del juego de las actividades de la vida positiva, una utilidad apreciable de la cual hubieran podido aprovecharse sus padres o sus familiares, si no se hubiera malogrado ese suministro económico y pecuniario con motivo del deceso de la menor en quien ellos estaban haciendo gastos para su educación en el colegio.

Todo esto está diciendo que los familiares de la víctima no tenían en ella sino expectativas para el futuro, el cual era por lo mismo incierto; y ya se sabe que sobre el futuro incierto o hipotético no puede fundamentarse jurídicamente ningún perjuicio económico o material que sea fuente de derecho en pro de los que se dicen perjudicados con el fallecimiento de la menor, ocurrido por obra de un hecho culposo ejecutado por vía indirecta, hecho sensible por el dolor que él entraña y por lo mismo digno de lamentar.

Ahora bien: el perjuicio material siendo futuro pero con bases de certeza puede indemnizarse a los interesados, titulares del derecho a percibirlo; pero el incierto o hipotético no produce acción ni derecho a reclamarlo, ya que sobre hipótesis nada puede crearse, ni mucho menos concretarse en fórmula alguna generadora de relaciones jurídicas que sean fuente de derechos, los cuales, como es sabido, suponen la existencia de hechos ciertos. Y esto porque las condiciones físicas de una menor de temprana edad, generalmente no permiten deducir claramente una conclusión racional acerca del rendimiento económico que pueda aportar ese sujeto no sólo para sí, sino para sus padres. (Negocios Generales. Mayo 29/57. Nos. 2181 y 2182).....320, 1ª y 2ª

— 200 —

PETROLEOS (Cánones de concesión)

Conforme al artículo 26 del C. de Petróleos los cánones se causan y se pagan por anualidades anticipadas, de acuerdo con una tarifa que sólo tiene en cuenta la anualidad de que se trate y el número de hectáreas contratadas; y que por ello únicamente en los casos de devolución de lotes hecha dentro de los primeros quince días de la respectiva anualidad tiene derecho el contratista al reintegro proporcional del canon pagado por el número de hectáreas devueltas.

Cuando los lotes se devuelven pasado el término que para ello fija expresamente la ley, o cuando se renuncia la concesión, es claro que no hay razón para reintegrar el valor de los cánones porque, en el primer caso, el concesionario, al dejar vencer aquel término, a sabiendas de los efectos que le asigna la ley, se somete voluntariamente a la pérdida del canon pagado por las hectáreas extemporáneamente devueltas; y en el segundo, en virtúd de la facultad que el mismo concesionario tiene para renunciar el contrato, también se sujeta a la pérdida si para dicha renuncia escoge cualquier fecha ya avanzada de una anualidad.

No hay que perder de vista que en el caso contemplado por el artículo 150 del C. de Pe-

tróleos la disminución de los cánones se motiva por reducirse el elemento físico que da lugar a ellos, es decir el área de la concesión, mediante la entrega de los lotes que el concesionario desiste de explorar. (Negocios Generales. Julio 26/57. Nº 2184).....948, 2ª

— 201 —

PETROLEOS (Contrato de exploración y explotación)

En orden a las estipulaciones contractuales contenidas en las concesiones petrolíferas, la ley estableció dos períodos: el de exploración y el de explotación, cuyas solas denominaciones hacen ver la diferencia que los distingue, porque el primero atañe a la búsqueda y localización del petróleo y sus derivados, y el segundo a la extracción de tales yacimientos. Por esto, precisamente, el legislador diferenció también los cánones superficiarios en dichos períodos, de tal suerte que el de exploración se fija, según la ubicación de los terrenos de la concesión, en escala ascendente desde diez centavos por hectárea, y de explotación en "el equivalente a la mitad del que correspondió al año anterior a aquel en en el cual se inicie la explotación" (artículo 26 del C. de Petróleos). Esta progresión en la cuantía de los cánones de exploración, así como la disminución en las anualidades de explotación, está demostrando que el concedente tiene primordial interés en que ésta se inicie en el menor tiempo posible, desde luego que entre más años se prolongue la exploración es mayor el canon, y una vez iniciada la explotación el canon se reduce.

Se tiene entonces que encontrándose clara y legalmente determinados los dos períodos en referencia y sus respectivos cánones, no es jurídico confundirlos en ninguna forma ni para ninguno de sus efectos, porque ello equivaldría a la configuración de un período mixto que la ley no establece.

El período inicial de la exploración no es un término que obligatoriamente deba agotar el concesionario para dar principio a los trabajos de explotación, ya que por expresa disposición legal él tiene derecho a prórrogas ordinarias y extraordinarias de aquel período, y facultad para iniciar la explotación en cualquier tiempo del mismo.

Cuando la explotación se inicia antes del vencimiento de cualquiera de los períodos de exploración, el plazo de aquella se cuenta desde dicha iniciación. Así lo estatuía el ya citado artículo 56 del Decreto 1270 de 1931, y así lo dispone el artículo 23, inciso 9º del C. de Petróleos.

Si, pues, la ley no establece períodos mixtos, sino que especifica los dos únicos de exploración y explotación y de igual manera fija para cada uno de ellos los cánones superficiarios, y si el plazo de explotación, al iniciarse ésta antes del vencimiento del período de exploración, se cuenta desde esa iniciación, lógicamente se deduce que en este evento el período de exploración deja de tener existencia legal y por ende desaparece también la causa del canon correspondiente a dicho período. (Negocios Generales. Julio 26/57. Nº 2184).....947, 1ª y 2ª, 948, 1ª

— 202 —

PETROLEOS (Corrección de la demanda)

En estricto derecho, dado que las oposiciones deben ser presentadas al Ministerio dentro del término legal y que los escrito que las contengan deberán "ajustarse a las exigencais del Código Judicial para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles", las correcciones a estas demandas deben hacerse ante el Ministerio y éste puede rechazar las que no satisfagan tales requisitos. Mas como la misma disposición ordena

que al decidir sobre tales oposiciones se seguirá el procedimiento señalado para los juicios ordinarios de mayor cuantía según el procedimiento señalado en el Código Judicial y el artículo 208 ibidem permite corregir la demanda antes de la notificación del auto que abre la causa a pruebas, la Corte ha interpre tado que bien pueden los interesados corregir sus escritos de oposición, o lo que es lo mismo, su demanda dentro de dicho término. (Negocios Generales. Julio 16/57. Nº 2184). 912, 1ª

— 203 —

PETROLEOS (Determinación del terreno)

La determinación de los terrenos sobre los cuales se alega la propiedad privada del petróleo —ha dicho la Corte— entraña la demostración de estos hechos: a) Singularización del predio objeto de la litis, es decir, que se demuestre que los linderos que contengan el título que ampara dicho predio, corresponde exactamente a la realidad topográfica del terreno; b) Que los terrenos que se afirma salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 son también identificables topográficamente a la luz de la alinderación consignada en el título que se alega. c) Que es uno mismo el terreno que se dice salió del patrimonio del Estado antes de la reserva del petróleo y aquel cuyo dominio actual se alega, o que el primero comprende a éste en todo o en parte. (Negocios Generales. Julio 5/57. Nº 2184).....874, 2ª

— 204 —

PETROLEOS (Interés jurídico del actor)

El interés jurídico del demandante en esta clase de acciones debe acreditarse mediante la presentación de los títulos de propiedad sobre los terrenos petrolíferos cuyo dominio se invoca, acompañados del correspondiente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, títulos y certificados que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria. (Negocios Generales. Julio 5/57. Nº 2184).....881, 1ª

— 205 —

PETROLEOS (Juicio ordinario)

No sobra advertir: 1º El artículo 34 del C. de Petróleos es muy claro al estatuir que el derecho a demandar dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para presentar oposiciones, se consagra únicamente para cuando "vencido el término señalado en el inciso anterior" no se hayan presentado la oposición y las pruebas en que ésta se funde, único caso en el cual el presunto dueño puede demandar separadamente. Por donde se deduce que si ya se había presentado oposición dentro de la oportunidad legal, no podría luego el opositor iniciar un nuevo juicio. Aceptar otra interpretación sería tanto como consagrar dos oportunidades distintas para debatir el mismo problema y ya se ha visto que la intención del legislador ha sido la de acelerar la solución de estos problemas. 2º Que en desarrollo de esta misma intención el artículo 34 del C. de Petróleos fue ya modificado, reduciendo el término para presentar juicio ordinario, por el Decreto Legislativo 3050 de 1956, posterior a la iniciación de este juicio. (Negocios Generales. Julio 16/57. Nº 2184).....912, 2ª

— 206 —

PETROLEOS (No constituye contrato de arrendamiento su explotación)

Como lo ha dicho la Corte, los contratos para la explotación del petróleo que pueda hallarse en un terreno dado, no pueden cali-

ficarse judicialmente y con carácter obligatorio de contratos de arrendamiento, porque entre ellos existen sustanciales diferencias. Así, es de la esencia de los contratos de arrendamiento que la cosa arrendada no sea fungible, y es obvio que la explotación de yacimientos petrolíferos no puede hacerse sino mediante la extracción del petróleo, la que va causando la destrucción de los mismos yacimientos. De otra parte, como también lo sostiene la Corte, siendo conmutativo el contrato de arrendamiento, supone necesariamente el pago de un precio, y éste, en las concesiones de exploración y explotación de petróleos en las cuales se da al Estado un porcentaje del producido líquido explotado, deja de tener existencia cuando la explotación no da producto líquido alguno. Además, "no es normal en el arrendamiento la obligación a cargo del arrendatario de explotar y gozar así de la cosa arrendada, al paso que sí es normal en el contrato sobre explotación de minas a base de participación en los productos como precio para el que hace la concesión, la obligación que pesa sobre el concesionario de explotar las minas objeto de aquel contrato". (Fallo, septiembre 20 de 1944, G. J. Nº 2016, pág. 492). Por esto se ha dicho que esta clase de concesiones son convenios o contratos administrativos sui generis, los cuales es preciso interpretar teniendo en cuenta su especialísima finalidad.

Corrobora esta tesis la disposición contenida en el artículo 219 del C. de Petróleos (Decreto 1056 de 1953).

De lo anterior se deduce que uno es el contrato de arrendamiento y otro el de explotación de yacimientos petrolíferos. (Negocios Generales. Julio 26/57. Nº 2184)..... 946, 1ª y 2ª

— 207 —

PETROLEOS (Oposiciones. — Juicio ante la Corte)

Como antecedente que ilustra la materia y que sirve para interpretar la intención del legislador que expidió el artículo 34 del Código de Petróleos, cabe observar que desde la expedición de la Ley 37 de 1931 el criterio sobre la manera como debe resolverse el punto relativo a las oposiciones formuladas a las propuestas de contratos petrolíferos ha sido constante.

El artículo 26 de este última Ley después de señalar la obligación de fijar carteles anunciando la propuesta en los municipios de ubicación de los terrenos y un término de 60 días hábiles para que los interesados pudieran formular "su oposición", en sus incisos 4º y 5º, habla de "oposición" y de "opositor", en sentido genérico, pues el legislador que siempre es sabio, sabía desde entonces que dentro de los extensos terrenos que comprende una propuesta de contrato, pueden existir varios dueños y por consiguiente que pueden presentarse también varias oposiciones, relativas todas a predios diferentes.

Esta norma estableció el juicio breve y sumario y es así como la Corte venía decidiendo desde entonces innumerables juicios de esta clase y resolviendo en una sola sentencia si eran o no legítimas las diversas oposiciones que se presentaban a una sola propuesta.

La misma disposición consagraba el derecho de promover juicio ordinario contra la Nación en caso de que el opositor fuera vencido en el breve y sumario, mas como no señalaba término de caducidad para el ejercicio de esta acción, se entendió siempre que el interesado podía intentarlo mientras no se produjera la prescripción.

Esta circunstancia hacía interminables los juicios sobre petróleos con grave perjuicio

para el desarrollo de la industria en el país, con megua de los intereses de los propios particulares y con graves demoras en la administración, pues a pesar del juicio breve y sumario no podía saberse en definitiva sino muy tarde quién era el verdadero propietario del petróleo. Tal circunstancia determinó el reemplazo de esta norma por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936, incisos 4º y 5º, donde vuelven a usarse los vocablos **oposición** y **opositor**, en singular, a pesar de que la experiencia había demostrado que los juicios breves y sumarios fallados por la Corte se referían siempre a varios opositores. En este artículo se mantuvo el término de los 60 días hábiles para formular oposición ante el Ministerio respectivo, y se redujo a dos años el permitido para promover juicio ordinario, así: al opositor vencido pero que hubiera interpuesto oposición administrativa, a partir de la fecha del fallo en el juicio breve y sumario; para quienes no hubieran hecho oposición ante el Ministerio a partir del vencimiento del plazo para presentar oposición administrativa y para la Nación a partir, también, de la fecha del fallo que le hubiere sido desfavorable.

Nótese cómo, al establecerse estos términos, se hace diferencia entre quienes formulen oposición ante el Ministerio, es decir, durante la etapa administrativa de la propuèsta y quienes, por la cortedad del término (60 días) no hubieren podido presentarla.

Se mantuvo igualmente que la función de la Corte en los juicios breves y sumarios era la de "decidir si es o no fundada la oposición".

Sobre este mismo particular se expidieron después algunas otras disposiciones que mantuvieron esta misma redacción hasta llegar al actual Código de Petróleos que reglamentó íntegramente la materia (Decreto Legislativo 1056 de 1953, abril 20) y que mantiene los mismos principios con excepción del objeto del juicio ante la Corte que no sería en adelante el de decidir sobre la legitimidad o ilegitimidad de la oposición, sino de resolver definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición.

De la lectura cuidadosa del artículo 34 del Código de Petróleos y de la historia fidedigna de su establecimiento, se desprende lo siguiente:

a) Que al expedirse esta disposición se cambió el objeto del juicio que ante la Corte se inicia con motivo de las oposiciones, que si antes era el de decidir si éstas eran o no fundadas, sin resolver en el fondo quién era el propietario, y por cuya causa el opositor vencido podía luego demandar en un juicio ordinario (Leyes 37 de 1931 y 160 de 1936) a la Nación, de acuerdo con la nueva ley el objeto de dicho juicio sería el de resolver definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición. Y en concordancia con este cambio de objeto, solamente se otorga el derecho de recurrir ante la Corte, dentro de los dos años siguientes, "al presunto dueño del petróleo que hiciere la oposición en la oportunidad legal" (inciso 3º). A contrario sensu, quien hizo oposición dentro de esa oportunidad no podrá luego demandar en juicio ordinario. Y no podría hacerlo porque si el juicio ordinario que ha de resolver acerca de la oposición ha de decidir, con carácter definitivo, si son del Estado o de la oposición, los petróleos que se encuentren en determinado predio, la decisión que se produjera en otro juicio distinto sobre la misma materia podría dar origen a contradicciones.

b) Que el derecho que por ella se consagra de oponerse a la celebración por el Estado de determinados contratos petrolíferos, es un derecho general que se otorga a todos los propietarios comprendidos dentro de los terrenos de la propuesta, y que es uno mismo el término de que gozan tales propietarios

para formular su oposición ante el Ministerio (dos meses).

En efecto, no uno sino todos cuantos se crean propietarios de terrenos comprendidos dentro del perímetro de la propuesta podrán presentar oposición.

Lo que vale decir que la norma que consagra tal derecho es una de carácter general y reglamentario, creadora de una situación general que afecta a todos los presuntos propietarios de terrenos comprendidos dentro de la zona comprendida en la propuesta.

c) Que el Ministerio tramita la propuesta que se le haga como un solo negocio, es decir, como un solo proyecto de contrato a celebrar entre la Nación y una determinada Compañía petrolera. Esto porque el interés de la Nación no es el de celebrar tantos contratos como predios particulares puedan existir dentro del perímetro de la propuesta sino el de pactar sobre una zona petrolífera en la que no sabe si existen o no propietarios particulares.

d) Que a quienes por la brevedad del término señalado para hacer oposición no hubieren podido presentarlo, se les otorga uno distinto para que puedan demandar ante la Corte en juicio ordinario de mayor cuantía, la declaración de que son de su propiedad y no de la Nación, los petróleos que puedan encontrarse en un globo de terreno que está comprendido dentro del perímetro de la propuesta (2 años, inciso 3º).

De las conclusiones anteriores se deduce que aceptada por el Ministerio una propuesta de contrato, se crea una situación distinta para quienes deseen formular oposición ante el Ministerio y otra para quienes no quieran o no puedan hacerlo. Los propietarios que por tener en su poder las pruebas que el caso requiere deseen ver prontamente definida su situación, podrán presentarse al Ministerio y en asocio de los demás oposicionistas, hacer valer sus derechos cuando la propuesta se envíe a la Sala de Negocios Generales de la Corte, con las ventajas de economía y de tiempo que tal asociación les reporta; los que por no poseer tales pruebas necesitan de un tiempo prudencial para obtenerlas, preferirán demandar separadamente, en juicio ordinario e independiente.

Naturalmente una vez escogido uno cualquiera de estos caminos, el interesado deberá asumir las consecuencias del procedimiento que consideró más favorable a sus intereses.

