Nos 2186-2187

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

TOMO LXXXVI

BOGOTA

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"

1 9 5 7

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 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 MANOTAS—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.

Agosto y Septiembre de 1957.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXVI - BOGOTA, COLOMBIA, AGOSTO Y SEPTIEMBRE DE 1957 Números 2185-2187

SALA DE CASACION CIVIL

LA SIMPLE ADJUDICACION DE UNA SINGULAR PORCION DE TERRENO Y DE QUE DA CUENTA DETERMINADA HIJUELA, NO CONFIERE AL ADJUDICATARIO EL DERECHO DE DOMINIO SOBRE LA COSA ADJUDICADA SINO CUANDO EN EL CAUSANTE O RESPECTIVO CAUSAHABIENTE RADICABA TAL DERECHO.- FRENTE A TERCEROS LA SIMPLE HIJUELA DE ADJUDICACION NO ES TITULO SUFICIENTE PARA REIVINDICAR.—LAS CONDICIONES QUE CONFIGURAN LA ACCION REIVINDICATORIA DEBEN ESTABLECERSE PLENAMENTE PARA EVITAR EL FRACASO DE LA ACCION

2 — Enseñan los doctrinantes, "que los títulos constitutivos de dominio son los que sirven para constituír el dominio sin que haya desplazamiento de una cabeza a otra y sin acto ninguno del anterior dueño, a diferencia de los traslaticios de dominio que sí implican acto del dueño anterior".

La simple adjudicación de una singular porción de terreno y de que dé cuenta una determinada hijuela no confiere al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada sino cuando en el causante o respectivo causahabiente radicaba tal derecho, porque es bien sabido que las hijuelas son títulos declarativos y no atributivos de dominio y porque el heredero o copartícipe, por ficción legal, se supone una misma persona con el causante de quien dice derivar su derecho.

"La hijuela declara y puntualiza en el adjudicatario el dominio del causante; de suerte que si éste no lo tenía, no puede entenderse conferido al adjudicatario por el simple hecho de haber obtenido o haberse formado a sí mismo tal adjudicación".

Los adjudicatarios, para rivindicar, además de afirmarlo deben acreditar legalmente no sólo el hecho de que la comunidad existió sino que el causahabiente fue en su tiempo dueño del bien común materia de la división.

2 — "Si el título que se hizo a los demandantes no se registró debidamente", deberá concluirse que la hijuela por sí sola no es pieza hábil a acreditar el dominio de los actores en relación con el bien materia de la controversia.

Es más: enseñan en su orden los artículos 740 y 756 del Código Civil que la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y que ésta, tratándose de inmuebles, se efectúa por la inscripción del título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente. De lo dispuesto por estas normas habrá de concluirse que incluyendo la ley los actos legales de partición entre los títulos traslaticios de domi-

nio quedan estos sujetos al inevitable revestimiento de esta formalidad la que deberá cumplirse pero no en cualquiera de los libros del Registrador sino en el designado expresamente por la ley porque, según voces del artículo 759 del Código Civil, "Los títulos traslaticios de dominio no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos en que se dispone en el Título "Del registro de Instrumentos Públicos". Y es lo cierto que en ese título se encuentra el artículo 2641 que establece que los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles debe hacerse en el Libro de Egisto Nº 1.

En vista de lo estatuído por los preceptos transcritos procede hacer notar que no puede admitirse la validez probatoria de un título acompañado a una demanda reivindicatoria, constando apenas que se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición en el libro de Causas Mortuorias y nó en el Libro Número 1º como lo ordena la Ley.

3 — No comprobado el dominio de los actores sobre los bienes que les fueron adjudicados, es procedente la negativa de las peticiones impetradas en la demanda reivindicatoria, sin necesidad de estudiar los otros extremos de la acción —singularidad, identidad de la cosa y posesión del demandado— porque como lo tiene repetido la jurisprudencia, "la no demostración de una de las condiciones de la acción reivindicatoria conduce a su inevitable fracaso sin que sea necesario al fallador el estudio de las restantes".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, nueve de agosto 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 Bogotá de fecha 18 de septiembre de 1956, en el juicio ordinario iniciado por Ana María, María Josefa y Concepción Chaves Posada; Carlos J. Luis María, Manuel Antonio, Eduardo y Gonzalo Chaves Posada contra Timoleón Pedraza sobre restitución de un inmueble.

Antecedentes

Los señores Miguel Ramírez G. de una parte y Carlos J. Luis María, Ricardo y Lázaro Chaves Posada éste último en representación de sus menores hijos Manuel Antonio, Eduardo, Gonzalo, Ana María, María Josefa y Concepción Chaves Posada, diciéndose dueños en común y proindiviso de la finca denominada "Monte Bello" de la comprensión municipal de La Vega (Cundinamarca) iniciaron en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá en el año de 1919 juicio divisorio relativo al expresado bien común, diligencias que terminaron con el fallo aprobatorio de la sentencia de partición proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 31 de enero de 1920 registrada, como aparece, en la Oficina de Registro de La Vega en el Libro de Causas Mortuorias el 8 de mayo de 1920 a folios 7 a 12 partida Nº 5ª del Libro respectivo y con fecha 23 de octubre del mismo año en el Libro Número Segundo Tomo Segundo página 23 de la Oficina de Registro de Facatativá.

El partidor señaló al comunero Ramírez en pago de sus derechos en el bien común un lote de terreno determinado y singularizado, y a los comuneros Chaves otro lote en común, también singularizado, aunque comprendiendo en él el lote señalado para gastos. A esta determinación del partidor anteceden las constancias de que da cuenta la hijuela respectiva, así:

"Según instrucción verbal dada por los señores Lázaro C. Chaves y socios, para que dentro del terreno que les corresponde a ellos se fije un lote para los gastos del juicio y partición que a ellos corresponden, se ha señalado un lote demarcado así: "De un mojón situado a la orilla del camino que va para La Vega, marcado con el número uno (1) por un alineamiento recto de doscientos sesenta y un grados (261º) y ochocientos treinta y cinco metros (835 mts.) de longitud a dar a uno marcado con el número dos (II), lindando con el lote adjudicado al señor Miguel Ramírez G.; de este punto línea recta con rumbo de sesenta grados (60º) al Este y ochocientos ochenta metros (880 mts.) de longitud a dar al camino de La Vega a un mojón marcado con el número ocho (VIII), lindando por este lado con el lote adjudicado a los señores Lázaro C. Chaves y socios; del mojón últimamente citado vuelve hacia el Sur por el camino de La Vega hasta encontrar el mojón número uno (I), punto de partida". El lote así demarcado mide veintiuna fanegadas (21 fgds.) y fue tomado de las cinco oc-

tavas partes que a los señores Chaves correspondían".

Dificultades relacionadas con el pago de los gastos que alegaba Ramírez había hecho en el expresado juicio divisorio, dieron causa al ejecutivo iniciado por el mismo Ramírez contra los citados Chaves en el que se embargó y secuestró el expresado lote de gastos; más tarde, por abandono de la instancia, se levantó el embargo y secuestro del expresado lote y se ordenó su entrega a los mismos Chaves, disposición que tuvo inmediato cumplimiento.

En el año de 1949, dentro de los trámites de un juicio ordinario iniciado por Timoleón Pedraza en el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá en el que se discutía la propiedad del citado lote de gastos, el juez municipal de La Vega, por comisión del de Circuito, practicó una diligencia de inspección ocular en la que a más de la identificación del lote se acreditó que para esa fecha, 30 de septiembre, estaba en posesión de él el citado señor Pedraza. No trae este proceso referencia relacionada con el curso que hubiera tomado toda esa actuación.

Así las cosas, pero ya en el año de 1954, Ana María, María Josefa, Concepción, Carlos J. Luis María, Manuel Antonio, Eduardo y Gonzalo Chaves Posada en demanda presentada en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, demandaron al citado Timoleón Pedraza para que en la sentencia de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran estas declaraciones y condenas:

"PRIMERA — Que la comunidad denominada "MONTE BELLO", constituída por los comuneros CARLOS J. LUIS MARIA, MANUEL ANTONIO; EDUARDO, GONZALO y RICARDO CHAVES POSADA y las señoritas ANA MARIA, MARIA JOSEFA y CONCEPCION CHAVES POSADA, es dueña exclusiva del inmueble que fué destinado para los gastos del juicio de división material de la finca llamada "MONTE BELLO", ubicada en jurisdicción del Municipio de La Vega, Departamento de Cundinamarca, adelantado, hasta su terminación, en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Facatativá por el señor MIGUEL RAMIREZ GOMEZ contra los señores CARLOS J. CHAVES POSADA y otros y protocolizado en la Notaría del Circuito de Facatativá por medio de la escritura pública número OCHOCIENTOS CUATRO (804).

"SEGUNDA — Que la referida comunidad "Monte Bello", representada e integrada por los comuneros en el punto anterior enumerados, es dueña del inmueble situado en el Municipio de La Vega, Departamento de Cundinamarca, de una extensión superficiaria de veintiuno fanegadas (21 fs.) que formó parte de la hacienda "MONTE BELLO" y que se encuentra dentro de los siguientes linderos: "De un mojón situado a la orilla del camino que va para La Vega, marcado con el número 1 (uno), por un alineamiento recto de doscientos sesenta y un grados (261º) y ochocientos treinta y cinco metros de longitud (835 mts.) a dar a un mojón marcado con el número dos (2), lindando con el lote adjudicado a Miguel Ramírez G.; de este punto, línea recta con rumbo de sesenta grados al este y ochocientos ochenta metros de longitud a dar al camino de La Vega a un mojón marcado con el número ocho (8), lindando por este lado con el lote adjudicado a Lázaro Chaves y otros; del mojón últimamente citado, vuelve hacia el Sur por el camino de La Vega hasta encontrar el mojón número 1, punto de partida, que es dueña, repito la mencionada comunidad del lote descrito por adjudicación hecha a Carlos J. Chaves Posada, Luis María Chaves Posada, Ricardo Chaves Posada, Manuel Antonio Chaves Posada, Eduardo Chaves Posada, Gonzalo Chaves Posada, Ana María Chaves Posada, María Josefa Chaves Posada y Concepción Chaves Posada, en el juicio de partición material del predio denominado "Monte Bello" situado en el Municipio de La Vega, seguido en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, registrado en La Vega, en el Libro de Causas Mortuorias, en el Tomo Primero, bajo la partida número 5, con fecha 8 de mayo de 1920 y protocolizado en la Notaría de Facatativá en escritura número 1104 de 30 de octubre de 1920.

"TERCERO — Que, en consecuencia, el demandado señor TIMOLEON PEDRAZA, está obligado a restituir a la comunidad demandante, dentro del término que Ud. tuviere a bien señalar, el referido inmueble con todos sus componentes, dependencias y anexidades.

"CUARTO — Que el demandado está igualmente obligado a restituir a la comunidad demandante y para la cual piden mis poderdantes, los frutos naturales y civiles del inmueble cuya reivindicación se pide, durante todo el tiempo que lo ha tenido y lo tenga en su poder, hasta la fecha de la entrega, y no solamente los frutos percibidos sino los que el dueño hubiera podido derivar con mediana inteligencia y actividad si la finca hubiera estado en su poder.

"QUINTO — Que, asimismo, el demandado debe pagar a la comunidad para la cual se pide la reivindicación, por concepto de las condenacio-

nes de que tratan los puntos anteriores, las cantidades que Ud. fije en la sentencia de acuerdo con las pruebas procesales, o las que se determinaren posteriormente conforme a los trámites establecidos en el artículo 553 del C. J.

"SEXTO — Que en lo relacionado con el pago de mejoras el demandado sólo tiene derecho a lo que corresponde a los poseedores de mala fé.

"SEPTIMO — Que el demandado debe pagar las costas del juicio".

Como hechos sustentantes de la acción además de los indicados se agrega:

4º) "Como el secuestre no obedeciera la orden judicial de entregar a los demandados Chaves Posada el lote, la entrega la efectuó el juez municipal de La Vega por comisión conferida por el señor Juez Primero Civil Municipal de Bogotá. La entrega se hizo al señor LUIS MARIA CHAVES POSADA en su propio nombre y en representación de sus hermanos. No hubo oposición alguna, de manera que los comuneros Chaves Posada quedaron en posesión del inmueble.

5º) "El demandado TIMOLEON PEDRAZA, después de la entrega verificada por el Juez de La Vega a favor de los comuneros Chaves Posada, sin consentimiento de los dueños y sin título alguno, ocupó el inmueble que se pretende reivindicar y lo viene explotando, a su amaño, sin interrupción. Lo retiene a despecho de los requerimientos amigables de los condueños.

6º) "Del certificado de libertad que acompaño se desprende el hecho claro de que el inmueble alinderado en el punto segundo de esta demanda no ha salido del patrimonio de los comuneros ya que, por ellos no ha sido enajenado, ni gravado.

7º) "Los comuneros han sufrido graves perjuicios en su patrimonio debido al acto usurpador que ha ejecutado y viene perpetrando el señor Timoleón Pedraza.

8º) "El señor Pedraza está en incapacidad legal para ganar por prescripción el dominio del inmueble que pretendo reivindicar para la comunidad referida".

El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas, negó lo sustancial de los hechos reiterando en cada caso la afirmación de que él y no los Chaves "ha tenido la posesión del inmueble desde época anterior a la diligencia de entrega de que se ha hablado".

Dice: "La posesión real y material ejercitada por mi mandante, señor Timoleón Pedraza, se remonta a una época anterior a la diligencia de entrega referida, entrega que al parecer fué puramente simbólica y no real, y los demandantes nada tuvieron que ver con mi poderdante, para la entrega misma; ni se le ha requerido".

Opuso a la acción las excepciones de "Prescripción", "Ilegitimidad o Inexistencia de la Personería de la parte demandante" y la genérica de que hablan las leyes procesales.

Las sentencias de instancia.

Le puso fin a la primera instancia el señor juez del conocimiento con la sentencia de 16 de enero de 1956 negatoria de las peticiones de la demanda. Absolvió consiguientemente a los demandados de los cargos de la demanda, dispuso la cancelación de su registro y condenó en costas a la parte vencida.

A virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en todas sus partes el fallo apelado con costas a cargo de los demandantes.

No encontró el juzgado acreditado el dominio de los actores en relación con el bien de la reivindicación; de ahí la negativa a las peticiones de la demanda. Dio como razón el hecho de que los actores adujeron como única prueba en relación con el dominio por ellos alegado, la hijuela de adjudicación producida con ocasión del juicio divisorio de la finca "Monte Bello", documento que no halló suficiente para los fines de la demanda porque "correspondía a la parte demandante para demostrar su derecho a reivindicar, dar prueba amplia de su derecho de dominio sobre el bien de que se trata, lo cual exigía, además de presentar el acto de adjudicación del derecho sobre el inmueble, aducir el título de dominio del inmueble mismo en razón del cual se hizo la adjudicación correspondiente, pues de no ser así, los demandantes no justificarían adecuadamente su derecho al recobro, o lo que es igual, no probarían suficientemente el derecho de propiedad en virtud del cual se reivindica".

Son finales de la sentencia: "El título de propiedad presentado por los actores, por ser puramente declarativo, es insuficiente, para justificar el dominio con base en el cual se reivindica, situación jurídica que no es modificada por el certificado sobre la suficiencia del título; de donde se concluye que, la titularidad del demandante para reivindicar no puede fundar la acción propuesta y su fracaso es inevitable. Así las cosas, es innecesario estudiar la posesión, singularidad, identidad, elementos de la acción, así como también las defensas planteadas por el demandado".

De su lado el Tribunal, en orden a la confirmación del fallo expresa:

"Se deduce claramente que la partición fue registrada en la Oficina de La Vega en el Libro de Causas Mortuorias, por ser en aquella época (mayo de 1920) la correspondiente a la ubicación del predio, y en la de Facatativá en el Libro Número Segundo. No aparece inscripción alguna en el Libro Número Primero.

"El registro de los instrumentos públicos tiene principalmente estos fines: servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos, dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones y dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos o documentos que deben registrarse (art. 2.637 del CC.) La inscripción ha de hacerse en el Libro Número Primero para los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los inmuebles o que varíen el derecho de administrarlos, por imperio del numeral 1º del artículo 2.641 del CC.; mas la anotación en el Libro de Causas Mortuorias impuesta por el artículo 38 de la ley 57 de 1887 implica que emane de un juicio de sucesión.

"Como la referida hijuela se inscribió impropiamente, significa que la comunidad actora no ha acreditado en forma jurídica su calidad de dueña de la finca que pretende reivindicar, porque el título está privado de eficacia probatoria conforme al artículo 2673 del CC. es decir, que falla el primer requisito exigido para el éxito de la acción. La hijuela ha debido registrarse en el Libro Número Primero de la Oficina de Registro pertinente, y si por descuido u olvido no lo realizaron así los interesados, o si acaso la hicieron anotar pero se les pasó obtener la reproducción de la respectiva constancia de registro en la copia presentada, les toca sufrir los resultados de su imprevisión.

"Ante la carencia del presupuesto esencial que es la comprobación del dominio en la parte demandante, es imposible acoger las peticiones impetradas, no obstante que el reo confiesa la posesión del fundo y éste se ha identificado normalmente en la inspección ocular practicada en otro litigio entre los mismos contendientes adelantado en el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, que sirve como prueba trasladada.

"Es innecesario analizar los efectos jurídicos de la sola hijuela de adjudicación derivada de un juicio divisorio en frente del poseedor demandado, como lo hizo el señor Juez a-quo, ya que si aquélla no tiene fuerza a causa de faltarle el registro adecuado, mal puede dársele mérito en relación a un tercero. Por lo mismo, no es indispensable el estudio de los títulos allegados por el reo ni su confrontación con el de la comunidad actora, como tampoco el examen de la defensa de prescripción formulada por el señor Pedraza".

El recurso de casación

Contra el fallo del Tribunal interpuso la parte actora el recurso de casación que debidamente tramitado es la oportunidad de resolverlo.

Los cargos

Con fundamento en la causal 1ª de Casación el apoderado recurrente formula al fallo del Tribunal este cargo: "La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida de la ley sustantiva y también por consecuencia de apreciación errónea de las pruebas de la reivindicación".

La acusación la desarrolla el señor apoderado a lo largo del escrito de demanda en donde expresa los motivos que la Sala sintetiza bien que transcribiendo las palabras de su autor.

a) El Tribunal "dio interpretación errónea y aplicación indebida a los artículos 946 y 949 del Código Civil al rechazar como título de dominio en favor de la actora el exhibido por esta parte, con base en no aparecer registrado en el Libro Número Primero sino en el de Causas Mortuorias como si la demostración del dominio de una persona no fuera suficiente con él, frente a un demandado que no exhibe ningún título de dominio".

b) "El Tribunal aplicó e interpretó indebidamente los artículos 2673, 2637 y 2641 del CC. porque exige la inscripción de la adjudicación como si se tratara de un título que por sí constituyera tradición de los inmuebles, cuando ella no era necesaria, ni menos dicha inscripción desempeña el papel de inscripción".

c) El Tribunal al no darle valor al título mencionado además de violar los citados artículos 946 949 757 756 2637 2641 y 2673 del CC. como se ha anotado, no tuvo en cuenta que si el reivindicante presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado y éste no presenta título alguno, se presume que el autor (sic) del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica; y que si el título es posterior a la posesión del demandado, entonces sí, él no basta para fundar la demanda de restitución,

a menos que uniendo su título al de sus antecesores se remonte a una época en que el más antiguo sea de fecha anterior a aquella posesión".

d) "Incurrió el Tribunal en violación de los artículos 597, 630, 632 y 635 del CJ. a causa de no leer y apreciar debidamente el instrumento público de adjudicación y demás elementos de convicción —certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y copia de la diligencia de entrega— y al no darles el mérito legal que les correspondía".

Aunque los tres primeros motivos giran al rededor de las mismas consideraciones de hecho y de derecho, hace notar la Sala, que prefirió precisarlos separadamente para evidenciar cómo el ataque a la sentencia se encuentra compendiado dentro del contenido de la siguiente síntesis que se lee al final de la demanda: "los actos de partición y adjudicación de bienes relativos a la división de un bien común es título, que a términos del artículo 765 del Código Civil, es hábil por sí solo, para demostrar el derecho de dominio del respectivo copartícipe adjudicatario sobre lo que le fue adjudicado, sin que para su eficacia necesite su inscripción en el Libro Número 1º del Registro correspondiente. Como así no lo estimó el sentenciador violó los artículos 2637, 2641 y 2673" al no darle aplicación por interpretación errónea a un caso no contemplado en ellos. Y como no tuvo en cuenta las pruebas acompañadas a la demanda quebrantó seguidamente los artículos 630, 632 y 635 del CJ".

Habrá de estudiarse pues, conjuntamente, los motivos de las letras a), b) y c) base de la síntesis final:

De las alegaciones que propone el recurrente se destacan estos razonamientos:

"La adjudicación no es un modo de adquirir, no constituyo enajenación, su rol es más simple: se limita a radicar en un bien determinado la cuota parte que corresponde al indivisario durante la indivisión. Apenas hay entonces singularización del dominio, pero no transferencia de él. Tratándose aquí de una indivisión en una comunidad, en virtud del efecto declarativo de la partición según el artículo 1401 del CC. se supone que el adjudicatario ha sido dueño exclusivo del bien adjudicado desde el fallecimiento del causante; el adjudicatario adquiere el bien por el modo de adquirir el dominio denominado sucesión por causa de muerte y no como lo cree el sentenciador por la inscripción en el registro, ya que jurídicamente no es posible adquirir un mismo bien por dos o más modos de adquirir..." "El efecto declarativo de la partición y consignado en el art. 1401 del CC. va hasta el momento en que se forma la indivisión. Por consiguiente, apareciendo ésta y que el título merece mérito legal al tenor del art. 2673 del CC. aplicado indebidamente por el Tribunal, no había razón legal alguna para desestimarlo, exigiendo en él una formalidad que no era sustancial y por la naturaleza misma de los títulos que se hacen mediante las adjudicaciones en una comunidad...

"'Ninguna disposición exige determinadamente que la entrega de un derecho en una comunidad mediante la adjudicación y partición debe ser inscrita en el Libro Primero del Registro como lo sostiene el H. Tribunal, el art. 756 del CC. prescribe que es necesaria la inscripción para efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos de usufructo o de uso constituídos en ellos, de los derechos de habitación o de censo, o hipoteca, sin que en dicha disposición se aluda en forma alguna a la transferencia entre vivos del derecho real de herencia..." 'La ley exige la inscripción cuando los herederos pretenden disponer de los bienes de la herencia, lo que es muy diferente, y aplicando el art. 757 del CC. no tenido en cuenta por el sentenciador. La inscripción si bien es facultativa y útil para otros efectos legales, solo es necesaria siguiendo la disposición mencionada, cuando se dispone de inmuebles determinados y no cuando las herencias se trasmiten como universalidad jurídica, o los consignatarios transfieren sus cuotas en la misma universalidad"..." "Si como se ha visto en la partición y adjudicación de bienes, no se enajenan bienes determinados, y por tanto, la inscripción que efectúa la tradición del dominio de los bienes es innecesaria, entonces se concluye lógicamente que los artículos 2637, 2641 y 2673 del CC. aplicados por el H. Tribunal para desestimar el título exhibido por la parte actora, han sido indebidamente tenidos en cuenta para el caso del litigio"..." "El Tribunal al no darle valor al título mencionado además de violar los citados arts. 946, 949, 757, 756, 2637, 2641 y 2673 del CC. como se ha notado, no tuvo en cuenta que si el reivindicante presenta un título de propiedad anterior a la posesión del demandado, y éste no presenta título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica; y que si el título es posterior a la posesión del demandado, entonces si él no basta para fundar la demanda de restitución, a menos que uniendo su título al de sus antecesores se remonte a una época en que el más antiguo sea de fecha anterior a aquella posesión".

Considera la Corte:

Como claramente se desprende de los pasajes transcritos de la sentencia, el Tribunal negó la reivindicación por esta principal razón: como la hijuela aducida por la parte actora para demostrar el derecho de dominio pretendido no fue inscrita en el libro destinado para el registro de los títulos que transfieren o mutan el dominio de inmuebles, ello significa que los comuneros actores "no han demostrado en forma jurídica su calidad de dueños de la finca que pretenden reivindicar, porque el título está privado de eficacia probatoria conforme al artículo 2673 del CC, es decir, que falla el primer requisito exigido para el éxito de la acción. La hijuela ha debido registrarse en el Libro Primero de la Oficina de Registro pertinente, y si por descuido u olvido no lo realizaron así los interesados, o si acaso la hicieron anotar pero se les pasó obtener la reproducción de la respectiva constancia de registro en la copia presentada, les toca sufrir los resultados de su imprevisión".

Y para más abundamiento agrega, que aún suponiendo la eficacia del título, como se aduce frente a un demandado, - tercero que fue en el juicio divisorio de donde proviene el título y que por lo demás alega posesión anterior a la expedición de la hijuela, dicha posesión debe preferirla el fallador frente a la unilateral declaración del título, mas, cuanto que el modo como la comunidad vino a constituirse se desconoce en el proceso por no haberse allegado el título de propiedad del respectivo causahabiente.

Se explica: dispone el artículo 765 del CC.: "El justo título es constitutivo o traslaticio de dominio"; "son traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferir el dominio"; "pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición".

Enseñan los doctrinantes, "que los títulos constitutivos de dominio son los que sirven para constituir el dominio sin que haya desplazamiento de una cabeza a otra y sin acto ninguno del anterior dueño, a diferencia de los traslaticios de dominio que sí implican acto del dueño anterior".

Ahora bien, si lo anterior es jurídicamente innegable, no es menos que la simple adjudicación de una singular porción de terreno y de que dé cuenta una determinada hijuela no confiere al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada sino cuando en el causante o respectivo causahabiente radicaba tal derecho, porque es bien sabido que las hijuelas son títulos declarativos y no atributivos de dominio y porque el heredero o copartícipe, por ficción legal, se supone una misma persona con el causante de quien dice derivar su derecho.

Tiene dicho la Corte: "La hijuela declara y puntualiza en el adjudicatario el dominio del causante; de suerte que si éste no lo tenía, no puede entenderse conferido al adjudicatario por el simple hecho de haber obtenido o haberse formado así mismo tal adjudicación".

Claro, entonces, que debieron los reivindicantes, además de afirmarlo, acreditar legalmente no solo el hecho de que la comunidad existió sino que el causahabiente fué en su tiempo dueño del bien común materia de la división. Y están ausentes de los autos estos comprobantes.

Es más: si a esta deficiencia se agrega, —lo que anota el sentenciador y es lo que principalmente ataca el recurrente— "que el título que se hizo a los demandantes no se registró debidamente", deberá concluirse, como él lo hizo, que la hijuela por sí sola no es pieza hábil a acreditar el dominio de los actores en relación con el bien materia de la controversia.

Es más: enseñan en su orden los artículos 740 y 756 del Código Civil que la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y que ésta, tratándose de inmuebles, se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente. De lo dispuesto por estas normas habrá de concluirse que incluyendo la ley los actos legales de partición entre los títulos traslaticios de dominio quedan éstos sujetos al inevitable revestimiento de esta formalidad la que deberá cumplirse pero no en cualquiera de los libros del Registrador sino en el designado expresamente por la ley porque, según voces del artículo 750 del Código Civil, "los títulos traslaticios de dominio no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos en que se dispone en el Título "Del registro de Instrumentos Públicos". Y es lo cierto que en ese título se encuentra el artículo 2641 que establece que los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles debe hacerse en el Libro de Registro N° 1.

En consecuencia, en vista de lo estatuido por los preceptos transcritos procede a hacer notar que acertó el sentenciador cuando afirmó que no puede admitirse la validez probatoria del título presentado por los actores con el fin indicado en la demanda, pues consta apenas, que se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición en el Libro

de Causas Mortuorias y nó en el Libro Número 1º como lo ordena la ley. Como esta determinación es estrictamente jurídica y tiene basamento precisamente en las disposiciones que el recurrente estima como quebrantadas, no puede prosperar el cargo.

No resulta inoportuna la transcripción de estas jurisprudencias de la Corte que ilustran la materia:

"Tratándose de títulos, actos o contratos que por disposición de la ley deben registrarse, deben serlo en el lugar y libro respectivos. La informalidad consistente en haberse inscrito en libro distinto del que expresamente señala la ley, tiene el mismo efecto que el de haberse registrado en la oficina de un lugar diferente del respectivo. Es decir, equivale a la falta de registro. (Sentencia 26 junio 1930 T XXXVI página 92).

"La ineficacia probatoria de un instrumento que debiendo ser registrado no lo fue, o que debiendo haberlo sido en un determinado libro lo fue en otro, es una consecuencia perentoriamente establecida por el artículo 2673 del CC. porque el registro no sólo debe hacerse en la respectiva oficina, sino "conforme a lo dispuesto en este Código". No se diga que los fines de la ley se cumplen con el solo hecho de que se haga la inscripción en cualquiera de los libros; porque si esos fines son, como lo dice el artículo 2637 del CC. dar más publicidad, autenticidad y seguridad a los títulos registrados, ellos no se cumplen debidamente cuando la inscripción se hace en el libro que no corresponde, pues la división en libros establecida por la ley, tiene por objeto hacer más fácil y expedita la busca de los extractos o registros, de tal manera que conociendo la especie de documento o título que debió registrarse, baste buscar en el libro o libros correspondientes y no en otros en que no tiene por qué estar registrado aquél". (Casación 8 octubre 1935 G J Nº 1905 página 172).

El otro de los extremos del cargo se hace consistir en que el Tribunal violó los artículos 597, 630, 632 y 635 del CJ. por no haber tenido en cuenta ni apreciado las pruebas del proceso "como lo era el título de adjudicación; el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que expresa que el registro de la hijuela no ha sido cancelado; diligencia de entrega a los comuneros Chaves del mismo bien, verificada con ocasión del levantamiento del secuestro del lote decretado en el ejecutivo iniciado por Ramírez en donde además de la identificación del lote consta que la posesión del demandado es posterior al título exhibido por la parte actora".

Cierto que los documentos aludidos no fueron apreciados por el sentenciador. Pero no comprobado el dominio de los actores anunciado por éstos y relativo al bien del pleito, correspondía dar la negativa a las peticiones de la demanda sin necesidad de estudiar los otros extremos de la acción —singularidad, identidad de la cosa y posesión del demandado— porque como lo tiene repetido la jurisprudencia, "la no demostración de una de las condiciones de la acción reivindicatoria conduce a su inevitable fracaso sin que sea necesario al fallador el estudio de las restantes".

No habiendo sido procedente el estudio de los elementos probatorios a que hace mención el recurrente, resulta ineficaz 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.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Arcila Escobar — Enrique Gaviria Zuluaga — Fabio Emilio Morales — Juan C. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

DOMINIO. — EL FUNDAMENTO ULTIMO DE LA POSESION ES EL DERECHO DE PROPIEDAD, Y AUNQUE SE TRATE DE DOS INSTITUCIONES JURIDICAS DIFERENTES, SOLO LA POSESION EJERCIDA POR EL VERDADERO PROPIETARIO, ES LA UNICA QUE PUEDE OPONERSE A TODOS Y EJERCERSE CON EXCLUSION DE CUALQUIERA OTRA PERSONA. — EL TENEDOR PRECARIO, ESTA IMPOSIBILITADO PARA MUDAR LA MERA TENENCIA EN POSESION

1.—La posesión, como simple relación de dominio de hecho, amparada por el orden jurídico implica la vinculación de la voluntad de una persona a un "Corpus", como si esa relación emanara del derecho de propiedad. Por eso, se ha dicho con razón, que la posesión no es otra cosa que una exteriorización del dominio, un reflejo de este derecho fundamental, ya que el poseedor se vincula a la cosa como si fuera un propietario y ejecuta los actos como si fuera dueño, sin respeto a determinada persona, situación jurídica que solo cede cuando otra persona demuestre que tiene mejor derecho a esa posesión por haberla perdido por medios violentos, habiéndola tenido antes, o por haber acreditado plenamente su derecho de dominio, como en el caso de la acción reivindicatoria. De suerte que, el fundamento último de la posesión es el derecho de propiedad; y aunque se trate de dos instituciones jurídicas diferentes, solo la posesión ejercida por el verdadero propietario, es la única que puede oponerse a todos y ejercerse con exclusión de cualquiera otra persona.

2.—El tenedor precario está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión; ello exige la intervención de un título proveniente de un tercero que, considerándose también dueño, le confiera la posesión inscrita y le dé una base a su declaración de que ejerce la posesión como dueño: pero solo desde el momento en que ocurra la intervención mencionada podrá oponer esa nueva situación jurídica a la posesión de aquel cuyo dominio siempre ha reconocido.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferido por el Tribunal Superior de Buga, el 28 de febrero de 1955, en el juicio ordinario promovido por la señora **Catalina Rodríguez de González** contra el doctor **Guillermo Millán.**

Antecedentes

En el juicio de sucesión del señor Geroncio Rodríguez que se adelantó y terminó en el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, protocolizado en la Notaría del mismo Circuito por medio de la escritura pública número 662 de 20 de diciembre de 1943, se inventarió como propiedad del causante, una casa de habitación, situada en el municipio de La Unión, del departamento del Valle, la que, para efectos de dicho juicio mortuorio fue avaluada en la cantidad de doscientos pesos ($ 200), cuyos linderos se detallan en el numeral primero de la demanda.

En la liquidación, partición y adjudicación de los bienes de la sucesión mencionada, se adjudicó el inmueble en cuotas "ad-valorem", en favor de los siete hijos legítimos de Geroncio Rodríguez, llamados Catalina, Darío, Alfonso María, José Agustín, Luis Felipe, Herenia, y Eloy María Rodríguez, este último en representación de su padre Israel Rodríguez, hijo del causante; correspondió a cada uno de los herederos una cuota ad-valorem de diez y seis pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 16.58). A la hededera Catalina Rodríguez de González, se le adjudicó, además de su cuota legítima otra por valor de ochenta y tres pesos con noventa centavos ($ 83.00) en el mismo inmueble, por concepto de gastos sufragados en el juicio mortuorio.

Posteriormente, el heredero señor Presbítero Alfonso Rodríguez, por medio de la escritura pública número 193 de 6 de diciembre de 1943, vendió su cuota sobre el inmueble a los señores Luis Felipe Rodríguez, y Herenia Rodríguez de Muriel. Y, por escritura pública número 7 de 12 de enero

de 1944, de la Notaría de La Unión los señores Presbítero Darío Rodríguez, Luis Felipe, José Agustín, y Herenia Rodríguez, vendieron a Catalina Rodríguez de González, sus cuotas legítimas en el expresado inmueble; y, en el mismo instrumento, Luis Felipe y Herenia Rodríguez, vendieron a la misma Rodríguez de González, la cuota parte que adquirieron del Presbítero Alfonso Rodríguez.

En las condiciones mencionadas, Catalina Rodríguez de González quedó con un derecho proindiviso por valor de ciento ochenta y tres pesos con treinta y ocho centavos ($ 183.38) sobre el inmueble, en relación a un avalúo de doscientos pesos; y Eloy Mª Rodríguez, en representación de su padre, Israel Rodríguez, otro derecho por valor de diez y seis pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 16.58), cantidades que, con la de cuatro centavos ($ 0.04) despreciada por el partidor en el juicio mortuorio, se completa la totalidad del avalúo dado al inmueble, o sea, la suma de doscientos pesos ($ 200.00).

No obstante que la habitación del señor Geroncio Rodríguez era estrecha e incómoda, dio albergue al grupo familiar formado por su hijo Israel. Este, realizando algunos esfuerzos, y con el consentimiento de su padre, construyó algunas habitaciones más; pero a la muerte de éste quiso mejorar su posición jurídica de tenedor precario por el de poseedor, y, por medio de la escritura pública número 605 de 24 de septiembre de 1938, vendió la totalidad del inmueble al doctor Guillermo Millán, instrumento en el que declara Rodríguez, que por cuanto con licencia de su padre ocupó durante algún tiempo el inmueble, se considera dueño de éste, de tres piezas y de una enramada que construyó a sus expensas.

En consideración a las pretensiones jurídicas de Israel Rodríguez, expresadas en el otorgamiento de la escritura de compraventa al doctor Guillermo Millán, la señora Catalina Rodríguez de González, por medio de apoderado, estableció demanda ordinaria contra el mismo doctor Millán, para que fueran hechas por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá las siguientes declaraciones:

"1º—Restitución de la cuota de ciento ochenta y tres pesos con treinta y ocho centavos ($ 183.38), sobre un avalúo de doscientos pesos ($ 200.00) que le corresponde en el inmueble determinado en la demanda.

"2º—Restitución de los frutos naturales y civiles de la cuota mencionada en el punto anterior; y, no solamente los percibidos, sino también los que su mandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, teniendo la cosa en su poder.

"3º—Obligación del pago, a cargo del demandado, de las costas del juicio".

Notificada la demanda al doctor Guillermo Millán y evacuado por éste el correspondiente traslado, negó los hechos fundamentales de la acción y se opuso a las súplicas contenidas en el libelo de demanda.

Rituado el juicio en la primera instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá, profirió sentencia negando las peticiones de la demanda, con fundamento en que, no se habían reunido ni demostrado los elementos indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria que fue instaurada. Contra esta providencia apeló la demandante y el expediente subió, para su estudio, al Tribunal Superior de Buga.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal Superior de Buga pronunció sentencia el 26 de febrero de 1955, declarando el dominio en favor de la demandante, ordenando la restitución de la cuota que le pertenece; y condenando en costas a la parte demandada.

Los fundamentos de la sentencia del Tribunal son en resumen, los siguientes:

"Es un hecho que el demandado no ha controvertido que él adquirió la casa, por compra que le hizo a Israel Rodríguez quien dejó constancia en la respectiva escritura que se consideraba como dueño de ella, por prescripción extraordinaria, por haberla ocupado con licencia de su padre, desde hacía treinta y cinco años, a título gratuito, es decir, sin cobrarle arrendamiento, ni imponerle ninguna condición.

"Según esto, se enfrenta a los títulos de la demandante, originados en el juicio de sucesión de don Geroncio Rodríguez; y, con el permiso de éste, entró a ocupar con su familia el inmueble. Mas este título y la posesión nacida de él no tiene eficacia legal para prevalecer sobre los de la demanda, pues estos, por tener origen en el juicio de sucesión de don Geroncio, equivalen al que éste tenía como dueño de la casa, cuando permitió, toleró o le concedió licencia a su hijo Israel para ocuparla, título con el cual podía eficazmente recuperar el uso y goce del inmueble, cuando a bien quisiera, pues el ocupante no lo desconocía desde el momento en que aceptaba que su ocupación se debía a un acto de tolerancia de su padre".

Además el Tribunal encontró, contra la opinión del fallador de primera instancia, plenamente es-

tablecida la delimitación e identificación del inmueble, sobre el que recae la cuota de dominio de la demandante.

La demanda de casación

Como el demandado no se conformó con el fallo del Tribunal, interpuso oportunamente el recurso de casación, que, concedido por éste y admitido por la Corte, dio lugar a la demanda, cuyos cargos de infirmación se resumen en la siguiente forma, todos con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J.

"1º—Que la sentencia es violatoria, de los artículos 471, 764, numeral 1º, 765, numeral 2º, 946, 1757, y 1759 del C. C.: estas violaciones fueron motivadas, según el recurrente, por haber desatendido los artículos 471, 472, y 601 del C. J., incurriendo en errores en la apreciación de la escritura número 605 de 1938 y 662 de 20 de diciembre de 1943, dándoles valor probatorio pleno únicamente en favor del demandante.

"2º—Violación de los artículos 946, 949, 950, 952, 2594, 2663, del C. C. y del artículo 15 de la ley 40 de 1932. A estas violaciones llegó el Tribunal por errores de hecho o de derecho, al haber dado por establecido la individualización del inmueble, como cuerpo cierto, lo que no quedó demostrado en el juicio. Que si la Sala encuentra que el error enunciado es más de derecho que de hecho acusa entonces el fallo por error evidente de derecho, proveniente de la indebida apreciación que el Tribunal hizo del título escriturario del reivindicador y de la demanda, con notorio quebranto de las disposiciones invocadas.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Primero

Sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria de los artículos 471, 764, numeral 1º, 765, numeral 2º, 946, 1757 y 1759 del C. C.: estas violaciones fueron motivadas, según el recurrente, por haber desatendido los artículos 471, 472, y 601 del C. J., incurriendo en errores en la apreciación de la escritura número 605 de 1938, 662 de 20 de diciembre de 1943, dándoles valor probatorio pleno únicamente en favor del demandante.

En la fundamentación y explicación del cargo el recurrente sostiene que "en la cuenta de partición y adjudicación de hijuelas, según la escritura citada, consta que en el inventario se alistó y avaluó en doscientos pesos, una casa de edificación antigua que consta de un solo salón y una pieza en el corredor exterior construida de paredes de bahareque y cubierta de techos de teja de barro que mide ocho varas de frente por seis de fondo libres con un corredur del mismo largo que se halla actualmente en mal estado, sobre un solar de terreno que mide 34 varas de largo por ocho de ancho por los linderos que se citan en la demanda y que se excluyeron las nuevas edificaciones reconocidas como de propiedad de Israel Rodríguez o sus herederos. Tal exclusión, según el acta de inventarios se refería a las edificaciones que existen dentro del solar especificado antes y que son: una pieza que presta el servicio de cocina, levantada sobre tapias del solar del municipio y sobre una pared de adobe y dos de bahareque con techos de teja de barro; cinco piezas de habitación sobre la misma tapia de propiedad del municipio, cuatro sostenidas en paredes de adobe unas y de bahareque otras, y sobre la tapia correspondiente a la división de la casa de don Manuel J. Millán, otra pieza sobre paredes de adobe y techos de teja de barro sobre la misma tapia: hay también un cuartico que presta el servicio ed excusado con techo de zinc y dos paredes de bahareque, recostadas sobre la tapia perteneciente a la casa de don Pedro A. González".

La Corte considera:

El Tribunal, con la declaración de dominio sobre una cuota en "pro-indiviso" en favor de la demandante Catalina Rodríguez de González y ordenar su entrega, hizo prevalecer la posesión de ésta, desde el momento de la adjudicación, de su cuota como heredera y las que posteriormente le fueron enajenadas, unida a la del causante que, según las constancias del certificado de registro, se remonta hasta el año de 1878, en que adquirió el inmueble Geroncio Rodríguez, por herencia de su padre, sobre la sostenida por el demandado, vinculada, únicamente, a las afirmaciones de su tradente Israel Rodríguez, quien en la escritura de compraventa hecha en favor de Millán, declara que el inmueble lo adquirió por prescripción extraordinaria, alegando una posesión tranquila, pacífica y continua por un lapso mayor de treinta y cinco años, pues que su padre lo autorizó para habitar en la casa y hacer las construcciones adicionales a que se refiere este título y la diligencia de inventarios. Lo que indica, claramente, que Rodríguez, en vida de su padre, fue un mero tenedor precario, que reconoció dominio ajeno y que solo a la muerte de éste, vio la oportunidad para ejercer actos jurídicos y económicos con ánimo de dueño; desde el mismo momento en que vendió la totali-

dad del inmueble al doctor Guillermo Millán. Es decir, que mudó su voluntad de tenencia, por el ánimo de posesión prevalido del lapso que transcurrió desde la muerte de Gerencio Rodríguez, hasta que hubo de terminarse por liquidación, partición y adjudicación, el juicio mortuorio de éste. Si Israel Rodríguez, antecesor del demandado, con su esfuerzo realizó mejoras en el inmueble, como se reconoce en la diligencia de inventarios y consta en las mismas hijuelas de adjudicación de cuotas sobre el inmueble, con el consentimiento de su padre, él podrá deducir estos aprovechamientos sobre el inmueble, por un camino distinto al del presente juicio reivindicatorio, en el que se discute el dominio entre la demandante Rodríguez y el causahabiente de aquel, doctor Guillermo Millán. Pero de ninguna manera, puede confundir su derecho de dominio sobre unas mejoras, con el derecho de propiedad sobre un inmueble, cuestión que se discute en el presente juicio.

En el caso sub-judice, la causa de la tenencia precaria que el demandado quiere convertir en posesión no es otra que la tolerancia o la autorización del señor Gerencio Rodríguez a su hijo Israel para que se instalara en su propia casa y realizara algunas mejoras para comodidad de todo el grupo familiar: disuelto el cual, él quiso cambiar esa mera tenencia en posesión: y el ánimo de dominio que exteriorizó desde el mismo momento en que Israel Rodríguez vendió la totalidad del inmueble al doctor Guillermo Millán, circunstancia que, aunque le confirió al doctor Millán, el carácter de poseedor inscrito, ningún derecho pudo transmitirle el causante, distinto a la tenencia precaria sobre el inmueble.

La Corte, en sentencia de 27 de julio de 1935, expresó:

"La familia es una institución jurídica que defectuosamente, en los títulos 4º a 20 del libro 1º, reglamenta nuestro Código Civil. Una de las expresiones materiales de la familia es la convivencia bajo un mismo techo del grupo, compuesto para los padres y los hijos. De acuerdo con el artículo 775 del C. C., se estima precaria la posesión por parte del hijo de la habitación que ocupa en la casa de sus padres. Y el poseedor precario no puede cambiar su título, o sea, intervertirlo, sino por el hecho de un tercero o porque contraiga el derecho del propietario oponiéndole su posesión. No es suficiente para cambiar la causa de la posesión, la simple manifestación que al respecto haga el interesado de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño. Por lo tanto la circunstancia demostrada de autos de que el actor amobló a sus expensas las piezas que detentaba en la casa de su padre, enlució sus paredes e instaló allí servicios sanitarios, no establece la interversión de su título precario. El actor continúa su posesión precaria, porque no probó su desvinculación durante treinta años, del grupo familiar del cual era miembro, ni contradijo el derecho del propietario, ni demostró interversión de título proveniente de un tercero. Con cualquiera de estas dos últimas ocurrencias, añadida a la primera, el demandante hubiera podido justificar el cambio de ánimo y convertirlo en el de verdadero poseedor a fin de poder prescribir".

La posesión, como simple relación de dominio de hecho, amparada por el orden jurídico, implica la vinculación de la voluntad de una persona a un "Corpus", como si esa relación emanara del derecho de propiedad. Por eso, se ha dicho con razón, que la posesión no es otra cosa que una exteriorización del dominio, un reflejo de este derecho fundamental, ya que el poseedor se vincula a la cosa, como si fuera un propietario y ejecuta los actos como si fuera dueño, sin respeto a determinada persona, situación jurídica que solo cede cuando otra persona demuestre que tiene mejor derecho a esa posesión por haberla perdido por medios violentos, habiéndola tenido antes, o por haber acreditado plenamente su derecho de dominio, como en el caso de la acción reivindicatoria. De suerte que, el fundamento último de la posesión es el derecho de propiedad; y aunque se trate de dos instituciones jurídicas diferentes, solo la posesión ejercida por el verdadero propietario, es la única que puede oponerse a todos y ejercerse con exclusión de cualquiera otra persona. El tenedor precario, está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión; ello exige la intervención de un título proveniente de un tercero que, considerándose también dueño, le confiera la posesión inscrita, y le dé una base a su declaración de que ejerce la posesión como dueño: pero solo desde el momento en que ocurra la intervención mencionada podrá oponer esa nueva situación jurídica a la posesión de aquel cuyo dominio siempre ha reconocido.

En el caso sub-litem, el Tribunal se limitó a aplicar los preceptos sustantivos adecuados a la situación jurídica que encontró plenamente establecida: es decir, a apreciar la fuerza probatoria de las escrituras públicas que cita el recurrente, de las cuales se desprende que, Israel Rodríguez, efectivamente, incrementó el valor del inmueble con su propio esfuerzo, al proceder a la ampliación de la casa de habitación que por autorización

de su padre Geroncio Rodríguez, hubo de habitar con su familia, lo que se expresa en las respectivas hijuelas de adjudicación en el juicio mortuorio de éste. Como también de la escritura otorgada por Israel Rodríguez al doctor Guillermo Millán, por declaraciones del mismo vendedor, se desprende esa misma circunstancia, con fuerza suficiente para interferir y hacer inocua toda manifestación de ánimo de dominio por parte de Rodríguez. De suerte que, el Tribunal, lejos de estimar erróneamente dichas pruebas, o de apreciarlas solamente en favor del demandante, las interpretó y apreció correctamente. Y, en consecuencia, no violó las disposiciones sustantivas invocadas como aplicables por el recurrente, razón por la cual no prospera el cargo.

Segundo

Sostiene el recurrente que el Tribunal violó los artículos 946, 949, 950, 952, 2694, 2663 del C. C. y el artículo 15 de la ley 40 de 1932. A esa violación llegó el sentenciador de segunda instancia por errores de hecho o de derecho, al haber dado por establecido la individualización del inmueble como cuerpo cierto, circunstancia que no estableció en el juicio. Que si la Sala encuentra que el enunciado error es más bien de derecho que de hecho, acusa entonces el fallo por error evidente de derecho, proveniente de la indebida apreciación que el sentenciador formuló en la sentencia del título escriturario del reivindicador y de la demanda, con notorio quebranto de las disposiciones invocadas.

En el planteamiento y fundamentación del cargo, el recurrente sostiene que: "Fácilmente se llega a la conclusión de que el sentenciador incurrió en error de hecho consistente en haber desconocido el alcance y significación de la constancia que dejó el partidor en la cuenta de partición aprobada por sentencia judicial sobre la exclusión de dicha cuenta de las edificaciones pertenecientes a Israel Rodríguez sin deslinde material es decir, quedando ellas comprendidas dentro de la alinderación general e ignorando también la diligencia de inventarios visible a fl. 9 y ss. del cuaderno principal, documentos en los cuales aparecen con todos sus detalles especificadas las distintas construcciones y sus legítimos dueños; error que lo condujo a aceptar como demostrado en el proceso que la alinderación de la escritura y de la demanda solo se refería a la casa de construcción antigua avaluada en $ 300.00 (doscientos pesos), sobre la que exclusivamente radican los derechos en la cuota parte proindivisa equivalente a $ 163.38 (ciento ochenta y tres con treinta y ocho). Al proceder así, el sentenciador volvió a desconocer los artículos 471, inciso final, 472, y 601 del C. J. especialmente el artículo 222 del mismo Código y quedaron quebrantados los artículos 946, 949, 950, 2594, 2663 del C. C. y el artículo 15 de la ley 40 de 1932".

La Corte considera:

El Tribunal, al dar por establecida claramente la delimitación del inmueble como cuerpo cierto, hizo una confrontación rigurosa entre los linderos descritos en las hijuelas de adjudicación a los herederos de Geroncio Rodríguez, que se relatan en la diligencia de inventarios y avalúos del mismo juicio; los que se indican en la escritura por medio de la cual Israel Rodríguez vendió la totalidad del inmueble al doctor Guillermo Millán y la verificación que sobre todos ellos hicieron los peritos, sobre el terreno, en la diligencia de inspección ocular. De los mencionados títulos y diligencias se desprende claramente que fuera de la vieja construcción, que, según los peritos, data de más de setenta años, tanto ésta como las adiciones realizadas por Israel Rodríguez, ocupan un lote de treinta y ocho varas de frente por ocho de ancho, porción del inmueble que está claramente delimitada en las líneas divisorias que describen los títulos de que se ha hablado. Es decir, que la posesión ejercida por Catalina Rodríguez y los demás condueños, como también la del causante señor Geroncio Rodríguez, se extendió a dicha zona, sin que el demandado hubiera podido establecer por ningún medio probatorio que dichas edificaciones estaban en el "Hato de Lamas", de propiedad de una comunidad, es decir, en terreno ajeno. Hay, pues, una perfecta coincidencia entre las líneas divisorias mencionadas en los documentos que se dejan citados, circunstancia que queda más evidenciada, aún, en la diligencia de identificación practicada por los peritos. De suerte que, el Tribunal al dar por establecida plenamente la delimitación del inmueble como cuerpo cierto, no incurrió en error de hecho, puesto que todos los documentos la acreditan; ni en error de derecho ya que todos los elementos probatorios fueron correctamente apreciados y en consonancia con los preceptos adjetivos que el recurrente también sostiene fueron violados, razón por la cual el cargo, no prospera.

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 proferida por el Tribunal Superior de Buga, el 28 de febrero de 1955.

Se condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

ACCION RESOLUTORIA Y SUS EFECTOS CON RELACION A LAS PARTES Y A LOS TERCEROS POSEEDORES

Sea cualquiera el criterio que se acepte respecto del fundamento de la acción resolutoria, que pueda explicarse por las teorías de la causa, según Capitant, Planiol y Ripert; o por la de la equivalencia de las prestaciones según Maury; o por la de la repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand; o por la de las simples razones de equidad, según Esmein, ha de entenderse que la facultad que otorga el artículo 1546 citado, precisa para la aplicación de la misma norma:

a) Que exista una obligación exigible, y que ejercite la acción el perjudicado, o sea el que cumple lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de la otra parte.

b) Que, para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta, no solo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra, y por consiguiente, exista entre ella una mutua condicionalidad.

c) Que es necesario que el principio de la reciprocidad esté tan caracterizada que no se conciban unas obligaciones sin las otras.

d) Que no entra en juego dicha norma cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato bilateral tienen puro carácter accesorio o complementario con relación a aquellas prestaciones y contra-prestaciones, en su caso, que constituyen el objeto principal del convenio.

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

(Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas)

EFRAIN CRUZ PERDOMO demandó por la vía ordinaria a los herederos o representantes de JORGE SAAVEDRA A, señores Belisa Rojas de Saavedra, Alfredo Saavedra Rojas, Alfredo Saavedra Bustos, María Inés Saavedra de Cruz y al Presbítero doctor Félix María Polanía, quien denunció el pleito a los dos últimos nombrados.

En la demanda se pide en resumen:

1º Que se declare "resuelto por falta de pago" el contrato contenido en la escritura pública Nº 22 de 21 de enero de 1943, de la Notaría 2ª del Circuito de Neiva, por medio de la cual Efraín Cruz Perdomo vendió a Jorge Saavedra A. los derechos que tenía en el inmueble allí descrito.

2º Que, en consecuencia, no tiene valor ni efecto la enajenación de esos derechos que Belisa Rojas de Saavedra y Alfredo Saavedra Rojas le hicieron a Alfredo Saavedra Bustos y que recoge la escritura pública Nº 2080, de 24 de diciembre de 1947, de la Notaría 1ª del Circuito de Buga.

3º Que no tiene valor ni efecto el contrato de compraventa hecho por Alfredo Saavedra Bustos a su hermana María Inés Saavedra Bustos, de la mitad de los derechos aludidos antes, contenido en la escritura pública Nº 230, de 12 de marzo de 1948, de la Notaría 2ª del Circuito de Neiva.

4º Que no tienen valor ni efectos las hijuelas hechas en el juicio de sucesión de Jorge Saavedra A. a favor de Alfredo Saavedra Bustos y de María Inés Saavedra de Cruz.

5º Que no tiene valor legal alguno el contrato de compraventa que recoge la escritura pública Nº 526, de 17 de agosto de 1950, por medio del cual Alfredo Saavedra Bustos y María Inés Saavedra de Cruz vendieron sus derechos en la casa marcada con los números 5-51, 5-57 y 5-67 de la calle 9ª de Neiva, con los linderos allí especificados, al Presbítero Félix María Polanía.

6º Que se cancelen los registros de las escrituras citadas.

7º Que, en virtud de la resolución que se pide, vuelvan a poder de Efraín Cruz Perdomo los derechos en el inmueble de que se trata en la escritura pública Nº 22, de 21 de enero de 1943, de la Notaría 2ª de Neiva.

8º Que los demandados deben pagar los perjuicios causados por falta de cumplimiento en el pago del precio de la venta que hizo el actor Perdomo Cruz y cuya resolución se demanda, y que

se estiman en $ 7.000,00 o en la suma que fijen los peritos.

9ª Que se condene en costas a los demandados.

Como antecedentes de hecho de la demanda se alegan en síntesis:

Que Efraín Cruz Perdomo vendió a Jorge Saavedra A. los derechos que tenía en la casa situada en la calle 9ª de la ciudad de Neiva, marcada con los números 5-51, 5-57 y 5-67 como consta en la escritura pública Nº 22, de 21 de enero de 1943, de la Notaría 2ª del Circuito de aquella ciudad; que Jorge Saavedra A. murió el 7 de diciembre de 1945 y, según su testamento cerrado —escritura número 161, de 1º de marzo de 1947, de la Notaría 2ª de Neiva— fué casado con Belisa Rojas y tuvo como hijos de ese matrimonio a Alfredo y Pablo Saavedra Rojas, y como naturales habidos en Apolonia Bustos a Alfredo y María Inés Saavedra de Cruz; que Pablo Saavedra Rojas murió antes que su padre sin dejar descendencia.

Que Belisa Rojas de Saavedra y su hijo Alfredo vendieron a Alfredo Saavedra Bustos los derechos hereditarios que les correspondían en la sucesión de Jorge Saavedra A. mediante escritura pública Nº 2080, de 24 de diciembre de 1947, de la Notaría 1ª del Circuito de Buga, y que Alfredo Saavedra Bustos le cedió a su hermana María Inés Saavedra de Cruz la mitad de los derechos que había adquirido por la escritura 2080 citada, por medio de la número 230 de 12 de marzo de 1948 y de la Notaría 2ª del Circuito de Neiva.

Que en el juicio de sucesión de Jorge Saavedra A. se adjudicaron los bienes relictos a los hijos naturales Alfredo y María Inés Saavedra Bustos, por haberlos adquirido de la cónyuge sobreviviente Belisa Rojas de Saavedra y del hijo legítimo Alfredo Saavedra Rojas y, que aquellos mediante escritura Nº 526 de 17 de agosto de 1950, vendieron al Presbítero Félix María Polanía los derechos que se les habían adjudicado, radicados en la casa de la calle 9ª de la ciudad de Neiva, marcada con los números 5-51, 5-57 y 5-67.

Los demandados se opusieron al contestar la demanda, a las pretensiones del actor.

El Juez del conocimiento —1º Civil del Circuito de Neiva—, pronunció sentencia de primera instancia con fecha 14 de abril de 1955, en la cual decidió:

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

"2º Declárase resuelto por falta de pago de parte del precio el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 22, de 21 de enero de 1943, corrida en la Notaría 2ª de este Circuito.

"3º Declárase en consecuencia que los derechos a que dicho contrato se refiere no han salido del dominio de su propietario señor Cruz Perdomo, y en consecuencia la adjudicación que de ellos se les hizo a Alfredo Saavedra B. y a Inés Saavedra B. en la sucesión de Jorge Saavedra según escritura de protocolización Nº 533, de agosto 18 de 1950 de la Notaría Primera de este Circuito, no constituye título de dominio para los adjudicatarios, en esos derechos.

"4º Como consecuencia se declara así mismo que la venta hecha por los citados Saavedras Bustos al Presbítero Félix M Polanía por escritura Nº 526 de agosto 17 de 1950 de la Notaría Primera de este Circuito, carece igualmente de fundamento jurídico, en cuanto a la tradición de dominio.

"Líbrense los oficios correspondientes para la cancelación de los respectivos instrumentos y sus registros en los contratos dichos, y en la parte correspondiente a la adjudicación mencionada.

"5º Se condena a los demandados Alfredo Saavedra B. y a Inés Saavedra B. a pagar a Efraín Cruz Perdomo, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, todos los perjuicios causados por incumplimiento del contrato que se declara resuelto.

"Como tales perjuicios no fueron estimados en el juicio y el Juzgado carece de base para determinarlos, se procede como lo dispone el art. 480 inciso 2º del C. J. a fin de que sean estimados en su oportunidad al tenor del art. 553 del mismo Código. A la vez don Efraín Cruz Perdomo restituirá a los expresados Saavedras Bustos la suma de dos mil pesos.