Todo lo anterior quiere decir que, como atrás se dijo, los vocablos oposición y opositor se usan en la ley en el sentido de comprender a todos los que se pretendan dueños de los petróleos que puedan hallarse en los predios comprendidos dentro del perímetro de la propuesta de cuya tramitación trata el artículo en estudio. De otra manera no podría explicarse la fijación de un término común para que todos ellos puedan formular oposición. Esta interpretación se confirma al observar que la ley no impone al proponente del contrato de exploración y explotación el deber de presentar tantas copias de la propuesta como opositores se presenten, ni al Ministerio el de enviar a la Corte tantos expedientes como oposicionistas existan; y, en fin, que la obligación del Ministerio se limita a suspender la tramitación de la propuesta para enviarla a la Corte, "con los documentos que la integran". Lo que indica que la tramitación administrativa se impone como la de un solo negocio en el cual aparecen como interesados la Nación por una parte y el proponente por la otra.

Por lo expuesto, es lógico deducir que el juicio ordinario que ha de decidir la oposición que se formule ante el Ministerio de Minas y Petróleos a las propuestas de contrato a que se refiere el artículo 34 del Código de Petróleos, se estableció para que resolviera todas las situaciones particulares que pudieran surgir como oposición a una determinada propuesta de contrato, es decir, que por

ministerio de la ley, todas esas situaciones deben resolverse en el único juicio ordinario a que dá lugar la tramitación administrativa. En otras palabras: que el artículo mencionado contempla la acumulación de tales oposiciones, de la misma manera que se acumulaban en el juicio breve y sumario que establecían las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 y en los cuales se resolvían en una sola sentencia todas las oposiciones que se presentaban dentro de la oportunidad que dichas leyes consagraban.

En ninguna parte de la ley ordena TRAMITAR las oposiciones separadamente. Si ello fuera así, no sería dable al juzgador desatender ese mandato. La más patente de las intenciones del legislador sobre petróleos en los últimos tiempos ha sido la de facilitar la pronta solución de estos negocios a fin de no entorpecer el desarrollo de la industria en el país y la entrada de capitales extranjeros. El hecho mismo de que se hubieran establecido términos diferentes para presentarse al Ministerio y para quienes prefieran iniciar juicio independiente, está indicando claramente que los primeros quedan sometidos a la tramitación administrativa que el Ministerio dé a la propuesta y el envío consiguiente que de ésta se haga a la Corte Suprema de Justicia, y que en los segundos pueden escoger libremente la fecha de la presentación del juicio ordinario, dentro de los dos años siguientes al día en que se termine el plazo señalado para hacer oposición. El inciso 3º de la misma disposición establece: "Vencido el término señalado en el inciso anterior sin que se haya presentado la oposición y pruebas en que ésta se funda, se adelantará la tramitación de la propuesta. Pero al presunto dueño del petróleo que no hiciere la oposición en la oportunidad legal le quedará el derecho de demandar, en juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, a la Nación. Esta acción podrá intentarla el interesado únicamente dentro de los dos años siguientes a la fecha del vencimiento del término para formular oposición". Relacionando este inciso con el siguiente que establece que el envío a la Corte de las oposiciones presentadas, se ve que han querido contemplarse dos situaciones diferentes con consecuencias también distintas, como ya quedó explicado: las de quienes deseen intervenir en la tramitación administrativa porque consideran que con su intervención pueden obtener que el Gobierno no contrate sobre determinados terrenos y la de quienes por cualquier causa consideran más conveniente para sus intereses promover, por sí solos, el correspondiente juicio ordinario. Naturalmente las consecuencias deben ser también diferentes. Para los primeros la de someterse a la tramitación de un juicio ordinario en el que se acumulan todas las oposiciones que puedan presentarse en el caso de que el Gobierno y el proponente insistan en la ejecución de la propuesta, y para los segundos la de soportar ellos solos la carga de la prueba en el juicio ordinario que deben promover dentro de los dos años siguientes. (Negocios Generales. Julio 16/57. Nº 2184).

907, 2ª, 908, 1ª y 2ª y 909, 1ª

— 208 —

PETROLEOS (Prueba del dominio del terreno por los particulares)

Prescriben las leyes sobre la materia que es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal. De donde se desprende que constituye primordial obligación del demandante en esta clase de juicios presentar la prueba de que tales terrenos salieron del patrimonio

nacional antes de la fecha citada. Esta prueba puede ser el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva, o a falta de título los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia, o la demostración de una explotación económica de la que pueda concluírse que los terrenos en litigio fueron ganados por justa prescripción. (Negocios Generales. Julio 5/57. Nº 2184).....859, 2ª

— 209 —

PETROLEOS (Superposición de áreas)

La jurisprudencia de la Corte ha sido, y es, la de que en el estudio de una titulación antigua sobre propiedad territorial que del Estado pasó directamente a los particulares, lo primero que debe examinarse es la efectividad u operancia de esa titulación sobre el terreno; vale decir, que la descripción de las tierras que se hace en los títulos, permita localizar en la actualidad y de manera inconfundible las tierras a que la adjudicación originaria se refiere.

Porque la Sala repite una vez más la invariable doctrina de que sin la determinación precisa de los terrenos de la litis, es imposible que recaiga una declaración judicial de dominio privado del petróleo. De nada serviría para los fines de la acción, encontrar en los autos una titulación válida y suficiente para acreditar la tradición del inmueble de la Corona española a los particulares, si ese inmueble no puede ubicarse y determinarse topográficamente en la actualidad; como tampoco sería bastante la determinación de los predios a que se refieren las escrituras de adquisición de la propiedad actual, si ellos no pueden relacionarse e identificarse con los que fueron objeto de la merced o adjudicación colonial; y resultaría asimismo insuficiente conocer sobre el terreno el área de la propuesta de contrato de explotación de petróleos, faltando las comprobaciones antes aludidas, porque sólo es legalmente viable la acción en cuanto la superficie del área de la propuesta de contrato se superponga al suelo y subsuelo petrolífero del propietario particular. El conjunto de tales elementos es lo que constituye la cosa u objeto materia del litigio sobre el dominio, y ese presupuesto, debidamente acreditado, es lo que dá lugar al examen de la validez jurídica de los actos o contratos que constan en la titulación presentada para acreditar la propiedad. (Negocios Generales. Mayo 29/57. Nos. 2181-2182) 309, 1ª, 312, 2ª y 313, 1ª

— 210 —

POLICIA (Competencia para conocer de delitos cometidos por sus agentes)

La jurisdicción y competencia de la justicia penal militar para conocer de los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas de Policía, ha sido objeto de reglamentaciones sucesivas contenidas en los Decretos números 1534 de 1950, 1231 de 1951, 1814 y 2900 de 1953 y 1426 de 1954.

El primero de estos Decretos da jurisdicción y competencia a la justicia penal militar para juzgar a miembros de la Policía cuando en actos de servicio o por funciones inherentes al mismo incurren en hechos que atentan contra la vida e integridad personal; el segundo que modifica el anterior, determina que la justicia castrense sólo conocerá de los delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar, estableciendo la excepción de competencia para aquellos procesos en los cuales se hubiera convocado consejo de guerra verbal; el tercero, incorporó la Policía Nacional a las Fuerzas Armadas como el cuarto componente del Comando General, pero, omitió reglamentar lo atinente a jurisdicción y competencia para delitos cometidos

por miembros de la Policía; el cuarto, dispone que los procesos en curso contra miembros de la Polica que tengan fuero militar en virtud de la incorporación, deben tramitarse de acuerdo con sus disposiciones, y el último, establece que todos los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas de Policía en servicio, serán de conocimiento de la justicia penal militar.

Para que el delito —lesiones personales— cometido fuera de conocimiento de la justicia penal militar, sería necesario que el Decreto 1814 de 1953 que incorporó las Fuerzas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas como el cuarto componente así lo hubiera recocido, o bien que el sindicado gozara con anterioridad a la expedición del mismo, de "fuero militar" según mandato del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953. Mas, como el delito fue cometido con anterioridad a la vigencia de los mencionados Decretos, es natural que la jurisdicción y competencia para conocer del proceso corresponde a la justicia penal ordinaria. (Casación Penal. Mayo 27/57. Nos. 2181-2182).

208, 1ª y 2ª

— 211 —

POSESION (Prueba de confesión)

La posesión sobre un inmueble no puede estar expuesta en relación con su prueba ni a las aseveraciones del actor que la impugna ni a las de la parte opositora que la alega, porque los elementos que configuran esta noción jurídica, "el animus" y "el corpus", no son susceptibles en todos los casos de la prueba de confesión. En relación con "el animus", porque quien la sostiene estaría interesado en confesar un hecho que lo favorece; y, para quien la impugna, el ánimo sería un hecho completamente ajeno y no personal. Y lo propio acontecería con el otro elemento, "el corpus", porque quien sostiene la posesión, estaría interesado en confesar actos cuya naturaleza favoreciera su posición jurídica; y, quien la impugna no podría ni afirmar ni negar esos actos, pues le son completamente ajenos. Se impone, pues, en concepto de la Corte, la doctrina consistente en que, tratándose de un juicio reivindicatorio de la demostración de la posesión o de su impugnación, los medios de prueba adecuados son los objetivos que, como el testimonio, establecen la naturaleza de los actos de explotación económica, facilitan la inducción del ánimo de dominio por parte del fallador en favor de quien alega ser poseedor de un inmueble; las afirmaciones de las partes no son suficientes, ya que la confesión como medio subjetivo de prueba, resulta, en la mayoría de las veces, completamente inadecuado. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184)..

728, 2ª

— 212 —

PREJUDICIALIDAD E INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (Distinción)

Observa la Sala que son distintas la suspensión de la controversia civil o administrativa de que trata el artículo 11 del C. de P. P. y la interrupción de los términos de la prescripción de que trata el Código Civil. (Negocios Generales. Julio 26/57. Nº 2184).

918, 2ª

— 213 —

PRESCRIPCION (Se requiere que el hecho sea delictivo)

El artículo 104 del C. P. establece que la acción penal se extingue por prescripción. Vale decir que, aquel fenómeno jurídico presupone —al menos— la existencia del hecho que dio origen a la investigación; por esto es por lo que, la prescripción de la acción penal implica cesación del derecho que tiene el Es-

tado para proseguir la investigación, bien sea porque el factor dominante —tiempo— aminora la alarma social causada por la infracción, o dificulta la creación de pruebas para demostrar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque impide que determinada persona continúe indefinidamente sometida a sindicación penal sin definirse su situación jurídica frente a la ley.

Se afirma y reconoce la prescripción de la acción penal respecto de un hecho que —por lo menos— tuvo un principio de existencia como delito, pues dentro del ámbito del derecho y en el campo de la lógica jurídica no puede declararse extinguida la acción por prescripción, cuando el hecho origen de ella no tuvo existencia legal, bien porque no es constitutivo de delito, o porque la ley no lo considera como infracción penal, o porque no se realizó. En estos eventos falta el presupuesto esencial para declaratoria de prescripción de la acción penal o sea, el delito origen de aquélla y su reconocimiento —en esta forma —por una parte engendra duda o sospecha sobre la conducta del sindicado y, por otra, crea un principio de responsabilidad que sólo un obstáculo legal —transcurso del tiempo— hizo imposible deducirle consecuencias jurídico-penales. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184).....783, 1ª

— 214 —

PRESUPUESTOS PROCESALES

En repetidos fallos ha explicado la Corte el sistema de los presupuestos procesales y ha hecho notar que son éstos simple derivación del mandato constitucional consagrado en el artículo 26 de la Carta.

Ahora bien: todas las doctrinas sobre los llamados presupuestos procesales coinciden en entender por tales, "los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídica procesal" y al extremo, que para que el juez pueda proveer en relación con el mérito de la acción es indispensable que se hallen reunidos.

Los requisitos propios o idóneos a la prosperidad o eficacia de la acción son diferentes de los que se exigen para que la solicitud al juez adquiera la categoría de una "demanda en forma". Los primeros —condiciones axiológicas de la respectiva acción— miran al fondo mismo del negocio, al interés jurídico de las partes, a la sustantividad en sí del derecho reclamado; los segundos, dicen relación a cuestiones de simple rito procesal como son las señaladas en los artículos 205 del C. J. para toda acción y en el 737, además, para las que sólo pueden ventilarse en trámite ordinario. (Casación Civil. Junio 5/57. Nº 2183).....350, 2ª y 351, 1ª y 2ª

— 215 —

PREVARICATO

En el prevaricato debe haber también una relación, esta vez de causalidad, entre la simpatía o animadversión del Juez hacia los interesados y la decisión que en definitiva tome. (Casación Penal. Abril 10/57. Números 2181-2182) 146, 1ª

— 216 —

PREVARICATO

En los jueces puede caber el error, como humanos que son, pues es de su naturaleza la falibilidad en las apreciaciones y la disparidad de criterios, la existencia de las cuales no sería suficiente para deducir el ánimo doloso de obrar contra el derecho pues para esto haría falta acreditar otras circunstancias que demostraran sin equívocos la intención criminosa. (Casación Penal. Junio 3/57. Nº 2183).....420, 2ª

— 217 —

PREVARICATO (Delito de)

Para que exista delito de prevaricato cometido por empleado público en ejercicio de funciones, es necesario e indispensable que la sentencia, resolución o dictamen sean contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, y que el auto o providencia se dicte a sabiendas de que con ellos se viola la norma legal, por motivos de simpatía a unos interesados o por animadversión hacia otros; en ausencia de uno de los elementos que tipifican el delito no puede hacerse la afirmación de que el funcionario ha violado la norma penal, porque es la concurrencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos los que dan base para hacer la afirmación de que se ha cometido delito. (Casación Penal. Julio 25/57. Nº 2184)...794, 2ª

— 218 —

PREVARICATO (Elementos del delito)

Para que se configure el delito de prevaricato, en general debe reunir los siguientes elementos: a) Que el agente haya cometido la infracción con motivo o por razón del desempeño de funciones públicas que le correspondan, lo que presupone la calidad de funcionario público en aquel agente; b) Que éste dicte sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, expresa o manifiestamente injustos, a sabiendas de que, con la violación deliberada de norma legal, comete injusticia; y c) Que estas decisiones se hayan tomado por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. La incorrección jurídica de las resoluciones de un Magistrado no es suficiente para hacer presumir este elemento, porque es esencial, para que se configure el delito, la demostración plena de que el funcionario obró a sabiendas, en primer término, de que su providencia es contraria a la ley, y luego de que comete con ella injusticia palmaria, o sea, que debe demostrarse a cabalidad la existencia de este elemento intencional en su doble aspecto de violación de la ley y de violación de la justicia; ha de probarse, pues, o que el funcionario resolvió arbitrariamente, haciendo caso omiso de la ley, o que la aplicó en sentido opuesto a ella misma por modo notorio, para inferir daño a los derechos de las personas o a la seguridad social.

Para que tome cuerpo el último elemento, es indispensable probar, en primer término, la existencia de simpatía o animadversión, y luego que este estado de ánimo influyó en las decisiones del funcionario; es menester probar la relación de causalidad entre aquel estado anímico y el resultado de la actividad del funcionario, concretado en la providencia que él dicte, porque bien puede suceder que, a pesar de aquella simpatía o animadversión, el criterio no se haya torcido, ya por una recia formación moral, ya por otras causas que influyan para que no se tuerza el juicio, porque lo que constituye el ilícito, por este respecto, es precisamente el que se decida, no con rectitud, sino por malevolencia hacia unos o benevolencia hacia otros, es decir, por el ánimo torcido engendrado por aquellos sentimientos. (Casación Penal. Mayo 21/57. Nos. 2181-2182).....187, 2ª y 188, 1ª

— 219 —

PREVARICATO (En la interpretación de la ley)

En la interpretación de los textos legales y en la aplicación de ellos a casos concretos, no hay delito de prevaricato cuando no se demuestra que el funcionario obró a sabiendas de que su decisión era contraria a la ley y de que con esa determinación, sin razón ni justicia lesionaba arbitrariamente los derechos de las partes, animado por móviles de simpa-

tía o animadversión hacia las personas que intervienen en el proceso penal, pues tratándose de un hecho esencialmente doloso, la intención, elemento moral del delito, debe estar plenamente demostrada, ya que, la simple interpretación de la ley y la aplicación de sus preceptos a un caso concreto, no puede ser objeto de regulación penal cuando ella está inspirada en un criterio de buena fe y en el deseo de acertar; la equivocación o el error, en la interpretación de la ley, de buena fe, constituye una irregularidad pero nunca delito. (Casación Penal. Julio 25/57. Número 2184).....794, 2ª y 795, 1ª

— 220 —

PRIMAS DE SERVICIO (Pago a los herederos)

Cuanto a las primas de servicio, en caso de muerte del titular, la ley no tiene señalado ningún procedimiento, por lo cual analógicamente deben aplicarse las reglas que establecen el pago de la cesantía. (Casación Laboral. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182)....256, 2ª

— 221 —

PROMESA DE CONTRATO (Determinación de la época en que debe celebrarse el contrato)

Uno de los requisitos fundamentales para la validez de la promesa de contrato, es que el escrito contenga un plazo o una condición que fije la época en que deba celebrarse el contrato. Sin este elemento la promesa estaría afectada de nulidad, porque a las partes interesa fijar esa época, ya que, de lo contrario, existiría verdadera incertidumbre en relación con el cumplimeinto. La promesa de contrato es un acto jurídico con reglamentación especial establecida en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 citada y sujeta como todo acto o declaración de voluntad a los requisitos generales establecidos por el artículo 1502 del C. C. Tanto los primeros como los segundos son muy claros en los textos citados.