"6º No se hacen las declaraciones pedidas en los puntos 2º y 3º de la demanda.

"7º Se condena a los demandados Alfredo Saavedra Bustos e Inés Saavedra Bustos a pagar al demandante las costas del juicio. (Decreto 243 de 1951)".

De esta decisión apeló la parte demandada y, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva dictó, con fecha 3 de septiembre de 1955, fallo de segundo grado y cuya parte resolutiva dice:

"a) Confírmanse los numerales 1º y 2º de la parte resolutiva del fallo que se revisa.

"b) Condénase a los señores Alfredo Saavedra Bustos e Inés Saavedra de Cruz Perdomo a devolver al demandante señor Efraín Cruz Perdomo el valor de los derechos por éste vendidos al señor Jorge Saavedra A. a que se refiere la es-

critura pública Nº 22 de 21 de enero de 1943, de la Notaría 2ª de este Circuito, estimados tales derechos por su precio comercial el día siguiente a aquel en que quede ejecutoriada la presente providencia;

"c) Revócase el numeral 5º de lo resolutivo del fallo apelado, excepto en cuanto se condena al demandante señor Efraín Cruz Perdomo a devolver a los demandados señores Alfredo Saavedra Bustos e Inés Saavedra de Cruz, la suma de dos mil pesos ($ 2.000,00), moneda corriente, suma que deberá ser devuelta con sus intereses legales desde el 21 de enero de 1943, fecha del contrato resuelto, hasta el día del pago.

"d) Revócanse los numerales 3º, 4º y 7º de la parte resolutiva de la sentencia materia del recurso; y

"e) Absuélvase a la parte demandada de los demás cargos formulados en las peticiones del libelo;

"Sin costas en la actual instancia por haber triunfado en parte el recurrente (art. 2º numeral 3º Decreto 0243 de 1951)".

Son fundamentos del fallo del Tribunal, atacados en casación, los siguientes:

"Consecuencias de la acción

"Deben considerarse ahora las consecuencias de la acción, o mejor, sus efectos en relación con las partes y terceros.

"Tratándose de las partes se aplica la máxima "resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis", en cuya virtud las cosas han de volver al estado anterior, a fin de que ellas queden en la misma situación en que se encontraban antes de contratar.

"Con relación a terceros atiende la ley a su buena fe y las consecuencias de la acción no les perjudican sino excepcionalmente. Establece por eso el artículo 1933 del CC. respecto al vendedor contra terceros sino en conformidad a lo dispuesto en los artículos 1547 y 1548 del mismo Código. Este último, relativo a inmuebles, es muy claro al exigir que la condición conste en el título respectivo para que la resolución afecte a los terceros adquirentes. "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública", dice la disposición citada, de donde se colige que basta que la condición no conste en el título para que, presumiéndose por ese hecho la buena fé del tercero, a quien le ampara la regla "error communis facit jus", éste quede al abrigo de las consecuencias de la acción. Por tanto, no es suficiente que en los títulos traslaticios de dominio se haga alguna referencia a la condición resolutoria expresa o al hecho que genera la tácita, ni que al tercero comprador se le haya advertido acerca de las posibilidades de un litigio por causa de incumplimiento del contrato.

"Lo dicho es suficiente para hacer notar que al Presbítero doctor Félix M. Polanía, hoy su sucesión, no le afectan las consecuencias de la resolución del contrato de compraventa celebrado entre el demandante y Jorge Saavedra A.

"Con relación a los herederos de éste y su cónyuge, preciso es tener en cuenta que la señora de Saavedra y su hijo José Alfredo Saavedra Rojas transfirieron al coheredero Alfredo Saavedra Bustos los derechos todos que en la sucesión de Jorge Saavedra A. pudieran corresponderles.

"Se trata de la cesión de un derecho de herencia a título oneroso, sin especificar los efectos de que se compone y, por tanto, a tenor del artículo 1977 del Código Civil, los cedentes no responden sino de su calidad de cónyuge y de heredero, respectivamente, que son calidades intransmisibles por la cesión. Pero en relación con los bienes, quien cede sus derechos en una sucesión cede en realidad la universalidad de su patrimonio, activo y pasivo, cualquiera que sea el monto de que se compone y cargas que la graven. Es la sucesión misma la que constituye el objeto de la cesión, con todas las ventajas que pueda procurar y todos los gravámenes que soportar deba. El cesionario toma el lugar pecuniario del cedente y ha de cumplir todas las obligaciones transmisibles del difunto.

"La circunstancia de la venta referida impide que la resolución afecte a los demandados señores Belisa Rojas de Saavedra y José Alfredo Saavedra Rojas, quienes, de no mediar dicha circunstancia, responderían de las obligaciones del causante al igual que los demás representantes de la sucesión.

"Resuelto el contrato deberían volver las cosas a su estado anterior, pero esto no es posible, como ya se advirtió, porque es preciso respetar los derechos de terceros. En consecuencia, no podrán cancelarse los registros de los títulos que dan el dominio de los derechos comprados por el Presbítero doctor Polanía; no siendo posible que tal dominio vuelva al demandante pero debiendo, por otra parte, quedar éste indemne por la resolución, la parte demandada habrá de devolver al actor el valor de los derechos a que

se refiere el contrato resuelto, estimado ese valor al quedar en firme el presente fallo. Esta manera se obtendrá, por equivalencia del cumplimiento de la obligación de restituir el dominio de los derechos vendidos.

"Esto por cuanto el respeto que impone la ley a la buena fé de los terceros, (aa. 1547, 1548 y 1933 CC.), no implica derogación de los principios de equidad según los cuales las partes deben restituir cuanto hubieran recibido por razón del contrato (artículo 1544 ibidem); y si la obligación no puede cumplirse en especie, nada obsta a que sea cumplida por equivalencia, en dinero, porque habiendo perecido la cosa por culpa del deudor, la obligación de éste subsiste pero varía de objeto, queda obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Para el caso es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 1731 del Código Civil.

"El demandante a su vez está obligado a restituir los dos mil pesos que recibió como parte del precio; así lo reconoció el Juzgado y esta parte de la sentencia no fué apelada; pero con sus intereses legales desde la fecha del contrato, pues la resolución del mismo no puede ser fuente de enriquecimiento para ninguna de las partes.

"En cuanto a perjuicios dice el hecho ñ) de la demanda: "como es natural, mi representado ha sufrido graves perjuicios, ya porque como se ha dicho no le fue pagado el valor de tal negociación y por ello quedó así sumido en la miseria y bajo toda depresión moral que tal hecho trae consigo, ya gastando lo que no tenía para sostener acciones judiciales, para tenerlo que abonarlas precisamente por carencia de recursos y luego privado de la tradición de sus bienes, por cuanto si hubieran estado en su cabeza habría podido obtener grandes ventajas comerciales o un producido suficiente para poder atender a su subsistencia; de ahí que tales perjuicios deben ser reservados como una consecuencia de la resolución del contrato que se pide".

"Tales perjuicios no se presumen y era de cargo del demandante probar su existencia, pues del simple hecho del incumplimiento no cabe derivar una condenación para la parte demandada. (G. J. No 2141, página 548). Ni por razón de perjuicios morales, no admitidos en materia contractual, ni por razón de perjuicioh materiales, que no se acreditaron. Sobre el particular debe revocarse la condena que trae la sentencia de primer grado.

"Finalmente se observa que no se demandó restitución de frutos, sin duda porque la posesión material de los derechos vendidos siempre ha estado en poder del demandante".

El recurso de casación

Lo interpusieron ambas partes, pero sólo se considerará el del demandante por haber sido declarado desierto el del recurrente-demandado.

Recurso del demandante:

Este recurrente acusa la sentencia con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por violación de la ley sustantiva como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

La acusación la constituye un solo cargo, pero que se presenta bajo varios aspectos, y cuya síntesis, hecha por el propio recurrente, se transcribe en seguida:

"En Resumen el Tribunal al no valorar las declaraciones contenidas en las escrituras públicas Nos. 2080 de 24 de diciembre de 1947 de la Notaría de Buga, 230 de 12 de marzo de 1948, de la Notaría 2ª de Neiva que son títulos antecedentes del dominio del demandado Félix M. Polanía sobre la existencia inscrita de la condición resolutoria que afectaba los bienes objeto de la compraventa mediante la escritura 526 de 17 de agosto de 1950 de la Notaría 1ª de Neiva y tener conforme a ellas al referido demandado como conocedor de la existencia del vicio referente a la falta de pago del precio que afectaba al título original otorgado por Efraín Cruz Perdomo a favor de Jorge Saavedra antecesor en el dominio, desconoció el valor y significado que esos elementos de juicio tenían en orden a probar que Polanía no era adquirente oneroso de buena fé a quien debía ampararse conforme al precepto del art. 1548 del CC. indebidamente aplicado al caso del pleito. Cometió pues error de hecho en cuanto no vio exactamente el contenido de esas cláusulas y su relación con el demandado Polanía, ya que eran estos títulos antecedentes de su dominio, y tampoco vio que conforme a ellos estaba excluida la ignorancia del vicio de parte de dicho demandado y con ellos su buena fé. Y en seguida incidió en error de derecho por cuanto no les dio el significado legal probatorio que les corresponde de conformidad con el art. 1759 del CC. Naturalmente a consecuencia de esos errores el Tribunal no interpretó ni aplicó debidamente el instituto jurídico de la resolución a que se refiere el art. 1546 del CC. y 1933 de la misma obra y menos aplicó e interpretó correctamente los ar-

tículos 1547, y 1548 del CC. desconociendo así el derecho de la parte demandante.

"El H. Tribunal también incidió en error de hecho y de derecho y por ello dejo de reconocer el derecho invocado y sustentado en las disposiciones últimamente citadas, cuando no tuvo en cuenta los documentos públicos resultantes de las copias traídas al juicio de sucesión de Jorge Saavedra, o sean las copias de las hijuelas de adjudicación a los coherederos hijos naturales Alfredo Saavedra B. e Inés Saavedra Bustos de Cruz y donde consta que el crédito a cargo del causante Jorge Saavedra y por venta de la casa objeto del litigio estaba reconocido por todos los herederos y por lo tanto sus sucesores aún a título oneroso como el Pbro. Polanía no podían alegar desconocimiento porque su título tenía como antecedente o causa el mencionado juicio de sucesión y como es obvio ha debido tener conocimiento del vicio de origen, ya que venía a sustituír a los herederos del deudor y con ello al causante teniendo entonces la condición de causahabiente y por consiguiente excluído del carácter de tercero al cual ampara únicamente el art. 1547 del CC. de los efectos de la acción resolutoria. Esos documentos no solamente fueron pasados por alto en cuanto a su significado en orden a la buena fé del adquirente oneroso Pbro. Polanía sino que fueron desconocidos en su valor legal como los anteriores con violación de los arts. 1759 y 1761 del CC. y 630 del CJ.

"El sentenciador no ha tenido en cuenta, que los herederos todos aceptaron la herencia con beneficio de inventario, que el causante había reconocido y confesado ser responsable de una deuda de tres mil pesos por concepto de la venta que le hiciera Efraín Cruz Perdomo, que esos mismos herederos han ejecutado actos propios de herederos, y que por tanto les alcanzaba de lleno las responsabilidades a que estaban afectos los bienes heredados y transmitidos luego por esos herederos al Pbro. Félix M. Polanía, y una vez que estos hechos han sido reconocidos sin objeción alguna por las partes y por el fallador, no se ve cómo con aplicación de las normas de los arts. 1162, 1008, 1155 1282 y 1287 del CC. no tenidos en cuenta al caso, no se proclama o reconoce que el mencionado demandado Polanía y también sus antecesores de Alfredo Saavedra B. e Inés Saavedra de Cruz, como sucesores en todos los bienes derechos y obligaciones de la herencia de Jorge Saavedra, y por consiguiente los afectan las acciones derivadas del incumplimiento de parte de sus obligaciones contractuales y por ello tienen que ser desposeídos de lo que recibieron como sucesores y se invalida como propiedad del causante con base en el instituto jurídico de la resolución.

"El Tribunal obviamente desconoció nuevamente los documentos públicos referidos anteriormente y violó las disposiciones citadas que le señalan su valor probatorio, y dejó de ver en ellos los actos de aceptación y reconocimiento del crédito a cargo de la sucesión. A la vez no le dio el significado o valor legal que le corresponde a la confesión que hiciera el comprador Jorge Saavedra y que constituía a su vez una obligación a cargo de sus sucesores, confesión que consta en las posiciones absueltas. El sentenciador violó por esto los arts. 604, 606 y 609 del C. J. y el artículo 1769 del CC. Como consecuencia violó las disposiciones sustantivas mencionadas arts. 1008, 1162, 1155, 1282 y 1287 del C. C.

"El artículo 1546 del CC. claramente dice que la acción resolutoria una vez reconocida da derecho a indemnización de perjuicios, y con todo el sentenciador a pesar de que reconoce dicha acción y la declara, le niega dicho efecto declarando no haberse probado la cantidad de perjuicios, cuando lo indicado era la condenación mediante el procedimiento indicado en el art. 480 del CJ. que no quiso aplicar al caso del pleito.

"En este pleito señores Magistrados la cuestión por resolver es muy clara, ya que se refiere únicamente a los efectos de la condición resolutoria, entendiendo la parte actora que van hasta el llamado tercero adquiriente Félix M. Polanía, ya que no solamente aparece que debió tener conocimiento del vicio de origen por causa en el no pago, sino que lo tuvo realmente por aparecer en los títulos antecedentes del dominio que pretendió adquirir".

Considera la Corte:

El problema jurídico planteado en la demanda de casación, consiste en el hecho del incumplimiento de un contrato de compraventa por falta de pago de parte del precio, en conexidad con la condición resolutoria y los efectos de ésta, contra los terceros poseedores del inmueble objeto del convenio. Por cuanto, en el juicio la alegación principal del actor se ha reducido a demostrar que el comprador incumplió la obligación primordial que contrajo en el contrato que recoge el instrumento público Nº 32 de 21 de enero de 1943, de la Notaría 2ª del Circuito de Neiva la de pagar el precio estipulado, cuando por otra parte, el vendedor ejecutó, en la debida oportunidad, las obligaciones de su cargo, y cuando el in-

mueble objeto del convenio se halla en poder de un tercero que lo hizo suyo por compra a los sucesores del primitivo adquirente. Y porque, como lo confirma el recurrente: "la cuestión por resolver es muy clara, ya que se refiere únicamente a los efectos de la condición resolutoria, entendiendo la parte actora que van hasta el llamado tercero adquirente Félix M. Polanía, ya que no solamente aparece que debió tener conocimiento del vicio de origen por causa en el no pago, sino que la tuvo realmente por aparecer en los títulos antecedentes del dominio que pretendió adquirir".

En torno a la cuestión anterior se desenvuelve la acusación, articulando los motivos que integran el cargo, haciendo incidir la fundamentación de los unos en los otros, y estimándose como infringidos, por uno u otro aspecto de los invocados, las mismas disposiciones sustantivas. Ante esta situación, la Corte estudiará la impugnación en forma global, pero no sin tratar de conservar el orden en que los distintos aspectos han sido presentados.

Hay que partir pues, en este estudio, de la base de que se trata de un contrato de compraventa de un inmueble con todo lo que éste concepto implica en nuestra legislación positiva, en relación con los derechos y obligaciones que el pacto crea o pueda crear a las partes. Paralelamente a estos derechos y obligaciones reconocidos y regulados por la ley o por la voluntad de las partes existen normas destinadas a hacerlo respetar y que conceden al contratante que ha cumplido el convenio, o se aviene a su inmediato cumplimiento, los recursos y acciones necesarios para coaccionar al otro, a ejecutar sus obligaciones, o para resolverlo; además para obtener las indemnizaciones correspondientes de quien hubiese procedido en forma culpable o dolosa.

La validez del contrato de compraventa, fuera de ser susceptible de ataques por falta de capacidad o consentimiento de los contratantes, por vicios o ausencia de las cosas objeto del contrato, puede perseguirse su ejecución o su resolución en razón del incumplimiento de las obligaciones pactadas, o inejecución de la garantía legal del goce de las cosas adquiridas, y en uno u otro caso, es posible la demanda de resarcimiento del daño y perjuicios causados al pactante diligente.

En lo que a la actividad procesal se refiere, aquellos motivos puede originar acciones y excepciones de una u otra parte, y mediante ellas, el perjudicado puede lograr el restablecimiento de los intereses afectados, u oponer las defensas que estime conveniente para los mismos fines indicados, a quien careciendo de derechos ha provocado o es responsable de aquella situación.

Para que proceda la acción resolutoria o la de cumplimiento del contrato, es condición sine qua non que sea iniciada por el titular del derecho reclamado —legitimación activa para obrar— contra la persona que la acción es concedida —legitimación pasiva—. En consecuencia, para que existan estas acciones es condición primordial la presencia del contrato y cuando se trata del de compraventa, que esté perfeccionado, es decir que haya concurrencia de los factores anotados, y en particular, la existencia de una cosa singularizada o de un precio determinado y en caso de estar sujeto a una condición que se establezca su acaecimiento.

La prueba del vínculo contractual, la de sus modalidades, o de las condiciones alegadas por uno de los pactantes y negadas por el otro, es indispensable para la prosperidad de cualquier demanda sobre cumplimiento o resolución, así como de cualquiera otra consecuencia que se quiera derivar de ello. Y lo será, en el reverso, para que se rechace la acción y se libre al demandado que alega hechos o actos capaces de desvirtuar una presunción legal o la existencia de un vínculo probado en su contra.

Para que la acción legal potestativa, resolutoria o de ejecución de los convenios, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, extensiva a todos los que tienen la naturaleza de sinalagmáticos, y además, reconocida en forma especial en los artículos 1882, 1883 y 1930 ibídem, en el contrato de compraventa tanto para el vendedor como para el comprador, tenga viabilidad, previamente deben cumplirse ciertas exigencias legales, cuya inobservancia, en cada caso pueden ser opuestas como defensas por la otra parte. Dentro de estos medios de defensa opera la excepción de contrato no cumplido —"exceptio non adimpleti contractus"— también explícitamente reconocida en el artículo 1609 del Código Civil.

El desenvolvimiento de esos preceptos, no es, pues otro que, si el vendedor no cumple con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida, artículo 1880 del CC. pone en aptitud legal al comprador para insistir en el contrato o desistir de él, artículo 1883 ibídem. A su turno, el comprador constituido en mora para pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados, faculta al vendedor para el ejercicio de la acción resolutoria o exigir judicialmente el pago del precio.

Puede aniquilarse esas acciones: en el evento del artículo 1882 si el comprador está en mora en

la ejecución de sus obligaciones; en el del artículo 930 si el vendedor no ha cumplido con las obligaciones de su cargo, y en uno u otro caso no puede pretenderse el resarcimiento de perjuicios. Así como la fuerza mayor o el caso fortuito, no provocado por el contratante incumplido, enerva la acción resolutoria, alegando la imposibilidad en que estuvo por su parte para ejecutar su obligación en los términos convenidos. Tampoco deben perderse de vista en el estudio de la acción resolutoria, las reglas que rigen las obligaciones morales, condicionales, alternativas etc. pues es preciso determinar los efectos concretos que estas estipulaciones producen y los de las modalidades del convenio cuya resolución se pretende.

Desde otro punto de vista y concretando la cuestión a la condición resolutoria, es sabido que ésta puede ser expresa o tácita: expresa cuando en el contrato se estipula que él queda resuelto por el solo hecho de no pagarse el precio en el tiempo convenido y equivale, en el de compraventa, al pacto comisorio definido y tutelado en los artículos 1935 y siguientes del Código Civil. Con la eficacia para el derecho del vendedor de no tener necesidad de recurrir a la justicia para declarar resuelta la venta; y a su vez, con la doble garantía a favor del comprador, creada por el legislador por motivos de equidad, de la notificación judicial de la demanda del vendedor, y la concesión de un término de veinticuatro horas durante el cual aquél —el comprador— puede hacer subsistir el contrato, consignando válidamente el precio, artículos 1937 del Código Civil, 1095 y 1096 del Código Judicial. La tácita es aparente y oculta. La primera consta en los términos mismos del contrato; la oculta, no consta en el pacto, por el contrario, éste reza que se ha cumplido con la obligación de pagar el precio cuando en realidad no es así, quedando por lo tanto pendiente ésta prestación.

Según los términos del artículo 1853 del Código Civil, la resolución por no haberse pagado el precio, no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino en conformidad con los artículos 1547 y 1548 ibidem. Y en lo que hace relación a inmuebles la última disposición hace depender los efectos de la resolución contra terceros poseedores de que la condición conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública. Entonces, desde el momento que ella conste así se presume de derecho que el tercero la conoció; si no fuer así se presume también de derecho que no la apreció.

En el primer caso, el comprador deberá restituir el bien de que se trate; en el segundo nó, cumpliéndose así el segundo de los fines del registro público y a que se refiere el artículo 2647 del Código Civil: el de publicar toda afectación de la propiedad raíz.

En resumen: Sea cualquiera el criterio que se acepte respecto del fundamento de la acción resolutoria, que puede explicarse por las teorías de la causa, según Capitant, Planiol y Ripert; o por la de la equivalencia de las prestaciones según Maury; o por la de la repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand; o por la de las simples razones de equidad, según Esmein, ha de entenderse que la facultad que otorga el artículo 1546 citado, precisa para la aplicación de la misma norma:

a) Que exista una obligación exigible, y que ejercite la acción el perjudicado, o sea el que cumple lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de la otra parte.

b) Que, para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta, no solo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra, y por consiguiente, exista entre ella una mutua condicionalidad.

c) Que es necesario que el principio de la reciprocidad esté tan caracterizado que no se conciban unas obligaciones sin las otras.

d) Que no entra en juego dicha norma cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato bilateral tienen puro carácter accesorio o complementario con relación a aquellas prestaciones y contra-prestaciones, en su caso, que constituyen el objeto principal del convenio.

La anterior síntesis de las doctrinas, que emergen de nuestro derecho positivo y de la jurisprudencia, sobre la acción resolutoria y sus efectos con relación a las partes y a los terceros poseedores, son bastante para poner de relieve la sinrazón de los ataques del recurrente a la sentencia del Tribunal de Neiva, así como la correcta aplicación dada por éste a los artículos 1546, 1543, 1883 1609 1930 y 1933 del Código Civil. Porque aplicando las directrices anotadas, al caso sub judice, se concluye: que los fundamentos del fallo de segundo grado, en cuanto a las materias del recurso de casación, se refieren al incumplimiento del convenio por parte del demandado, escritura 22 de 21 de enero de 1943, de la Notaría 2ª del Circuito de Neiva, inejecución que se hace consistir en la falta de pago parcial del precio de la venta, cuestión ésta plenamente com-

probada en el juicio; inexistencia de estipulación expresa sobre resolución de la venta en caso de no pagarse el precio, y si presencia de una condición resolutoria tácita oculta; y carencia de la resolución pedida de efectos contra terceros poseedores de buena fe, porque la estipulación sobre la condición resolutoria no consta en el título primitivo, escritura 22 citada, y las referencias que constan en los números 2080, 230, 533 y 526 también citadas en abstracto por el recurrente, son indirectas y tienen un carácter accesorio en relación con las prestaciones y contraprestaciones principales que contiene el contrato celebrado entre Jorge Saavedra A. y Efraín Cruz Perdomo; y en tal virtud, la presunción que consagra el artículo 1548 del Código Civil, en relación con el 2637 ibidem opera, en este caso, a favor de los terceros poseedores, en cuanto que la condición resolutoria no fué conocida por éstos en la forma prevista en la norma últimamente citada..

Además, de paso, ha de anotarse que el recurrente en casación olvidó demostrar los errores por los cuales acusa la sentencia recurrida, pues solo se limita a citar las pruebas, que dice apreciadas erróneamente, sin concretar que es lo que ellas expresan, para deducir de allí, de la simple cita, los errores invocados, estudio que ha hecho la Corte sin corresponderle hacer, sólo en vía de solucionar el problema en su fondo, ya que la irregularidad anotada en la formulación del cargo bastaría para rechazarlo, pues ella enerva su posible eficiencia en el caso de que así la reconociera la Sala.

En cuanto al motivo referente a la violación de los artículos 1612, 1613 y 1546 del Código Civil y 480 del Código Judicial, tiene razón el recurrente en cuanto a la primera parte de la acusación, pero ésta no alcanza a incidir en la parte resolutiva del fallo. En efecto, la falta de pago del precio de la venta en el tiempo convenido produce la resolución del contrato por su quebrantamiento unilateral y la consiguiente lesión, dándole así oportunidad legal al vendedor para poder reclamar, de acuerdo con las normas que gobiernan la responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la correspondiente indemnización de perjuicios, que tales reglas consagran. Así, de acuerdo con el artículo 1610 del Código Civil, el solo incumplimiento de un contrato genera la respectiva indemnización de perjuicios, la que dimana del hecho mismo del incumplimiento, pero siempre que se hayan producido efectivamente y sean debidos, precisamente a ese incumplimiento. Así para la prosperidad de la acción resolutoria y la de su secuela de indemnización de perjuicios, precisan como exigencias necesarias, que se pruebe el contrato y su quebrantamiento, por una parte, así como los perjuicios reales causados con ese incumplimiento, por otra.

En este caso, comprobada plenamente la celebración del contrato de compraventa, así como su infracción con la falta del pago del precio, era preciso demostrar además, la existencia real de los perjuicios que en su caso había sufrido quien ejercita la acción resolutoria; y no hay en autos la adecuada demostración de los perjuicios que por el incumplimiento parcial, o por otros motivos, hayan podido ser ocasionados al vendedor y cuando por otra parte, como lo expresa el Tribunal: "No se demandó restitución de frutos, sin duda porque la posesión material de los derechos vendidos siempre ha estado en poder del demandante". Así las cosas, es vano el intento, del recurrente en casación, tratar de deducir la existencia real de esos perjuicios de la simple aplicación del principio del "interés" o del "daño abstracto", apreciada según la teoría denominada diferencial.

Por otro aspecto del problema, la resolución pedida, implica volver las cosas al estado que tenían antes de la venta como si ésta no se hubiere realizado, pero en el presente caso, como se dejó anotado, sus efectos no alcanzan a los terceros poseedores de buena fé del inmueble, pues se trata de una acción personal de la cual no nacen sino derechos y obligaciones entre los pactantes. No se está, propiamente en el caso de los artículos 1933 y 1548, sino en el del 1930, todos del Código Civil, tal como se ha explicado en la primera parte de este fallo.

En esta situación, la realidad procesal crea también el imposible jurídico y material de que se pueda ordenar la restitución del inmueble objeto del contrato que se resuelve, por hallarse en la actualidad en poder de terceros poseedores de buena fé. Entonces, en estos casos, lo equitativo es limitar la correspondiente prestación del contratante incumplido, al pago del valor comercial de los bienes. Porque si el pactante cumplido no puede recuperar su inmueble, por lo menos, debe recibir el justo precio que habría recibido, si no fuera por la situación de hecho que le creó la contraparte con el incumplimiento del contrato, y la condena al pago del valor comercial del bien, establece una especie de compensación, entre el menor precio estipulado y el mayor, como comercial, que se recibe en la fecha de la ejecutoria de la sentencia, y donde quedan incorpo-

rados los posibles perjuicios causados por el incumplimiento, como lo previó el Tribunal en su sentencia acusada, con base en jurisprudencias de esta Corporación.

En tal virtud no prospera el cargo por ninguno de sus distintos aspectos.

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 Neiva, de fecha 3 de septiembre de 1955.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, 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 M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

DEBIENDO LA CORTE EXAMINAR EN ORDEN LOGICO LOS CARGOS ADUCIDOS, CONSECUENCIALMENTE CORRESPONDE EN PRIMER TERMINO EL ESTUDIO DEL FUNDADO EN LA CAUSAL 7ª DEL ARTICULO 520 DEL C. J. — EL MOTIVO DE CASACION FUNDADO EN ESTA CAUSAL SOLO PUEDE REFERIRSE A LA ABSTENCION DE CONOCER POR RAZON DE LA MATERIA. — CUANDO EN EL JUICIO DE DOMINIO PIDE EL DEMANDANTE SE DECLARE QUE SU TITULO DEBE PREVALECER SOBRE EL DEL OPOSITOR PORQUE EL DE ESTE ES INOPERANTE, INVALIDO, NO POR ELLO PUEDE AFIRMARSE QUE A LA ACCION DE DOMINIO SE ACUMULO LA ENCAMINADA A OBTENER LA NULIDAD DEL TITULO RELATIVO AL DOMINIO DEL DEMANDADO

1.—Por mandato del artículo 537 del C. J., la Corte debe examinar en orden lógico los cargos aducidos, correspondiendo en primer término el estudio del fundado en la causal 7ª ya que éste, como lo enseña la jurisprudencia, no sólo está fundada en razones de orden público, por equivaler a la denegación de justicia, y en forma, que solo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído, sino porque, en semejante ocurrencia, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al Tribunal de origen o a otro que esté próximo a éste, para que en decisión de fondo determine lo procedente con arreglo a derecho. El motivo de casación fundado en esta causal solo puede referirse a la abstención de conocer por razón de la materia.

2.—Si en el juicio de dominio pide el demandante se declare que su título debe prevalecer sobre el del opositor porque el de éste es inoperante, inválido, porque carece de valor, porque jurídicamente no es oponible al suyo, no por ello puede afirmarse que a la acción de dominio se acumuló la encaminada a obtener la nulidad del título relativo al dominio del demandado. Como en la acción reivindicatoria procede siempre la confrontación de los títulos de una y otra parte, es obvio que no solo en el curso del litigio sino desde la presentación de la demanda le es lícito al actor señalarle fallas al que presume habrá de presentar el demandado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, dos de septiembre 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 Bogotá de fecha 6 de julio de 1956 en el juicio ordinario iniciado por Nicolás Vanegas contra el Municipio de Quipile sobre reivindicación de un inmueble.