En efecto, el artículo 89 contempla dos eventos: cuando las partes fijan un plazo dentro del cual debe cumplirse la promesa; o cuando indican un suceso futuro e incierto, llegado el cual, surgen para ambas partes las obligaciones recíprocas o mutuas que contrajeron las partes, al celebrar la convención. Ambos eventos son completamente diferentes y aunque tienen la común finalidad de determinar el momento en que las obligaciones prometidas deben ser cumplidas, son fundamentalmente distintos: el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación, la condición, en cambio, de acuerdo con el artículo 1530, es un acontecimiento futuro que puede suceder o no. (Casación Civil. Mayo 2/57. Nos. 2181-2182).. 59, 1ª y 2ª

— 222 —

PROMESA DE CONTRATO (Validez de la celebrada bajo condición)

La apreciación de que la promesa de contrato no puede estar afectada de condiciones indeterminadas, porque ello equivaldría a crear la incertidumbre entre las partes; o, si la condición no se cumple, a que el pacto comisorio no llegue a surtir sus efectos no es exacta y su aceptación quebrantaría la naturaleza de las obligaciones condicionales, es decir, aquellas cuyo surgimiento o extinción dependen de un suceso futuro e incierto que puede suceder o no. El inciso 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, establece claramente una finalidad común: la indicación precisa de un momento para el cumplimiento de la promesa, en el caso del plazo, o la indicación imprecisa de un suceso futuro o incierto para los mismos fines. La proposición

O es disyuntiva en este caso y diferencia nítidamente la condición del plazo.

Si en el derecho francés la promesa de venta puede estar expuesta a condiciones, con el fin de determinar el momento de su cumplimiento, a pesar de que ello no está expresamente consagrado, con mayor razón en nuestra legislación civil en la que la reglamentación del pacto comisorio es distinta, no sólo en cuanto se extiende a toda clase de convenciones, sino en cuanto a los mismos requisitos que son esenciales para su validez. (Casación Civil. Mayo 2/57. Nos. 2181-2182).. 60, 1ª y 2ª

— 223 —

PRUEBAS (Apreciación)

Ha sido constante la jurisprudencia de la Corte al sostener que la labor estimativa de la prueba es función que corresponde al juzgador de instancia y que su convicción, resultante del examen de los elementos probatorios, no puede ser variada en casación sino cuando se demuestre que ha incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y a consecuencia de esos errores infringe la ley. La autonomía del Tribunal para enjuiciar los hechos proviene de que en la instancia se agota el debate probatorio y de la índole del recurso de casación establecido primordialmente en defensa de la ley frente al fallo del juzgador. Estas las razones para que la apreciación de las pruebas, hecha por el Tribunal, deba ser respetada por la Corte, si no se demuestra por el recurrente una clara violación de los preceptos legales. (Casación Civil. Julio 5/57. Nº 2184).....678, 2ª

— 224 —

PRUEBAS (Facultad para rechazar las inconducentes)

El artículo 208 del Código de Procedimiento Penal prohibe la admisión de pruebas no conducentes a esclarecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso, de donde claramente se infiere que los jueces tienen la facultad legal de apreciar su procedencia para aceptarlas o para rechazarlas según que incidan o no en las resultas del juicio. (Casación Penal. Mayo 9/57. Números 2181-2182).....174, 2ª

— 225 —

PRUEBAS TRASLADADAS (De un juicio a otro.—Valor probatorio)

Las piezas procesales trasladadas de un negocio penal a un juicio civil, "carecen en principio de fuerza probatoria plena y completa porque la Nación contra la cual se pretenden oponer en este negocio, no intervino como parte en ninguna forma en el juicio penal ni, por consiguiente, en la producción de dichas pruebas...". Con respecto a testimonios, se tendrán en cuenta, para apreciarlos, los que aparecen ratificados en el presente negocio puesto que "la ley determina el valor probatorio de la prueba testimonial, como lo hace con las demás, y en esa regulación exige que las declaraciones de testigos se ratifiquen cuando se han producido fuera de juicio "a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba". (Artículo 693 del C. J.)". (G. J. Tomo LXI, pág. 738). (Negocios Generales. Julio 2/57. Nº 2184)..... 838, 1ª

— Q —

— 226 —

QUIEBRA (Detención del quebrado)

Véase el aparte Detención arbitraria en el número 93 de este Indice.

— R —

— 227 —

RECUSACION (Por grave enemistad)

Cuando, de un lado, un funcionario recusado afirma que la reacción en él suscitada por la hostilidad verbal del recusante, en época muy anterior y en expediente distinto, ha desaparecido, y que su manifestación de impedimento en este proceso sólo ha tenido por objeto que no se dude de su imparcialidad; y cuando, de otro, la recusación interpuesta —a la cual no se acompañaron las pruebas exigidas por el artículo 76, inc. 2º del C. de P. Penal—, no ha sido ratificada ulteriormente, en el supuesto de que este silencio no induzca a pensar que también en el recusante la vieja prevención se ha extinguido, faltaría el carácter recíproco de la grave enemistad, sin el cual no puede ésta concebirse. (Casación Penal. Mayo 31/57. Nos. 2181-2182) 215, 2ª

— 228 —

REFORMATIO IN PEJUS

La "reformatio in pejus" sólo se presenta cuando el superior enmienda el fallo, objeto del recurso, en el sentido de agravar la situación adquirida por el único apelante. Persiguiendo el artículo 50 del C. P. L., en su parte final, que se pueda condenar a cantidades mayores a las impetradas, en la medida que la ley las consagra y cuando no hayan sido cubiertas, el objetivo de tal norma se dirige a mejorar, cuando hay base legal para ello, la situación que en el libelo plantee el trabajador. Y si tal facultad hubiese sido dada también a los jueces de segundo grado, al ejercitarla el Tribunal en el caso de autos, en que el trabajador es el único apelante, no incurriría en la prohibición que consagra la "reformatio in pejus". De modo que la verdadera razón para haber mantenido el adquem la condena del inferior es únicamente la aplicación u observancia de la tan mentada norma del artículo 50. (Casación Laboral. Junio 18/57. Nº 2183) 552, 2ª

— 229 —

REFORMATIO IN PEJUS (Cuándo procede)

La reformatio in pejus, como en diferentes ocasiones lo ha sostenido la Corte, sólo se opera cuando el superior enmienda el fallo, objeto del recurso, en el sentido de agravar la situación adquirida por el único apelante. Este fenómeno no se contempla cuando las dos partes litigantes apelan del proveído, como en el caso sub-lite. (Casación Laboral. Abril 23/57. Nos. 2181-2182) 250, 1ª

— 230 —

REINTEGRO (Derecho del trabajador al)

En la legislación colombiana el derecho al reintegro sólo existe para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, y también en los casos de maternidad que preveen los artículos 12 del Decreto 1632 de 1938 y 241 del C. S. del T., y en los eventos de suspensión del contrato por llamadas del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 y 51 del C. S. del T.), o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del C. S. del T. en armonía con los artículos 45 del citado

Decreto 2127 y 52 del Código. (Casación Laboral. Junio 17/57. Nº 2183).....530, 1ª

— 231 —

REINVIDICACION

En relación con las situaciones a que puede dar lugar el ejercicio de la acción reivindicatoria la Corte ha dicho: "Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del Código Civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el artículo 950 ibidem, pueden contemplarse varios casos: Llámase Pedro el demandante y Juan el demandado. Primer caso. Pedro, con títulos registrados en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro. — Segundo caso. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan.—Tercer caso. Pedro con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión comenzó en 1909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título. Cuando lo tiene se ofrecen otros casos harto complejos, cuya exposición no procede en este juicio". (Casación Civil. Junio 5/57. Nº 2183).....
360, 2ª

— 232 —

REIVINDICACION (Identificación del inmueble)

Si no fuera por el natural interés de los litigantes, difícil sería, después de la reiterada y divulgada jurisprudencia de la Corte, continuar olvidando, como con manifiesta frecuencia se olvida, por aquellos y por los sentenciadores de instancias, que la acción reivindicatoria requiere para su éxito, no sólo la prueba del dominio de la cosa que haya de reivindicarse, sino su perfecta y expresiva identificación, y no sólo estos dos elementos, sino todos y cada uno de los considerados como necesarios y que la ley, la doctrina y la jurisprudencia tienen previstos bajo la denominación de axiológicos de la acción reivindicatoria. De tal manera que en el estudio de la procedencia o improcedencia de esta acción se ha de examinar ante todo y principalmente, la concurrencia de esos elementos, bastando la falta de uno cualquiera de ellos para desestimarla, sin necesidad en tal supuesto, de proceder a comparar las respectivas situaciones jurídicas y los títulos del actor y del demandado, al efecto de determinar la preferencia entre ellos, comparación que sería estéril por lo ineficaz, toda vez que no probando el actor su acción debe ser absuelto el demandado, aunque carezca de todo título o sea inferior al de aquél.

De acuerdo con los principios del derecho positivo que rige la acción de dominio o reivindicatoria, la Corte, viene declarando con obligada insistencia que para el éxito de esta acción, es indispensable que quien la ejercite pruebe de modo cumplido el título de dominio de los bienes reclamados, acreditando no sólo el derecho a virtud del cual se adquirió la cosa, sino además, el dominio actual de ella, la identidad de la cosa o cosas, de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuáles sean, y la posesión de las mismas por parte del demandado

Siendo dos las personas demandadas y las que ejecutan, cada una para sí y sobre el mismo terreno, en forma excluyente, actos que pueden calificarse como manifestaciones de posesión por implicar el ánimo de apoderarse para sí, respectivamente de ese terreno, sin que medie vínculo de comunidad alguno, y que por otra parte, poseen lotes o parcelas distintos o separados, es ineficaz la ac-

ción reivindicatoria que no expresa los linderos, o que no se establezcan en el juicio, de la porción o porciones de tierra que se pretende reivindicar. No basta expresar que esos lotes forman parte del globo del demandante cuyos linderos generales se expresan o determinan en el juicio; y porque, en estas circunstancias, es notorio en el proceso que el inmueble que se pretende reivindicar, no está singularizado con las circunstancias que son precisas, perfectamente identificadas a tal punto, que por no ser dable determinar que la cosa sea la misma discutida, falta la justificación del título en que la reivindicación se apoya. (Casación Civil. Julio 26/57. Nº 2184).....751, 2ª y 752, 1ª

— 233 —

REIVINDICACION (Qué se debe probar)

La tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa a través de distintas acciones, particularmente, de las posesorias que tienen eficacia cuando el dueño que también es poseedor invoca la tutela rápida posesoria, que comprende desde la protección de la mera tenencia hasta la posesión propiamente dicha; de la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y de la acción de mera declaración de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es el propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga. En las dos últimas acciones rige el principio general de derecho probatorio según el cual quien suscita la aplicación de una norma jurídica tiene la carga de la prueba de aquellos hechos —los llamados constitutivos— que integran el supuesto de la norma misma: de donde resulta que es el propietario quien ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que invoca mediante la demostración de estos tres elementos o circunstancias: Que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la indicada relación, habiendo de agregarse todavía a estas demostraciones, cuando se trata de la acción reivindicatoria propiamente dicha, el de que la persona contra quien se acciona tiene la posesión de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor.

En otras palabras, y de acuerdo con los anteriores principios, tomadas ya de la jurisprudencia, para el éxito de la acción reivindicatoria es indispensable que quien la ejercita pruebe de modo cumplido el título de los bienes reclamados, la identidad de la cosa o cosas; de tal modo, que "no se susciten dudas racionales" sobre cuáles sean y la posesión de las mismas por parte del demandado; siendo doctrina jurisprudencial también muy reiterada la de que la apreciación de si la identidad se ha probado o no, y, en general, la de si está o no justificado el dominio del actor por conjunto de las pruebas practicadas, es de la incumbencia del Tribunal sentenciador. (Casación Civil. Junio 5/57. Nº 2183).....360, 1ª

— 234 —

REMATES (De tierras pertenecientes a la Compañía de Jesús)

La Corte reafirma la jurisprudencia que desde hace varios años ha venido sosteniendo en relación con los remates de las tierras que habiendo sido de propiedad de la Compañía de Jesús, se reincorporaron al patrimonio de la Corona Española en virtud del Decreto de Carlos III, expedido el 27 de febrero de 1767, y por el cual sus miembros fueron "extrañados" de todos los dominios de España e Indias.

Conforme a tal doctrina, la simple diligen-

cia de remate no constituía por entonces título traslaticio de dominio si no era luego complementado por la de la entrega de los terrenos objeto del remate y con el otorgamiento de la escritura de venta de las mismas tierras a favor del rematante.

Desde hace largo tiempo la Sala ha venido sosteniendo que la mejor fuente de interpretación de las disposiciones y ordenamientos de la época colonial está, sin duda, en la manera como aquellas se aplicaron por las autoridades de entonces; y por los ejemplos como el que ofrece este juicio, con relación a las ventas de los bienes de la Compañía de Jesús que fueron reincorporados al patrimonio de la Corona por Decreto de Carlos III, fechado en 1767 ha deducido que el remate que de tales bienes se hacía, constituía tan sólo un antecedente previo a la venta de los mismos y, por lo tanto, que esa diligencia no puede aceptarse por sí sola, como título capaz de trasladar el dominio de la Corona al rematante. En efecto se procedía primeramente a la parcelación de los terrenos y luego a rematar los diversos globos que en aquellos quedaban divididos; pero este remate se hacía sujeto a capitulaciones que el beneficiario debía luego cumplir, tales como el pago del resto del precio, y la aceptación de las fianzas ofrecidas después de asegurarse de la solvencia de los fiadores. Se requería también la posterior diligencia de entrega, previo inventario de los bienes, y solamente cumplidas tales formalidades podía solicitarse el otorgamiento de la escritura. Aún más: formulada la petición anterior se requería el Decreto de la Junta ordenando la expedición del título de venta, éste sí traslaticio de dominio sobre los bienes rematados. Si la prueba de la existencia en casos concretos como el presente de una escritura de venta además de las diligencias de remate y entrega de los bienes, fueren insuficientes para convencer que dichos remates o entregas, por sí solos, no transmitían el derecho de dominio sacándolo del patrimonio de la Corona, con la transcripción de la parte pertinente de la Real Cédula de 8 de noviembre de 1769 que se hizo ya en sentencia de 11 de marzo de 1957, que ahora se repite, la Sala considera suficientemente esclarecido este punto. (Negocios Generales. Julio 5/57. Nº 2184).....

873, 1ª y 2ª

— 235 —

REPARTO

Los negocios de que deben conocer los Tribunales Superiores de Distrio Judicial, se distribuyen entre sus miembros por el Presidente, y en la diligencia de reparto se aplican las disposiciones del reglamento de la Entidad respectiva (artículo 83 del C. J.), disposición no sólo aplicable a los procesos civiles sino también a los penales o de sanciones disciplinarias por mandato del artículo 7º del C. de P. P. Si en virtud de este mandato y de acuerdo con los reglamentos internos de la Corporación, el Presidente del Tribunal adjudica determinado negocio —reconstrucción del proceso— a un Magistrado, la obligación y deber del funcionario es cumplir esa resolución que se halla de acuerdo con la ley y con el reglamento. Toda discusión frente a preceptos claros y expresos que regulan la diligencia de reparto, que sólo implica una distribución equitativa del trabajo, es perjudicial no sólo para los intereses de la justicia sino también para la sociedad.. (Casación Penal. Julio 31/57. Nº 2184)....

808, 2ª

— 236 —

REPOSICION (Recurso de)

No es censurable ni extraño que un Tribunal confirme un sobreseimiento definitivo consultado, y luego, al resolver la reposición

interpuesta contra el mismo y apoyado en razones legales distintas a las que le sirvieron para proferir la confirmación, lo revoque y llame a juicio. Entre los recursos instituídos contra las providencias judiciales, el de reposición tiene precisamente la finalidad de que ellas "se revoquen, reformen o aclaren" (artículo 484 del C. Judicial), cuando el funcionario o entidad que las dicta llega al convencimiento de que ello es procedente; y el Juez que, por amor propio, vanidad o pretendida suficiencia, se obstina en sostener sin fundamento resoluciones erradas —fuera de los casos que le acarrean responsabilidad penal— no sólo hace nugatorios los efectos de tan importante recurso, sino que se muestra inferior a una misión social cuyo desempeño requiere el desinterés y la imparcialidad más absolutos. No hay derecho de propiedad sobre la razón, y las argumentaciones menos convincentes deben ceder a las de mayor ponderación y fuerza, vengan de donde vinieren. Muchas veces es rectificando, no dogmatizando, como la justicia se administra rectamente. (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184).....760, 1ª y 2ª

— 237 —

REQUERIMIENTO (En qué consiste.—Juez competente para su conocimiento)

A tenor del artículo 325 del C. de Procedimiento Civil, el requerimiento equivale a una simple notificación a la persona designada, de la solicitud del que la formula, con la exhibición de los documentos que acompaña. Los efectos de esa notificación se valoran posteriormente, en el caso de que llegare a promoverse un juicio en que se haga mérito del requerimiento.

Bien claro se ve que la práctica de un requerimiento no constituye una controversia ni puede dar origen a ella.

De acuerdo con el artículo 40 del mismo Código, la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, está limitada a conocer de las controversias, es decir, de los juicios suscitados por contratos celebrados por la Nación. Fuera de esta función exclusiva, no puede actuar.

Por otra parte, según los numerales 4º y 1º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil ya citado, el funcionario competente para conocer de asuntos como el que se estudia, es el Juez del domicilio del interesado.

La Sala Civil de Unica Instancia (hoy Sala de Negocios Generales), en providencia de 31 de mayo de 1940 (G. J. Tomo XLIX, pág. 772), resolvió en igual sentido una solicitud de requerimiento similar a la presente. (Negocios Generales. Junio 18/57. Nº 2183)... 630, 2ª

— 238 —

RESERVA DEL SUMARIO (Cuándo no se quebranta)

El artículo 34 de la Ley 29 de 1944 consagra una excepción al principio de la reserva del sumario, al facultar a los jueces y funcionarios de instrucción para informar oralmente o por escrito de los "autos de detención o su revocatoria, y excarcelación, sin indicación de los fundamentos de hecho ni de derecho", por cuya virtud bien pueden aquellos, lícitamente, dar a conocer el sentido de su providencia. (Casación Penal. Junio 5/57. Nº 2183).....440, 1ª

— 239 —

RESPONSABILIDAD CIVIL (Por actividades peligrosas)

El principio que regula la responsabilidad civil de las personas morales de derecho público tiene como fundamento legal las disposiciones contenidas en los artículos 2347 y

2349 del C. Civil; y según la doctrina sentada por esta Corte, dicha responsabilidad se clasifica en directa e indirecta. La primera es aquella que se genera de un hecho cometido por funcionarios-órganos, o sean los que representan la voluntad del Estado; la segunda se configura cuando el hecho lo consuman funcionarios-dependientes, vale decir, los que no encarnan la voluntad de esa persona moral. Tratándose de actividades peligrosas opera la presunción de culpabilidad de las persoans naturales o jurídicas por el hecho que cometen quienes de ellas dependen, presunción que consagra el inciso final del citado artículo 2347 al decir que la responsabilidad correspondiente a dichas personas cesará "si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". De ahí que para exonerarse de responsabilidad debe la persona natural o jurídica probar la ausencia de su culpa, esto es, demostrar que el daño producido por su dependiente se debió a fuerza mayor o caso fortuito, o responsabilidad de la víctima. Esto porque la presunción se apoya en el deber que tienen las personas naturales o jurídicas de ser cuidadosas en la escogencia de sus servidores y en el control o vigilancia de los mismos. De manera, pues, que al perjudicado por un hecho cometido en el ejercicio de una actividad peligrosa le basta comprobar la realización del acto y al demandado le corresponde desvirtuar la presunción de su culpabilidad para eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa. La jurisprudencia y la doctrina han considerado, de manera invariable, como actividad que implica peligro, la que se relaciona con la dirección o movimiento de una máquina. (Negocios Generales. Mayo 29/57. Nos. 2181-2182).....318, 2ª

— 240 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (De las entidades de derecho público)

Adelantado un juicio, no contra el sujeto pasivo de la acción penal que fue sobreseído definitivamente, sino contra la Nación de la cual aquél era dependiente o subordinado, ésta al tenor de los artículos 2347 y 2349 del C. C. responde por el hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado y vigilancia. Tal responsabilidad radica, pues, en que estando obligada la persona moral a seleccionar sus agentes y dependientes y vigilar su conducta en el ejercicio de sus funciones, no ha puesto el cuidado y diligencia necesarios para impedir el hecho dañoso. Y consecuencialmente, no gravitará dicha responsabilidad, cuando a pesar de haber cumplido a cabalidad con sus deberes de selección y vigilancia, no tuvo medios para impedir el daño, bien porque se produjo a causa de un hecho extraño, por fuerza mayor o caso fortuito, o por culpa exclusiva de la propia víctima.

La circunstancia de no existir en la legislación nacional disposiciones expresas acerca de la manera como las entidades de derecho público comprometen su responsabilidad civil por culpa extracontrato, ha dado origen a que se apliquen a ellas las normas generales sobre la materia contenidas en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil, el primero de los cuales consagra inequívocamente la responsabilidad directa cuando estatuye que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; y el segundo la responsabilidad indirecta, cuando consagra que toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para efectos de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Se ha sostenido que las entidades de derecho público comprometen su responsa-

bilidad de ambas maneras; directamente, cuando son sus órganos los que obran o dejan de obrar; e indirectamente cuando tales actos u omisiones provienen de simples dependientes o subordinados. La Corte, en su Sala de Negocios Generales, adoptó ese criterio por primera vez, en su sentencia de 15 de mayo de 1944.

Sin vacilaciones la Sala reafirma hoy el criterio de que la única fuente aceptable para aplicar la concepción de la culpa civil extracontractual a los casos en que ella es imputada al Estado, es la norma expresa del artículo 2347 del Código Civil, o sea la que consagra la responsabilidad indirecta. No tiene soporte jurídico verdadero la clasificación de los servidores públicos en "funcionarios-órganos" y "funcionarios-dependientes o subordinados". No hay servidor público, por alta que sea su categoría y por importantes que sean las funciones que desempeñe, que pueda confundirse con la persona moral de derecho público, llámese Nación, Departamento o Municipio. El servidor público será siempre un ejecutor de los ordenamientos de la persona moral, que sólo se hacen a través de sus órganos constitucionales. Resulta inadecuado, por no corresponder a realidad alguna, nominar a un servidor público "funcionario-órgano", como si hubiese una sola persona dentro del Estado que, independientemente de las instituciones o de los demás servidores, pudiera "encarnar" la voluntad del organismo todo, o ser consustancial con él. Ya la Sala había anticipado estos conceptos: "No puede decirse con propiedad que los agentes de una persona moral, de cualquier categoría que sean, carecen de toda personalidad porque se confunden con la persona jurídica en cuyo interés actúan; que sus actos no son personales suyos sino de la persona moral, y que por eso es directa y exclusiva de ésta la responsabilidad que en dichos actos se origine". Y como esto es evidente y cierto, a la persona moral no se le puede imputar la comisión de un delito o culpa para comprometer su responsabilidad en forma directa, puesto que sólo las personas físicas que le sirven son capaces de producir esos actos. (Negocios Generales. Julio 4/57. Número 2184)...850, 1ª y 2ª, 851, 2ª y 852, 1ª

— 241 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (De las personas jurídicas)

La responsabilidad extracontractual indirecta por un hecho delictuoso que se dice haberse cometido por empleados o dependientes de la entidad demandada, se basa en la culpa de las personas naturales o jurídicas, por falta in eligendo o in vigilando, es decir, por no haber obrado aquellas personas con sumo cuidado en la elección y nombramiento de sus dependientes o en la vigilancia de los mismos. Por esto lo primero que debe aparecer demostrado plenamente es el hecho ejecutado por el subalterno, para que mediante el análisis de las circunstancias en que ese hecho se consumó pueda saberse si se configura o no la culpabilidad de la persona contra la cual se dirige la acción. Dicho en otros términos, es indispensable comprobar: el hecho que causó el daño; la persona o personas que lo cometieron; la calidad de éstas como dependientes del Estado y el haber actuado en ejercicio o por razón de sus funciones oficiales; las circunstancias y modalidades que rodearon la ejecución del acto dañoso, y los perjuicios ocasionados. (Negocios Generales. Julio 2/57. Nº 2184).....837, 2ª

— 242 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Prescripción de la acción contra entidades de derecho público)

Tres situaciones diferentes pueden contemplarse en cuanto a la prescripción de las

acciones de que trata el artículo 2358 del C. C.: a) La relativa a la prescripción de las acciones civiles consagradas para la reparación del daño procedente de delito o culpas que sean punibles conforme al Código Penal; b) La relativa a la prescripción de las acciones civiles consagradas para la reparación de daños ocasionados en culpas o hechos simplemente dañosos pero que no son punibles de acuerdo con la ley penal, y c) La relativa a las acciones civiles consagradas para la reparación de daños causados a consecuencia, no de actos u omisiones propios, sino del hecho o culpa de terceros de quienes se deba responder.

Para las acciones de la primera clase la disposición es terminante al establecer que prescriben dentro de los términos señalados para la prescripción de la pena; con respecto a las segundas, y dado que la norma transcrita no contempla el caso de hechos u omisiones que si bien causan daños no son punibles penalmente, la jurisprudencia tiene establecido que prescriben conforme a las reglas generales del Código Civil; y en relación con las últimas, es decir, con las que pueden dirigirse contra terceros obligados a responder por los daños causados por otros, también es terminante la disposición al establecer que prescriben en tres años y que este término debe contarse desde la perpetración del acto.

A falta de una norma legal expresa que determine la responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público por los actos u omisiones de sus funcionarios y empleados, el reconocimiento de estas acciones se ha venido haciendo por la Corte con bases exclusivamente doctrinarias y, por lo mismo, la jurisprudencia relativa a este punto no ha sido siempre uniforme.

La responsabilidad de las entidades de derecho público se dedujo unas veces del artículo 2341 del C. C. que consagra dicha responsabilidad en forma directa, y en otras del artículo 2347 ibidem que la consagra de manera indirecta al estatuir que toda persona es responsable, para los efectos de indemnizar el daño, no sólo de sus propios actos u omisiones sino también de los de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Primitivamente se sostuvo que las entidades de derecho público y las personas jurídicas no eran capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal, pero que sí lo eran sus representantes o agentes quienes comprometían con sus actos u omisiones, de manera indirecta, la responsabilidad de aquéllas. La responsabilidad que entonces se deducía a cargo de las entidades de derecho público se hacía derivar de su falta de vigilancia sobre las personas o cosas puestas bajo su control, o en la mala elección de dichas personas. Más tarde, la influencia francesa introdujo en nuestra jurisprudencia la noción de la llamada "falta o culpa de servicio" conforme a la cual incumbe a la Administración responder siempre de los daños provenientes de la acción u omisión de un servicio público, en los cuales, si bien es cierto que interviene una persona natural debe considerarse, según dicha tesis, que ha obrado o dejado de obrar la Administración y que, por consiguiente, ésta debe responder directamente de los daños ocasionados por tales acciones u omisiones.

Rechazada también esta doctrina, en sentencia de 1944 y concretando la cuestión a las personas jurídicas de derecho público, se hizo la distinción entre órganos y agentes de la persona jurídica, para concluir que la responsabilidad de dicha persona era directa cuando actuaban sus órganos e indirecta cuando actuaban sus agentes. Y para distinguir entre órganos y agentes dijo la Sala: "Habrá órgano de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que dirige', y en los

demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos".

La necesidad de distinguir y clasificar con precisión las diversas funciones de las personas naturales que actúan o dejan actuar en nombre de las entidades de derecho público, hicieron inoperante esta doctrina, dando así origen a una jurisprudencia contradictoria.

Más tarde, en busca de uniformidad y en orden a fijar su pensamiento sobre tan importante materia, la Sala, en sentencia de 4 de julio del año en curso, reafirmó su criterio "de que la única fuente aceptable para aplicar la concepción de la culpa civil extracontractual a los casos en que ella es imputada al Estado, es la norma expresa del artículo 2347 del Código Civil, o sea la que consagra la responsabilidad indirecta".

Resulta ilógico que, en tratándose de responsabilidad, pueda aplicarse a las personas de derecho público, el artículo 2341 del C. C. que se refiere claramente a "el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro". Porque siendo imposible físicamente que tales entidades puedan cometer un delito, todas las reflexiones que pudieran hacerse para demostrar este imposible carecerían de base humana y legal. A falta de una disposición expresa, la única fuente para deducir a cargo de ellas responsabilidad por la comisión de un delito, y la consiguiente obligación de reparar los perjuicios que éste cause, es la consagrada en los artículos 2347 y 2349 ibidem que, por razones de los vínculos de autoridad, vigilancia o elección de que allí se trata, imponen también la obligación de responder por los daños causados por sus dependientes o empleados.

De ahí que se haya dicho que las reflexiones relativas a la culpa in vigilando o in eligendo no están amenazadas de desuetud entre nosotros mientras no sobervenga una legislación expresa que reglamente la culpa en que pueden incurrir las personas jurídicas. (Negocios Generales. Julio 26/57. Nº 2184)

916, 2ª, 917, 1ª y 2ª y 918, 1ª y 2ª

— 243 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Prescripción de la acción por delitos o culpas penales)

En el Título 34 del C. C. se contemplan tres clases de responsabilidades: a) La proveniente del hecho personal; b) La que proviene del hecho o culpa de personas que están bajo el cuidado y vigilancia de otras que responden por ellas; y c) La derivada del hecho dañoso de cosas animadas o inanimadas.

De la primera ha dicho la jurisprudencia que se trata de una responsabilidad directa por cuanto la reparación del daño se impone directamente al autor del delito o culpa que lo haya causado. De las otras dos se ha dicho que es indirecta, nacida del vínculo de dependencia, de autoridad o de vigilancia que existe entre el autor directo del daño y la persona de quien éste depende.

De acuerdo con el artículo 2358 del C. C. las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal; y las consagradas para la reparación de los mismos daños que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones del Título 34 del C. C. prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.

No señala el referido artículo el término para la prescripción de las acciones civiles encaminadas a la reparación de los daños originados en culpa o hecho que aunque dañosos no sean reprimibles por la ley penal, y por ello la jurisprudencia tiene establecido

que las acciones de esta clase prescriben conforme a las normas generales del derecho civil. Pero sí es muy claro el artículo citado en cuanto a los términos para la prescripción de las acciones civiles que puedan ejercitarse contra quienes, además de estar obligados a la reparación civil, deben responder penalmente de la culpa o hecho causantes del daño; y muy claro también en cuanto a los términos para la prescripción de las acciones civiles que puedan ejercitarse contra quienes, a pesar de no ser los autores directos de la culpa o hecho dañosos, son obligados por la ley a indemnizar los daños causados por las personas o las cosas puestas bajo su vigilancia y cuidado. De suerte que en tratándose de la reparación de daños originados en delitos o culpas castigados por el Código Penal, lo importante para saber cuál es el lapso aplicable para la prescripción, es conocer si la acción civil propuesta se ha dirigido contra el directamente responsable del delito o la culpa que han causado el daño (artículos 2341 y 2345 del C. C.) o contra el obligado directamente a responder de la conducta de las personas puestas bajo su vigilancia o cuidado (artículos 2346, 47, 48, 49, 52).

Naturalmente al resolver sobre este punto de la responsabilidad directa o indirecta de la Nación, se presentan al juzgador diversas y contradictorias doctrinas: las de quienes consideran al Estado como un simple complejo de Servicios Públicos, que se manifiesta siempre a través de éstos, absorbiendo la culpa de las personas a cuyo cuidado se hallen tales servicios y que al atribuir al Estado una responsabilidad directa exigen que la prescripción de estas acciones se gobierne conforme al inciso 1º del artículo 2358 citado; las de quienes distinguen entre **órganos** y **agentes** de la administración para atribuir culpa directa del Estado cuando actúan sus órganos e indirecta cuando actúan sus agentes y que resuelven el problema de la prescripción aplicando el inciso 1º del mencionado artículo a la actividad u omisión de los órganos y el inciso 2º al hecho positivo o negativo de los agentes; y la de quienes consideran al Estado como persona moral, físicamente incapaz de cometer delitos o incurrir en culpas pero que lo obligan a responder por las acciones u omisiones de sus funcionarios o empleados, con responsabilidad indirecta, es decir, como a tercero responsable. (Negocios Generales. Julio 26/57. Número 2184).....921, 2ª y 923, 1ª y 2ª

— 244 —

REVISION

El hecho o la prueba no conocidos al tiempo de los debates que fundan la revisión de las sentencias ejecutoriadas, son exclusivamente los que establecen la inocencia o la irresponsabilidad o constituyen indicios graves de éstas. (Casación Penal. Mayo 9/57. Nos. 2181-2182).....170, 1ª y 2ª

— 245 —

REVISION (Por impedirse el derecho de defensa)

Para poder afirmar que la declaratoria de reo ausente, con base en un informe falso de la Secretaría del Juzgado, impidió el ejercicio pleno del derecho de defensa y que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, debe traerse a los autos la copia de aquel informe que condujo al emplazamiento, pues de lo contrario se ignoran las bases que hubo para decretarlo. Sin ella, es imposible afirmar que el emplazamiento hubiese tenido origen viciado, que sea falsa la prueba que engendró la orden de citación, el emplazamiento mismo y la actuación subsiguiente. No es suficiente la aseveración del secretario del Juzgado sobre la existencia de un único telegrama en que se solicita la captura del procesado, para inferir que la afir-

mación de la Secretaría era falsa, dado que se desconoce el escrito correspondiente. La Corte, dejó muy en claro, en providencia de 12 de mayo de 1956 (GACETA JUDICIAL, Tomo LXXXII, 627 ss.), cómo para que el recurso de revisión prospere, cuando hay falsedad en un informe secretarial, básico para la declaratoria de reo ausente y que hace que la actuación posterior influya definitivamente en el fallo y se considere al reo ajeno al juicio, es necesario que "se demuestre plenamente que la declaratoria de 'reo ausente' tuvo lugar respecto de una persona que hallándose presente en el lugar del juicio, previa comprobación de esta circunstancia por un informe no ceñido en un todo a la verdad, el funcionario hace la declaratoria de 'reo ausente' y se adelanta el proceso en contumacia". Así, pues, debe demostrarse que la noticia dada por el secretario y que originó el auto en que se ordenó el emplazamiento, era falsa. Y ello sólo podría hacerse mediante el conocimiento directo de la pieza atacada como falsa y del resto de pruebas. (Casación Penal. Junio 6/57. Nº 2183). 449, 1ª y 2ª

— S —

— 246 —

SALARIO (Remuneración en especie)

Cuanto al pago de salarios en especie, conviene recordar la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en fallo de 3 de noviembre del año de 1954, en el juicio de Medardo Girón contra la sucesión de Joaquín Saavedra. - Dijo así el Supremo: "Dentro de la política social de protección al salario, la tendencia universal moderna ha impuesto el pago en metálico como forma principal de remunerar el trabajo humano. Por eso el 'truck system' o sistema de trueque, que consiste en pagar el salario en mercancías o en bonos o papeles que no tienen curso legal y únicamente son canjeables por artículos de consumo inmediato suministrados por el patrono en sus propios establecimientos o comisariatos, ha sido prohibido en casi todos los países por ser un sistema inmoral y lesivo de los intereses de los trabajadores, que facilita el fraude del patrono para disminuir la remuneración del asalariado mediante el encarecimiento arbitrario del valor de los suministros.