Antecedentes

Varias personas, una de ellas Nicolás Vanegas, en memorial fechado en septiembre de 1935 solicitaron del Consejo Municipal de Quipile —Cundinamarca— que previas las formalidades legales se les transmitiera el dominio de determinados lotes de terreno de propiedad del Municipio ubicados dentro del área urbana de la localidad; accedió el Concejo a la propuesta, razón por la cual se enviaron los antecedentes pertinentes a la Junta Municipal de Hacienda, autorizándola para que procediera a la subasta de los inmuebles aludidos. La Junta, en sesión del 3 de diciembre de 1936 oyó las posturas que se presentaron, entre ellas la anunciada por Nicolás Vanegas relativa al lote número 74 "situado sobre el camellón primero del plano con un frente de 5 metros con cincuenta centímetros sobre la plaza pública y 44 metros de fondo", singularizado por estos linderos: "Por el Norte con casa cural y su solar: por el Sur con casa y solar de Nicolás Vanegas; por el Occidente con tierras de Abelardo Duarte; y por el Oriente con la calle pública".

En nueva sesión de la Junta celebrada el 21 de

diciembre de 1936, convocada para "cerrar los remates y adjudicar los lotes", "repetidos los pregones y oídas las pujas y repujas por espacio de dos horas", el Presidente de la Junta cerró la subasta e hizo a Vanegas la adjudicación del lote descrito por la suma de $ 60.50 como así se hizo constar en el acta levantada al efecto suscrito por los miembros de la Junta y los rematadores. Días después, ante el Notario de Anolaima se corrió la escritura pública número 339 de fecha 6 de septiembre de 1937 mediante la cual el Personero de Quipile a nombre de la entidad municipal hizo a Vanegas transferencia del dominio del lote rematado instrumento en el que, entre otras cosas, se lee esta declaración del Notario: "La adjudicación del expresado terreno consta de las actas de la Junta de Hacienda de fechas 3 y 21 de diciembre de 1936 por el precio de $ 60.50 moneda corriente que el comprador tiene consignados en la Tesorería Municipal de Quipile según recibo que he tenido a la vista".

En posesión Vanegas del lote construyó sobre él una casa de habitación, edificación que usó y usufructuó a ciencia y paciencia de la entidad municipal hasta el día 21 de septiembre de 1952 fecha de la Resolución número 1 de la Alcaldía del lugar por la cual el Jefe de la Administración oficiosamente dispuso "condenar a Vanegas a restituir al Municipio el lote en cuestión previo retiro de la edificación allí construída, con la prevención, de que si así no lo hiciere, la Alcaldía procederá de oficio a demoler el edificio a costa del responsable".

En fundamento de sus determinaciones alegó el Alcalde que el lote en cuestión —el vendido por el Municipio a Vanegas en el año de 1937— "era parte de una calle pública de la localidad cuya venta adolecía de nulidad por ser las calles públicas bienes inenajenables por ser de uso público". La Gobernación de Cundinamarca, sobre la base de que el lote en realidad formaba parte para el día de la venta de una calle pública, confirmó las resoluciones de la Alcaldía con la advertencia "de que en toda la actuación ha debido intervenir el Personero Municipal y que quedaba al interesado a salvo el derecho de incoar ante el órgano jurisdiccional las acciones que crea tener a su favor". El Municipio no demolió la edificación pero sí la destinó para uso y beneficio del servicio público municipal.

Consumados los hechos anteriores Vanegas incoó demanda ante el Juzgado del Circuito de Facatativá solicitando que con audiencia del Municipio de Quipile se hicieran en la sentencia de un juicio ordinario estas declaraciones y condenas:

"**Primero.**—Que se declare que el señor Nicolás Vanegas, de las condiciones civiles dichas, es dueño y poseedor inscrito del siguiente inmueble:

"Una casa de habitación junto con el terreno en que se encuentra edificada, compuesta de casa de dos pisos, junto con todos sus servicios, inmueble que se encuentra alinderado así: Por el Norte, con la casa cural y su solar; por el Sur, con casa y solar de mi mandante señor Vanegas, o de quien haga sus veces; por el Occidente, con tierras que son o fueron de Abelardo Duarte; y por el Oriente, con calle pública.

"**Segundo.**—Que carece de valor legal y de eficacia en contra del dominio de que trata la petición anterior, la resolución del Alcalde de Quipile fechada el 21 de septiembre de 1952 por la cual se condena al señor Nicolás Vanegas a demoler la casa alinderada, a entregar al Municipio de Quipile el terreno en que se encuentra edificada y a pagar multas sucesivas por no hacer tales demolición y entrega, así como las resoluciones de 13 de octubre de 1952 y la de primero de diciembre del mismo año, aquella de la Alcaldía de Quipile y ésta de la Gobernación de Cundinamarca, por las cuales se dice confirmar la resolución primeramente citada.

"**Tercero.**—Que el Municipio de Quipile está obligado a restituir y se le condene a entregar al señor Nicolás Vanegas el referido inmueble, con sus frutos naturales y civiles desde el mes de octubre inclusive de 1952 hasta el día de la entrega.

"**Cuarto.**—Que en la sentencia se fije el valor de los frutos de que trata la petición anterior, los que estima mi mandante a razón de doscientos pesos mensuales, o en la suma que sea fijada por peritos.

"**Quinto.**—Que se condene igualmente al Municipio de Quipile a pagar al señor Nicolás Vanegas los perjuicios ocasionados con la usurpación del inmueble de que trata esta demanda, y con su abuso de autoridad, perjuicios que estima mi mandante en la suma de diez mil pesos, o en la suma que sea fijada por peritos.

Peticiones subsidiarias

En subsidio de las súplicas anteriores se solicitó:

"Primero.—Que se condene al Municipio de Quipile a pagar al señor Nicolás Vanegas el valor de las mejoras existentes en el terreno comprendido en la alinderación consignada en la Primera petición principal en el mes de octubre de 1952, fecha en que fueron usurpadas por el Municipio, junto con sus frutos naturales y civiles, mejoras que estima mi mandante en la suma de veinte mil pesos, o en las sumas que sea fijada por peritos.

"Segundo.—Que se condene igualmente al Municipio de Quipile a pagar al señor Nicolás Vanegas el valor del terreno comprendido en la alinderación prenombrada y de que da cuenta la escritura número 339 de 6 de septiembre de 1937 pasada en la Notaría de Anolaima, cuyo valor estima mi mandante en la suma de tres mil pesos, o en la suma que sea fijada por peritos.

"Tercero.—Que se condene al Municipio de Quipile a pagar al señor Nicolás Vanegas los perjuicios que le ha ocasionado, con la venta de que da cuenta la escritura citada número 339 de 6 de septiembre de 1937 de la Notaría de Anolaima, con sus providencias de que trata la petición segunda principal de esta demanda, y con la usurpación del inmueble citado, perjuicios que además de los valores de que tratan las peticiones que inmediatamente anteceden, estima mi mandante en la suma de diez mil pesos, o en la suma que sea fijada por peritos".

Como hechos sustentantes de la acción a más de los expuestos y que tienen incidencia en el recurso de casación, se alega:

a) "En el mes de octubre de 1952, no porque se tratara de recuperar para el Municipio una vía pública, sino mediante el propósito inaudito de persecución que se había desatado en el país, el Alcalde de Quipile, autorizado por la Gobernación de Cundinamarca, profirió las providencias cuya ineficacia por insensatas y mal intencionadas deben desaparecer y que cito en las peticiones de esta demanda, la primera de las cuales está fechada el 21 de septiembre anterior.

b) "Tomando como pretexto esas disparatadas providencias, mi mandante fue despojado de su propiedad, la que detenta el Municipio demandado por medio de sus autoridades en forma tan arrogante como ilegal.

c) "Con esos actos violatorios del derecho privado, mi mandante fue despojado de la misma propiedad que le había transferido el Municipio y de sus frutos.

d) "Como causa del despojo y para evitar mayores males, mi mandante tuvo que trasladarse a otro municipio, cosas que le han ocasionado inmensos perjuicios".

El Municipio contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y no dando asentimiento a los hechos. Afirmó al contrario: "El terreno pretendido ahora por el demandante, es y ha sido siempre una calle o vía pública". "Esta destinación o calidad la tenía en el momento de elevarse a escritura pública el acto por el cual o del cual deduce el demandante que el Municipio le transfirió la propiedad del bien". "El acto es nulo y nulo de nulidad absoluta, por cuanto contendría objeto ilícito, ya que se trata de la venta de un bien inenagenable". "De manera que en este evento, mal puede adelantarse la acción propuesta por el demandante, con origen o base en un acto afectado de nulidad absoluta".

Las sentencias de instancia

El juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con la sentencia fechada el 11 de septiembre de 1954, así:

"1º—Niéganse las súplicas principales y subsidiarias de la demanda y en consecuencia se absuelve a la parte demandada de los cargos contra ella formulados.

"2º—Condénase al demandante señor Nicolás Vanegas a pagar a la parte demandada el valor de las costas procesales".

El Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso de apelación que interpuso el apoderado del demandante en decisión fechada el 6 de julio de 1955 del siguiente tenor resolutivo:

"1º—No es del caso efectuar ninguna de las declaraciones ni condenas solicitadas en el libelo;

"2º—Costas de ambas instancias a cargo del demandante.

"En los términos anteriores queda reformada la sentencia pronunciada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Facatativá el 11 de septiembre de 1954".

No accedió el Juzgado a las peticiones principales de la demanda porque estimó "que el título aducido por el actor o sea la citada escritura número 339 carece de eficacia legal para acreditar el dominio alegado en fundamento de la acción". Estas sus razones:

"Primera, porque el título no se halla registrado en el Duplicado del Libro número primero (1º) como lo ordena el artículo 38 de la ley 57 de 1887, que adicionó el 2641 del C. C. luego de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2373 del citado

Código, el título aducido no hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad.

"Segunda, porque de ser aceptado como idóneo el referido título para transferir la propiedad del lote de terreno del vendedor al comprador, faltarían a ese instrumento los documentos en copia que lo complementaran y que han debido ser incorporados al protocolo junto con aquel, como son los que acreditarán el carácter de Personero Municipal de Quipile en el vendedor, así como el acta correspondiente del Concejo Municipal que autorizó la enajenación del predio y el acta del remate en pública subasta y la consiguiente adjudicación al adquirente señor Vanegas como mejor postor en la almoneda, como es de rigor en esta clase de instrumentos notariales, especialmente en lo que dice relación a terceros.

"Tercero, porque de conformidad con la organización administrativa ordenanzal de los municipios, la enajenación de los bienes susceptibles de ello de propiedad de una entidad municipal está sujeta a un procedimiento especial que culmina con el remate que debe efectuar la correspondiente Junta de Hacienda integrada por el Alcalde, el Tesorero y el Personero, y en que el acta de remate y adjudicación al mejor postor sirva de título de transferencia del dominio una vez registrado debidamente, de suerte que es el acta registrada y no una escritura como la traída a los autos lo que acredita el derecho de dominio en el adquirente.

"Cuarto, porque dentro del ordenamiento jurídico de la propiedad y de los bienes que rige en Colombia, existe una categoría especial de bienes que se designan en el artículo 674 del C. C. como bienes de la Unión, cuyo dominio pertenece a la República, o mejor a la Nación; y que si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes nacionales de uso público, los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se denominan bienes fiscales. Los bienes del Estado de uso público pertenecen a la clase de las cosas absolutamente incomerciables (v. Pérez Vives, "Compraventa y Permuta", pág. 53, edición de 1943), puesto que no son susceptibles de dominio privado y por lo tanto carecen de un requisito indispensable para ser vendidas: ser apropiables. En este principio se inspiran disposiciones como las de los artículos 318 y 321 del Código de Policía de Cundinamarca, que declara las vías públicas de uso común, como inenajenables e imprescriptibles. En igual sentido se pronuncia el artículo 208 del Código de Régimen Político y Administrativo"

Cuanto a las peticiones subsidiarias, el juzgado las consideró igualmente inatendibles porque en su concepto, "a términos del artículo 323 del Código de Policía de Cundinamarca, el municipio no estaba obligado a pagar las mejoras establecidas por Vanegas, los frutos de éstas, ni los perjuicios que hubieren podido ocasionarse al actor por causa de la venta que le hizo el municipio mediante la escritura 339 citada, por tratarse de un predio de uso público.

El Tribunal resolvió "que no era el caso de efectuar ninguna de las declaraciones y condenas solicitadas", por dos razones: porque "el proceso carece de presupuesto procesal **demanda en forma**, ya que en la demanda se efectúa una indebida acumulación de acciones que no se ajusta al precepto del artículo 209 del C. J. toda vez que el juez ante quien se presentó no es el competente para conocer de las acciones intentadas, ni pueden éstas sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir procedimientos distintos". Y porque falla "el presupuesto procesal COMPETENCIA DEL JUEZ puesto que, **no hay competencia** en la jurisdicción ordinaria para conocer de algunas de las acciones acumuladas en la demanda". Es decir, se inhibió el Tribunal de conocer del fondo del negocio.

El sentenciador apoya su decisión en estos razonamientos:

"En cuanto a las peticiones principales, bien se ve que se ejercita y acumulan dos acciones; las peticiones 1ª, 3ª y 4ª son clásicamente contentivas de una acción civil, la reivindicatoria, con sus consecuenciales declaraciones en caso de prosperidad. No sucede lo mismo con la petición 2ª puesto que ésta tiende a que se anulen o se declare la ineficacia de dos resoluciones proferidas por la Administración Pública y, aun cuando se formula en segundo lugar, sin embargo es subordinante de las peticiones tendientes a la restitución al patrimonio particular de los bienes tomados por la Administración". Y agrega: "Mientras las dos resoluciones administrativas a que se contrae la mentada solicitud 2ª del libelo estén en vigencia y no hayan sido anuladas por la autoridad competente para hacerlo, mal puede obtenerse la restitución del derecho privado que se dice por ellas violado. Trátase de un verdadero asunto de los denominados por la doctrina **contencioso de plena jurisdicción** y a que hace referencia el artículo 67 y concordantes de la ley 167 de 1941...".

En relación con la petición 5ª principal —dice—

"puede hacerse la misma consideración que se hizo al estudiar la 2ª, o sea que se trata de la condena a la administración de los perjuicios causados al demandante con las resoluciones administrativas en cita, asunto también de contencioso de plena jurisdicción y, por tanto, adscrito a jurisdicción distinta de la ordinaria.

Iguales consideraciones advierte cuanto a las súplicas 1ª y 2ª subsidiarias.

Refiriéndose a la súplica 3ª subsidiaria opina el sentenciador que "sí sería de competencia de la justicia ordinaria y ella tendría aplicación si se demandara la anulación del contrato por el cual el Municipio de Quipile efectuó la enajenación del terreno objeto del pleito al demandante, cosa, esta última que no se ha solicitado y que, por tanto sale de la materia del litigio".

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.

Los cargos

Con fundamento en las causales 7ª, 2ª y 1ª de casación, el apoderado de la parte recurrente formula a la sentencia del Tribunal los cargos que en su escrito enumera en el siguiente orden:

a) Con base en la causal 7ª —"haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarádolo así en el fallo" se propone el cargo— "porque el Tribunal al decidir consideró que la demanda contenía una improcedente acumulación de acciones con violación del artículo 209 del C. J., por error en que incurrió el Tribunal al interpretar la demanda, error de hecho que lo llevó a violar por falta de aplicación, los artículos 946, 950, 965, 669, 673, 740, 745, 756, 1857, 2637, numeral 1º y concordantes del C. C."

b) En relación con la causal 2ª "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" se hace consistir la acusación en que el Tribunal "al eludir el estudio de la acción instaurada, como fue la de dominio, violó por falta de aplicarlas, todas las disposiciones que la consagran citadas en el capítulo que precede y que doy por reproducidas en éste".

c) El cargo fundado en la causal 1ª se hace consistir "en el que el sentenciador al interpretar erróneamente la demanda, violó los artículos que informan la acción de dominio, citados en el capítulo III de esta demanda y cuya cita doy por reproducida en el presente, por falta de aplicación, lo que constituye además una infracción directa flagrante de las siguientes disposiciones constitucionales: del artículo 16 que les impone como misión a las autoridades de la República proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes; del artículo 28 que prohibe las expropiaciones sin indemnización y sin otras formalidades legales; del artículo 30 que garantiza la propiedad privada; y del artículo 34 que prohibe imponer la pena de confiscación, impuesta aquí por un alcalde sin fórmula de juicio, procedimiento autorizado por la Gobernación del Departamento mediante confirmación de las providencias de la Alcaldía".

Estudio de los cargos

Al mandato del artículo 537 del C. J., vale decir, debiendo la Corte examinar en orden lógico los cargos aducidos, se estudia el fundado en la causal 7ª ya que ésta, como lo enseña la jurisprudencia, no sólo está fundada en razones de orden público, por equivaler a la denegación de justicia, y en forma, que solo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que se está jurisdiccionalmente atribuído; sino porque, en semejante ocurrencia, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al Tribunal de origen o a otro que esté próximo a éste, para que en decisión de fondo determine lo procedente con arreglo a derecho. Ahora bien, el motivo de casación fundado en esta causal solo puede referirse a la abstención de conocer por razón de la materia que es cabalmente la ocurrencia de autos, porque el Tribunal declaró en su fallo que "no hay competencia en la justicia ordinaria para conocer de alguna de las acciones acumuladas en la demanda, lo cual —agrega— podría haber dado lugar a la anulación del proceso la que en la actualidad no puede decretarse dado lo previsto en el artículo 429 del C. J., motivo por el cual, no es el caso de efectuar la declaratoria de nulidad sino la de entrar a fallar con la correspondiente declaración de falta del presupuesto procesal en cita, o sea la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer del negocio".

Sustenta el recurrente la acusación en estas consideraciones:

"La segunda petición principal de la demanda pide se decida que carecen de valor legal y de efi-

cacia las resoluciones policivas proferidas por el Alcalde de Quipile y por la Gobernación de Cundinamarca "en contra del dominio de que trata la petición anterior", es decir, que para quien va a decidir, son de preferente aplicación las disposiciones legales que consagran el derecho de dominio. Esa petición, que en ningún caso se encamina a conseguir la declaratoria de nulidad de las providencias de los representantes de la Rama Ejecutiva, la interpretó erróneamente el Tribunal al considerar que implica acción contenciosa de nulidad, incompatible con acción de dominio, sometidas una y otra a distintas jurisdicciones y a procedimiento diferente.

"Considero que ese error del Tribunal es tan manifiesto, que basta la simple lectura de la demanda para ver con absoluta claridad que el Tribunal al fallar, parte de un supuesto falso que lo llevó a violar por falta de aplicación las disposiciones legales citadas".

Consideraciones de la Sala

Como quedó advertido, se inhibió el Tribunal de resolver el fondo del negocio porque estimó que la justicia ordinaria carecía de competencia para conocer de él, pues en su sentir, la finalidad de la demanda se encarrina, en primer lugar, a obtener la declaración de nulidad de unas resoluciones administrativas proferidas por la Alcaldía de Quipile y por la Gobernación de Cundinamarca, siendo que es esta función privativa de las autoridades de lo contencioso administrativo mediante la proposición de la competente acción contenciosa de plena jurisdicción, que dice, en el caso ha debido incoar el demandante con antelación al juicio de dominio y no mediante la acumulación indebida señalada en la demanda; y segunda razón, porque estimó que se habían ejercitado y acumulado acciones de distinta naturaleza cuyo conocimiento y decisión correspondía a jurisdicciones diferentes ya que las peticiones 1ª, 3ª y 4ª de la demanda vinculan a la acción de dominio reglada por el artículo 946 y siguientes del Código Civil, y la segunda a un asunto "de los denominados por los doctrinantes contencioso de plena jurisdicción de competencia de la justicia administrativa".

Se explica:

Los términos de las peticiones de la demanda, su contenido, alcance, así como la clara intención del demandante no dan asidero jurídico a la solución que dio el Tribunal a la demanda, porque como ya se dijo, se inhibió realmente de resolver sobre el fondo del negocio.

La petición que dio base al sentenciador para estimar que la demanda propone la declaración de nulidad de las aludidas resoluciones dice simplemente "que se declare que carecen de valor legal y de eficacia **en contra** del dominio alegado por el actor" las resoluciones por las cuales el Alcalde de Quipile y luego la Gobernación proveyeron en el sentido indicado en relación con el inmueble materia de la venta que en el año de 1937 hizo el Municipio al demandante. Debe entenderse, entonces, que lo que así solicitó el actor fue que previa confrontación de su título con las situaciones jurídicas creadas por la Alcaldía por razón, causa y efecto de las resoluciones aludidas, se declare que éstas, por sí solas, no son legalmente oponibles al título escriturario por él aducido, y derivado, precisamente, de un acto contractual en que fue parte la entidad municipal pero que por sí y ante sí, anuló la Alcaldía del mismo municipio de Quipile.

La petición en cuestión a lo más, carece de claridad y hubiera tenido lugar más adecuado en la relación de los hechos o mejor en la parte narrativa del escrito; pero es lo cierto, que si en juicio de dominio pide el demandante se declare que su título debe prevalecer sobre el del opositor porque el de éste es inoperante, inválido, porque carece de valor, porque jurídicamente no es oponible al suyo, no por ello puede afirmarse que a la acción de dominio se acumuló la encaminada a obtener la nulidad del título relativo al dominio del demandado. Como en la acción reivindicadora procede siempre la confrontación de los títulos de una y otra parte, es obvio que no solo en el curso del litigio sino desde la presentación de la demanda le es lícito al actor señalarle fallas al que presume habrá de presentar el demandado. Ocurrió que el Tribunal, en el hecho, se abstuvo de fallar, alegando falta de competencia para hacerlo.

Acogiendo los puntos de vista anteriores en relación con la materia, conceptúa la Procuraduría al evacuar el traslado que se le surtió:

"No cree, empero, la Procuraduría que el criterio del Tribunal se ciñe a la verdadera interpretación de la demanda de conformidad con sus claras y específicas finalidades.

"La naturaleza de la acción administrativa de plena jurisdicción con su finalidad de tutelar un derecho personal subjetivo, no puede estar enmarcada, pero ni siquiera insinuada en la manifestación del actor en el segundo punto de su demanda, de que carecen de valor y eficacia en contra de la petición de dominio solicitada, las resoluciones del Alcalde de Quipile y la Gobernación de Cundina-

marca que allí cita. Tal petición de carácter negativo opera con el sentido de estrecha subordinación a la acción de dominio que es la única instaurada en el presente juicio, y en manera alguna entraña, en concepto de esta Procuraduría, una acción distinta de esta última que gobierna toda la actividad jurisdiccional impetrada del juzgador".

Debió, pues, el Tribunal conocer del negocio en el fondo y confrontar el título del demandante con la situación jurídica alegada por el Municipio todo con el fin de definir la litis en el sentido indicado por la ley; y como así no lo hizo, procede concluir que el cargo debe estimarse probado, siendo el resultado, de que es procedente la infirmación de la sentencia para el solo efecto de disponer el reenvío de los autos al Tribunal de origen —artículo 540 del C. J.— para que profiera la sentencia que en derecho proceda y sin que sea necesario el estudio de los otros cargos.

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 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha seis de julio de mil novecientos cincuenta y seis, y en su lugar dispone el reenvío de los autos al citado Tribunal para que profiera la sentencia que proceda en derecho.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese 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.

EL CONCEPTO FORMAL DE DESARMONIA ENTRE LO QUE DICE LA DEMANDA Y LO RESUELTO EN LA SENTENCIA, ESLO QUE CONSTITUYE ESENCIAL Y UNICAMENTE LA CAUSAL SEGUNDA DEL ARTICULO 520 DEL C. J.—LA SENTENCIA QUE DECLARA PROBADA UNA EXCEPCION PERENTORIA NO ES CASABLE POR LA CAUSAL SEGUNDA.—TECNICA DE CASACION

1 — El concepto formal de desarmonía entre lo que dice la demanda y lo resuelto en la sentencia, es lo que constituye esencial y únicamente la causal segunda del artículo 520 del CJ. La no correspondencia entre uno y otro extremo es lo que rompe los principios del artículo 471 ibidem. En tal caso no operan por estar fuera de lugar, las consideraciones sobre violación directa o indirecta de normas sustantivas.

Así mismo, la incongruencia como motivo de casación, no se refiere a las faltas de armonía o a las contradicciones que puedan existir entre las motivaciones del fallo y su parte resolutiva. De aquí, a constante jurisprudencia de la Corte de que no es casable por la segunda causal de casación la sentencia que declara probada una excepción perentoria, porque el fallador está autorizado para fallar cualquiera excepción de esa naturaleza aún cuando ésta no haya sido propuesta ni alegada.

2 — En el recurso extraordinario de casación, como lo tiene establecido la Corte, no basta alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino una vía específica, técnicamente configurada con el fin de obtener el examen de aquéllas tesis o doctrinas consignadas en una sentencia de un Tribunal que han sido impugnadas en forma tal que le permiten a la Sala avanzar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnan, procedimiento con el cual se persigue obtener la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de casación.

En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del CJ. la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido.

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

(Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas)

JOSE DEL CARMEN CELY y TERESA DE JESUS CELY, en su condición de herederos de FEDERICO RODRIGUEZ MENDOZA, demandaron por la vía ordinaria ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, a la sociedad "COMPAÑIA DE SAMACA S. A." representada por su Gerente, y al doctor ALFREDO RIVERA VALDERRAMA.

En el libelo se pide: Que se "decretó la nulidad de todo lo actuado a continuación de los fallos ejecutoriados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Bogotá, liquidación y aprobación de las costas de la primera instancia en el juicio ordinario de Federico Rodríguez Mendoza contra la Compañía mencionada, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, especialmente la nulidad de los autos relacionados con la negación de la calidad de herederos de su padre Federico Rodríguez Mendoza respecto de los mencionados Cely, con la negación de la personería de éstos y la concesión de personería al doctor Rivera Valderrama y prolongación de ésta contra la voluntad de los herederos reconocidos mencionados, con la orden de pago de los dineros de la indemnización y las costas de propiedad del causante mencionado al doctor Alfredo Rivera Valderrama sin atender las revocatorias del poder y la oposición a ese pago y entrega por parte de la mencionada Compañía, y demás autos subsiguientes negativos de peticiones de los Cely determinados por las fechas y contenidos que expresan, a los cuales me remito

y aduciré oportunamente en copias auténticas. Y que condene en las costas a los demandados".

Son fundamentos de hecho de esta demanda:

"El juicio ordinario mencionado, sobre indemnización de perjuicios, de Federico Rodríguez Mendoza contra la Compañía de Samacá, quedó totalmente terminado con los autos aprobatorios de la liquidación de las costas de la primera instancia una vez que regresó el aludido juicio del Tribunal Superior al Juzgado; y con ello también terminó la jurisdicción y competencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito para todo incidente y decisión; el Juzgado antes de ordenar el registro de la sentencia y de oír a los herederos del acreedor señor Rodríguez Mendoza, y desconociéndole valor a los autos del Juez Civil del Circuito de Zipaquirá y del Tribunal Superior que habían declarado herederos de aquél a José del Carmen y Teresa de Jesús Cely, que en copias auténticas obraban en el expediente desarrolló una actuación parcializada y arbitraria que dio por resultado la privación del valor de la indemnización decretada en los fallos de entidades superiores, ejecutoriados y de las costas de la sucesión del dueño de esas prestaciones y a sus herederos los Cely, pues estos nada han recibido, ni lo pudo conseguir el Juez que conoció, aprobó y dio término a la sucesión del causante mencionado; y como el doctor Rivera Valderrama desde el primer momento impugnó los derechos e intereses de los Cely, herederos del mismo señor Rodríguez Mendoza y éstos por carta solicitaron de la Compañía deudora el pago de dichas prestaciones y también al Juzgado y se opusieron a que se le hiciera al mencionado doctor Rivera Valderrama y han persistido en lo mismo sin resultado honesto y práctico, han sido desconocidos, alterados y violados todos esos fallos ejecutoriados anteriores a dicha actuación, la cual es por consiguiente ilegal, nula e incapaz de producir efectos jurídicos y así debe declararse".

Las causales de nulidad de la actuación invocadas en la demanda consisten: en "la falta de jurisdicción del funcionario autor de esa actuación" y en la falta de personería adjetiva y sustantiva en el doctor Alfredo Rivera Valderrama para recibir esos dineros e intervenir en esa actuación acusada".

Los demandados se opusieron a la demanda y excepcionaron de pleito pendiente, ilegitimidad sustantiva de la personería de ambas partes; carencia de acción y prescripción, la Compañía Samacá. Carencia de personería sustantiva, por falta de interés propio en el juicio, el doctor Rivera Valderrama.

A este juicio fué acumulado el presentado por el apoderado de los demandantes y de la señora Carmen Salazar de Soler, "en nombre y representación de la sucesión, de la herencia y adjudicatarios de Federico Rodríguez Mendoza y también en su propio nombre", contra los mismos demandados Compañía de Samacá S. A. y doctor Alfredo Rivera Valderrama, y en el cual se pide se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera — Que carecen de valor legal y efectos las decisiones de fechas 7 y 30 de noviembre de 1951, proferidas por el señor Juez 4º Civil de este Circuito, y 12 y 25 de febrero de 1952 del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ejecutivo de la sucesión, herencia y representantes de Federico Rodríguez Mendoza contra la Compañía de Samacá y el otro demandado.