"El artículo 24 de la Ley 83 de 1931 prescribió que los sueldos y salarios debían ser pagados en moneda legal —principio que reprodujo, en cuanto al salario en dinero del artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo—. Y como lo observa el ad-quem, los numerales 1º y 3º del artículo 27 del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 6ª del mismo año y los artículos 136 y 137 del C. S. del T. prohiben expresamente el 'truck system' y la venta de mercancías o víveres por el patrono a sus asalariados, con las excepciones allí prevista. De la situación normativa anterior el Seccional dedujo que el único salario en especie permitido en la legislación colombiana era el constituído por alimentación, vestido y alojamiento para el trabajador y su familia; y que cualquiera otra retribución en especie que se pactara era ilícita y, por lo tanto, nula, por lo cual no podía tomarse en cuenta como elemento integrante para calcular el monto de las prestaciones laborales.

"La definición de salario como concepto jurídico-legal, sólo vino a establecerse por el artículo 127 del C. S. del T. pero con anterioridad a la expedición de este Estatuto (que es la situación dentro de la cual debe estudiarse el caso sub-lite, pues el contrato del actor terminó el 31 de marzo de 1950, es decir, antes de la vigencia del citado Código), existían ya disposiciones que permitieron a la jurisprudencia estructurar un amplio concepto del salario, para aplicarlo, no solamente a los casos previstos de liquidación del auxilio de cesantía, sino a todo el régimen

general de prestaciones, normas que, por otra parte, pueden considerarse como los antecedentes inmediatos del artículo 127 del C. S. del T.".

Invoca el Tribunal Supremo como disposiciones que antecedieron a la última norma citada, las siguientes: el artículo 25 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que establece como cómputo del salario no sólo la remuneración fija, "sino toda remuneración eventual devengada, o que se pague en especie"; el artículo 2º de la Ley 65 de 1946, que ordena que en la liquidación de la cesantía se apliquen las reglas del Decreto 2567 de 1946 y que en su cómputo se tenga en cuenta no sólo "el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios"; la primera parte del parágrafo 1º del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, reglamentario de la citada Ley 65 de 1946.

Más adelante expresa así el fallo transcrito:

"Los textos normativos relacionados anteriormente contienen, sin lugar a dudas, un concepto extensivo de lo que debe entenderse por salario, que obliga, en consecuencia, a una interpretación amplia de los mismos, pues sobre la base doctrinaria de que el salario debe ser la contraprestación integral de lo que reciba el trabajador por sus servicios, dichos textos aceptan como tal no solamente la remuneración fija, sino toda retribución ordinaria y permanente que se perciba a cualquier otro título y que directa o indirectamente tenga por objeto compensar servicios laborales. Y como la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947 son disposiciones posteriores a las Leyes 83 de 1931, 6ª de 1945 y al Decreto 2127 del mismo año, ningún criterio de hermenéutica se opone a concluir que las limitaciones establecidas en normas anteriores se armonicen con el criterio de amplitud conceptual de normas posteriores, para tratadistas que consideran posible, y a veces conveniente la remuneración en especie, no obstante reconocer la prevalencia del sistema de remuneración en metálico, se entienda que el salario en especie pueda consistir en elementos distintos a la alimentación, vestido y alojamiento, sin que por ello se contraríe o desconozca la reglamentación prohibitiva del "truck system". (Casación Laboral. Mayo 31/57. Nos. 2181-2182)..... 274, 2ª y 275, 1ª y 2ª

— 247 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (a Magistrados de Tribunal Superior)

Riñe con la dignidad del cargo que desempeña y es constitutiva de mala conducta social la del Magistrado de Tribunal Superior que aprovecha la presencia en público de un Ministro de Estado para obligarle a discutir sobre un tema no sólo político, sino capaz de provocar reacciones diversas entre quienes intervienen en la discusión y, por lo mismo, apto para el escándalo. (Sala Plena. Abril 22/57. Nos. 2181-2182).....6, 1ª

— 248 —

SEGURO DE VIDA

Debe establecerse la relación de causa a efecto entre la enfermedad que aquejaba al trabajador al tiempo de la terminación del contrato y la muerte ocurrida dentro del término previsto por la ley. (Casación Laboral. Junio 19/57. Nº 2183).....583, 2ª

— 249 —

SEGURO DE VIDA (Cuándo cesa esta obligación)

Según el artículo 298 del Código Sustantivo del Trabajo, la obligación del seguro cesa a la terminación del contrato de trabajo, sal-

vo que éste termine por despido injusto o estando el trabajador afectado por enfermedad profesional o no profesional o por accidente de trabajo, casos en los cuales la protección del seguro se extiende por algún tiempo más allá de la terminación del vínculo. (Casación Laboral. Junio 19/57. Nº 2183)....582, 1ª

— 250 —

SENTENCIA (Clasificación.—Presupuestos procesales)

Los procesalistas dividen en dos grandes grupos las sentencias definitivas o sea las resoluciones con que se pone término al juicio: 1º De fondo o sustantivas, cuando deciden sobre el derecho o la acción, caso en el cual producen los efectos de cosa juzgada sustancial; 2º Procesales o adjetivas, cuando no versan sobre lo principal del juicio y sus efectos son apenas de cosa juzgada en el sentido formal. Sobre esta distinción Guasp propone que la sentencia absolutoria de fondo o sustantiva se denomine 'sentencia desestimatoria de la demanda' y que la sentencia adjetiva o procesal que decide solamente los presupuestos procesales se le llame 'sentencia absolutoria' simplemente. La sentencia desestimatoria del primer grupo libera al demandado definitivamente de la acción o sea de las pretensiones del actor, mientras que la del segundo sólo lo libera del proceso actual, esto es, de aquel en que se dicta el fallo.

En el segundo grupo quedan comprendidas las sentencias que se pronuncian sobre la falta de los presupuestos procesales.

Aun cuando las dos clases de sentencias absolutorias de que se viene hablando son desestimatorias, su diferencia es patente porque las primeras o sea las de fondo o sustantivas destruyen la acción, mientras las segundas, esto es las procesales o adjetivas, sólo la paralizan y terminan el juicio por motivos meramente procesales. La falta de legitimación en causa es elemento estructural de la acción y cuando por falta de ese elemento el juez desestima la demanda, se pronuncia sobre el fondo del negocio. Los presupuestos procesales: demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente, son requisitos para que se trabe formalmente la litis y cuando por falta de alguno de estos requisitos el juez desestima la demanda no hace otra cosa que inhibirse de fallar en el fondo del negocio. (Casación Civil. Abril 11/57. Nos. 2181-2182).....23, 2ª y 24, 1ª

— 251 —

SENTENCIA ABSOLUTORIA (Cómo se pronuncia)

El artículo 431 del C. J. indica cómo deben formularse las sentencias y ordena que en la parte resolutiva debe hacerse, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, pero no exige que cuando la sentencia sea absolutoria deba pronunciarse la absolución de un modo expreso, sirviéndose del verbo "absolver", porque el pronunciamiento absolutorio puede hacerse con otros vocablos que lo indiquen inequívocamente. Ordinariamente y para mayor claridad se dice en estos casos que se absuelve al demandado de los cargos de la demanda, pero también hay otras fórmulas de absolución usuales, y aun cuando la fuerza obligatoria de la sentencia se encuentra en la parte resolutiva, ello no impide para su recta interpretación mirar las razones de orden objetivo que le sirvieron de fundamento. (Casación Civil. Abril 11/57. Nos. 2181-2182).....24, 2ª

— 252 —

SENTENCIAS (Aclaración de)

Es inadmisible la pretensión encaminada a que la Corte entre en consideraciones que

vengan a desvirtuar el fallo ya dictado o en especulaciones de carácter jurídico que compliquen su interpretación. El derecho a pedir aclaraciones no puede convertirse en recurso de reposición que dé margen para revocar o reformar el fallo, porque esto lo prohibe expresamente el artículo 482 del C. J. (Casación Civil. Febrero 5/58. Nº 2184)..731, 1ª

— 253 —

SENTENCIAS (Forma de dictarlas)

La ley quiere, para producirse el fallo, que se tengan todas las premisas necesarias — prueba completa del cuerpo del delito, imputación y responsabilidad, indemnización de perjuicios, etc.—, para llegar al fallo, su resumen y conclusión. Si el artículo 159 del C. P. P. determina la forma de la sentencia, ello se debe a que se quiso tratar de obtener máxima claridad en aquella providencia, pero si esta claridad existe, sin que por otra parte se halle la división minuciosa que allí se prevé, mas sí todos los elementos de fondo, apenas habría una irregularidad, que no está establecida como causal de casación, como que no engendra nulidad. (Casación Penal. Junio 3/57. Nº 2183).....436, 2ª

— 254 —

SENTENCIAS (Su registro)

La falta de registro de una sentencia, no es obstáculo para su obligatoriedad y cumplimiento entre las partes. Quienes fueron litigantes en el juicio en que se dictó, o quienes derivan sus derechos o pretensiones de quien fue litigante, no pueden alegar con éxito que la sentencia no está registrada para evitar su alcance y cumplimiento, porque la fuerza obligatoria surge del fallo mismo, y la formalidad del registro de la sentencia que la ley exige mira a los fines de esa institución relacionados con terceros. (Casación Civil. Julio 26/57. Nº 2184).....736, 2ª

— 255 —

SIMULACION (Efectos contra terceros)

Cuando la doctrina y la jurisprudencia han dicho que el decreto de simulación no produce efectos contra terceros, se refieren a los adquirentes de buena fe antes de decretarse la simulación, pero no podrían considerarse como terceros amparados por esa doctrina quienes con posterioridad a la sentencia que declara la simulación adquieren el derecho del simulante, aun cuando subsista el registro del título que se declaró simulado, por no haberse inscrito el fallo. (Casación Civil. Julio 26/57. Nº 2184).....736, 2ª

— 256 —

SIMULACION (Prueba del no pago del precio)

La comprobación del pago de precio cuando se ejercita la acción de simulación (en este caso falsedad) no es carga que corresponda al demandado, ya que éste está amparado con la declaración de pago que contiene la escritura, la que hace fe contra los otorgantes en virtud del artículo 1759 del C. C. Es al denunciante a quien corresponde demostrar la falta de pago si quiere aprovechar el no pago como indicio de la simulación del contrato, tanto más si se ha demandado subsidiariamente la resolución del contrato por tal motivo. (GACETA JUDICIAL, Nos. 2174 y 2175, pág. 869). (Casación Civil. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182).....126, 2ª y 127, 1ª

— 257 —

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO (Debe ser consultado)

El artículo 5º del Decreto 3347 de octubre

31 de 1950, al establecer que "en todo caso los autos de sobreseimiento definitivo serán consultados"; es decir, modificó el contenido y alcance del artículo 430 del C. de P. P., al establecer en forma expresa y obligatoria la consulta para los autos de sobreseimiento definitivo. En otros términos, ninguna providencia de esta naturaleza causa ejecutoria si no es consultada, sólo en firme el auto o providencia que resuelve la consulta se puede decir, jurídicamente, que el auto de sobreseimiento tiene el carácter de definitivo.

En el presente caso, el proceso se adelantó omitiendo el cumplimiento del artículo 5º del Decreto número 3347 de 1950, que ordena la consulta del sobreseimiento definitivo y como esta determinación hace parte integrante y esencial del auto de noviembre nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro, que también contiene el llamamiento a juicio, estima la Corte que el procedimiento no podía adelantarse ni culminar con sentencia, mientras no se surta la consulta del sobreseimiento definitivo, porque si éste es revocado y reemplazado por un llamamiento a juicio, es obvio que la causa tenga un solo procedimiento y la sentencia se pronuncie sobre todos y cada uno de los cargos contemplados en el auto de proceder. En esta forma se cumple el contenido del artículo 54 del C. de P. P. que determina que los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso. (Casación Penal. Mayo 21/57. Nos. 2181-2182)... 190, 1ª y 2ª

— 258 —

SUBORDINACION (Presunción de)

Para su calificación de fondo, sobre inexistencia de un contrato laboral entre los litigantes, el Tribunal se empeñó en descubrir, a través de las probanzas, el elemento subordinación. En principio, esto no es injurídico, ya que dicho elemento tiene carácter esencial en las relaciones de aquella naturaleza; mas la manera como adelantó tal investigación, reclamando directamente de la actividad probatoria del trabajador la demostración de su continuada dependencia, olvida los preceptos legales invocados por el recurrente sobre el medio probatorio denominado presunción, y la presencia de ésta en toda relación de trabajo, conforme al artículo 24 del CST, por el solo hecho de la prestación personal de servicios para otra persona. (Casación Laboral. Junio 18/57. Nº 2183)..557, 2ª y 558, 1ª

— 259 —

SUBORDINACION O DEPENDENCIA (En qué consiste)

La subordinación o dependencia, de conformidad con el artículo 23 del C. S. del T., tiene que ser continuada y en forma de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Es decir, que esa subordinación ha de consistir en poner a disposición del otro, el patrono, la capacidad, la energía de trabajo, que por ello queda sometida, jurídicamente hablando, bajo su dirección. Es precisamente este el pensamiento de los expositores Planiol y Ripert cuando al referirse a los contratos simplemente de obra, expresan: "pero si el obrero toma el trabajo a su riesgo, fuera de todo control ajeno, se convierte en empresario o sub-empresario, según que contrató con el dueño o con un empresario general". (Casación Laboral. Abril 11/57. Nos. 2181-2182). 227, 2ª y 228, 1ª

— T —

— 260 —

TERCIADORES O ACARREADORES (Contrato de trabajo)

En las relaciones de trabajo a que pueda haber ocasión, fácilmente aparecen los ele-

mentos, prestación de servicio y remuneración; mas lo difícil en esas distintas relaciones para configurar su especial naturaleza contractual-laboral, es hallar en los diversos casos el elemento subordinación o dependencia requerido como esencial. No puede quedar sometido en su actividad de trabajo con la requerida subordinación, quien usa de su libertad para ofrecer sus servicios a quien lo busque como lo hacen los terciadores o acarreadores, que reparten su actividad entre las varias exigencias que se vayan presentando y que al obrar de esta manera no los liga permanentemente a ninguna empresa o patrono, así fuera la que les dé preferencia en el trabajo. (Casación Laboral. Julio 12/57. Nº 2184).....823, 2ª

— 261 —

TERMINOS (Interrupción)

Sabido es que nuestro sistema procesal se estructura por etapas de tiempo determinado, para que dentro de ellas se realicen los actos previstos para cada acción, según su naturaleza. (En el juicio ordinario ellas van: desde la presentación de la demanda hasta que se traba la litis, luego la del término probatorio, y finalmente la de los alegatos de conclusión). Pero además de ese desarrollo general de la acción, la ley ha previsto también la ocurrencia de incidentes que puedan promoverse, ya dentro de una determinada etapa, por ser de solución pertinente a ella, o bien en cualquier estado del juicio antes de producirse el fallo.

Todo acto de postulación en el curso de una de las etapas del proceso, y entre ellos el que se dirige a promover un incidente, interrumpe necesariamente el término matemático que se está corriendo, sin que tal interrupción signifique una violación de la ley por no estar prevista dentro de las causales taxativas de interrupción de términos, sino que apenas representa el natural compás de espera que forzosamente ocurre cuando al formularse una petición cualquiera ha de decidirse sobre ella. Estas interrupciones, por ser de obvia y natural ocurrencia, y por no tener influencia decisiva sobre la marcha normal del proceso, no están consideradas ni reglamentadas en el Código de Procedimiento; pero la jurisprudencia, basada en la práctica y en la realidad objetiva que se contempla en la tramitación de los juicios, las ha tenido en cuenta para descontarlas del término en curso al efectuar en casos concretos un cómputo de tiempo. Y es porque la interrupción transitoria del término que se esté corriendo, está determinada no sólo porque así lo impone la necesidad de las partes de formular peticiones que están dentro del razonable ejercicio de los derechos procesales en cualquier instante, y del deber del juzgador de resolverlas oportunamente, sino porque en nada aminoran el término ordinario y los comunes del juicio. Estaría por demás en esta providencia hacer una enumeración de los muchos actos procesales que en esas condiciones se cumplen, sin que por ello se infiera agravio a las partes ni se desconozcan sus legítimos intereses dentro del proceso. (Negocios Generales. Julio 4/57. Nº 2188).844, 2ª y 845, 1ª

— 262 —

TESOREROS Y CONTRALORES MUNICIPALES (Ejercen funciones públicas)

En opinión del recurrente, los Tesoreros y Contralores municipales no ejercen cargo de autoridad pública, concepto que es completamente infundado. Bastaría para demostrarlo que dichos funcionarios tienen medios compulsivos jurídicos, para el cumplimiento de sus soluciones, como por ejemplo la actividad jurisdiccional que de una manera coactiva pueden ejercer los primeros; y las fun-

ciones de fiscalización que ejercen los segundos sobre los empleados de manejo. Unos y otros ejercen la actividad pública con el carácter de potestad administrativa, en el sentido que esa actividad les confiere el derecho público. Unos y otros son simples colaboradores materiales de la administración sin órganos de ésta con pleno poder que implican las tres etapas del acto administrativo, y que son: la deliberación, la decisión y la operación externa, no sólo en el orden disciplinario sobre sus subalternos, sino, también en lo que se refiere al impulso administrativo que la ley le ha otorgado con facultades plenas. (Casación Civil. Mayo 3/57. Nos. 2181-2182) 71, 2ª

— 263 —

TESTAMENTO (Impugnación del otorgado por un ciego)

El artículo 1769 del C. C. estatuye que las manifestaciones de descargo y obligaciones contenidas e impuestas en un instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas para quienes se hacen y transfieren ya sea a título singular o universal. Consiguientemente, la manifestación que hizo la otorgante de estar ciega al momento de testar obliga a los que fueron instituídos herederos mientras éstos no demuestren plenamente lo contrario. Ahora: si el hecho de la ceguera viene acreditado en el testamento que los actores presentaron como prueba, entonces mal podrían exigir la comprobación de la existencia de ese hecho por medios probatorios independientes y separados del mismo documento. La parte actora adujo el testamento como prueba y debe estimarse en toda su integridad así venga a perjudicarles alguna de las manifestaciones hechas por la misma testadora. (Casación Civil. Abril 10/57. Nos. 2181-2182) ... 15, 2ª

— 264 —

TESTAMENTO (Manifestación de ceguera del testador)

La manifestación que hizo la testadora de estar ciega al momento de testar fue clara y ostensible y el hecho se dio por tal por el Notario sin más precauciones al respecto, porque no era atribución suya obtener la prueba científica del caso en orden a la comprobación de si la otorgante que se anunciaba ciega lo era en realidad; como en otro caso no habría estado obligado a obtener la prueba de que quien se dijo sordomudo o simplemente mudo o sordo lo era en realidad para entonces rodear el testamento de las especiales formalidades prescritas por la ley. El Notario en presencia de los testigos y de los otorgantes se limitó a dar fe de los hechos y declaraciones de la testadora, y si ésta manifestó que adolecía de ceguera quedaba en su deber darle cumplimiento al mandato legal ya conocido. (Casación Civil. Abril 10/57. Nos. 2181-2182) 14, 1ª

— 265 —

TESTIMONIO (Apreciación de esta prueba)

El testimonio, como medio de prueba, requiere ser sometido a una crítica minuciosa. De allí la forma como el C. J. consagra reglas que aseguran la veracidad de los testigos, estableciendo incapacidades de orden físico, mental y moral, fijando hechos que hacen sospechosas las declaraciones y estableciendo requisitos para su recepción, como también reglamentando la comparecencia de los declarantes. Todas estas reglas son de importancia fundamental, puesto que, la omisión de alguna de ellas, le quita veracidad al testimonio. Y en lo que se relaciona con su valor probatorio, en las legislaciones que consagra la tarifa legal de pruebas, señala nor-

mas de indispensable cumplimiento para el fallador.

Pero en relación con esos requisitos, unos son de forma y otros son de fondo. Los primeros son los establecidos en los arts. 674, 675, 676, 677, 680, 683, 684, 685, 687, 688, 689, 691, 692 del C. J. Los segundos en cambio establecen tres elementos fundamentales para garantizar la veracidad del testimonio, a saber: que sea responsivo, exacto y completo; y además, que los testigos expongan las razones o fundamentos de sus afirmaciones. Es verdad que todos los requisitos tanto los de forma como los de fondo, tienen como finalidad común asegurar la veracidad; pero existe entre ellos una graduación en relación con su importancia, puesto que no afectaría al testimonio de la misma manera la omisión de la edad, el estado civil, la profesión, que una declaración que no expusiera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo constató los hechos afirmados, que omitiera la razón de sus afirmaciones, o que éstas fueran vagas, incompletas o incoherentes.

Que los bienes sobre que deponen los testigos estén situados en lugar distinto del domicilio de éstos, es circunstancia meramente adjetiva y accidental y no afecta en nada la veracidad de sus exposiciones. Se trata de un requisito meramente adjetivo, como la expresión del estado civil, y de la profesión y oficio, elementos que tienden a identificar al declarante y a reunir algunos datos sobre su personalidad en relación remota con la veracidad de sus afirmaciones.

Ni el saber firmar indica ilustración en la persona del declarante, ni el ignorarlo lo inhabilita absolutamente para rendir declaración. Dentro de las exigencias intelectuales de los deponentes sólo se requiere una buena capacidad de aprehensión, de percepción y de relación, pero de ninguna manera algún grado de preparación en el testigo. Y esa capacidad de percepción, de aprehensión, de retención y de relación en los juicios lógicos, son cualidades que se encuentran en el común de las gentes, aún en las personas más sencillas y de la más humilde condición social y económica. Y si a esto se agrega que los declarantes tienen buena capacidad moral para deponer porque son ajenos a las pasiones, a los resentimientos y al interés económico, las exposiciones de estas personas son siempre dignas de crédito.

En concepto de la Corte, no es indispensable en los juicios de dominio que los testigos digan con precisión cuáles son los linderos de la finca o del bien inmueble; puesto que la identificación de éste, y que es uno de los requisitos indispensables para que prospere, se establece adecuadamente es con la inspección ocular mediante un confrontamiento entre los linderos descritos en la demanda, en la prueba que se suministre sobre el dominio y esta diligencia que viene a ser una verificación de las líneas divisorias sobre el terreno que lo configuran como cuerpo cierto.

La facultad otorgada por el artículo 688 del C. J. debe entenderse en el sentido de que cuando el testigo por dificultades en el lenguaje o por ignorancia no pueda expresarse con claridad, el funcionario que recibe su exposición puede interpretar el sentido de las respuestas, pero jamás alterar o desviar la intención y la voluntad del declarante en relación con sus afirmaciones.

Es costumbre en los abogados al elaborar las preguntas emplear una terminología técnica, con el fin de adaptarlas a las expresiones que se usan en los Códigos, con lo cual no es que se quiera poner en boca de los testigos esas mismas expresiones, sino después de desentrañar el sentido auténtico de sus exposiciones. El eminente sentido jurídico que tienen los actos de posesión y de dominio, de explotación económica, las diferencias aunque muy visibles en el campo jurídico entre la posesión del simple poseedor y la del verdadero dueño, implican para los de-

clarantes un sentido jurídico que no está al al alcance del común de las gentes. Es por esto por lo que considera la Corte que cuando se trata de estimar exposiciones de testigos sobre hechos judiciales que tengan una eminente significación jurídica, se hace indispensable deslindarlos, pura y simplemente, de las apreciaciones jurídicas que fuera de su función puedan hacer los testigos. Esta es una de las actividades trascendentales del Juez en el examen y estimación del testimonio humano.

Tratándose de configurar la posesión y el lapso prescriptorio correspondiente, para efectos de determinar la prescripción adquisitiva, basta con que los testimonios no den lugar a ninguna duda sobre la naturaleza de los ejecutados; puesto que, la calificación jurídica y los efectos del mismo orden, es función exclusiva del fallador, en su actividad específica de aplicación del derecho.

Ya ha aceptado la Corte que además de los requisitos que se indican como fundamentales para la veracidad del testimonio, existe otro de no menor significación e importancia y que consiste en la exigencia de que los deponentes expongan la razón y fundamentos de sus afirmaciones. Estas razones consisten, en la opinión unánime y autorizada de los más ilustres tratadistas de pruebas judiciales en la enumeración de las circunstancias de tiempo, modo y lugar dentro de las cuales se llevó a cabo la observación de los hechos, puesto que sólo de este modo puede creerse en un conocimiento completo por parte del testigo, determinar los yerros en que pudo incurrir o las desviaciones de la voluntad y de la imaginación que son las facultades que se ponen en juego cuando el testigo hace una relación falsa de los hechos. No debe olvidarse que los fenómenos de percepción, aprehensión, y relación cuyo conjunto constituye el acto cognoscitivo pueden estar expuestos a múltiples desviaciones; y es por esto por lo que el examen del testimonio exige un escrupuloso confrontamiento de las condiciones en que pudo realizarse por parte de los deponentes, para determinar si ese acto cognoscitivo pudo realizarse en condiciones normales y aceptar su veracidad; o, por el contrario, si el conocimiento fue imposible porque no eran favorables las circunstancias para que se llevara a cabo la observación de los hechos y rechazar las afirmaciones de los declarantes.

En reiteradas ocasiones la Corte ha sentado doctrinas de la mayor importancia en relación con el criterio para la estimación de la prueba testimonial, mediante análisis muy completos llevados a cabo de acuerdo con los principios de la ciencia de las pruebas. De todas ellas se desprende que por ser el testimonio un medio probatorio fundamental se hace indispensable tomar todas las precauciones para su estimación, teniendo en cuenta que la ausencia de uno o algunos de los requisitos de fondo le quitan todo valor probatorio: que éste sea responsivo, porque si este requisito se omite, no se tendría una versión auténtica de la exposición testimonial; que sea exacto, porque si se omiten detalles, condiciones y circunstancias de significación, no se obtienen versiones rotundas y categóricas sobre los hechos; que sea completo, en el sentido de que haya una concatenación lógica entre esos mismos detalles, condiciones y circunstancias, porque, de lo contrario, el acto de conocimiento y de recuerdo estarían seriamente afectados con perjuicio de las mismas exposiciones de los testigos. Y, por último, que éstos expongan, además, las razones y fundamentos de sus afirmaciones, en cuanto al modo, tiempo y lugar, puesto que sin este requisito sería completamente imposible para el fallador proceder a una estimación acertada del testimonio.

Pero debe tenerse en cuenta que entre esos cuatro requisitos existen relaciones muy próximas. En efecto, el carácter responsivo,

o sea, la actividad que debe desarrollar el testigo para hacer una relación espontánea de los hechos, está íntimamente vinculada a la exactitud, a la suficiencia y a las razones y fundamentos de su declaración, ya que todos ellos tienden a suministrarle al fallador elementos para su estimación. Y, del mismo modo, la exactitud y la suficiencia suponen e implican una fidelidad en la relación de los hechos, sin desviaciones ni exageraciones que le mermen veracidad. Es decir, que los tres requisitos mencionados tienden a asegurar que las exposiciones de los declarantes se lleven a cabo dentro de la mayor sinceridad, espontaneidad y rigor lógico, con el fin de que el testimonio sea un eficaz medio auxiliar de la justicia y el derecho.

La constatación del ánimo de dominio es un fenómeno íntimo que puede escapar al testimonio humano; no puede inducirse por los testigos, aunque éstos conozcan la naturaleza de los hechos ejecutados por el supuesto poseedor a pesar que éstos seán para los declarantes de fácil percepción y constatación. De la naturaleza de los actos que ejecuta una persona sobre un fundo, no puede inducirse siempre, lógicamente, si son los de un tenedor, o si por el contrario, son de disposición o de dominio. Entre los primeros y los últimos no existen diferencias y es por esto por lo que, en relación con ellos no existen discrepancias, por el aspecto objetivo, porque ambos desarrollan de una manera amplia, la explotación económica del fundo. Esta es la razón por la cual el legislador, al dar un criterio para determinar los actos del poseedor se refiere a los que sólo puede ejecutar una persona con el ánimo de dueño, es decir, que establece una identidad jurídica pero no económica. Es por esto por lo que, en concepto de la Corte, cuando se trata de establecer la posesión, el fallador debe examinar escrupulosamente el testimonio en relación con los actos ejecutados y atenerse más al examen de la naturaleza de éstos que a las afirmaciones o apreciaciones jurídicas de los testigos, cuando éstos atribuyen ánimo de dominio al supueso poseedor; puesto que, como ya se ha afirmado, la naturaleza íntima de este fenómeno escapa a una constatación directa por medio del testimonio; y, su afirmación implica una inducción que corresponde, principalmente no al testigo, sino al juez. (Casación Civil. Julio 25/57. Nº 2184).....721, 1ª y 2ª, 722, 1ª y 2ª, 723, 1ª y 2ª, 724, 1ª y 2ª, 725, 1ª

— 266 —

TESTIMONIO (Apreciación de los dudosos)

Si un Tribunal en presencia de testimonios opuestos que no le permiten deducir una conclusión evidente, en un sentido o en otro, se halla perplejo en duda, como en el caso en estudio, puede prescindir de la prueba testimonial, por ser ineficaz en ese caso, y absolver con aplicación de los mandatos contenidos en los artículos 601 y 702 del Código Judicial, que autorizan la adopción del sistema de la sana crítica jurídica y de la persuasión racional. (Casación Civil. Mayo 24/57. Números 2181-2182).....106, 1ª y 2ª

— 267 —

TESTIMONIO (Suministrado por agentes del Ministerio Público)

El recurrente ha confundido los alcances del artículo 170 del C. J., cuando prohibe a los agentes del Ministerio Público absolver posiciones, con otra circunstancia muy distinta, en relación con la capacidad testimonial, es decir, cuando una persona que ejerció dicho ministerio y ya no lo ejerce, es llamada a declarar sobre hechos de los que tuvo conocimiento en cumplimiento de su cargo. En el primer caso la prohibición de absolver posiciones tiene fundamento en que su confesión podría comprometer situaciones jurídicas de las entidades que representa, por lo

gereza, descuido y aun dolo, suministrando a la contraparte una prueba de tanta calidad como la confesión. En el segundo, en cambio, se trata es de obtener un testimonio sobre hechos que dentro del proceso pueden tener una gran significación pero que tiene que ser completado con otros testimonios o con otros hechos demostrados dentro del proceso. Dentro de las inhabilidades para ser testigos que establecen los artículos 668 y 669 del C. J. no está incluída la de tener o haber tenido la calidad de agente del Ministerio Público, precisamente con fundamento en que la prueba testimonial y la de confesión son muy diferentes. (Casación Civil. Mayo 3/57. Números 2181-2182).....68, 2ª y 69, 1ª

— 268 —

TRABAJADORES OFICIALES (Relación de trabajo con la Administración)

Habiendo tenido el demandante el carácter de empleado oficial, y sobre la base de que el vínculo que ligó a las partes ha de considerarse como de contrato laboral, el ordenamiento jurídico que gobernó la situación de autos no es el del Código Sustantivo del Trabajo, sino el que regía para los trabajadores particulares antes de la expedición de este Estatuto y que continúa vigente para los trabajadores oficiales que aparezcan ligados por un contrato de trabajo en virtud de la ficción legal que establece el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el artículo único de la Ley 6ª de 1946. Este tema jurídico ya fue explicado y definido por la Corte, como puede verse en la sentencia de 19 de diciembre de 1956 (G. J. T. LXXXIII, pág. 1150). (Casación Laboral. Abril 13/57. Nos. 2181-2182).....235, 1ª y 2ª

— 269 —

TRABAJADORES OFICIALES

Véase el aparte Condición Resolutoria en el número 65 de este Indice.