"Segunda — Que carecen de valor legal y efectos las decisiones de fechas 28 de abril 22 de agosto de 1952 y los elementos probatorios en que se basan, proferidas por el señor Juez 4º Civil del Circuito y el Tribunal Superior en el ejecutivo a que se refiere la súplica anterior;

"Tercera — Que el mencionado juicio ejecutivo debe proseguir su curso legal según la demanda ejecutiva y su corrección, debiendo considerarse vigentes las cauciones, embargos y consignaciones constantes en dicho juicio hasta la completa solución de la deuda con intereses y costas de sus incidentes y del juicio a favor del ejecutante;

"Cuarta — Que los demandados han sido y son responsables y copartícipes en la ejecución de los actos y obstáculos que han ocasionado hasta la fecha el no pago y recepción del valor de la indemnización de los perjuicios causados por la Compañía en bienes muebles e inmuebles de la exclusiva propiedad del señor Federico Rodríguez Mendoza en Samacá, a que fué condenada la compañía demandada de conformidad al tenor (sic) de los fallos pasados en autoridad de cosa juzgada aducidos como base de dicha ejecución, a la sucesión del causante acreedor y a los herederos y representantes por quienes hablo y que, por consiguiente, deben pagar solidariamente su valor a los demandantes junto con los gastos de cobranzas, valor que estimo, con protesta de equidad, en la cantidad de veintidós mil pesos moneda corriente, o en la que se pruebe durante este juicio o en el incidente de cumplimiento del fallo;

"Quinta — Que los demandados deben pagar solidariamente a los demandantes el monto de $ 13.183,10 que deben a favor del señor Federico Rodríguez Mendoza y a sus representantes por

quienes pido, de conformidad al tenor (sic) de la sentencia definitiva y liquidaciones de costas proferidas en el juicio ordinario de indemnización de perjuicios de Federico Rodríguez Mendoza contra la Compañía de Samacá S. A. aducidos como base de dicha ejecución junto con sus intereses legales desde que se hicieron exigibles hasta el día de la solución completa, y las costas y gastos de cobranza;

"Sexta — Que los demandados deben pagar las costas del presente juicio si se oponen".

Los demandados se opusieron a esta demanda y propusieron las mismas excepciones presentadas en el juicio anteriormente relacionado.

El Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá falló el negocio en primera instancia en sentencia de 27 de julio de 1954, cuya parte resolutiva expresa:

"Primero — Declárense nulos o sin validez procesal, los autos de fechas diez y siete de mayo y tres de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro y demás actuación que se encuentra a partir de la fecha primeramente indicada, surtidos en el juicio ordinario que en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá adelantó el señor Federico Rodríguez Mendoza contra la Compañía de Samacá S. A.

"Segundo — Declárense sin validez y sin efectos, las decisiones de fechas veintinueve de abril y veintidós de agosto de mil novecientos cincuenta y dos proferidas por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá y el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, y actuación posterior a la fecha primeramente expresada, en el juicio ejecutivo seguido por los señores José del Carmen y Teresa de Jesús Cely y Carmen Salazar de Soler contra la Compañía de Samacá S. A. y el doctor Alfredo Rivera Valderrama.

"Tercero — Declárase que pesa a cargo de la Compañía de Samacá S. A. la obligación de pagar al señor Federico Rodríguez Mendoza o a sus representantes, por concepto de la sentencia proferida en el juicio ordinario seguido en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá y costas liquidadas, la cantidad de trece mil ciento ochenta y tres pesos diez centavos ($ 13.183,10) moneda corriente.

"Cuarto — Niégase la declaración de falta de valor legal y efectos solicitada contra las decisiones de fechas siete y treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno proferidas en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, y las de doce y veinticinco de febrero de mil novecientos cincuenta y dos proferidas por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ejecutivo seguido por los señores José del Carmen y Teresa de Jesús Cely y Carmen Salazar de Soler contra la Compañía de Samacá S. A. y el doctor Alfredo Rivera V.

"Quinto — Niéganse las súplicas de condenación en perjuicios contra los demandados.

"Sexto — No se hace condenación en contra de los funcionarios ni los litigantes que intervinieron en los actos, autos y decisiones declarados nulos o sin validez ni efecto en la presente sentencia.

"Séptimo — Se condena en las costas del presente juicio a la parte demandada".

Esta sentencia fue apelada por ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso fin a la segunda instancia en su sentencia de diez y siete de enero de 1956, en la cual decidió:

"REVOCASE la sentencia de primera instancia y en su lugar se resuelve:

"1º Declárase probada la excepción de carencia de acción de la herencia de Federico Rodríguez Mendoza representada por los demandantes José del Carmen y Teresa de Jesús Cely para que se declaren las nulidades impetradas en la demanda con respecto a los actos y autos producidos en la actuación relativa a la ejecución de la sentencia en el juicio ordinario de indemnización de perjuicios de Federico Rodríguez Mendoza contra la Compañía de Samacá S. A. y en consecuencia no se hacen las declaraciones pedidas en dicha demanda sobre nulidad de lo actuado y se absuelve a los demandados Compañía de Samacá y Alfredo Rivera Valderrama de los cargos que en ella se les formulan.

"2º No se hace la declaración de nulidad de los autos proferidos en el juicio ejecutivo de los mismos demandantes contra la Compañía de Samacá S. A. a que se refiere la petición primera de la demanda respectiva.

"3º No se hace la declaración impetrada en la petición segunda de la misma demanda, sobre carencia de valor y efecto legal de las decisiones proferidas por el Juez 4º Civil del Circuito de Bogotá y por este Tribunal, (o sean las sentencias de primera y segunda instancias que declararon probada la excepción de pago) en el juicio ejecutivo mencionado en el anterior ordinal.

"4º En consecuencia no se accede tampoco a las peticiones tercera, cuarta y quinta de la demanda relativa a nulidades en el juicio ejecutivo mencionado en el ordinal segundo y se absuelve a la Compañía de Samacá S. A. así como al doctor Alfredo Rivera Valderrama de los cargos que

en las dos últimas peticiones citadas se les formulan

"5º Condénase a la parte demandante en las costas del juicio, en conformidad con el decreto 243 de 1951".

El estudio del Tribunal sobre los juicios acumulados comprende dos partes tituladas por la misma entidad así:

"DEMANDA DE NULIDAD RELATIVA A LOS ACTOS Y AUTOS DICTADOS DESPUES DE LA SENTENCIA EN EL ORDINARIO DE FEDERICO RODRIGUEZ MENDOZA CONTRA LA COMPAÑIA DE SAMACA; Y DEMANDA DE NULIDADES RELATIVAS AL JUICIO EJECUTIVO DE LOS HERMANOS CELY COMO HEREDEROS DE FEDERICO RODRIGUEZ MENDOZA CONTRA LA COMPAÑIA SAMACA".

En relación con la primera parte, el Tribunal sostuvo, en síntesis:

"Resumiendo lo dicho hasta aquí, se tiene que la acción de nulidad incoada no puede prosperar por falta del derecho de acción en cabeza de los señores Cely, quienes hablan como herederos de Federico Rodríguez Mendoza, pues éste y su herencia sí estuvieron representados procesalmente en la actuación cuya nulidad se ha pedido, careciendo por tanto, como se ha dicho del derecho a demandar la nulidad en juicio ordinario, pues según el artículo 457 del CJ., sólo la parte que no estuvo debidamente representada puede intentar con éxito una demanda de tal naturaleza.

"Por otro lado, como se ha visto esta nulidad no podría estar enderezada contra la Compañía de Samacá, pues careciendo ella de interés jurídico en los autos cuya anulación se ha pedido no podría ser sujeto pasivo de la acción, pero tampoco parece viable la acción de nulidad contra el apoderado Rivera porque él no era parte en el juicio sino el apoderado de una de ellas y las acciones de la parte contra su apoderado son otras.

"Y hay una razón más para que no prospere la demanda de nulidad que se viene estudiando y es la de que habiendo intentado los Cely al final de la actuación la declaración de nulidad la abandonaron, también como se ha visto.

"En resumen y conclusión, la acción de nulidad de los autos y actos judiciales surtidos con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia y a la aprobación de la liquidación de costas de la primera instancia, en el juicio indemnizatorio de Federico Rodríguez Mendoza contra la Compañía de Samacá, no puede prosperar por no existir los presupuestos claramente establecidos en el art. 457 del CJ. que la consagra.

"Pero hay más. Como la parte demandante ha sostenido también que el Juez carecía de competencia de jurisdicción por haberla ya perdido cuando dictó los autos de 17 de mayo y posteriores, no obstante que para entrar a analizar esta causal sería también necesario que los demandantes no hubieran estado debidamente representados en la correspondiente actuación, no sobra hacer una breve consideración al respecto.

"Dice el ordinal 3º del Artículo 146 del CJ. que el Juez pierde la jurisdicción en uno y más asuntos determinados, "por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión" y sostiene el apoderado de la demandante que después de la ejecutoria de la sentencia y de la liquidación de las costas nada había que considerar o resolver por el Juez en el proceso de que se trata. En cambio la parte demandada sostiene que aquella actuación final tenía por objeto la ejecución de la sentencia y cabía, por tanto, dentro de aquel proceso teniendo el Juez la consiguiente competencia para ella.

"Efectivamente, el capítulo I del título XV (Libro 2º) del Código Judicial regula lo relativo a las resoluciones de los Jueces para los efectos de su ejecución y prevé el procedimiento respectivo. Dice el artículo 549: "Puede exigirse la ejecución de las resoluciones judiciales desde que éstas queden ejecutoriadas, si en ellas mismas no se fija el plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declara". Y en el artículo 550 se incluye en la norma general sobre competencia los juicios que hayan de promoverse en orden a obtener el cumplimiento de una resolución judicial. El segundo inciso de este artículo dice: "En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otros juicios, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia".

"Dispone el artículo 551 que cuando a virtud de la sentencia debe entregarse al que ganó el pleito alguna cosa, inmueble o mueble, se procede a ponerlo en posesión material de ella sin necesidad de otro juicio. Este es el artículo que la parte demandada dice haber tenido en cuenta para manifestar al Juez que había conocido del juicio indemnizatorio con ánimo de pagar, a fin de que el Juez le dijera a quién debía entregar la suma debida. Es claro que, manifestado este ánimo, para cumplir el fallo no se requería nuevo pleito, condición que establece el ordinal 2º del artículo 550 del CJ. para que al mismo Juez corresponda conocer del cumplimiento de la sen-

tencia. Se dirá, sin embargo, que aquí no se trataba de la entrega de una cosa singular o cuerpo cierto, que es a lo que parece referirse concretamente el segundo inciso del artículo 551, para el efecto de que proceda a hacer su entrega el Juez que ha conocido del pleito en que ella se ordenó. Empero, no se ve la razón para que, si la condena es en dinero, no deba aplicarse por analogía la misma disposición, poniendo la parte vencida a disposición del juzgador la cantidad debida para entregarla a la vendedora. Y si —como ocurrió en el caso que se considera— duda quién debe hacer el pago a quién debe hacerlo, tampoco se ve por qué se salga el Juez de los límites de su competencia al responder, sobre la base de lo que consta en el expediente, cuál es la persona disputada para recibirlo, autorizando a la parte para efectuar la entrega de la cosa debida al personero judicial de la parte vencedora. Efectuada la entrega del objeto de la condena y afirmado ese hecho por los apoderados de las partes al Juez puede éste declarar cumplida la sentencia, si se le ha solicitado. Por lo dicho se saca en conclusión que no son antiprocesales ni por tanto carentes de fuerza vinculante los autos por los cuales el Juez Segundo del Circuito de Bogotá declaró el 17 de mayo de 1944, a petición de la parte vencida en el juicio, el pago debía hacérlo a la sucesión de Federico Rodríguez Mendoza entregando el dinero al doctor Rivera Valderrama, quien tenía poder para recibir y el de 3 de junio por el cual declaró cumplidas las pretensiones a cargo de la parte vencida en vista de la manifestación que los representantes de ambas partes le hicieron sobre entrega y recibo, respectivamente, de la suma de pesos a que ascendió la condena".

En cuanto a la segunda parte de la sentencia del Tribunal de Bogotá, éste sostuvo en síntesis:

"La demanda en este segundo juicio parece enderezada, según las peticiones primera y segunda, a alcanzar la declaración de nulidad de proveídos dictados en el ejecutivo para que obtenida tal declaración, se abra campo la petición tercera, según la cual "el mencionado juicio ejecutivo debe proseguir su curso legal según la demanda ejecutiva y su corrección, debiendo considerarse vigentes las cauciones, embargos y consignaciones constantes en dicho juicio hasta la completa solución de la deuda con intereses". Por la redacción de las tres primeras peticiones habría que concluir que se trata de simples nulidades procesales, como lo dijo el Juez a quo en párrafo que se dejó transcrito en otro lugar. Por eso mismo, refiriéndose el Juez a los proveídos que en la petición primera de esta segunda demanda se pide declarar sin valor ni efecto, dice que no hubo falta de competencia de jurisdicción, ni tampoco falta de debida representación de los demandantes, ni falta de debida representación o de citación o emplazamiento de los demandados. De donde concluye, refiriéndose siempre a los autos cuya nulidad se solicita en la petición primera: "Así que no hay causal demostrada que invalide estos autos catalogados en el primer grupo".

"Lo que en cuanto a falta de causales de nulidad predicó el Juez respecto de los autos a que se refiere la petición primera ha debido predicarlos también de los proveídos a que se refiere la segunda petición, que son las sentencias de excepciones dictadas en cada una de las instancias y por medio de las cuales se declaró probada en el juicio ejecutivo la excepción de pago alegada por la Compañía de Samacá. De modo que si esta petición fue formulada en ejercicio de la acción de nulidad procesal no podía prosperar tampoco ni con apoyo en el artículo 448 ni con base en el 457 del C.J. como es obvio. Y había que concluir que carecen los demandantes de la respectiva acción.

"Pero el Juez a quo ha entendido que lo demandado en la petición segunda era la revisión de la sentencia de excepciones que le puso fin al juicio ejecutivo, no obstante que en ninguna parte de la demanda se habla concretamente de tal revisión.

"La cuarta y quinta peticiones se enderezan al pago de perjuicios y a que los demandados paguen solidariamente a los herederos de Federico Rodríguez Mendoza la suma de $ 13.183,10 y sus intereses y gastos de cobranzas, cuyo pago por la Compañía de Samacá a la sucesión de Federico Rodríguez Mendoza se declaró probada en el juicio ejecutivo".

Estudia en seguida el Tribunal las distintas situaciones de hecho y procesales relativas a los juicios o actuaciones anteriores a los acumulados que se deciden, para llegar a las siguientes conclusiones:

"Por las razones anteriores se llega a la conclusión de que la sentencia de excepciones en el juicio ejecutivo de José del Carmen y Teresa de Jesús Cely, como herederos de Federico Rodríguez Mendoza, contra la Compañía de Samacá proferida el 22 de agosto de 1952 no puede ser revisada y sustituída por una decisión contraria, como lo ha hecho el señor Juez a quo en su fallo de primera instancia, interpretando la demanda como de revisión de tal sentencia. La motivación de dicho fallo de excepciones, proferido por este Tribunal, así como la validez y fuerza de los

pruebas que le sirvieron de base, han quedado en pie después del presente debate en juicio ordinario.

"Si a las conclusiones absolutorias que se han transcrito llegó el Juez a quo en lo relacionado con las peticiones de condenar a los demandados al pago de perjuicio, no obstante su errónea conclusión de que debían prosperar las peticiones principales, con mayor razón tiene esta Sala que concluír con el rechazo de dichos pedimentos ante el fracaso de las acciones en que se apoyaban y de las cuales eran consecuencia".

El recurso de casación

Lo interpuso la parte demandante. Y para impugnar la sentencia, "alego, dice el recurrente, como causales de casación de la sentencia recurrida la primera y la segunda establecidas en el artículo 520 del CJ.:

"A) Por ser dicha sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, por errores de hecho manifiestos en la apreciación de las demandas y de los elementos probatorios aducidos y visibles en el proceso y por errores de derecho en esas apreciación y conclusiones fundamentales de la sentencia y sus resoluciones; y B) Porque la sentencia no está en consonancia con las pretensiones (sic) oportunamente deducidas por los litigantes".

Por razones obvias ha de estudiarse en primer lugar la causal segunda.

Causal Segunda

"La sentencia recurrida en casación no se amolda a las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes porque las demandas cabezas del pleito, si bien son extensas, eso no les quita amplitud, claridad y conformidad frente a los artículos 205, 209, 734 y 737 del C. J. y como las excepciones dilatorias se decidieron sustentándolas, las pretensiones de los demandados quedaron sometidas a esas decisiones que la sentencia ha debido tener en cuenta y no lo hace sino que en el fondo las contraría, cometiendo error de hecho manifiesto en la apreciación de dichas demandas y de dichos elementos procesales; y de derecho por no apreciarlas de conformidad a los artículos que acabo de invocar, violándolos por lo mismo".

El recurrente, dentro de esta misma causal segunda, alega sobre posibles errores de hecho y de derecho en que pudo incurrir el Tribunal en la sentencia a través de la apreciación de la prueba

Considera la Corte:

El concepto formal de desarmonía entre lo que dice la demanda y lo resuelto en la sentencia, es lo que constituye esencial y únicamente la causal segunda del artículo 520 del CJ. La no correspondencia entre uno y otro extremo es lo que rompe los principios del artículo 471 ibidem. En tal caso no opera, por estar fuera de lugar, las consideraciones sobre violación directa o indirecta de normas sustantivas.

Así mismo, la incongruencia como motivo de casación, no se refiere a las faltas de armonía o a las contradicciones que puedan existir entre las motivaciones del fallo y su parte resolutiva. De aquí, la constante jurisprudencia de la Corte de que no es casable por la segunda causal de casación la sentencia que declara probada una excepción perentoria, porque el fallador está autorizado para fallar cualquiera excepción de esa naturaleza aún cuando ésta no haya sido propuesta ni alegada.

Esta última situación es la contemplada en el caso de autos, el Tribunal sentenciador no hizo más que reconocer la existencia de una excepción perentoria, la de carencia de acción, que había sido alegada en el juicio. En tal virtud no prospera el cargo.

Causal primera

Dice el recurrente: "Ser dicha sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea; por errores de hecho manifiestos en la apreciación de las demandas y de los elementos probatorios aducidos y visibles en el proceso y por errores de derecho en esas apreciaciones y conclusiones fundamentales de la sentencia y sus resoluciones.

"La sentencia recurrida quebranta los artículos 471 472 457 593 y 448, 468 473 y 1030 del C. Judicial, 208 ibidem y 19 y 30 de la Ley 45 de 1936, 55 de la Ley 153 de 1887, 1008 y 1012 del CC. 762 757 780 783 y 673 ibidem, 30 de la Ley 45 de 1936, 58 de la Ley 153 de 1887 y 248 del CC."

En dilatado escrito, sienta cargos nada claros, donde se pretende que la Corte reabra el estudio de las cuestiones controvertidas en el juicio, como si se tratara de una nueva instancia judicial, se acusa el fallo del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Alegato donde resal-

ta, a primera vista, la defectuosa composición del libelo, la involucración de los motivos de la violación directa de la Ley sustantiva con los de la indirecta, los fundamentos de la una con los de la otra, lo que hace imposible a la Sala, dada la expresión confusa del pensamiento del recurrente, configurarlo conceptualmente en torno de las disposiciones sustantivas que cita como quebrantadas.

Así las cosas, fácilmente se comprende que ninguno de los cargos propuestos da asidero para que la Corte avoque el estudio de los problemas de fondo planteados en la decisión del Tribunal sentenciador, por la ausencia de técnica y del empleo de las fórmulas propias en el planteamiento de las causales de casación. En este recurso extraordinario, como lo tiene establecido la Corte, no basta alegar o razonar libremente como se hace ante los Jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino una vía específica, técnicamente configurada con el fin de obtener el examen de aquellas tesis o doctrinas consignadas en una sentencia de un Tribunal que han sido impugnadas en forma tal que le permitan a la Sala avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnan, procedimiento con el cual se persigue obtener la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de casación.

En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del CJ. la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido.

"Esta Sala constantemente está recordando el principio de que el recurso de casación por la causal primera es siempre y en todo caso por violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegar el sentenciador por dos caminos: por vía directa, cuando el fallo contiene conceptos contrarios a los de la Ley, originados en una interpretación equivocada de ella o en aplicación indebida al caso juzgado; o por vía indirecta, cuando la infracción de la Ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y en este segundo caso por perentorio mandato de la respectiva norma "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos". De allí que la Sala rechace siempre y sin más examen el cargo de quebranto de determinados preceptos legales, cuando esta violación es indirecta como resultado de un error de derecho en la apreciación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados ni demostrados por el recurrente, según así ha sido decidido en constante jurisprudencia".

El recurrente alega violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de las varias disposiciones que cita; pero no explica en forma alguna, como era su deber, por qué el fallo las quebrantó; ni dice cuáles fueron aplicadas indebidamente ni en qué consistió la interpretación errónea de alguna de ellas ni cuál es la interpretación correcta que le corresponde. Por otra parte, el deber del recurrente era el de alegar y demostrar el error de hecho evidente o de derecho en la apreciación de las aludidas pruebas y acusar el fallo de quebranto consecuencial de las disposiciones sustantivas que fueren pertinentes. Aunque habla de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas no lo demuestra ni expresa siquiera cual es la equivocación en que el fallo incurre.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 17 de enero de 1957.

Costas a cargo del 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 M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto Secretario.

SIMULACION Y NULIDAD. — DIFERENCIAS. — ACCIONES DE NULIDAD Y DE SIMULACION O PREVALENCIA. — EFECTOS JURIDICOS.—DIFERENCIAS.—EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA EN LA PRUEBA DE LA SIMULACION.—IMPOSIBILIDAD DE PRUEBA ESCRITA Y DE UN PRINCIPIO DE ESTA EN LA SIMULACION. — DISTINTAS POSICIONES DEL HEREDERO FRENTE A LA PRUEBA DEL JUEGO SIMULATORIO. — PRESUNCIONES JUDICIALES DE SIMULACION Y DE FRAUDE. — FUNDAMENTOS OBJETIVOS DE LA CONDENACION EN COSTAS

1. — Hasta el año de 1935 la Corte venía aceptando que los contratos aparentes, por carecer de causa y de consentimiento, eran absolutamente nulos, por omitir los elementos esenciales para su validez. El acto era impugnado por medio de la acción de nulidad absoluta, a la que tenían acceso todas las personas que probaran interés jurídico en su anulación, con excepción de las partes, aplicándose el principio ya vislumbrado por el derecho intermedio "Nemo auditur propia turpitudinem", principio que vino a ser fundamentalmente modificado por la ley 50 de 1936, en el sentido de que las partes contratantes no solo podían impetrar la nulidad del acto, sino también prodigar su ratificación en cualquier tiempo, a excepción de que el contrato adoleciera de objeto o causa ilícitos.

Aunque hasta esa época no se desconocía la práctica anómala de los actos aparentes o simulados, se consideró que tanto estos como los medios de impugnación, podían incluirse dentro de la teoría general de los actos jurídicos y de la nulidad, como únicos medios conocidos de impugnación y de interferir sus efectos jurídicos. La actividad de las partes, en sus operaciones de cambio de bienes o de servicios, que viene a ser el fenómeno económico regulado por el derecho privado, especialmente por la institución jurídica de los contratos, estaba garantizada por el caso o los casos en que dicha actividad no se ejercía normalmente, y, entonces, las partes se sancionaban y se sancionan con la ineficacia de sus operaciones jurídicas. Y los actos aparentes o simulados, verdaderos y ciertos instrumentos de fraude a intereses de terceros, jurídica y legalmente protegidos, y llevados a cabo con la intención de hacer aparecer una ficticia disminución del patrimonio o un apreciable aumento de las obligaciones, no tenían medios jurídicos de impugnación distintos a los de la nulidad absoluta o el ejercicio de la acción pauliana, en el caso de concurso de acreedores.

Con la teoría de la simulación-nulidad los actos aparentes o fraudulentos quedaban al margen de una sanción eficaz, como también los terceros lesionados, cuando se hacía difícil demostrar un interés jurídico que consolidara sus derechos al ejercicio de la acción; y, además, los terceros adquirentes de buena fe, eran sacrificados, porque la acción de nulidad y su pronunciamiento por los jueces, daba acción reivindicatoria contra terceros de buena fe. La demostración del fraude, que definiera ese interés jurídico, se dificultaba considerablemente y la situación patrimonial real del simulante, eran circunstancias que estorbaban el ejercicio de la acción por parte de los terceros perjudicados; porque, además de la dificultad de organizar una prueba eficaz de la simulación, pesaba sobre ellos la carga probatoria del fraude.

La teoría de la simulación-nulidad no solo ofrecía inconvenientes de orden teórico sino práctico. Lo primero porque el acto aparente, simulado o fingido, no podía incluirse dentro de la concepción de la nulidad de los actos jurídicos, ya que esta supone voluntad, consentimiento, objeto y causa real; y, el aparente, es por esencia ficción, engaño, burla o fraude a la ley; porque si es verdad que en el acto nulo interfiere el orden jurídico no se hace con el fin de eludir el rigor de sus preceptos, ni siempre con la intención de lesionar intereses legítimos. En el acto nulo las partes quieren un fin jurídico y si quebrantan preceptos jurídicos es con el fin de desenvolver una intención que no siempre es ilícita. En el acto aparente o simula-

do, la ficción, la apariencia y el engaño, la intención no es jurídica, como en el caso de la simulación absoluta; y, si lo es, quiere ocultarse siempre con fines de fraude, como acontece en la simulación relativa, en la que aunque existen propósitos jurídicos serios quieren ocultarse maliciosamente a los terceros. La simulación como práctica en el comercio jurídico es siempre ficción, mentira, burla y engaño. En el derecho romano los actos simulados eran repudiados como "Simulatis, fictus, imaginari, nulus". E inconvenientes de orden práctico, porque no era posible equiparar los mecanismos jurídicos ideados por las partes en el negocio jurídico nulo, con las tácticas simulatorias llevadas a cabo con fines bien diferentes.

En el año de 1935, la Corte abocó el estudio de la simulación y la apariencia de los actos jurídicos, para definir su fisonomía distinta de la nulidad e idear recursos diferentes para los negocios simulados y los actos nulos, encontrando que aunque se vinculaba por el aspecto de ser dos fenómenos anormales frente al orden jurídico, son completamente diferentes en estructura, esencia y significación. Las diferencias fueron expuestas con claridad y precisión, no solo en la fisonomía estructural de ambos fenómenos, sino en sus remedios de impugnación para obtener una declaración de ineficacia en uno y otro. Esta apreciación de la Corte produjo algunas críticas de connotados juristas nacionales, habituados a cierta parálisis de nuestras instituciones jurídicas y apegados a una orientación más positivista que científica. Se habló entonces de importaciones foráneas completamente ajenas a nuestras instituciones y, hasta llegó a afirmarse en ese entonces que la Corte cohonestaba y le daba carácter de institución jurídica a la simulación, es decir, que lejos de mirarla como una práctica anormal en la vida jurídica, la elevaba al rango de institución aceptada por nuestro derecho positivo. Además, que ella pugnaba con la teoría jurídica de los actos solemnes en los cuales la escritura pública y el lleno de otras formalidades, según los casos, eran consustanciales e inseparables del mismo acto.

La doctrina que comentamos, nítida, clara, sólida e inspirada en los avances científicos del derecho civil moderno, no hizo otra cosa que extraerle al artículo 1766, su auténtico contenido, jurídico, vinculado a la tradición romana, al derecho intermedio, al napoleónico, a la jurisprudencia de los países más avanzados y a la inspiración doctrinaria de los más eximios tratadistas del derecho civil moderno. No se elevaba la simulación y los actos aparentes a la categoría de la institución jurídica, sino que se aceptaba un criterio técnico para hacerle frente con mayor eficacia a las prácticas anormales que los particulares suelen emplear, desde épocas muy remotas en el comercio jurídico, principalmente de la simulación que todas las edades ha servido o para fingir la disminución del patrimonio con fines fraudulentos, de lesión a los acreedores legítimos, o de aumentar ficticiamente las deudas, con estos mismos fines, o de ocultar la usura, como se hizo en el derecho intermedio, o de interpretar o sustituir personas con el fin de defraudar preceptos de orden prohibitivo. Desde Bargentré, se hacía una distinción entre simulación absoluta y relativa, y las investigaciones de Francisco Ferrara, dieron por resultado que la teoría de las contraletras se consideraban como actos secretos en que para engañar a los terceros se modifica dolosamente la convención realizada en apariencia. La teoría construida, pues, por la Corte, sobre el contenido del art. 1766 tiene un contenido técnico-jurídico. Y en relación con la observación de que en los actos solemnes no puede aplicarse dicha doctrina, por su consustancialidad entre el acto jurídico y la solemnidad requerida, implica una confusión entre el acto jurídico mismo y la preconstitución de una prueba de carácter solemne y superior que notifique a los terceros que se ha modificado una situación jurídica que interesa a estos y al mismo orden jurídico.

Insiste la Corte, ahora, en que la teoría de la simulación sentada en el año de 1935, no se hizo al margen de nuestras instituciones jurídicas ni mucho menos con violación de ellas, sino que descubrió un recurso técnico-jurídico completamente olvidado hasta esa fecha. Porque, en realidad, si el mencionado precepto consagra un principio de contenido ético fundamental, de orden jurídico-social, es una trascendental regla técnica de previsión y de remedio puesto en manos de terceros para impugnar y atacar los efectos jurídicos de los actos aparentes y simulados, impugnación que con la teoría de la nulidad

serán ineficaz por los estrados ya anotados que encuentran en la mayoría de las veces, los terceros víctimas del fraude, cegado con la apariencia. Y aunque la doctrina que comentamos no se tuvo una concepción perfecta de la simulación, de su estructura, de sus efectos y de la técnica probatoria peculiar que la nueva concepción implicaba, ella se ha ido perfeccionando. Y, lo será más aún, a medida que vayan progresando, no solamente las tácticas simulatorias de los particulares, sino que la ciencia jurídica haga conquistas definitivas que las remedien y hagan ineficaces. En ese entonces no se planteó el problema de la simulación absoluta y relativa, y, en cuanto a la técnica probatoria, se incurrieron en errores que la Corte de una manera prudente ha venido corrigiendo. Pero se estableció, sí, lo fundamental de la teoría, es decir, la nítida y clara distinción entre el acto simulado aparente y los actos jurídicos nulos.

Con el fin de demostrar la forma como se ha venido perfeccionando la teoría de la simulación, es conveniente puntualizar las fases de esa evolución en los siguientes puntos: 1º Distinción entre la nulidad y la simulación; 2º Diferencias entre la acción de nulidad y la de prevalencia; 3º Diferencia entre los efectos jurídicos de la anulación y de la prevalencia; 4º Prueba de la simulación.

En relación con el primer punto, es decir, con la distinción entre los fenómenos nulidad y simulación, es conveniente observar que desde el año de 1935 la Corte estableció de una manera definitiva que el acto nulo es fundamentalmente distinto del simulado; porque, en el primero, se omiten los elementos esenciales para su validez, existiendo una voluntad seria de contratar y de adquirir compromisos jurídicos, puede faltar la causa, pero queda el objeto y una voluntad seria de celebrar una convención. En el simulado, en cambio, no existe ni ánimo contractual, ni voluntad seria para celebrarlo, ni causa ni consentimiento, ni objeto, o mejor, de que como no existe el ánimo contractual, mal podrían las partes pensar en los elementos estructurales del acto. No se quiere hacer realmente nada, sino fingir que se hace, para ocultar el propósito jurídico real de los contratantes, que puede consistir en que no se hace ninguna modificación real en la situación jurídica de las partes; o, si se quiere modificar algo, esa nueva situación jurídica no se notifique a los terceros o, sea que se opta por simulación absoluta o de esencia; o, por la relativa, o simple disimulación de algo.

Establecido lo anterior, es lógico desprender de esa distinción entre el acto nulo y el negocio aparente, medios de impugnación completamente distintos para establecer su ineficacia jurídica. Estos medios son: la acción de nulidad para los contratos nulos, cuyos efectos no son otros que revertir la situación jurídica al estado inmediatamente anterior al contrato: y, la acción de prevalencia o de simulación, que tiene por objeto hacer inocuos los efectos jurídicos del contrato aparente, mediante la prevalencia del pacto oculto que revela los propósitos jurídicos reales de los simuladores. Ambas acciones son diferentes en sus fines y en sus fundamentos, porque mientras la primera se basa en la estructura anómala del acto, la segunda, en cambio, lo es en que el ánimo simulandi que inspiró el acto aparente, carece de estructura jurídica; y que, en su lugar, debe imponerse el acto jurídico real que consulta la intención jurídica real de los contratantes. El contrato según Beale, no es otra cosa que una serie de hecho del orden psíquico y económico que, animados por la voluntad de las partes, adquieren seguridad y eficacia por los preceptos del orden jurídico, de donde resulta, que donde no hay hechos no hay contratos, porque la esencia y naturaleza de los principios jurídicos suponen hechos psíquicos y económicos que vinculan a las partes, antes de que el derecho produzca las vinculaciones del orden jurídico. En los actos simulados y aparentes esos hechos económicos o psíquicos no existen, luego ningún precepto jurídico tendría la virtud de crear vínculos jurídicos contractuales, porque no existen los indispensables supuestos de hecho.

Las dos acciones son, pues, inconfundibles, en concepto de la Corte, como inconfundibles son también la nulidad y la simulación. Quien impugne un acto jurídico, para interferir su eficacia jurídica, deberá cuidarse muy bien de no incurrir en errores técnicos en la escogencia de la vía o acción judiciales. Si va a impugnar el acto por falta de causa o de consentimiento, deberá instaurar la acción de nulidad y no la de prevalencia

o simulación: y, a la inversa: quien va a impugnar un acto, porque considera que en la operación jurídica no hubo ánimo contractual, sino ficción o apariencia, deberá ejercitar la acción de simulación o prevalencia. Ha sido frecuente una posición dubitativa de las partes al querer desenvolver sus propósitos impugnatorios de los negocios jurídicos, ejercitar, con visible error de técnica la acción de nulidad con fundamento en la apariencia del acto impugnado. Y, la misma Corte, en algunas ocasiones ha desatado demandas de casación en el mismo sentido, pero solamente en aquellos juicios instaurados antes de la doctrina sobre simulación, o en aquellos casos en que esos errores de elección de vía se cometieron por no estar la misma doctrina suficientemente difundida o conocida. Pero esto no quiere decir, en manera alguna, que la Corte haya modificado sustancialmente su concepción doctrinaria sobre los actos simulados.

En efecto, en sentencia de casación de 17 de septiembre de 1941, la Corte habló de nulidad por simulación de un contrato en el cual la parte demandante acusó de ese defecto por ausencia de causa y de consentimiento, no obstante haber reconocido que la acción intentada por el actor fue la de simulación, pero con graves errores técnicos en la formulación de las peticiones de la demanda, pues en esta se habla indistintamente de simulación y de nulidad.

En sentencia de 15 de diciembre de 1944, la Corte todavía admitía alguna confusión técnica entre las acciones de nulidad y de simulación, pero insistiendo siempre en que, los dos recursos eran completamente distintos, reconociendo a los demandantes, en el caso allí estudiado, el derecho de optar o por la acción de la nulidad o de simulación, con un criterio más bien práctico que científico.

Una distinción más nítida se encuentra en sentencia de 22 de octubre de 1947.

A pesar del esclarecimiento técnico de las dos acciones, simulación y nulidad, la misma sentencia da a entender, que debido a los puntos tangenciales entre la nulidad absoluta y la simulación, la doctrina debe establecer con cautela y atenerse más a las intenciones de los demandantes que a los nombres o designaciones empleados en el ejercicio de aquellas.

Y reafirmó la anterior doctrina, en sentencia de 29 de abril de 1948.

De una manera muy clara, en fallo de 29 de agosto de 1951, insistió sobre las diferencias entre el contrato nulo y el ficticio y en que estas consisten en que en éste la voluntad de las partes persigue un fin distinto del contrato mismo, el cual surge como una simple cortina de humo, para ocultar el verdadero objetivo. En aquel, en cambio, el acuerdo de voluntades que puede ser legalmente imposible por incapacidad de las partes o de una de ellas persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida para que tenga vida jurídica. Lleva en sí el vicio que la destruye.

En sentencia de 6 de junio de 1954, la Corte expuso con claridad sus conceptos doctrinarios sobre simulación y nulidad.

La teoría elaborada por la Corte desde el año de 1935, sobre la simulación ha sido consecuente, lógica y coherente y su evolución registra el perfeccionamiento de ella en su desarrollo doctrinal. No es tampoco una rara importación de doctrinas foráneas, sino que tiene raigambre en nuestra legislación civil, en el contenido técnico jurídico del artículo 1766, con la intención de evitar la eficacia de los desajustes que en el orden jurídico, producen las tácticas simulatorias de los particulares con fines fraudulentos.

En relación con los efectos jurídicos distintos de la acción de nulidad y de simulación la Corte reitera la doctrina de que son diferentes y para ello hace las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 1746 del C. C., la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiera existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Es decir, que si la petición de anulación prospera, se revierte a la situación jurídica anterior a la celebración del acto o contrato, sin perjuicio de ciertas vinculaciones jurídicas que se crean, no con fundamento en el acto anulado, sino en consideración al inciso segundo del precepto citado, en relación con las restituciones y prestaciones mutuas a que haya lugar. Y, en relación con

los terceros, sea que hayan adquirido de buena o mala fe, el pronunciamiento de la nulidad da acción reivindicatoria contra ellos.

En la acción de simulación no ocurre, decretada la prevalencia del acto oculto sobre el aparente, la situación jurídica también se revierte al momento inmediatamente anterior al juego simulatorio, pero los terceros que hayan contratado de buena fe, confiados en el acto aparente, no podrían ser objetos pasivos de una acción reivindicatoria, no con fundamento en la validez del acto simulado, sino con base en un principio de equidad, BONA FIDES NEMINI NOCET.

Como se desprende de lo anterior, la posición jurídica de los terceros es diferente, tratándose de una anulación y de una prevalencia. Lo primero tiene asidero en el contenido del artículo 1746 que no ampara al tercero, adquirente de buena fe; y, lo segundo, en la regla consagrada en el artículo 1766 que establece que las contraescrituras privadas, hechas para alterar o modificar lo estipulado en las escrituras públicas no producen efectos contra terceros lo que significa que sí pueden producir en favor de esos mismos terceros, cuando ellos estén interesados jurídicamente en que se declare la prevalencia del acto oculto sobre el aparente.

En realidad tanto la acción de nulidad como la de simulación tienden a interferir los efectos jurídicos de un acto jurídico, del aparente (en la acción de simulación) del nulo (en la acción de nulidad). La diferencia reside, principalmente, en que mientras con la primera se obtiene una interferencia de un acto oculto sobre el aparente; o a la inversa; porque puede acontecer que un tercero esté interesado en la prevalencia del acto aparente, cuando se trata de establecer que con la prevalencia del primero sobre el segundo se incrementa el patrimonio del comprador sobre el cual tiene acción perseguitoria un acreedor legítimo.

No obstante que la Corte, en doctrinas anteriores, consideró la posibilidad de que un acreedor del testaferro estuviera en la necesidad de hacer prevalecer sobre el acto oculto el aparente, por su interés en el incremento del patrimonio de su deudor, la Sala considera, ahora, por el contrario, que esos acreedores carecerían de un interés jurídico legítimo, ya que el aparente desplazamiento patrimonial entre el patrimonio del vendedor hacia el del comprador, en el caso de la compraventa, en ningún caso puede aprovechar al testaferro comprador, por razones de equidad. Se dijo en ese entonces que el acto público debería prevalecer sobre el privado y que si era posible hacer prevalecer ese acto sobre el privado, por parte de los acreedores del vendedor, con mayor razón, esa prevalencia podría establecerse en favor del acto aparente, por parte de acreedores del testaferro comprador, máxime cuando este acto consta en instrumento público. Pero debe entenderse, en concepto de la Corte, que el instrumento público, no obstante ser un elemento de prueba y una solemnidad consustancial al acto jurídico mismo, partiendo de la base de que el acto simulado carece de los elementos esenciales y estructurales para su existencia jurídica, el instrumento o escritura pública no pueden considerarse como solemnidad ni como elemento preconstitutivo de prueba de un acto que no ha tenido existencia ni vida jurídica.

2.—Desde la enunciación de la nueva doctrina sobre simulación sentada por la Corte en el año de 1935, se establecieron los siguientes principios en materia de prueba de simulación:

a) Que las partes o sus herederos interesados en la prevalencia del acto oculto, solo pueden establecerlo por medio de una prueba de igual categoría, es decir, que si el acto aparente consta por escrito, solo se admite la prueba por escrito o un principio de prueba por escrito, o confesión de una o de ambas partes.

b) Que en cambio, los terceros, interesados en la prevalencia disfrutan de amplitud en el uso de los medios de prueba, es decir, que pueden demostrar el acto oculto y aun el aparente, por medio de testigos, indicios, presunciones, etc., y ni siquiera les es aplicable la restricción contenida en el artículo 93 de la ley 153 de 1887, porque frente a ellos la convención oculta no es una convención sino un hecho.

c) Que cuando un acto ostensible y aparente no se haya hecho constar por escrito, entonces, tanto las partes como los terceros tienen a su disposición todos los medios sin restricción alguna.

d) Que los herederos a quienes se transmite el patrimonio del de cujus, con todos los créditos, obligaciones y acciones judicia-

les, son partes, y por lo mismo, les son aplicables las restricciones probatorias establecidas en nuestro derecho.

En realidad desde el año de 1935, la Corte estableció dichas reglas de una manera reiterada y solo en sentencia de 4 de octubre de 1956, canceló la discriminación que había sido establecida con los herederos, consistente en que, si el juego simulatorio cercenaba o perjudicaba sus legítimas, eran considerados como terceros, pero que si intentaba la acción como heredero simplemente, era tratado como parte.

3.—Considera la Corte, que cuando se trata de definir la posición del heredero frente al problema de la prueba, y cuando haya de ejercer alguna acción impugnatoria de los actos jurídicos celebrados por su causante, o atender a la defensa de su validez, por tener un interés jurídico, debe considerársele como un tercero y poner a su disposición todos los medios de prueba que él considere necesarios o convenientes para sus intereses. Y, tratándose de la impugnación de un acto simulado, sobre el que se quiere hacer prevalecer el acto oculto que lo desvirtúa, el heredero puede probar su existencia empleando todos los medios que estén a su alcance para ese efecto, sin que haya necesidad de hacer ninguna distinción entre el heredero cuando obra en representación de la persona del causante, o como perjudicado con el juego simulatorio por haberse llevado a cabo en perjuicio de su legítima. Es, pues, en concepto de la Sala, además de la imposibilidad en que puede estar el heredero de procurarse la prueba escrita, la confesión, o el principio de prueba por escrito, la consideración de que si pudiera tener algún fundamento jurídico la ficción legal de las acciones heredadas, se forzaría la lógica y la realidad misma, extendiendo las restricciones probatorias a que están sometidos directa y personalmente los contratantes, a quienes por una u otra causa, vienen a ocupar la posición de herederos, los que, virtualmente, aquella realidad jurídica, moral y física los sitúa en el plano o condición "res inter alias" en relación con los actos jurídico-económicos ejecutados por su causante.

La simulación, como fenómeno complejo y anormal en la vida jurídica, está rodeada de circunstancias especialísimas que hacen difícil su prueba: las apariencias de legalidad y veracidad en las declaraciones de las partes, el ocultamiento de la convención privada entre los simuladores, el fraude y la lesión patrimonial a los terceros, hacen muy penosa la carga probatoria para todas aquellas personas que tienen interés jurídico en impugnar el acto aparente y hacer prevalecer el oculto. La práctica simulatoria más común en el comercio jurídico es aquella en que las partes, después de celebrar y preconstituir pruebas sobre el juego simulatorio, los terceros se encuentran en dificultad para organizar la prueba dentro del proceso, ya que la de confesión es muy difícil de obtenerla por su misma índole. Además, la demostración del interés jurídico al ejercitar la acción de prevalencia, supone la prueba de hechos y situaciones que no están siempre al alcance de las partes.

4.—La Corte considera que si en la ley no existen fundamentos para favorecer a los terceros con una presunción legal de simulación o de fraude, las presunciones judiciales, admitidas con los requisitos del artículo 1768 del C. Civil, serían un medio eficaz para que los jueces en presencia de hechos suficientemente establecidos en el proceso, los exijan en fundamentos para deducir presunciones de simulación y utilizándolos como medios de pruebas autorizados por la ley, para establecerla, cuando considere que los terceros o los herederos han estado en la imposibilidad de suministrar una prueba del juego simulatorio. En estas condiciones, se alivia a aquellos —los herederos— de la penosa carga probatoria y se facilita el esclarecimiento de la situación jurídica real de los simuladores, se obvia la dificultad de demostrar el fraude, la inexistencia jurídica del acto aparente, la existencia del pacto oculto, en síntesis, el amparo de un medio probatorio legítimo, se obtiene una tutela eficaz del orden jurídico.

Tales presunciones en concepto de la Corte, podrían deducirse de los siguientes hechos:

a) Parentesco entre el simulador enajenante y el simulador testaferro, o vínculos efectivos y de confianza entre los mismos.

b) Prueba de la situación patrimonial del simulador enajenante y del simulador testaferro.

c) Prueba del interés jurídico de los terceros en la prevalencia del acto oculto (exis-

tencia del crédito a cargo del simulador enajenante, actualmente exigible, de la calidad de herederos, o de heredero perjudicado en el juego simulatorio).

d) Prueba de que con el juego simulatorio, el simulador enajenante quedó en incapacidad para atender al pago de sus obligaciones.

e) Prueba de la incapacidad económica del simulador testaferro para pagar el precio.

f) Prueba de la persecución del patrimonio del simulador enajenante por parte de acreedores legítimos.

La posibilidad de la elaboración de la teoría de la simulación, con base en la regla del artículo 1766 del C. Civil, fue factible mediante una interpretación extensiva al juego simulatorio. Es esta la razón por la que, en opinión de la Corte, cuando se trata de la simulación y de su prueba, la elaboración de la jurisprudencia tiene que perfeccionarse en el sentido de que, con inspiración en los textos legales, se haga posible la demostración de la simulación y del fraude, tutelando y defendiendo el orden jurídico positivo privado, dando seguridad a las situaciones jurídicas reales y proscribiendo aquellos fenómenos que atentan contra los intereses de los particulares, jurídicamente protegidos pero que el juego simulatorio hace prácticamente ineficaces.

Las doctrinas de la Sala en materia de simulación y su prueba no solo se inspiran en el derecho civil positivo colombiano sino que están a tono con los avances de la ciencia jurídica moderna. De una manera paulatina pero segura la Corte ha ido elaborando una teoría sobre la simulación que, al ser perfeccionable de perfeccionamiento, tiene sólidos fundamentos en los principios jurídicos de contenido ético que son los que presiden o deben presidir todo ordenamiento jurídico particular. Es en guarda de esos elevados intereses jurídicos y sociales en los que se ha fundado la doctrina que la Corte ha elaborado sobre fenómenos tan anormales como son las prácticas simulatorias, en defensa de los cuales no puede alegarse ninguna norma moral ni jurídica, porque son precisamente estas las que sustentan y vigorizan dicho ordenamiento.

5. — El concepto de costas judiciales y el perjuicio por abuso del derecho en el ejercicio de recursos judiciales, son completamente distintos. El primero se refiere a las erogaciones que las partes sufragan para la impulsión del proceso y su importe en caso de de condenación al pago de ellas, se fija por los funcionarios judiciales, teniendo en cuenta las que acredite el expediente. El segundo, en cambio, se refiere a hechos perjudiciales completamente ajenos al proceso, por cuanto se reflejan en éste, pero con el que se pueden relacionar porque pueden referirse a actividades que han tenido que ejercer las partes para intervenir en el juicio. El consumo de tiempo en el cuidado del litigio, necesario para otros menesteres, las repercusiones que puede tener el mismo litigio en otro género de actividades, pueden ser hechos que realmente causan perjuicios a las partes y se traducen en mengua de su patrimonio.

Pero la diferencia que anotamos es más clara, tratándose de fijar los fundamentos jurídicos de una condenación en costas, y los que sostienen la sentencia de condena que desata una acción indemnizatoria. Lo primero está basado en la apreciación que hace el juez de la conducta de los litigantes, para examinar si el surgimiento del proceso judicial tuvo base jurídica, caso en el cual el fallo es estimatorio de la acción: o si por el contrario, fue la oposición del demandado la que adolecía de este defecto. En el primer caso la condenación en costas favorece al demandante vencedor en la litis, y, en el segundo, al demandado; es la estimación de la cuestión de fondo, la que decide, por mandato de la ley, la suerte de los litigantes en materia de costas. La sentencia de condena por acción indemnizatoria, se basa es en el abuso del derecho de litigar, en que ocurre una desviación intencional o culposa del derecho al ejercitar acciones judiciales: o también, del de oponerse a ellas, y que puede traducirse en hechos perjudiciales del orden moral o económico.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide ahora la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante y el demandado, contra el fallo de segunda instancia pronunciado en

el juicio ordinario instaurado por el doctor Carlos Saúl Goyeneche contra el doctor Ciro Enrique Goyeneche y la contrademanda instaurada por el segundo contra el primero, por el Tribunal de San Gil.

Antecedentes

En el año de 1928 el señor Faustino Goyeneche, por medio de la escritura pública número 208 de 27 de abril, pasada en la Notaría de Soatá, cedió o traspasó al señor Ramón Otero la totalidad de sus bienes muebles e inmuebles; y, a su vez, el señor Otero hizo un nuevo traspaso de esos mismos bienes al doctor Ciro Enrique Goyeneche, por medio de la escritura pública número 175 de 22 de mayo de 1928, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Málaga. Estos traspasos de bienes fueron motivados por las ejecuciones que el Banco de Londres instauró contra el señor Goyeneche, con el fin de obtener el pago judicial de los créditos que esta institución bancaria tenía a cargo del ejecutado.

Entre los inmuebles que figuraron en la mencionada escritura, estaba incluida una finca denominada "El Huracán", de propiedad del supuesto vendedor y cuya entrega fue ordenada en virtud de un juicio ordinario instaurado antes por Carlos Saúl Goyeneche, en representación de la sucesión de Faustino Goyeneche, en virtud de sentencia de casación proferida por la Corte, y con base en la declaración de nulidad por simulación del acto jurídico de compraventa contenido en la escritura número 175 de 22 de mayo de 1928, de la Notaría de Málaga, como también de todos los inmuebles que figuraron en la operación jurídica anulada.

Como en la escritura mencionada no figuró la cesión de un crédito en favor de Faustino Goyeneche, hecha a favor de Ciro Enrique Goyeneche, de conformidad con la diligencia de inventarios y avalúos de la sucesión de la señora Antonia Otero de Castellanos, y con la copia pertinente de la partición llevada a cabo en la misma sucesión, en la que le fueron adjudicados al doctor Ciro Enrique Goyeneche un crédito por la cantidad de ocho mil ochocientos noveciento y ocho pesos ($ 8.898-) y otro, por la de treinta mil pesos ($ 30.000.00), que fueron cedidos por el señor Faustino Goyeneche dentro del mismo mortuorio al adjudicatario, con base en los cuales el mismo doctor Goyeneche obtuvo la adjudicación de una finca denominada "El Huracán" que dice éste ser distinta a aquella cuya restitución fue ordenada en el juicio simulatorio, y que, Carlos Saúl Goyeneche sustiene que es la misma, estableció éste demanda ordinaria contra el mencionado adjudicatario para que, con su citación y audiencia, y mediante los trámites correspondientes, fueran hechas por el Juzgado del Circuito de Charalá las siguientes declaraciones:

"a) Inexistencia y nulidad por simulación de la cesión del crédito que se deja mencionado;

"b) Que el crédito es de propiedad de la sucesión del señor Faustino Goyeneche, representada por sus herederos legítimos;

"c) Que la finca de 'El Huracán', rematado en licitación privada en el juicio de la señora Antonia Ortero de Castellanos, pertenece a la sucesión del señor Faustino Goyeneche;

"d) Que la mencionada finca está dentro o forma parte de la finca de 'El Huracán' de propiedad de la misma sucesión.

"e) Que Ciro Enrique Goyeneche ha actuado de mala fe en dicho juicio sucesorio, por haberse hecho pasar como dueño del crédito en referencia;

"f) Que, consecuencialmente, Ciro Enrique Goyeneche debe pagarle a la sucesión de Faustino Goyeneche la cantidad de $ 30.000.00 (treinta mil pesos) por concepto de perjuicios causados con la ficción o simulación y las maniobras llevadas a cabo por el demandado en la sucesión de Antonia Otero de Castellanos;

"g) Además, que Ciro Enrique Goyeneche debe pagarle al demandante la cantidad de $ 9.000.00 (nueve mil pesos) por concepto de los perjuicios causados por éste, como consecuencia de sus actuaciones, en defensa del patrimonio de la sucesión de su padre, en la sucesión de Antonia Otero de Castellanos, como también las costas que ocasionare el presente juicio".

Notificada la demanda al doctor Ciro Enrique Goyeneche, le dio contestación al libelo negando todas las peticiones, los hechos y los fundamentos de derecho de la demanda. Y en libelo separado, formuló demanda de reconvención contra Carlos Saúl Goyeneche, en ejercicio de la acción indemnizatoria por perjuicios causados por éste, con las actuaciones judiciales y extrajudiciales llevadas a cabo por el demandante para obstaculizar el remate y la entrega de la finca de "El Huracán" en el juicio de sucesión de Antonia Otero de Castellanos.

Tramitado el juicio, el señor Juez del Circuito de Charalá desató la litis, absolviendo a Ciro Enrique Goyeneche de todos los cargos formulados en la demanda; y absolviendo también a Carlos

Saúl Goyeneche de todas las peticiones solicitadas en el libelo de reconvención.

La sentencia del Tribunal

Del fallo del Juzgado apelaron ambas partes y el Tribunal Superior de San Gil, previos los trámites procesales correspondientes, pronunció sentencia condenando al doctor Ciro Enrique Goyeneche a pagarle a Carlos Saúl Goyeneche, la suma de cinco mil setenta y un pesos con doce centavos ($ 5.071.12) por concepto de daños y perjuicios materiales sufridos por éste con ocasión del juicio que tuvo que adelantar para obtener la declaración de simulación del contrato celebrado entre Ramón Otero y Ciro Enrique Goyeneche, por medio de la escritura número 175 de 22 de mayo de 1928; pero lo absolvió de los demás cargos. Y, del mismo modo, condenó a Carlos Saúl Goyeneche a pagar a Ciro Enrique Goyeneche, el valor de los daños y perjuicios materiales causados a éste, con sus intervenciones judiciales, pero la condena se hizo in-genere; también fue absuelto de los demás cargos de la contrademanda.

La sentencia del Tribunal hace un análisis de la naturaleza de las acciones incoadas por el actor, y, después de algunos escarceos de interpretación, llega a la conclusión de que ellas son: la de simulación y nulidad, la petitoria o declaratoria de dominio y la indemnizatoria de perjuicios. Sobre la primera aunque encuentra indicios necesarios de la simulación de la cesión del crédito hecha en favor de Ciro Enrique Goyeneche, no los estima, porque considera que Carlos Saúl Goyeneche es heredero, y que, de acuerdo con el art. 1155 del C. C. es parte a la cual es necesario aplicarle las restricciones probatorias de los artículos 91, 92, y 93 de la ley 153 de 1887. En relación con la segunda, opina el Tribunal que no se llevó a cabo la identificación de inmueble cuya declaración de dominio se suplica; y que, tanto por los linderos como por la tradición de propiedad que anotan los respectivos certificados de registro son diferentes la finca de "El Diamante", de propiedad de la sucesión de Faustino Goyeneche, y la que obtuvo en licitación privada Ciro Enrique Goyeneche dentro de la sucesión de Antonia Otero de Castellanos.

En relación con las acciones indemnizatorias que mutuamente ejercieron demandante y demandado, este último en el libelo de reconvención, el Tribunal sostiene que ambas son fundadas, por cuanto en el proceso hay pruebas de los hechos perjudiciales que mutuamente se causaron las partes, involucrando los que tienen el concepto de costas judiciales, con los hechos perjudiciales de otro orden. Dice a este respecto el Tribunal:

"Para la Sala es innegable que el solo hecho de estar una persona envuelta en un litigio, porque se le incoan o se ve forzada a incoarlos, constituye para ella un perjuicio que no puede a priori considerarse indemnizado por haber obtenido en su favor condena en costas. Muchas veces estas son solo una parte de la indemnización y el litigio en sí una parte del daño, porque esa persona, además de eso, ha sufrido otros males. En tales casos, es claro que para aquellos queda en pie la acción indemnizatoria, no agotada ni ejercitada siquiera respecto de ellos con lo ocurrido sobre las solas costas procesales.

"Pero si esto es así, continúa el Tribunal, en lo que dice relación a las dos instancias del juicio, no ocurre lo propio en lo que respecta a los gastos sufragados por el doctor Carlos Saúl Goyeneche para sacar avante el recurso intentado ante la Corte, ya que si bien es cierto que esta superioridad no hizo condenación alguna en costas, no lo es menos que tampoco exoneró al demandado de la obligación de indemnizar al actor de tales erogaciones, que por sí constituyen un perjuicio o detrimento patrimonial indemnizables. En este punto sí es, en el sentir de la Sala, perfectamente aceptable el dictamen pericial, porque de una parte aparece que el perjuicio se causó por obra de la temeridad o malicia del demandado, sin que de otro lado aparezca que dicho perjuicio haya sido compensado en forma alguna".

El Tribunal, pues, desestimó la acción de simulación y la declaratoria o petitoria de dominio, y estimó las indemnizatorias, condenando tanto al demandante como al demandado al pago de perjuicios, y absolviéndolos de todos los demás cargos formulados en la demanda y en la contrademanda.

Contra este fallo interpusieron ambas partes el recurso de casación el que, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, dio lugar a las demandas de casación instauradas por Carlos Saúl Goyeneche y Ciro Enrique Goyeneche, y presentadas en tiempo oportuno.

Los cargos de casación de Carlos Saúl Goyeneche

Cinco cargos de casación formula el apoderado de Carlos Saúl Goyeneche contra la sentencia del Tribunal, los que se resumen en la siguiente forma:

1º—Violación del artículo 93 de la ley 153 de 1887, último inciso, en relación con el 1766 del C. C. por no haberle aplicado al demandante en este

juicio la excepción consagrada por aquel precepto y por los artículos 1767, 92 y 93 de la misma ley.

2º—Violación del artículo 93 de la ley 153 de 1887, por haber admitido la independencia entre las enajenaciones contenidas en la escritura número 175 de 22 de mayo de 1926, erróneamente dejó de aplicar como prueba un principio de prueba por escrito y otras pruebas que se produjeron en el juicio.

3º—Violación de los artículos 1766, 2142, 2183, 2304, 2305, 946 y 950 del C. C., por falta de aplicación de las cinco primeras disposiciones, y aplicación indebida de las dos últimas, a consecuencia de errores manifiestos de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, en lo relacionado con el contrato de fiducia, gestión oficiosa y en lo relacionado con la acción declaratoria de dominio.

4º—En subsidio, violación de los artículos 33 de la ley 57 de 1887, 1740 y 1741 del C. C., por falta de aplicación proveniente de los errores manifiestos de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el primer extremo petitorio de la demanda, y por evidente error de derecho en la estimación probatoria de las notas de cesión, frente a lo establecido por los artículos 6º, ordinal 26, y el 6º de la ley 20 de 1923.

5º—Violación de los artículos 2341 y 2356 del C. C., en que se funda la sentencia, por aplicación indebida al caso del pleito, proveniente de errores manifiestos de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda, y de las pruebas aducidas para sustentarla, y que lo llevaron a condenar al demandante principal y demandado en reconvención al pago de perjuicios determinados por las actividades judiciales que desarrolló en defensa de sus derechos.

Los cargos de casación de Ciro Enrique Goyeneche

Dos cargos formula Ciro Enrique Goyeneche contra la sentencia del Tribunal, los que la Corte resume en la forma siguiente:

1º—Violación del artículo 593 del C. J., por apreciación errónea del avalúo pericial, que llevó al Tribunal a incurrir en error de derecho en la apreciación de la prueba.