— 270 —

TRABAJOS PUBLICOS

En tratándose de una acción que tiene calidad reparadora y no patrimonial, porque el daño, origen de la indemnización que se demanda, no fue hecho al patrimonio del causante y por lo mismo la suma que se pretende de la entidad demandada como indirectamente responsable del hecho, no constituye, en manera alguna, parte del patrimonio herencial como para que pueda transmitirse exclusivamente a los herederos, basta con que el actor haya sido perjudicado con el insuceso ocurrido por culpa del demandado, para que tenga derecho a la prestación que reclama. (Negocios Generales. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182).....290, 1ª y 2ª

— 271 —

TRABAJOS PUBLICOS (Coadyuvancia de la acción)

En la acción indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, pueden coadyuvar legítimamente en la causa del demandante, aquellas personas que en el momento de la ocupación por parte de la entidad pública, detenten materialmente el bien por derecho emanado del verdadero dueño, del cual deriven provecho alguno, pues en tal circunstancia, al tercero podrían causársele igualmente perjuicios con la ocupación, distintos de los que puede alegar el dueño del terreno expropiado. Pero si la ocupación del tercero no es legítima, sino que resulta de actos clandes-

tinos o arbitrarios realizados contra la voluntad del dueño o sin su aquiescencia, es claro que ello no puede generar obligaciones a cargo del propietario, ni de ninguna otra persona o entidad. (Negocios Generales. Mayo 28/57. Nos. 2181-2182).....283, 1ª

— 272 —

TRABAJOS PUBLICOS (Competencia para conocer de las acciones indemnizatorias)

De conformidad con las disposiciones del capítulo 22 de la Ley 167 de 1941, declaradas inexequibles por sentencia de esta Corte fechada el 20 de junio de 1955, de las indemnizaciones que se reclamaban al Estado con causa en trabajos públicos nacionales conocía privativamente la justicia contencioso-administrativa. No hacían las referidas normas diferencia ninguna entre indemnizaciones ocasionadas por ocupación temporal o por ocupación permanente de la propiedad particular. La competencia que ellas atribuían comprendía toda clase de daños. Mas declarada la inexiquibilidad de tales normas en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones indemnizatorias con **motivo de la ocupación permanente** de la propiedad privada por la Administración Pública, la jurisdicción contenciosa dejó de tener competencia para conocer y decidir de dichas acciones. Como bien lo explicó la Corte en la aclaración que al referido fallo de 20 de junio de 1955 hizo en providencia de fecha 5 de agosto siguiente, la declaración de inexequibilidad que dicho fallo contiene se hizo solamente en cuanto los artículos 261 a 269 de la Ley 167 de 1941 reglamentaban el ejercicio de acciones indemnizatorias "con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada", y no en cuanto reglamentan el ejercicio de acciones originadas en ocupación transitoria, o en simples daños sin ocupación. Para estas últimas, las referidas normas mantienen su plena vigencia y, por lo mismo, la competencia para conocer de ellas continúa radicada en la jurisdicción contenciosa. Fue por esto por lo que se expidió el Decreto número 0293 de 1956.

De lo anterior se desprende que la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias que tengan como base la ocupación transitoria de la propiedad particular, o la reparación de simples daños sin ocupación, continúa radicada en la jurisdicción contencioso-administrativa cuando tales daños se originen en trabajos públicos. (Negocios Generales. Julio 5/57. Nº 2184)..... 886, 1ª y 2ª

— 273 —

TRABAJOS PUBLICOS (Cuando el daño se causa a un bien herencial)

Si la indemnización que se demanda no pertenece al haber herencial, y si el interés jurídico en ella reside directamente en el perjudicado que no es —se repite— el patrimonio del causante, mal pueden los herederos actuar como tales demandando la prestación para la herencia. Por lo demás, se equivoca fundamentalmente el Tribunal al afirmar que el hecho de demandar el heredero para la herencia cuando la acción le corresponde directamente, no le quita la titularidad de ésta pues en ambos casos se está representado a sí mismo. No. En el primer caso el heredero actúa como titular de derecho en la comunidad herencial y por eso pide para ella; en el segundo demanda como titular de un derecho personal, por donde se ve que son cuestiones sustancialmente diferentes, pues aunque en ambas la persona física sea la misma, no puede confundirse en ellas, arbitrariamente, la personalidad jurídica. (Negocios Generales. Mayo 28/57. Números 2181-2182) 290, 2ª

— 274 —

TRABAJOS PUBLICOS (Indemnización por lucro cesante)

En acciones de indemnización de perjuicios por trabajos públicos para que prospere la súplica referente al perjuicio por lucro cesante, los actores deben demostrar que mantenían en explotación el terreno materia de la litis, que de él derivaban alguna renta, como la proveniente de arrendamiento del predio u otra semejante. (Negocios Generales. Julio 26/57. Nº 2184).....935, 1ª

— 275 —

TRANSPORTE BENEVOLO (Responsabilidad del transportador)

Comprometiéndose la responsabilidad civil extracontractual del transportador benévolo por el acto culposo que ocasiona el daño del pasajero, sería improcedente aplicar la teoría de la culpa presunta; y, en consecuencia, corresponde al perjudicado demostrar dicha culpa para que la acción incoada en esas circunstancias prospere. (Negocios Generales. Julio 4/57. Nº 2184).....852, 2ª

— V —

— 276 —

VEREDICTO (Impugnación en la casación)

La apreciación del valor probatorio de los hechos, en cuanto sean elementos constitutivos del delito, o determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad del actor o partícipe, o circunstancias influyentes en la determinación de la sanción, no compete al juez de derecho en los juicios en que interviene el jurado, al cual no se le fijan límites en sus apreciaciones, ya que forma moralmente su convicción; su veredicto, si no es claramente contrario a la evidencia de los hechos, ha de ser acogido. No tratándose de aquel caso excepcional, prima la apreciación del jurado sobre la que se formaría el juez de derecho. Si se considera que el jurado valoró mal las pruebas y decidió contra la evidencia, su veredicto puede discutirse ante el Juez del conocimiento o ante el Tribunal de instancia, no ante la Corte en el recurso extraordinario de casación, porque en éste no se debate el valor de las pruebas en cuanto informaron al jurado y le llevaron a la convicción de la responsabilidad o la conclusión contraria. De otra manera se llegaría a negar validez al veredicto en forma que sólo puede hacerse en las instancias. No es pertinente en el recurso extraordinario invocar la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., fundamentándola en argumentos acerca de las apreciaciones probatorias hechas por el Juez de primera instancia y el agente del ministerio público ante aquél, o contra las del Tribunal y su colaborador, en juicio en que, interviniendo el jurado, no se halló ni declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto. (Casación Penal. Julio 23/57. Nº 2184).....792, 2ª

— 277 —

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE (Cuándo se declara)

La declaración de contraevidencia del veredicto sólo puede hacerse en las instancias del juicio, porque el estudio de hechos y pruebas del proceso en causas con intervención del jurado, es de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales según lo dispuesto por los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, declaración que puede hacerse de oficio o petición de parte; lo primero, cuando el funcionario estudia el veredicto para acomodarlo a las disposiciones lega-

les que sanciona la infracción (artículo 537), o bien, cuando el Tribunal al estudiar la sentencia observa que el veredicto no se atempera a la realidad de los hechos investigados ni a las respectivas preguntas del cuestionario (artículo 554); lo segundo —a petición de parte— cuando las personas que intervienen en el proceso penal así lo solicitan. (Casación Penal. Junio 21/57. Nº 2183). 465, 2ª

— 278 —

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE (Declaratoria)

La declaración de contraevidencia del veredicto sólo puede hacerse en las instancias del juicio, porque el estudio de hechos y pruebas del proceso en causas con intervención del Jurado, es de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales según lo dispuesto en los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal, declaración que puede hacerse de oficio o a petición de parte; lo primero, cuando el funcionario estudia el veredicto para acomodarlo a las disposiciones legales que sanciona la infracción (artículo 537), o bien, cuando el Tribunal al estudiar la sentencia observe que el veredicto no se atempera a la realidad de los hechos investigados ni a las respectivas preguntas del cuestionario (artículo 554); lo segundo —petición de parte— cuando las personas que intervienen en el proceso penal así lo solicitan.

Fuera de estos casos, la declaración de contraevidencia del veredicto es inoperante, por estas razones: a) Porque el examen de hechos y pruebas del proceso —en los juicios con intervención de Jurado— corresponde apreciarlos y calificarlos a los Jueces de conciencia (artículo 27, Ley 4ª de 1943) y no a la Corte. Lo contrario convertiría a esta Entidad en Tribunal de instancia y desnaturalizaría la institución del Jurado. b) Porque ese no es el espíritu ni la letra del Numeral 2º del artículo 567 del C. de P. P.; desvirtuarlo en su contenido esencial o formal por una interpretación reñida con normas legales, equivaldría a darle un alcance distinto para el cual fue consagrado. c) Porque ese no fue el pensamiento de la Comisión Redactora de la Ley 94 de 1938 cuando afirma que "no debe existir causal por ser notoriamente injusto el veredicto, sino únicamente cuando sea contradictorio. Esto supuesto —dice— tenemos ya que en las causas de que va a conocer el Juzgado Superior, la casación nunca podrá abrir debate sobre los hechos, puesto que éstos son los que declaró el Jurado y ni siquiera pueden analizarse para ver si son notoriamente contrarios a la evidencia". Y, d) Porque la doctrina de la Corte ha sido constante y reiterada a partir del fallo de 3 de noviembre de 1944, en el sentido de afirmar que la causal segunda de casación —en los juicios por Jurado— es inoperante alegarla como razón de impugnación del fallo; jurisprudencia que ha sido ratificada en fallos de abril 23 de 1954 (casación de Humberto Freydell Vásquez), mayo 17 de 1954 (casación de Obdulio o Teódulo Pérez Rincón), agosto 3 de 1954 (casación de Roberto Arias), diciembre 15 de 1954 (casación de Roberto Prieto Torres (marzo 9 de 1955 (casación de Milciades Hurtado Ruiz y Jesús Antonio Murillo M.), febrero 14 de 1956 (casación de Toribio Galindo Daza). (Casación Penal. Julio 22/57. Nº 2184) ..... 786, 2ª y 789, 1ª

— 279 —

VIOLACION DE LA LEY (Como causal de casación)

La violación de la Ley no puede darse, a un mismo tiempo, por desconocimiento de su mandato o por rebeldía contra él, por mala interpretación y por aplicación indebida a consecuencia de errores de hecho. (Casación Laboral. Junio 17/57. Nº 2183) 541, 2ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXXV DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columna de "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE

Artículos	Números
16	184
26	2, 80, 183, 184, 214, 245
26 inc. 2º	166
28	2
45	138
142	173
144	173
151, inc. 2º	173
214	5

CODIGO CIVIL

6	127
6 inc. 2º	127
24	126
468	127
500	127
597	126
682	171
768	19
951	231
971	6
1113	15
1128	64
1155	126
1502	221
1530	221
1546	65
1608, ord. 2º	65
1609	7, 9
1613	172
1625, num. 9º	65
1626	82
1715	52
1740	127
1758	125, 149, 150
1759	256
1760	149
1761	99
1763	99
1764	99
1769	167, 263
1888	106
1934	147
2143	174
2341	240, 242
2345	243
2346	243
2347	239, 240, 242, 243
2347, inc. 6º	239
2348	243
2349	239, 240, 242, 243
2352	243
2356	4
2358	242, 243
2358, inc. 1º, 2º	243
2515	27

CODIGO PENAL

—	116
1	2
36	195

Artículos	Números
37	164
38 num. 9º	54
104	213
150	193
151	193
154	193
161	56
171	2
214, num. 4º	118
217	118
231	116, 117
231, ord. 1º	116
242	117
295	95
296	95
363	164
CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO	
16	165
23	74, 259
24	73, 258
51	230
51, num. 1º, 2º, 3º	230
52	230
57, regla 7ª	191
65	140, 141
65, inc. 2º	186
98	12, 13, 62
127	246
134	246
136	246
137	246
212	50
241	230
258	50
260	51, 154
261	51
262	52, 157
266	51, 52
298	249
CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR	
—	210
CODIGO DE PETROLEOS	
—	207
23, inc. 9º	201
26	200, 201
34	205, 207
150	200
219	206
CODIGO FISCAL	
—	18
61	18
CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL	
—	125
5	125
CODIGO JUDICIAL	
40	237
82	57
83	235
148	181
152, num. 1º, 4º	237
170	267
205	214
208	202
210	77
325	237
333, num. 1º	24
343	137
351	78
402	10
409	10
431	251
448, num. 1º	71
471	44
472	10
473	169
482	252
484	236
494	35
495	78
496	78
497	78
508	70
520	24, 43, 44
520, causal 1ª	112
520, causal 7ª	78
531	24, 27, 28
553	70, 198
571	78
601	167, 266

Artículos	Números
604	167
607	67
632	49, 125
645	98, 99, 100
668	267
669	267
674	265
675	265
676	265
677	265
680	265
683	265
684	265
685	265
687	265
688	265
689	265
691	265
692	265
702	266
720	111
721	96
737	214
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
5	166
7	57, 235
11	212
12	88, 90
14	90
42	173
42, inc. 4º	57
42, ord. 6º	173
47, ord. 1º	159
54	257
58	21
65	59
67	58, 61
68	59
72	23
73	23, 132
73, causal 4ª	133
76, inc. 2º	227
79	132, 133
104	139
112	88
113	88
114	190
118	190
123	88, 187
153	91
154	115
155	115
159	253
163	3
165	139
171	3
190	75
198	184
208	224
251	101
256	197
275	90
284	91
289	91
379	17, 92, 93
383	17, 93
429	17
430	257
431	17
480	80
537	277, 278
554	277, 278
557	30
567	31, 32, 276
567, num. 2º	278
567, causal 4ª	46
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO	
41, ords. 2º y 3º	180
50	228
69	71
81	180
82	180
87, num. 1º, inc. 2º	47
87, num. 2º	35, 48
145	71
CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
261	272
262	272
263	272
264	272
265	272
266	272
267	272
268	272
269	272

Artículos	Números
LEYES	
Ley 153 de 1887	
4º	166
40	166
43	2
89	221
89, inc. 3º	222
Ley 105 de 1890	
51	137
Ley 169 de 1896	
64	146, 160
Ley 90 de 1920	
9º	24
10	24
Ley 42 de 1923	
60	194
Ley 37 de 1931	
—	207
26, inc. 3º, 4º y 5º	207
Ley 83 de 1931	
—	246
24	246
Ley 10 de 1934	
—	246
Ley 48 de 1936	
—	85, 124
Ley 160 de 1936	
4º	207
5º	207
Ley 94 de 1938	
—	159, 173, 278
Ley 167 de 1941	
(V. Código Contencioso Administrativo)	
Ley 4ª de 1943	
27	278
28	80
Ley 29 de 1944	
34	238
Ley 6ª de 1945	
—	65, 246
5º, parágrafo 1º	246
11	65
14, num. c)	51
Ley 69 de 1945	
—	1
Ley 6ª de 1946	
—	175, 268
Ley 48 de 1946	
1º	13
5º	13
Ley 64 de 1946	
9º	51
Ley 65 de 1946	
2º	246
DECRETOS	
Decreto 1270 de 1931	
—	201
Decreto 652 de 1935	
25	246

Artículos	Números
Decreto 1111 de 1938	
2º	146
Decreto 1632 de 1938	
12	230
Decreto 750 de 1940	
—	93
17	93
Decreto 2127 de 1945	
—	65, 246
4º	175, 268
27, num. 1º y 3º	246
44, num. 1º, 2º, 3º y 5º	230
45	230
47	65
51	65
52	65
Decreto 2541 de 1945	
9º	65
Decreto 2567 de 1946	
—	246
Decreto 1160 de 1947	
6º, parágrafo 1º	246
Decreto 2332 de 1947	
5º	13
17	13
Decreto 797 de 1949	
1º, inc. 1º, parágrafos 1º y 2º	65
Decreto 1534 de 1950	
—	210
Decreto 3347 de 1950	
5º	257

Artículos	Números
Decreto 243 de 1951	
—	78
2º	77
Decreto 1231 de 1951	
—	210
Decreto 2184 de 1951	
2º	17
Decreto 1056 de 1953	
—	206, 207
Decreto 1814 de 1953	
—	61, 210
Decreto 1897 de 1953	
—	128
Decreto 2900 de 1953	
—	210
Decreto 0700 de 1954	
11	173
Decreto 1426 de 1954	
—	210
Decreto 3000 de 1954	
33	159
Decreto 0014 de 1955	
—	17, 45, 60, 85, 124
55	17
81	85
Decreto 293 de 1956	
—	272



INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Abello Lobo Fernando.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor. 420

Acuña Martín E. contra Aglae Virginia Villodres. — Ordinario sobre pago de honorarios profesionales 654

Agudelo N. Joaquín contra Empresa denominada "Compañía de Gaseosas Lux S. A."— Ordinario laboral 518

Aldana Juan de Jesús contra Aparicio Molina.—Ordinario laboral 813

Alvarez Botero Samuel (Pbro.) contra Elisa Herrera de Betancourt. — Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa.... 31

Alvarez vera Diego.—Se resuelve un impedimento dentro del proceso que se le adelanta por faltas contra la ética profesional.... 214

Alzate v. de López Mª Fidelia contra Carmen Rosa Henao de Granada.—Ordinario reivindicatorio 692

Angulo Rafael contra Departamento de Antioquia.—Recurso de hecho 888

Arango María Dolores contra Cía. Col. de Tejidos (Coltejer).—Ordinario laboral..... 489

Ariza Reyes Jorge.—Se revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior, en el proceso que se adelanta a aquél por faltas contra la moral profesional 773

Págs.