2º—Violación del artículo 2356 del C. C., porque los gastos llevados a cabo por el recurrente demandante principal no pueden imputarse a malicia por parte del recurrente, sino porque la sentencia de segunda instancia en el primer juicio de simulación, le fue desfavorable a Carlos Saúl Goyeneche.

EXAMEN DE LOS CARGOS DE LA PRIMERA DEMANDA

Primero:

Acusa el fallo el recurrente por ser violatorio del artículo 93 de la ley 153 de 1887, último inciso, en relación con el 1766 del C. C., por no haberle aplicado al demandante en este juicio la excepción consagrada por aquel precepto y por los artículos 1767, del mismo C. C. y 91 y 92 de la ley 153 de 1887. De haberlo aplicado e interpretado en el sentido natural de sus palabras y con el espíritu que los inspira, la prueba que en el expediente acredita la simulación de las cesiones, habría bastado para conducir a su declaratoria, tal como lo solicitó en la demanda.

En la formulación del cargo, el recurrente se queja de que a pesar de que se ha escrito ya bastante sobre el problema de la simulación y de la nulidad, hasta el presente no se ha llegado a una sistematización sencilla y razonable de la doctrina, para definir el modo como cada una de estas acciones debe moverse en el campo del derecho. Expone algunas ideas sobre el particular y exhorta a la Corte para que defina con toda claridad estos puntos doctrinarios, de la mayor importancia para la orientación de la jurisprudencia del país, en materia tan trascendental.

Antes, pues, de examinar el cargo formulado, la Corte considera conveniente hacer, aunque de una manera breve, algunas consideraciones sobre la teoría de la simulación aceptada por la Corte, su prueba, sus diferencias con la teoría de la nulidad de los actos jurídicos y sobre la naturaleza y efecto de las acciones que contra estas figuras anómalas de la práctica jurídica pueden ejercer las partes y los terceros.

Hasta el año de 1935 la Corte venía aceptando que los contratos aparentes, por carecer de causa y de consentimiento, eran absolutamente nulos por omitir los elementos esenciales para su validez. El acto era impugnado por medio de la acción de nulidad absoluta, a la que tenían acceso todas las personas que probaran interés jurídico en su anulación, con excepción de las partes, aplicándose el principio ya vislumbrado por el derecho intermedio "Nemo auditur propia turpitudinem", principio que vino a ser fundamentalmente modificado por la ley 50 de 1936, en el sentido de que las partes contratantes no solo podían impetrar la nulidad del acto, sino también producir su ratificación en cualquier tiempo, a excepción de que el contrato adoleciera de objeto o causa ilícitos.

Aunque hasta esa época no se desconocía la práctica anómala de los actos aparentes o simulados, se consideró que tanto estos como los medios de impugnación, podían incluirse dentro de la teoría general de los actos jurídicos y de la nulidad, como únicos medios conocidos de impugnación y de interferir sus efectos jurídicos. La actividad de las partes, en sus operaciones de cambio de bienes o de servicios, que viene a ser el fenómeno económico regulado por el derecho privado, especialmente por la institución jurídica de los contratos, estaba garantizada por el caso o los casos en que dicha actividad no se ejercía normalmente, y, entonces, las partes se sancionaban y se sancionan con la ineficacia de sus operaciones jurídicas. Y los actos aparentes o simulados, verdaderos y eficaces instrumentos de fraude a intereses de terceros, jurídica y legalmente protegidos, y llevados a cabo con la intención de hacer aparecer una fingida disminución del patrimonio o un apreciable aumento de las obligaciones, no tenían medios jurídicos de impugnación distintos a los de la nulidad absoluta o el ejercicio de la acción pauliana, en el caso de concurso de acreedores.

Con la teoría de la simulación-nulidad los actos aparentes o fraudulentos quedaban al margen de una sanción eficaz, como también los terceros lesionados, cuando se hacía difícil demostrar un interés jurídico que consolidara sus derechos al ejercicio de la acción; y, además, los terceros adquirentes de buena fe, eran sacrificados, porque la acción de nulidad y su pronunciamiento por los jueces, daba acción reivindicatoria contra terceros de buena fe. La demostración del fraude, que definiera ese interés jurídico, se dificultaba considerablemente y la situación patrimonial real del simulante, eran circunstancias que estorbaban el ejercicio de la acción por parte de los terceros perjudicados; porque, además de la dificultad de organizar una prueba eficaz de la simulación, pesaba sobre ellos la carga probatoria del fraude.

La teoría de la simulación-nulidad no solo ofrecía inconvenientes de orden teórico sino práctico. Lo primero porque el acto aparente, simulado o fingido, no podía incluirse dentro de la concepción de la nulidad de los actos jurídicos, ya que ésta supone voluntad, consentimiento, objeto y causa real; y, el aparente, es por esencia ficción, engaño, burla o fraude a la ley; porque si es verdad que en el acto nulo interviene el orden jurídico no se hace con el fin de eludir el rigor de sus preceptos, ni siempre con la intención de lesionar intereses legítimos. En el acto nulo las partes quieren un fin jurídico y si quebrantan preceptos jurídicos es con el fin de desenvolver una intención que no siempre es ilícita. En el acto aparente o simulado, la ficción, la apariencia y el engaño, la intención no es jurídica, como en el caso de la simulación absoluta; y, si lo es, quiere ocultarse siempre con fines de fraude, como acontece en la simulación relativa, en la que aunque existen propósitos jurídicos serios quieren ocultarse maliciosamente a los terceros. La simulación como práctica en el comercio jurídico es siempre ficción, mentira, burla y engaño. En el derecho romano los actos simulados eran repudiados como "Simulatis, fictus, imaginari, nulus". E inconvenientes de orden práctico, porque no era posible equiparar los mecanismos jurídicos ideados por las partes en el negocio jurídico nulo, con las tácticas simultorias llevadas a cabo con fines bien diferentes.

En el año de 1935, la Corte avocó el estudio de la simulación y la apariencia de los actos jurídicos, para definir su fisonomía distinta de la nulidad e idear recursos diferentes para los negocios simulados y los actos nulos, encontrando que aunque se vinculaban por el aspecto de ser dos fenómenos anormales frente al orden jurídico, son completamente diferentes en estructura, esencia y significación. Las diferencias fueron expuestas con claridad y precisión, no solo en la fisonomía estructural de ambos fenómenos, sino en sus remedios de impugnación para obtener una declaración de ineficacia en uno y otro. Esta apreciación de la Corte produjo algunas críticas de connotados juristas nacionales, habituados a cierta parálisis de nuestras instituciones jurídicas y apegados a una orientación más positivista que científica. Se habló entonces de importaciones foráneas completamente ajenas a nuestras instituciones y, hasta llegó a afirmarse, en ese entonces, que la Corte cohonestaba y le daba carácter de institución jurídica a la simulación, es decir, que lejos de mirarla como una práctica anormal en la vida jurídica, la elevaba al rango de institución aceptada por nuestro derecho positivo. Además, que ella pugnaba con la teoría jurídica de los actos solemnes, en los cuales la escritura pública y el lleno de otras formalidades, según los casos, eran consustanciales e inseparables del mismo acto.

La doctrina que comentamos, nítida, clara, sólida e inspirada en los avances científicos del derecho civil moderno, no hizo otra cosa que extraerle al artículo 1766, su auténtico, contenido, jurídico, vinculado a la tradición romana, al derecho intermedio, al napoleónico, a la jurisprudencia

de los países más avanzados y a la inspiración doctrinaria de los más eximios tratadistas del derecho civil moderno. No se elevaba la simulación y los actos aparentes a la categoría de la institución jurídica, sino que se aceptaba un criterio técnico para hacerle frente con mayor eficacia a las prácticas anormales que los particulares suelen emplear, desde épocas muy remotas en el comercio jurídico, principalmente de la simulación, que en todas las edades, ha servido o para fingir la disminución del patrimonio con fines fraudulentos, de lesión a los acreedores legítimos, o de aumentar ficticiamente las deudas, con estos mismos fines, o de ocultar la usura, como se hizo en el derecho intermedio, o de interpretar o sustituir personas con el fin de defraudar preceptos de orden prohibitivo. Desde Dargentré, se hacía una distinción entre simulación absoluta y relativa, y las investigaciones de Francisco Ferrara, dieron por resultado que la teoría de las contraletras se consideraban como actos secretos en que para engañar a los terceros se modifica dolosamente la convención realizada en apariencia. La teoría construida, pues, por la Corte, sobre el contenido del artículo 1766, tiene un contenido técnico jurídico. Y en relación con la observación de que en los actos solemnes no puede aplicarse dicha doctrina, por su consustancialidad entre el acto jurídico y la solemnidad requerida, implica una confusión entre el acto jurídico mismo y la preconstitución de una prueba de carácter solemne y superior que notifique a los terceros que se ha modificado una situación jurídica que interesa a estos y al mismo orden jurídico.

Insiste, la Corte, ahora, en que la teoría de la simulación sentada en el año de 1935, no se hizo al margen de nuestras instituciones jurídicas, ni mucho menos con violación de ellas, sino que descubrió un recurso técnico-jurídico completamente olvidado hasta esa fecha. Porque, en realidad, si el mencionado precepto consagra un principio de contenido fundamental, de orden jurídico-social, es una trascendental regla técnica de previsión y de remedio puesto en manos de terceros para impugnar y atacar los efectos jurídicos de los actos aparentes y simulados, impugnación que con la teoría de la nulidad sería ineficaz, por los estorbos ya anotados que encuentran, en la mayoría de las veces, los terceros víctimas del fraude, creado con la apariencia. Y aunque en la doctrina que comentamos no se tuvo una concepción perfecta de la simulación, de su estructura, de sus efectos y de la técnica probatoria peculiar que la nueva concepción implicaba, ella se ha ido perfeccionando; y, lo será más aún, a medida que vayan progresando, no solamente las tácticas simulatorias de los particulares, sino que la ciencia jurídica haga conquistas definitivas que las remedien y hagan ineficaces. En ese entonces no se planteó el problema de la simulación absoluto y relativa, y, en cuanto a la técnica probatoria, se incurrieron en errores que la Corte de una manera prudente ha venido corrigiendo. Pero se estableció, sí, lo fundamental de la teoría, es decir, la nítida y clara distinción entre el acto simulado aparente y los actos jurídicos nulos.

Con el fin de demostrar la Corte, frente a las apreciaciones del recurrente, que se ha venido perfeccionando la teoría de la simulación, es conveniente puntualizar las fases de esa evolución en los siguientes puntos: 1º Distinción entre la nulidad y la simulación. 2º Diferencias entre la acción de nulidad y la de prevalencia. 3º Diferencia entre los efectos jurídicos de la anulación y de la prevalencia. 4º Prueba de la simulación.

En relación con el primer punto, es decir, con la distinción entre los fenómenos nulidad y simulación, es conveniente observar que desde el año de 1935 la Corte estableció de una manera definitiva que el acto nulo es fundamentalmente distinto del simulado: porque, en el primero, se omiten los elementos esenciales para su validez, existiendo una voluntad seria de contratar y de adquirir compromisos jurídicos; puede faltar la causa, pero queda el objeto y una voluntad seria de celebrar una convención. En el simulado, en cambio, no existe ni ánimo contractual, ni voluntad seria para celebrarlo, ni causa ni consentimiento, ni objeto o mejor, de que como no existe el ánimo contractual, mal podrían las partes pensar en los elementos estructurales del acto. No se quiere hacer realmente nada, sino fingir que se hace, para ocultar el propósito jurídico real de los contratantes, que puede consistir en que no se hace ninguna modificación real en la situación jurídica de las partes; o, si se quiere modificar algo, esa nueva situación jurídica no se notifique a los terceros o, sea que se opta por simulación absoluta o de esencia; o, por la relativa, o simple disimulación de algo.

Establecido lo anterior, es lógico desprender de esa distinción entre el acto nulo y el negocio aparente, medios de impugnación completamente distintos, para establecer su ineficacia jurídica. Estos medios son: la acción de nulidad para los contratos nulos, cuyos efectos no son otros que revertir la situación jurídica al estado inmediatamente anterior al contrato; y, la acción de prevalencia

o de simulación, que tiene por objeto hacer inocuos los efectos jurídicos del contrato aparente, mediante la prevalencia del pacto oculto que revela los propósitos jurídicos reales de los simuladores. Ambas acciones son diferentes en sus fines y en sus fundamentos, porque mientras la primera se basa en la estructura anómala del acto, la segunda, en cambio, lo es en que el ánimo simulandi que inspiró el acto aparente, carece de estructura jurídica; y que, en su lugar, debe imponerse el acto jurídico real que consulta la intención jurídica real de los contratantes. El contrato según Beale, no es otra cosa que una serie de hechos del orden psíquico y económico, que, animados por la voluntad de las partes, adquieren seguridad y eficacia por los preceptos del orden jurídico, de donde resulta, que donde no hay hechos no hay contratos, porque la esencia y naturaleza de los principios jurídicos suponen hechos psíquicos y económicos que vinculan a las partes, antes de que el derecho produzca las vinculaciones del orden jurídico. En los actos simulados y aparentes esos hechos económicos o psíquicos no existen, luego ningún precepto jurídico tendría la virtud de crear vínculos jurídicos contractuales, porque no existen los indispensables supuestos de hecho.

Las dos acciones son, pues, inconfundibles, en concepto de la Corte, como inconfundibles, son, también, la nulidad y la simulación. Quien impugne un acto jurídico, para interferir su eficacia jurídica, deberá cuidarse muy bien de no incurrir en errores técnicos en la escogencia de la vía o acción judiciales. Si va a impugnar el acto por falta de causa o de consentimiento, deberá instaurar la acción de nulidad y no la de prevalencia o simulación; y, a la inversa: quien va a impugnar un acto, porque considera que en la operación jurídica no hubo ánimo contractual, sino ficción o apariencia deberá ejercitar la acción de simulación o prevalencia. Ha sido frecuente una posición dubitativa de las partes al querer desenvolver sus propósitos impugnatorios de los negocios jurídicos, ejercitar, con visible error de técnica, la acción de nulidad con fundamento en la apariencia del acto impugnado. Y, la misma Corte, en algunas ocasiones ha desatado demandas de casación en el mismo sentido, pero solamente en aquellos juicios instaurados antes de la doctrina sobre simulación, o en aquellos casos en que esos errores de elección de vía se cometieron por no estar la misma doctrina suficientemente difundida o conocida. Pero esto no quiere decir, en manera alguna, que la Corte haya modificado sustancialmente su concepción doctrinaria sobre los actos simulados.

En efecto, en sentencia de casación, de fecha 17 de septiembre de 1941, la Corte habló de nulidad por simulación de un contrato en el cual la parte demandante acusó de ese defecto por ausencia de causa y de consentimiento, no obstante haber reconocido que la acción intentada por el actor fue la de simulación, pero con graves errores técnicos en la formulación de las peticiones de la demanda, pues en ésta se habla indistintamente de simulación y de nulidad.

En sentencia de 15 de diciembre de 1944, dijo la Corte en relación con las acciones de nulidad y de simulación:

"La Corte ha reconocido dos clases de simulación que, empleando por analogía calificativos legales, se han llamado absoluta y relativa. Aquella o sea la total, ocurre cuando, a la verdad solo formalmente hay contrato. En una compraventa, por ejemplo, en la que no ha habido sino escritura pública que la expresa, pero no ánimo de transferir en quien allí se dice vendedor, ni de adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio sino en las cláusulas o frases de dicha escritura, no hay en realidad un contrato, pues que faltan elementos indispensables para que se produzca, y, más aún, para que en términos generales se haya producido un acuerdo de voluntades, una convención. De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y nulidad absoluta al punto de que como en diferentes fallos ha dicho la Sala, puede pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a lo que se acaba de eludir, sin exigir palabras sacramentales, y, por ende, sin verse impedido para decidir en conformidad con las probanzas porque se haya empleado o dejado de emplear este o aquel de esos vocables al apellidar en el libelo la acción incoada.

"En la simulación parcial o relativa lo que se pretende es que prevalezca sobre el contrato aparente, atacado por éste, lo estipulado en otro contrato secreto u oculto que es el que contiene la verdadera voluntad de las partes. Disfrazar de compraventa una donación, fingir aquella a una persona como testaferro para que se transfiera con verdad y firmeza a otra, o fingirla tan solo para que el comprador, provisto de esta calidad e investido de ella ante terceros, venda más tarde para el verdadero dueño, ejercitando así en rigor de verdad un mandato sin representación, son ejemplos de los que frecuentemente conduce a esta

simulación parcial o relativa que, en su caso, da ocasión al antedicho litigio sobre prevalencia".

Como se desprende de la doctrina anterior, la Corte todavía en esa época, admitía alguna confusión técnica entre las acciones de nulidad y de simulación, pero insistiendo siempre en que, los dos recursos eran completamente distintos, reconociendo a los demandantes, en el caso allí estudiado, el derecho de optar o por la acción de la nulidad o de simulación, con un criterio más bien práctico que científico.

Una distinción más nítida se encuentra en sentencia de 22 de octubre de 1947, en la que la Corte afirmó:

"Los contratos afectados de nulidad absoluta son actos serios al punto de que para obtener la declaración de su ineficacia resultaría improcedente la acción de simulación que es esencialmente de prevalencia. A su turno, un acto simulado, en el que falta el consentimiento es producto de la voluntad de crear la apariencia para ocultar el consentimiento válido de la contraestipulación, no puede ser inválido con acción de nulidad porque ese acto representa incuestionablemente un acuerdo válido de voluntad de parte de los simuladores que legalmente origina obligaciones entre ellos".

A pesar del esclarecimiento técnico de las dos acciones, simulación y nulidad, la misma sentencia da a entender, que debido a los puntos tangenciales entre la nulidad absoluta y la simulación, la doctrina debe establecerse con cautela y atenerse más a las intenciones de los demandantes que a los nombres o designaciones empleadas en el ejercicio de aquellas.

Se expresa en el mismo fallo la Corte en los siguientes términos:

"La jurisprudencia, sin embargo, se resiente de imprecisión acerca de si la simulación absoluta o integral se resuelve sí o no en una acción de nulidad, porque, a la dificultad doctrinaria de mantener visible el deslinde de esas dos figuras jurídicas, análogas y tangenciales, se agrega el confusionismo de que a este respecto adolecen generalmente las demandas en que plantean la ineficacia de los actos jurídicos, al extremo de que se ha llegado a adoptar la posibilidad, a opción del demandante, de seguir la vía de la nulidad con fundamento en la falta de las condiciones esenciales del acto jurídico, o la de la simulación prevalencia planteándole al juez la inexistencia del acto aparente o simulado, no como resultado de su nulidad radical, sino como efecto jurídico de una convención oculta, en cumplimiento de una obligación libre y válidamente acordada con el objeto de destruir los efectos del contrato aparente. De allí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, ha dicho la Corte, en referencia a un caso de las llamadas escrituras de confianza al punto de que como en alguno de sus aludidos fallos ha dicho esta Sala pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro. Dentro de esta tesis, sin desconocer las diferencias sustanciales que separan la acción de nulidad de la de la simulación-prevalencia, la solución judicial es atenerse a la demanda para deducir, según sean los hechos en que se asiente y los términos en que se pida la declaración de ineficacia jurídica, si la decisión hay que hacerla a la luz de los principios que rigen la nulidad, o si se trata de un caso de simulación para hacer prevalecer con obligatoriedad contractual una contraestipulación oculta contra una apariencia convenida.

Y reafirmó la anterior doctrina, en sentencia de 29 de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, así:

"La primitiva doctrina de la Corte, según la cual se estimó como causal de nulidad la simulación de los contratos, con apoyo en los principios generales del C. C., sobre los elementos esenciales de las convenciones y sobre su invalidez cuando faltan todos o algunos de tales elementos, ha sido sustancialmente modificada a partir de la sentencia de 27 de julio de 1935, desde cuando constantemente se ha considerado hasta hoy que la simulación, sea absoluta o relativa, no es por sí causal de nulidad de los contratos porque, entre otras razones, el artículo 1765 del C. C. implícitamente excluye la nulidad de la simulación al permitir que el acto secreto produzca efectos entre quienes lo concluyeron y que la acción de simulación y de nulidad son distintas entre sí, como que cada una de ellas tiene características y efectos diferentes. Pero tanto la antigua como la nueva doctrina han estado siempre acordes en un punto y es en que los terceros que adquirieron de buena fe del comprador aparente, no sufren las consecuencias de la declaración de nulidad por simulación, según aquella, y, de la mera simulación, según ésta. A ellos, cuando no tuvieron conocimiento de la simulación al tiempo de contratar, les es imponible el contrato simulado. Esta ha sido una conclusión inmodificable de la Corte".

De una manera muy clara, en sentencia de 29 de agosto de 1951, insistió sobre las diferencias entre el contrato nulo y el ficticio y en que estas consisten en que en éste la voluntad de las partes persigue un fin distinto del contrato mismo,

el cual surge como una simple cortina de humo, para ocultar el verdadero objetivo. En aquel, en cambio, el acuerdo de voluntades que puede ser legalmente imposible por incapacidad de las partes o de una de ellas persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida para que tenga vida jurídica. Lleva en sí el vicio que la destruye.

En sentencia de 8 de junio de 1954, la Corte expuso con claridad sus conceptos doctrinarios sobre simulación y nulidad en los siguientes términos:

"En tanto que la nulidad es un vicio determinado por la ley que destruye o puede destruir la eficacia de un verdadero negocio jurídico, considerado en sí mismo, la simulación consiste, ya en el encubrimiento de una situación jurídica existente, que en el fondo no quiere modificar, sino tan solo ocultar (simulación absoluta); o también es el disimulo convenido del contrato realmente celebrado, y no se quiere publicar (simulación relativa). En uno y otro caso los simuladores realizan el ocultamiento con el velo de un contrato lícito, que es meramente aparente, porque carece, cuando menos, por el querer verdadero y secreto de las partes, de alguno o algunos de los elementos de los cuales no existen.

"Según la doctrina clásica la causa en los contratos bilaterales, es la contraprestación a que están obligadas las partes y siempre se mantiene idéntica en el mismo tipo de contratos; al paso que en los contratos bilaterales ella puede consistir en la mera liberalidad y no es preciso expresarla, o en la entrega de la cosa. Distinto es el significado en los contratos simulados: LA CAUSA SIMULANDI, no es más que el motivo, lícito o ilícito, y siempre variable en cada caso, que induce a la ficción del contrato ostensible. Cuando se trata de la causa de los negocios jurídicos, se está hablando de la razón de ser ellos existentes. Pero este concepto no cuadra con los negocios aparentes, porque la inexistencia (que a ello equivale la apariencia) no puede decirse que tenga causa. Entiéndese en consecuencia, que la causa simulandi no es más que la causa subjetiva, el móvil que explica por qué se ha extendido una cortina de humo, por qué se ha fabricado una máscara con las cuales se oculta y disimula una situación jurídica que antes existía o un contrato verdadero que a su amparo y simultáneamente se hace nacer para que produzca sus efectos indirectamente.

"De aquí se deriva, continúa la Corte, que mientras la causa ilícita destruye o está en aptitud de destruir el negocio jurídico por razón de vicio congénito que en sí lleva, la CAUSA SIMULANDI no produce semejante resultado respecto del convenio real disfrazado, el que, considerado aisladamente, debe tener su propia causa lícita o ilícita —a virtud de la cual genera— con independencia de la CAUSA SIMULANDI, efectos en derecho o carece de ellos, según sea la calidad de la misma causa. En otros términos: apartado el velo simulatorio, ha de analizarse el pacto secreto, en su propia formación, de acuerdo con las normas comunes que rigen los contratos. De esta suerte, la CAUSA SIMULANDI, no sirve para explicar sino el por qué del engaño, de la ficción ante terceros, señalando, además el derrotero para inquirir las pruebas con que se establezca que el negocio declarado es nada más que aparente.

"Las acciones para demandar la nulidad y la simulación tienen naturaleza y contenido distinto. La de la nulidad es constitutiva y de condena: lo primero, porque destruye una situación jurídicamente creada; lo último porque según la ley, lleva a reivindicar la cosa, aún contra terceros de buena fe. En cambio, la acción de simulación es declarativa, porque con ella se busca tan solo descubrir el verdadero pacto, el oculto, dándole la prevalencia que le corresponde sobre el fingido. Pero esto no es óbice para que a la acción de simulación se le considere como principal y puedan acumulársele otras, encaminadas a amparar derechos que tengan nexos con la situación jurídica encubierta".

En sentencia de 29 de mayo de 1956, la Corte dijo:

"Sostener que la estipulación del precio recibido no es cierta, es negar la real formación, la manifestación verdadera, contenida en los negocios jurídicos cuya validez se ha atacado. Con razón ha dicho la Corte que la nulidad no puede predicarse sino de actos jurídicos propiamente dichos, es decir, de los que tienen una real formación. Situar el debate sobre el presupuesto de que lo dicho por los otorgantes no fue verdad en cuanto al precio de las ventas, sino que éste fue ficticio, es negar la realidad jurídica de aquellos actos y enfocar la litis en el plano de una franca acción simulatoria, que tiene características enteramente distintas de la nulidad aunque con ella tenga puntos tangenciales".

Queda demostrado, pues, que la teoría elaborada por la Corte desde el año de 1935 sobre la simulación, ha sido consecuente, lógica y coherente y que su evolución registra el perfeccionamiento

de ella en su desarrollo doctrinario. No es tampoco una rara importación de doctrinas foráneas, sino que tiene raigambre en nuestra legislación civil, en el contenido técnico-jurídico del artículo 1766, con la intención de evitar la eficacia de los desajustes que en el orden jurídico, producen las tácticas simulatorias de los particulares con fines fraudulentos.

En relación con los efectos jurídicos distintos de la acción de nulidad y de simulación la Corte reitera la doctrina de que son diferentes y para ello hace las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 1746 del C. C., "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiera existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita". Es decir, que si la petición de anulación prospera, se revierte a la situación jurídica anterior a la celebración del acto o contrato, sin perjuicio de ciertas vinculaciones jurídicas que se crean, no con fundamento en el acto anulado, sino en consideración al inciso segundo del precepto citado, en relación con las restituciones y prestaciones mutuas a que haya lugar. Y, en relación con los terceros, sea que hayan adquirido de buena o mala fe, el pronunciamiento de la nulidad de acción reivindicatoria contra ellos.

En la acción de simulación en cambio, decretada la prevalencia del acto oculto sobre el aparente, la situación jurídica también se revierte al momento inmediatamente anterior al juego simulatorio, pero los terceros que hayan contratado de buena fe, confiados en el acto aparente, no podrían ser objetos pasivos de una acción reivindicatoria, no con fundamento en la validez del acto simulado, sino con base en un principio de equidad: BONA FIDES FACIT JUS.

Como se desprende de lo anterior, la posición jurídica de los terceros es diferente, tratándose de una anulación y de una prevalencia. Lo primero tiene asidero en el contenido del artículo 1746 que no ampara al tercero, adquirente de buena fe; y, lo segundo, en la regla consagrada en el artículo 1766 que establece que las contraescrituras privadas, hechas para alterar o modificar lo estipulado en las escrituras públicas no producen efectos contra terceros, lo que significa que sí pueden producir en favor de esos mismos terceros, cuando ellos están interesados jurídicamente en que se declare la prevalencia del acto oculto sobre el aparente.

En realidad tanto la acción de nulidad como la de simulación tienden a interferir los efectos jurídicos de un acto jurídico, del aparente (en la acción de simulación) del nulo (en la acción de nulidad). La diferencia reside, principalmente, en que mientras con la primera se obtiene una interferencia de un acto oculto sobre el aparente; o a la inversa; porque puede acontecer que un tercero esté interesado en la prevalencia del acto aparente, cuando se trata de establecer que con la prevalencia del primero sobre el segundo se incremente el patrimonio del comprador sobre el cual tiene acción persecutoria un acreedor legítimo.

No obstante que la Corte, en doctrinas anteriores, consideró la posibilidad de que un acreedor del testaferro estuviera en la necesidad de hacer prevalecer sobre el acto oculto el aparente, por su interés en el incremento del patrimonio de su deudor, la Sala considera, ahora, por el contrario, que esos acreedores carecerían de un interés jurídico legítimo, ya que el aparente desplazamiento patrimonial entre el patrimonio del vendedor hacia el del comprador, en el caso de la compraventa, en ningún caso puede aprovechar al testaferro comprador, por razones de equidad. Se dijo en ese entonces que el acto público debería prevalecer sobre el privado y que si era posible hacer prevalecer ese acto sobre el privado, por parte de los acreedores del vendedor, con mayor razón, esa prevalencia podría establecerse en favor del acto aparente, por parte de acreedores del testaferro comprador, máxime cuando este acto consta en instrumento público. Pero debe entenderse, en concepto de la Corte, que el instrumento público, no obstante ser un elemento de prueba y una solemnidad consustancial al acto jurídico mismo, partiendo de la base de que el acto simulado carece de los elementos esenciales y estructurales para su existencia jurídica, el instrumento o escritura pública no pueden considerarse como solemnidad ni como elemento preconstitutivo de prueba de un acto que no ha tenido existencia ni vida jurídica.

Se queja el recurrente, además, de que no hay doctrina uniforme en materia de prueba de la simulación y de que los herederos, cuando tienen que impugnar o ejercitar la acción de prevalencia del acto oculto sobre el aparente sean considerados como partes aplicándoles las restricciones probatorias establecidas en el artículo 93 de la ley 153 de 1887.

En efecto, desde la enunciación de la nueva doctrina sobre simulación sentada por la Corte en el

año de 1935, se establecieron los siguientes principios en materia de prueba de simulación.

1º—Que las partes o sus herederos interesados en la prevalencia del acto oculto, solo pueden establecerlo por medio de una prueba de igual categoría, es decir, que si el acto aparente consta por escrito, solo se admite la prueba por escrito, o un principio de prueba por escrito, o confesión de una o de ambas partes.