— B —

Balaguera Suárez Isaías. — Colisión de competencias..... 207

Balenta Lasso Gonzalo.—Se resuelve un impedimento dentro del proceso que se adelanta en averiguación de los responsables del robo efectuado en casa de aquél..... 183

Barbosa Avendaño Antenor.—Se confirma la cesación del procedimiento adelantado a aquél, por los delitos de prevaricato, falsedad en documentos públicos, violación de la reserva del sumario y abuso de autoridad. 437

Barco Víctor Renán.—Se revoca el sobreseimiento definitivo proferido en su favor en el proceso que se le adelanta por faltas contra la ética profesional..... 171

Barón Plata Manuel (Juez Departamental de Garantías Sociales).—Se inhibe la Corte de conocer, por falta de competencia, de la denuncia formulada contra aquél, por los ilícitos de violación de los Decretos 0014 y 3.000 y palmaria incuria en el cumplimiento de sus deberes de Juez..... 152

Barrera Santos Miguel y otros contra María Susana Molina y otra. — Ordinario sobre cumplimiento de una promesa de contrato de compra-venta 17

Barrientos Antonio y otros contra Benjamín Angel Vargas y otros.—Ordinario sobre nulidad de un testamento..... 8

Barrios Bosch Alberto y otros contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 608

Págs.

Bejarano B. Alberto.—Recurso de revisión.. 447

Bernal Castro Blanca contra Empresa denominada "J. V. Mogollón y Cía. de Bogotá, Ltda."—Ordinario laboral 564

Betancourt v. de Carmona María Elvira y otra contra Jesús Antonio López. — Ordinario reivindicatorio 377

Boada Arturo contra Rafael Munar y otros.—Ordinario reivindicatorio 732

Bonilla Prado José Harold. — Se declara infundada la causal de impedimento manifestada por un Fiscal de Tribunal, para intervenir en el proceso que se adelanta a aquél por el delito de homicidio..... 772

Brito Ojito Pedro contra Mitrídates Campo Ruiz y otro.—Ordinario reivindicatorio.... 742

Burbano Azael y otros.—Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto en el proceso que se les adelanta por lesiones personales 450

— C —

Cadena Quintero Eduardo.—Recurso de revisión 169

Calcedo Luis E.—Colisión de competencias.. 150

Calderón Botero Fabio.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor 452

Camacho Luis Francisco—Sobreseimiento definitivo por el delito de prevaricato..... 144

Cano Fernández Jesús Mª—Se declara fundada la causal de impedimento manifestada por un Magistrado de Tribunal, para conocer del proceso que se adelanta a aquél por el delito de homicidio..... 768

Cantor Miguel Angel contra Compañía "Land Rober".—Ordinario laboral 224

Cañas Rivas Alberto contra Empresa denominada "Platerías Colombiana de E. Gutiérrez Vega S. A."—Ordinario laboral..... 554

Castañeda Acosta Lisandro (ex-Juez Penal de Circuito).—Se confirma la cesación del procedimiento decretada en su favor..... 781

Castro de Pupo Leticia contra Municipio de Valledupar.—Incidente sobre regulación de perjuicios.—La Sala se declara sin jurisdicción para revisar el proveído dictado por el Tribunal Superior de Santa Marta..... 950

Castro Rojas Leonidas y otra contra Municipio de Cali.—Ordinario sobre resarcimiento de perjuicios ocasionados por simples daños sin ocupación 884

Cataño Maximiliano y otra contra Paulina Montoya de Cataño.—Ordinario sobre resolución de una promesa de contrato de compra-venta 57

Católico Abelardo—Casación por lesiones personales 191

Cerquera Matías contra Mario Silva y otro. Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 107

Cía. Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la Nación y otra.—Ordinario sobre nulidad de unas resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos. — Se revoca el auto suplicado por medio del cual se abstiene la Sala de darle curso a una solicitud de acumulación 843

Concesionaria de Petróleos Shell Cóndor S. A. contra la Nación.—Ordinario sobre nulidad de unas resoluciones 938

"Confecciones El Roble Limitada" contra Cote & Compañía Ltda. y Juan B. Cote.—Ordinario sobre uso de una marca de comercio y de fábrica 344

Córdoba Jorge (Magistrado de Tribunal Superior. — Cesación del procedimiento adelantado contra aquél por no existir los hechos que se le imputan..... 185

Págs.

Córdoba Jorge Roberto. — Se le declara responsable de hechos constitutivos de mala conducta social y se le suspende del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, por el término de treinta días..... 2

Cortés Holguín Emigdio y otro contra Municipio de Cali. — Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa..... 62

Correa Segundo Isaac.—Casación por homicidio..... 409

Cuéllar José Manuel (Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas).—La Corte se inhibe de conocer por falta de competencia del proceso que se adelanta a aquél por el delito de falsedad 802

— CH —

Chalela Zhaiter J. y otro contra Hernando Urzola Sierra.—Ordinario. — Dominio.... 392

Chamorro Justiniano contra Argemiro Lemos Pérez y otros.—Filiación natural..... 363

Charry Rafael María y otra contra Francisco Albornoz. — Ordinario sobre resolución de un contrato por falta de pago del precio de la cosa vendida..... 113

— D —

Daza Ovalle Mauricio. — Se revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso que se adelanta a aquél por responsabilidad..... 805

Decreto número 0275 de 1954.—La Sala confirma el auto suplicado, por medio del cual se negó la admisión del desistimiento de la demanda de inexequibilidad formulada contra aquél 7

Delgado M. Cleofas. — Cesación del procedimiento 456

Díaz de Largo Ana Lucía contra Sociedad Comercial "Energía Eléctrica de Riosucio y Supía". — Ordinario sobre pago de perjuicios 670

Duarte Alfonso o Alfonso Gómez Duarte contra Adelina Cely v. de Gómez y otro.—Filiación natural 370

— E —

Espinosa Juan B.—Cesación del procedimiento 458

Estrada Monsalve Jesús y Camilo Rincón Lara.—Proposición de reconocimiento aprobada en Sala Plena, por el digno desempeño, en su orden, de la Presidencia y Vicepresidencia de la Corte..... 1

— F —

Forero Urrea Ana Beatriz contra Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales.— Ordinario laboral 218

Franco Rodríguez Manuel. — Se confirma la providencia extintiva de la acción penal, por defunción de aquél..... 202

— G —

Gallón Cardona Guillermo y otro.—Casación por violencia carnal..... 784

Garcés Valencia Fortunato contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos..... 591

García Gómez José Dolores. — Casación por homicidio 796

Gil Horacio (ex-Juez Civil de Circuito).—Se revoca la providencia por medio de la cual se declara que la acción penal intentada contra aquél, por el delito de prevaricato, no podía proseguirse por haber prescrito.. 198

Gil Jesús M. contra Sociedad Comercial denominada "Hijos de Marco Gómez Ltda."— Ordinario laboral 820

Goenaga R. Ramiro.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor..... 793

Págs.

Gómez Eliseo contra Anselmo Amaya y solidariamente con él a la Colombian Petroleum Company Co.—Ordinario laboral.... 511

Gómez A. Emiliano.—Se inhibe la Corte de conocer de las diligencias iniciadas en el Tribunal Superior de Pasto, para reconstruir el proceso que por faltas cometidas contra la ética profesional se adelantaba a aquél. 807

Góngora v. de Rodríguez Isabel y otros contra Luis Rodríguez y otros.—Ordinario sobre pago del valor de una edificación..... 86

Granada Galeano Guillermo y otro.—Cambio de radicación 470

Guarín Estrada Antonio contra Miguel Angel Henao—Ordinario sobre nulidad de un contrato 385

Gutiérrez Carlos José y otro. — Casación por homicidio 790

Gutiérrez Joaquín contra Municipio de Buga (Empresa del Acueducto Público).—Ordinario laboral 277

Gutiérrez v. de Méndez Isabel y otros contra la Nación. — Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte violenta de una persona.... 913

— H —

Herrera Idalí contra Sucesión de Juan Bautista Guerrero.—Filiación natural 397

Hinestrosa Manuel Rogerio contra Municipio de Quibdó.—Ordinario laboral 560

— I —

Ibarra Edgar Eduardo.—Casación por falsificación de moneda 467

"Inversiones Ferias Limitada" contra Municipio de Bogotá.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos..... 279

Págs.

— J —

Jiménez de Cajigas Mercedes y otros contra Luis Alejandro Cárdenas.—Ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento 704

— L —

Lara Pedro Felipe y otro contra Municipio de Cúcuta.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios 38

Laserna Carmen Amparo (en representación de su hijo menor José Aldemar Vélez Laserna), contra Manufacturas de Acero Edmundo Vallejo y Cía.—Ordinario laboral.. 221

Laverde José Vicente contra Cía. Salinera de los Andes.—Ordinario laboral 494

Lenis Jorge contra Municipio de Buga.—Ordinario laboral 818

Linares v. de Peña María Elena y otras contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios derivados de culpa civil extracontractual 846

Lobelo Manjarrés José. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor 762

Londoño J. Manuel Antonio y José Ignacio Ortega Rúa.—Casación por falsedad..... 176

— M —

Materón Guzmán Lucio contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la muerte de una menor en accidente de tránsito..... 314

Marenco Romero Julio (Magistrado de Tribunal Superior)—Se abstiene la Corte de investigar los hechos denunciados contra éste 758

Martínez José Gregorio contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral 540

Martínez L. Jorge. — Requerimiento prejudicial al Gobierno de la Nación..... 630

Págs.

Meléndez Piñeres Ignacio—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor 422

Moncayo Guerrero Neftalí. — Se confirma la denegación de la práctica de unas pruebas dentro del proceso que se le adelanta por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones 173

Montes Fernández Eulogio.—Colisión de competencias 804

Montoya J. Adán. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor... 778

Montoya Duque Pastor (como curador general de José Eliseo Duque), contra Ricardo o Ricardino Arias. — Ordinario sobre nulidad de una sentencia aprobatoria de partición de bienes de sociedad conyugal, restitución y otras peticiones..... 715

Montoya Duque Pastor (como curador general de José Eliseo Duque), contra Ricardo o Ricardino Arias — Ordinario sobre nulidad de una sentencia aprobatoria de partición de bienes de sociedad conyugal, restitución y otras peticiones.—No se aclara el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior 730

Mora Toscano Jorge contra Colegio de Boyacá.—Ordinario laboral 230

Municipio de Pivijay (Depto. del Magdalena) contra la Nación.—Ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero..... 292

Municipio de Remolino contra la Nación—Ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero 306

Municipio de Sabanalarga contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero.—Se mantiene el auto suplicado.... 902

Muñoz Tulia y otra contra Departamento de Antioquia.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios 602

Muñoz Parra Abraham contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral 526

Págs.

Murillo Díaz Eduardo contra Empresa Arrocera San José.—Ordinario laboral..... 265

— O —

Orozco Carola (como representante legal de su hijo Henry o Enrique Orozco) contra Sucesión de Roberto Valencia Meza.—Ordinario sobre filiación natural..... 95

Ortiz Jaimes José Antonio.—Colisión de competencias 154

Ovalle Manuel Antonio. — Se inhibe la Corte de conocer de la providencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta —abstención de investigar— en las diligencias que se iniciaron a aquél..... 810

Oviedo Beleño Daniel.—Casación por violencia carnal en el grado de tentativa..... 430

— P —

Pacheco L. Juvenal contra "Alberto Perlman & Cía."—Ordinario laboral..... 827

Padilla de Pachón Juana.—Proposición aprobada en Corte Plena por la cual se deplora su fallecimiento 1

Palomino Salas Alberto. — Se revoca el fallo absolutorio en el proceso que se le adelanta por faltas contra la moral profesional..... 196

Patiño Camargo Rogerio y otros (en su condición de Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó). — Se sobresee definitivamente en su favor 753

Patiño Gómez Francisco y otros. — Casación por homicidio 204

Peláez Clementina contra Carlos Materón y otro.—Ordinario sobre nulidad de un juicio 649

Pérez Francisco Antonio y otro.—Se declara infundado un impedimento manifestado por un Fiscal de Tribunal, para intervenir en el proceso que se adelanta a aquél por delito contra la propiedad..... 770

Págs.

Pérez Pabón Benjamín.—Colisión de competencias 775

Pérez Vives Alvaro. — Estudios de Derecho. Memorándum de observaciones al Proyecto de Código Judicial..... 337

Pinto Mozo Mercedes y otras contra la Nación. — Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales causados por la muerte violenta de una persona..... 920

— Q —

Quijano de Chaux Bárbara contra Rubén Cuéllar y otros.—Ordinario sobre filiación natural 73

— R —

Ricaurte Pablo Antonio contra "Emprsea Siderúrgica Nacional de Paz de Río, S. A."— Ordinario laboral 261

Rico Faustino y otros contra la Nación.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 925

Rocha de Fonnegra Manuela contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 855

Rodríguez Caro Visitación contra Hernán Prado Olarte.—Ordinario laboral..... 500

Rodríguez Rojas Efraín contra Olga Marina Zárate. — Ordinario sobre propiedad de un inmueble 355

Rojas Peña Acisclo (ex-Juez de Circuito).— Cesación del procedimiento..... 148

Rosero Arismendi José Antonio. — Casación por peculado 441

Ruiz Cadena Marco Antonio.—Cambio de radicación 427

Ruiz Uribe Antonio contra Textiles Nylon S. A.—Ordinario laboral 824

Págs.

— S —

Saavedra Solano Francisco Antonio.—Colisión de competencias 142

Salamanca Bedoya César contra Pedro Moreno Aldana.—Ordinario laboral 549

Salazar Rosa Elena contra Eleázar Patiño Otálvaro y otros.—Ordinario sobre filiación natural 687

Salazar de Soler Carmen y otros contra Hernando Rodríguez Gutiérrez y otros.—Ordinario sobre restitución 663

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón, en el fallo de 13 de abril de 1957 de la Sala de Casación Laboral 239

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón en el fallo de 17 de junio de 1957 visible a págs. 526 y ss. 538

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón, en el fallo de 17 de junio de 1957 obrante a págs. 540 y ss.... 547

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón, en el fallo de 18 de junio de 1957, visible a págs. 564 y ss... 577

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Jaramillo Giraldo, en el fallo de 29 de mayo de 1957, de la Sala de Negocios Generales 322

Salvamento de voto del Magistrado doctor Pablo Emilio Manotas, en el fallo de 25 de junio de 1957..... 405

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de 28 de mayo de 1957 de la Sala de Negocios Generales 285

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo visible a págs. 584 y ss..... 590

Salvamento de voto del Magistrado doctor

Págs.

Camilo Rincón Lara, en el fallo visible a págs. 591 y ss..... 599

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de fecha 8 de julio de 1957, visible en la página 892 y siguientes 900

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de 26 de julio de 1957, visible a págs. 925 y ss..... 936

Samper de Liévano Clemencia y otros contra Municipio de Bogotá. — Indemnización por trabajos públicos 892

Sánchez Buriticá Avelino.—Casación por homicidio agravado 464

Sánchez Rozo José.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor.. 461

Segura Mélida (en representación de su hija Gloria Elsy Zúñiga S.) contra María Angela Hernández v. de Zúñiga. — Ordinario sobre filiación natural 132

Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A. y otros contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero..... 632

Suárez Gómez Alvaro contra Empresa "Aceites y Abonos del Valle Ltda." — Ordinario laboral 243

— T —

Torres José del Carmen contra Colombian Petroleum Company.—Ordinario Laboral.— Se admite el recurso de casación interpuesto por la parte demandada..... 216

Torres v. de Garcés Carmen contra la Nación. Ordinario sobre pago de perjuicios por la muerte violenta de una persona, a manos de un funcionario del Estado..... 287

Torres Rojas Manuel Salvador.—Casación por estafa 156

"Transportes Marbella Ltda." contra la Nación.—Se confirma el fallo proferido en el incidente sobre regulación de perjuicios... 584

Págs.

— U —

Urango Jiménez Arnulfo Rafael.—Colisión de competencias 167

— V —

Valencia de Berrío Lilia contra Miguel Duque Londoño y otro.—Ordinaria laboral..... 269

Vargas v. de Bernal María Josefa contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por muerte violenta de una persona por agentes del Gobierno Nacional 834

Vásquez Perilla Misael contra Angel Mª Caballero Gil.—Ordinario laboral..... 506

Vega Vahos Enrique.—Casación por estafa.. 209

Velosa Isaac (Juez Penal del Circuito). — Se confirma la providencia por medio de la cual se declara terminado el procedimiento adelantado contra aquél, por no existir los hechos que se le imputaron..... 200

Vera José Antonio.—No se admite por la Sala Penal la demanda de revisión propuesta.. 141

Viloria Candelaria (en su carácter de heredera y beneficiaria forzosa de Rafael Viloria Escobar), contra Rafael León Labarcés.— Ordinaria laboral 579

Villa Wolff Lázaro y otros contra José Vicente Fernández. — Ordinario sobre propiedad de un lote de terreno..... 680

Villalobos Serpa Alfonso (ex-Juez de Circuito Penal).—La Corte se abstiene de revisar la providencia consultada, en el proceso que se le adelanta por el delito de abuso de autoridad 189

— W —

Wiegandt Siefried contra Jack Temel, propietario del Restaurante "Temel" de Bogogotá.—Ordinaria laboral 472

— Z —

Zuluaga v. de Gutiérrez Ruth y otros contra "Gómez y Mejía, Ltda."—Ordinario laboral 252

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 414325.

—

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 414325, y será atendido inmediatamente.