2º—Que en cambio, los terceros, interesados en la prevalencia disfrutan de amplitud en el uso de los medios de prueba, es decir, que puede demostrar el acto oculto y aún el aparente, por medio de testigos, indicios, presunciones, etc., y ni siquiera les es aplicable la restricción contenida en el artículo 93 de la ley 153 de 1887, porque frente a ellos, la convención oculta no es una convención sino un hecho.

3º—Que cuando un acto ostensible y aparente no se haya hecho constar por escrito, entonces, tanto las partes como los terceros tienen a su disposición todos los medios sin restricción alguna.

4º—Que los herederos a quienes se transmite el patrimonio del de cujus, con todos los créditos, obligaciones y acciones judiciales, son partes, y por lo mismo, les son aplicables las restricciones probatorias establecidas en nuestro derecho.

En realidad desde el año de 1935, la Corte estableció dichas reglas de una manera reiterada y solo en sentencia de 4 de octubre de 1955, canceló la discriminación que había sido establecida con los herederos, consistente en que, si el juego simulatorio cercenaba o perjudicaba sus legítimas, eran considerados como terceros, pero que si intentaba la acción como heredero simplemente, era tratado como parte. En este fallo dijo la Corte:

"La posición del heredero de quien intervino en el acto o contrato simulado no puede ser otra distinta que la de la parte que estuvo en imposibilidad de procurarse la prueba escrita de la contraestipulación. Porque, si es cierto, que los herederos representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles, artículo 1155 del C. C., no es menos exacto que, en la dialéctica jurídica y por virtud de las ficciones legales, es fácil establecer una identidad jurídica de esta naturaleza, entre causante y heredero. Pero es difícil si no imposible extender esa identidad jurídica, creación de la ficción legal, a una situación real, como sería la identidad de aptitudes, de capacidad, en síntesis: de posibilidades para la realización de actos que el causante llevó a cabo sin la intervención física o moral de los herederos en los cuales estos posteriormente vienen a sucederlo. Y porque aquellas posibilidades y los efectos que de ellos se derivan, no tienen porqué trasmitirse al heredero por el solo hecho de la muerte de su causante, así como son intrasmisibles las penas o sanciones a que personalmente puede hacerse acreedor este último por actos ejecutados durante su vida.

"La restricción de la prueba implica en definitiva una sanción civil contra quien estando en actitud de procurarse la escritura de la contraestipulación, no lo hizo, y no siendo esta la situación jurídica ni de hecho del heredero de quien realizó la simulación, no es posible, por absurdo, enmarcarlo dentro de esa posición, cuando no gozó de aquellas posibilidades ni tuvo oportunidad para preverlas, luego la identidad consagrada en el artículo 1155 del Código Civil, no es más que una ficción legal, sin respaldo en la realidad jurídica. Porque no hay razón que justifique que, el hijo que ha de suceder a su padre, y, sin posibilidad alguna para intervenir en los actos jurídicos de éste, ha de adquirirla por el solo hecho de la muerte de aquel; y, en consecuencia, recibir el tratamiento de quien ha intervenido como parte y quien tiene el deber de procurarse un específico y determinado medio de prueba.

"De aquí que para sostener aquella ficción legal se haya recurrido, por algunos doctrinantes, a la socorrida distinción entre las acciones heredadas y personales del heredero que intenta defenderse contra el fraude a sus derechos herenciales. Distinción que tampoco corresponde a una realidad jurídica exacta. En efecto, el heredero es llamado a suceder en todo o en parte, de los bienes de la herencia por una sola vocación: la legal o la testamentaria, de tal manera que: será siempre el menoscabo total o parcial de los derechos que otorga esa vocación, lo que determina su interés jurídico y su personería para demandar. La forma como el acto simulado lesione ese derecho, a través de los móviles intencionales que lo determinaron, talvez sirva para determinar la extensión del perjuicio, pero no justifica la discriminación del tratamiento probatorio que con ella se pretende, porque, se repite, la imposibilidad de probar por medios específicos será siempre la misma para el heredero en uno y otro caso. Luego en tal sentido habría que admitir también que siempre y en todo caso que la acción que se propone es una acción heredada, ya que es por haber estado los bienes sobre que versa la acción dentro del patrimonio del causante, por lo que, posteriormente, pueden los herederos reclamar contra la eficacia de los actos jurídicos de aquel, verifica-

dos en detrimento de su derecho a sucederlo en tales bienes. De aquí que sea más conforme con la realidad de los hechos, que el heredero sea colocado en la condición jurídica de parte en la simulación, pero de parte que, por la misma ausencia física y moral del acto, estuvo en la imposibilidad de procurarse privadamente escritura de la contraestipulación y se les reconozca el derecho de probar con entera libertad de medios, como análogas condiciones ha de reconocérsele a su causante, conforme a lo dispuesto por el último inciso del artículo 93 de la ley 153 de 1887, antes citada".

De acuerdo con lo anterior, considera la Corte, que cuando se trata de definir la posición del heredero frente al problema de la prueba, y cuando haya de ejercer alguna acción impugnatoria de los actos jurídicos celebrados por su causante, o atender a la defensa de su validez, por tener un interés jurídico, debe considerársele como un tercero y poner a su disposición todos los medios de prueba que él considere necesarios o convenientes para sus intereses. Y tratándose de la impugnación de un acto simulado, sobre el que se quiere hacer prevalecer el acto oculto que lo desvirtúa, el heredero puede probar su existencia empleando todos los medios que estén a su alcance para ese efecto, sin que haya necesidad de hacer ninguna distinción entre el heredero cuando obra en representación de la persona del causante, o como perjudicado con el juego simulatorio por haberse llevado a cabo en perjuicio de su legítima. Es, pues, en concepto de la Sala, además de la imposibilidad en que puede estar el heredero de procurarse la prueba escrita, la confesión, o el principio de prueba por escrito, la consideración de que si pudiera tener algún fundamento jurídico la ficción legal de las acciones heredadas, se forzaría la lógica y la realidad misma, extendiendo las restricciones probatorias a que están sometidos directa y personalmente los contratantes, a quienes por una u otra causa, vienen a ocupar la posición de herederos, los que, virtualmente, aquella realidad jurídica, moral y física los sitúa en el plano o condición "res inter alias" en relación con los actos jurídico-económicos ejecutados por su causante.

La simulación, como fenómeno complejo y anormal en la vida jurídica, está rodeado de circunstancias especialísimas que hacen difícil su prueba: las apariencias de legalidad y veracidad en las declaraciones de las partes, el ocultamiento de la convención privada entre los simuladores, el fraude y la lesión patrimonial a los terceros, hacen muy penosa la carga probatoria para todas aquellas personas que tienen interés jurídico en impugnar el acto aparente y hacer prevalecer el oculto. La práctica simulatoria más común en el comercio jurídico es aquella en que las partes, después de celebrar y preconstituir pruebas sobre el juego simulatorio, los terceros se encuentran, en dificultad para organizar la prueba dentro del proceso, ya que la de confesión es muy difícil de obtenerla por su misma índole. Además, la demostración del interés jurídico al ejercitar la acción de prevalencia, supone la prueba de hechos y situaciones que no están siempre al alcance de las partes.

Es por esto por lo que la Corte considera que si en la ley no existen fundamentos para favorecer a los terceros con una presunción legal de simulación o de fraude, las presunciones judiciales, admitidas con los requisitos del artículo 1768 del Código Civil, serían un medio eficaz para que los jueces, en presencia de hechos suficientemente establecidos en el proceso, los erijan en fundamentos para deducir presunciones de simulación y utilizándolos como medios de pruebas autorizados por la ley, para establecerla, cuando consideren que los terceros o los herederos han estado en la imposibilidad de suministrar una prueba del juego simulatorio. En estas condiciones, se alivia a aquellos —los herederos— de la penosa carga probatoria y se facilita el esclarecimiento de la situación jurídica real de los simuladores, se obvia la dificultad de demostrar el fraude, la inexistencia jurídica del acto aparente, la existencia del pacto oculto, en síntesis, el amparo de un medio probatorio legítimo, se obtiene una tutela eficaz del orden jurídico.

Tales presunciones en concepto de la Corte, podrían deducirse de los siguientes hechos:

1º—Parentesco entre el simulador enajenante y el simulador testaferro, o vínculos efectivos y de confianza entre los mismos.

2º—Prueba de la situación patrimonial del simulador enajenante y del simulador testaferro.

3º—Prueba del interés jurídico de los terceros en la prevalencia del acto oculto (existencia de crédito a cargo del simulador enajenante, actualmente exigibles, de la calidad de herederos, o de heredero perjudicado en el juego simulatorio).

4º—Prueba de que con el juego simulatorio, el simulador enajenante queda en incapacidad para atender al pago de sus obligaciones.

5º—Prueba de la incapacidad económica del simulador testaferro para pagar el precio.

6º—Prueba de la persecución del patrimonio del

simulador enajenante por parte de acreedores legítimos.

La posibilidad de la elaboración de la teoría de la simulación, con base en la regla del artículo 1766 del Código Civil, fue factible mediante una interpretación extensiva al juego simulatorio. Es esta la razón por la que, en opinión de la Corte, cuando se trata de la simulación y de su prueba, la elaboración de la jurisprudencia tienen que perfeccionarse, en el sentido de que, con inspiración en los textos legales, se haga posible la demostración de la simulación y del fraude, tutelando y defendiendo el orden jurídico positivo privado, dando seguridad a las situaciones jurídicas reales, y proscribiendo aquellos fenómenos que atentan contra los intereses de los particulares, jurídicamente protegidos, pero que el juego simulatorio hace prácticamente ineficaces.

Las consideraciones anteriores, hechas por la Corte con la intención de satisfacer las exigencias del recurrente en el sentido de demostrar de una manera clara y ordenada que las doctrinas de la Sala en materia de simulación y su prueba no solo se inspiran en el derecho civil positivo colombiano sino que están a tono con los avances de la ciencia jurídica moderna. De una manera paulatina pero segura la Corte ha ido elaborando una teoría sobre la simulación que, si susceptible de perfeccionamiento, tiene sólidos fundamentos en los principios jurídicos de contenido ético que son los que presiden o deben presidir todo ordenamiento jurídico particular. Es en guarda de esos elevados intereses jurídicos y sociales en los que se ha fundado la doctrina que la Corte ha elaborado sobre fenómenos tan anormales como son las prácticas simulatorias, en defensa de los cuales no puede alzarse ninguna norma moral ni jurídica, porque son precisamente estas las que sustentan y vigorizan dicho ordenamiento.

Respecto del cargo que se estudia la Corte considera:

Al definir el Tribunal la posición jurídica del demandante Carlos Saúl Goyeneche, analiza la cuestión de si se trata de la acción de simple heredero de la sucesión, o de un heredero perjudicado en su legítima con el acto simulado, para determinar también si le son aplicables o no las restricciones probatorias de que hablan los artículos 1767, 91 y 92 de la ley 153 de 1887. Con fundamento en que Carlos Saúl Goyeneche no demostró el perjuicio de su legítima, por cuanto no hay constancias, en el proceso, de que la sucesión de su padre, don Faustino Goyeneche, se haya liquidado, le señala al demandante la calidad de simple heredero universal.

Se expresa así el Tribunal:

"De acuerdo con lo que ha venido expresándose, en el caso sub-judice, el demandante Carlos Saúl Goyeneche no es, ni se le puede tener como tercero de las partes contratantes, y por ende no puede gozar de la libertad probatoria ilimitada, porque no ha evidenciado que sufrió perjuicio alguno en su legítima, como consecuencia de la ejecución de las estipulaciones de contrato. Para ello era necesario que hubiera liquidado previamente la sucesión de don Faustino Goyeneche, ya que solo entonces vendrá a saberse a ciencia cierta si aquel había sufrido menoscabo en su legítima. Como esto no se ha hecho, y todo parece indicar en cambio, que conforme a la voluntad testamentaria de don Faustino Goyeneche no solo recibiría su legítima rigurosa, sino, también la totalidad de la cuarta de mejoras, es fácil concluir que el actor no ha demostrado que sufrió ningún perjuicio real y determinado como consecuencia del contrato cuya simulación demanda ahora".

En concepto de la Corte, y de acuerdo con la doctrina sentada en sentencia de octubre 1956, la discriminación que hace el Tribunal, carece no solamente de interés doctrinario, sino, también, práctico, si se tiene en cuenta que en dicho fallo se admitió la imposibilidad general en que están los herederos de proporcionarse la prueba escrita, la confesión o un principio de prueba por escrito. En realidad el Tribunal violó indirectamente, por falta de aplicación al caso sub-judice, el artículo 92 de la ley 153 de 1887, y, por interpretación errónea, el artículo 1155 del C. C., por negarle al recurrente la condición de tercero en relación con con la prueba de la simulación del contrato celebrado por su causante. En tal virtud prospera el cargo estudiado.

Tercer cargo

Acusa el fallo el recurrente por violación de los artículos 1766, 2142, 2183, 2304, 2305, 946, y 950 del C. C., por falta de aplicación de las primeras cinco disposiciones y aplicación indebida de las dos últimas, a consecuencia de errores manifiestos de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, en lo relacionado con la acción declaratoria de dominio.

La Corte considera:

Las disposiciones que cita el recurrente como violadas por falta de aplicación, se refieren al mandato, a la responsabilidad del mandatario y a

la agencia oficiosa porque el contrato de fiducia que él sostiene pudo configurarse en las escrituras de confianza otorgadas por Faustino Goyeneche, no existe en nuestro derecho, como en reiteradas ocasiones lo ha dicho la Corte. La intención real de las partes en el juego simulatorio que se ha analizado fue la de que los bienes traspasados al testaferro para eludir la persecución del Banco acreedor, fue la de que ellos no salieran del patrimonio del simulante vendedor, y en este caso, tanto el acto aparente como el oculto, tienen una fisonomía jurídica definida.

En relación con la no aplicación de los artículos 946, y 960 del C. C. sobre reivindicación o acción de dominio, que el recurrente considera violadas por falta de aplicación, carece de fundamento, si se tiene en cuenta que el demandante Carlos Saúl Goyeneche no planteó en la litis la cuestión de la nulidad del remate, ni la restitución de la hacienda denominada "El Huracán", sino, simplemente, la declaración de dominio en favor de la sucesión de Faustino Goyeneche, con fundamento, como queda expresado, en que la hacienda del mismo nombre rematada en licitación privada, dentro del juicio de sucesión de Antonia Otero de Castellanos, forma parte de la finca del mismo nombre de propiedad de la sucesión del padre de los hermanos Goyeneche, remate que hizo Ciro Enrique Goyeneche, con el crédito cuya cesión simulada le fue hecha por su padre, el 22 de mayo de 1920. Sin embargo, y no obstante los esfuerzos probatorios del demandante por lograr la identificación de las fincas y demostrar sus pretensiones, se llega a la conclusión de que son dos propiedades distintas por sus linderos, por la tradición jurídica de que hablan los certificados de registro; y, también mediante el examen de las diligencias de verificación de fincas divisorias y de identificación de los inmuebles que fueron practicadas en el curso del juicio.

No fue técnico el planteamiento de la litis en este punto. Si lo que pretendió el demandante fue impetrar la declaración de dominio, la acción carece de fundamentos jurídicos, porque es indudable, que el único motivo sostenido por el demandante, consistente en que la finca rematada por Ciro Enrique Goyeneche está dentro o forma parte de la que fue traspasada aparente y simuladamente mediante la escritura número 175 de 22 de mayo de 1928, el medio indicado no era la acción petitoria o declaratoria, sino la impugnación del título del dominio que sobre ella había adquirido el demandado, con fundamento en la simulación y el fraude de la cesión del crédito que le sirvió de instrumento de pago en la diligencia mencionada. La acción instaurada por el demandante Carlos Saúl Goyeneche, sobre simple declaración de dominio, aun en el caso de que hubiera demostrado los fundamentos de hecho sostenidos en la demanda, en nada podría afectar al demandado Ciro Enrique Goyeneche, ya que ésta no conlleva la restitución del inmueble; y, además, porque estando vigente el remate, que es título de dominio, se tendría que establecer una acción de nulidad y restitución.

No prospera el cargo.

Quinto cargo

Como el doctor Ciro Enrique Goyeneche, demandado en el juicio y demandante en reconvención, solicitó, también el pago de perjuicios por los causados con las acciones judiciales intentadas por su hermano, el doctor Carlos Saúl Goyeneche, y, el Tribunal, condenó también a éste, en favor de aquel al pago de ellos, es necesario estudiar el cargo formulado por el recurrente en casación y demandante en el juicio, consistente en que, la sentencia del Tribunal de San Gil es violatoria de los artículos 2341 y 2356 del C. C., por aplicación indebida al caso del pleito, provenientes de errores manifiestos de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda y de las pruebas aducidas para sustentarla, y que le llevaron a condenar al demandante principal y demandado en reconvención al pago de perjuicios determinados por las actividades judiciales que éste ha debido desarrollar en defensa de sus derechos.

La Corte considera:

El concepto de costas judiciales y el perjuicio por abuso del derecho en el ejercicio de recursos judiciales, son completamente distintos. El primero se refiere a las erogaciones que las partes sufragan para la impulsión del proceso y su importe en caso de condenación al pago de ellas, se fija por los funcionarios judiciales, teniendo en cuenta las que acredite el expediente. El segundo, en cambio, se refiere a hechos perjudiciales completamente ajenos al proceso, por cuanto se reflejan en éste, pero con él se pueden relacionar, porque pueden referirse a actividades que han tenido que ejercer las partes para intervenir en el juicio; el consumo de tiempo en el cuidado del litigio, necesario para otros menesteres, las repercusiones que puede tener el mismo litigio en otro género de actividades, pueden ser hechos que realmente causan perjuicios a las partes y se traducen en mengua de su patrimonio.

Pero la diferencia que anotamos, es más clara, tratándose de fijar los fundamentos jurídicos de una condenación en costas, y los que sostienen la sentencia de condena que desata una acción indemnizatoria. Lo primero está basado en la apreciación que hace el Juez de la conducta de los litigantes, para examinar si el surgimiento del proceso judicial tuvo base jurídica, caso en el cual el fallo es estimatorio de la acción; o si, por el contrario, fue la oposición del demandado la que adolecía de este defecto. En el primer caso la condenación en costas favorece al demandante vencedor en la litis, y, en el segundo, al demandado; es la estimación de la cuestión de fondo, la que decide, por mandato de la ley, la suerte de los litigantes en materia de costas. La sentencia de condena por acción indemnizatoria se basa es en el abuso del derecho de litigar, en que ocurre una desviación intencional o culposa del derecho al ejercitar acciones judiciales; o también, del de oponerse a ellas, y que puede traducirse en hechos perjudiciales del orden moral o económico.

El Tribunal se limitó a enumerar las actividades judiciales del doctor Ciro Enrique Goyeneche para obtener la entrega de la hacienda de "El Huracán", con el fin de interferir las que se opusieron a esa entrega por parte del doctor Carlos Saúl Goyeneche; no se detuvo a examinar la culpa o el abuso del derecho, sino que les confirió el valor de plena prueba no solo de los perjuicios sino también de los dos fenómenos jurídicos que pudieron darle base, con lo cual incurrió en grave error de hecho, ya que no se demostró en los autos el carácter perjudicial de las oposiciones de Carlos Saúl Goyeneche, ni que hubieran sido inspiradas en la desviación intencional o culposa de esos mismos derechos, lo que correspondía al Juez, conocedor de los incidentes de oposición, o al mismo Tribunal, en el presente juicio, pero previa la demostración judicial de los mismos, con el carácter de culposos, o abusivos y perjudiciales; razón por la cual la Corte considera que prospera el cargo, porque el error de hecho en que incurrió el Tribunal, lo indujo a violar indirectamente el artículo 2341 del C. C., por indebida aplicación del caso sub-judice.

No se ha acreditado en el juicio el ejercicio abusivo del derecho de litigar por parte de Carlos Saúl Goyeneche, de acuerdo con el concepto claro que de esta noción dio la Corte en fallo de casación de 30 de octubre de 1935, en los siguientes términos:

"La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las transgresiones del derecho entre los particulares (artículo 194 del mismo Código), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo Código al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho. Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña. Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente y excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sancionan con multas dentro del mismo proceso como se verá en seguida".

En consecuencia, prospera el cargo.

ESTUDIO DE LOS CARGOS DE LA SEGUNDA DEMANDA

Primer cargo

El doctor Ciro Enrique Goyenche, contrademandante en el juicio, en libelo de casación acusa la sentencia del Tribunal por ser violatoria del artículo 2356 del C. C., que dice que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta"; que los gastos que hizo Carlos Saúl Goyeneche en el recurso de casación no pudieron imputarse a malicia o negligencia del recurrente contrademandante, para obligarlo a repararlos; que si Carlos Saúl Goyeneche interpuso el recurso de casación, no fue por malicia o negligencia del demandante en el juicio, sino porque no se conformó con la sentencia del Tribunal, que le fue desfavorable a sus pretensiones.

Este cargo, también, es procedente, en concepto de la Corte si se tiene en cuenta que el Tribunal al condenar al doctor Ciro Enrique Goyeneche, ni le dio aplicación al artículo 2356, ni al 2341 del C. C., sino que desvió la litis al problema de las costas judiciales a que fue condenado el primero en sentencia de casación que resolvió una cuestión litigiosa perfectamente diferente. En este caso, también el Tribunal, no solo violó directamente los textos citados, sino que confundió el

concepto de costas judiciales y el procedimiento judicial para su eficacia, con el de perjuicios, que tiene una base jurídica diferente.

La sentencia de instancia

Para sustituir el fallo infirmado, la Corte hace las siguientes consideraciones además de las contenidas en el estudio de los cargos:

Ya ha quedado establecido y así lo consideró la sentencia que se infirma, que en los autos hay indicios necesarios de que don Faustino Goyeneche, entre las fechas del 22 de mayo al mes de junio de 1928, utilizando como testaferro a su hijo Ciro Enrique Goyeneche, hizo un traspaso simulado y fraudulento de todos sus bienes, con el fin de eludir los efectos judiciales de las ejecuciones que contra él se vio obligado a instaurar el Banco de Londres. En el estudio del primer cargo se consideró el hecho de que solo por la restricción probatoria aplicada al demandante, el Tribunal no estimó hechos claramente establecidos, como indicios, o como hechos que fundamentan una presunción de simulación y de fraude: Estos hechos determinan a la Corte a presumir judicialmente que el contrato de cesión del crédito hecho por el simulador Faustino Goyeneche al testaferro Ciro Enrique Goyeneche fue simulado y fraudulento, y, por consiguiente, inexistente. Además que debe prevalecer el acto oculto o el convenio privado entre los simuladores, y que revela la situación jurídica real de estos.

En efecto, del acervo probatorio presentado por el demandante principal, con el fin de acreditar la simulación y el fraude a los intereses de la sucesión del señor Faustino Goyeneche, están acreditados los siguientes hechos, que la Corte estima como base para una presunción de simulación y de fraude:

1º—Parentesco entre el simulador enajenante y el simulador testaferro, establecido con las partidas de origen eclesiástico que se trajeron oportunamente al juicio.

2º—La respuesta confusa y vaga que Ciro Enrique Goyeneche dio en la diligencia de absolución de posiciones (folio 20 del cuaderno B. de la primera instancia), a la pregunta que le fuera formulada de si hubo precio en la compraventa contenida en la escritura número 175 de 22 de mayo de 1928, de la Notaría del Circuito de Málaga, consistente en que contestó "hubo opción".

3º—La existencia de los créditos y el curso de las ejecuciones que estableció el Banco de Londres contra el simulador enajenante.

4º—La difícil situación patrimonial-económica del señor Faustino Goyeneche, acreditada con afirmaciones hechas por éste en su testamento, como también de Ramón Otero su primer testaferro.

5º—Las manifestaciones hechas por Ciro Enrique Goyeneche, por medio de cartas, en las que expresa su deseo de arreglar los problemas surgidos a raíz de la operación jurídica contenida en la escritura número 175, de 22 de mayo de 1928.

6º — El hecho de que Ciro Enrique Goyeneche en el año de 1928, era estudiante, sin ningún patrimonio propio, que le permitiera celebrar operaciones jurídicas y económicas de tanta magnitud, como de la que dá cuenta la escritura número 175 ya citada.

7º—El ánimo de simulación por parte del simulador enajenante y los simuladores testaferros, que se hace ostensible no solamente en la operación que contiene la escritura citada, sino, también, en la cesión del crédito a que hace referencia el presente juicio.

8º—La proximidad de las fechas de las operaciones que se dejan mencionadas en el punto anterior las ejecuciones del Banco de Londres contra don Faustino Goyeneche, como también el inmediato traspaso que hizo Ramón Otero de los bienes que hubo de recibir en venta del mismo señor Faustino Goyeneche al doctor Ciro Enrique Goyeneche.

9º—La imposibilidad en que después de los traspasos fraudulentos de bienes quedó don Faustino Goyeneche para cumplir con sus obligaciones de pago al Banco de Londres.

Todos los hechos narrados y suficientemente acreditados en el proceso que se adelantó por el doctor Carlos Saúl Goyeneche contra Ramón Otero y el doctor Ciro Enrique Goyeneche, por medio del acervo probatorio que fue trasladado al presente juicio, como también en las que fueron practicadas en el que estudia ahora la Corte, constituyen hechos graves, precisos, y concordantes, idóneos, también para determinar la presunción de que la cesión del crédito hecha por don Faustino Goyeneche a su hijo Ciro Enrique, es simulada y fraudulenta, de conformidad con la doctrina que se deja antes expuesta: y que, en consecuencia, dicho crédito no salió jurídicamente del patrimonio del señor Goyeneche, sino que pertenece al patrimonio de la sucesión, representada por sus herederos legítimos. Concatenados lógicamente, todos tienen por sí mismos un grave poder de persuasión que los hacen aptos para crear en el fallador la convicción de que a pesar del juego simulatorio ideado y ejecutado por los se-

flores Faustino Goyeneche y Ciro Enrique, fueron inspirados en el ánimo de simulación y de fraude y constituyen la base de las peticiones de la demanda.

En relación con las acciones de perjuicios que tanto el demandante como el demandado y demandante en reconvención suplicaron, ya fueron analizadas en el estudio de los cargos y allí quedó establecido claramente que se demostraron los hechos perjudiciales, pero no la culpa o el abuso del derecho de litigar, como también la grave confusión que admitió el Tribunal entre los conceptos de costas judiciales y acciones indemnizatorias.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, de fecha 2 de noviembre de 1953, revoca la del Juzgado del Circuito de Charalá, y, en su lugar FALLA:

1º—La cesión del crédito hecha por Faustino Goyeneche en favor de Ciro Enrique Goyeneche, inventariado en el pasivo, dentro del juicio de sucesión de Antonia Otero de Castellanos, es simulada y aparente, y no puede producir efectos jurídicos;

2º—En consecuencia, el crédito mencionado no salió del patrimonio de la sucesión de Faustino Goyeneche, es de propiedad de ésta, representada por sus herederos legítimos.

3º—No se hacen las declaraciones solicitadas en los numerales 3º, 4º, de la demanda principal, ni las súplicas 4ª, 5ª y 6ª contenidas en la enmienda de ésta, y, en su lugar, se declara probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido.

4º—Absuélvese a Ciro Enrique Goyeneche de los demás cargos formulados en la demanda.

5º—Absuélvese a Carlos Saúl Goyeneche de los cargos formulados en la contrademanda.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

TODO AQUEL QUE TENGA EN SU FAVOR UNA PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO PODRA PEDIR LA DECLARACION JUDICIAL DE PERTENENCIA, SIEMPRE QUE NO SE TRATE DE BIENES DE LA NACION O ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO, QUE HAYAN SIDO DECLARADOS IMPRESCRIPTIBLES. —PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIRSE EN LOS CASOS CONTEMPLADOS POR LA LEY 120 DE 1928. — SI EL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO NO FORMULA OPOSICION DEJA DE SER PARTE EN EL JUICIO QUE SE SIGA CON OTRO OPOSITOR

1.—Antes de la vigencia de la ley 120 de 1928, la prescripción como medio de adquirir las cosas ajenas solo era alegable en juicio a manera de defensa o excepción oponible a quien demandara el reconocimiento de su derecho de dominio. La ley 120 citada permite ejercitar una acción encaminada a consolidar legalmente la situación de hecho que justifica la prescripción por motivos de orden público, y así, todo aquel que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, siempre que no se trate de bienes de la Nación o entidades de derecho público, que hayan sido declarados imprescriptibles. Para obtener la declaración de pertenencia, se seguirá con la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción, un juicio ordinario ante el Juez en lo Civil de la ubicación del inmueble.

El defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, la ley citada en sus artículos 6º y 9º prevee el procedimiento especial que debe seguirse.

Según los artículos 10 y 11 de la ley, en caso de oposición del Agente del Ministerio Público o de un tercero, se seguirá con el opositor un juicio ordinario por todos sus trámites, y el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca.

2.—La ley 120 de 1928 contempla tres casos para obtener la declaración de pertenencia: 1º Cuando la acción se dirige contra persona o personas determinadas, caso en el cual se seguirá con estas un juicio ordinario; 2º Cuando la acción se entabla contra todos, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, se dará a la demanda el trámite especial indicado en los artículos sexto a noveno; 3º En caso de oposición del Agente del Ministerio Público o de un tercero, se tramita juicio ordinario con el opositor en el cual éste será considerado como demandante si no está en posesión del bien de que se trate.

Por razón de los procedimietnos indicados por la ley especial que rige la materia, es indudable que la actividad del opositor queda circunscrita al juicio ordinario a que da origen su oposición y que éste carece de interés para reclamar sobre el cumplimiento de los requisitos a que estaba sometido el procedimiento especial.

3. — Sustituido el procedimiento especial señalado por el artículo 7º de la ley 120 de 1928, por el ordinario a que dá origen la oposición formulada, si el Agente del Ministerio Público no formuló oposición, automáticamente deja de ser parte en el juicio que en adelante debe seguirse por la vía ordinaria entre el opositor como demandante y el prescribiente como demandado.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garávito Durán)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la señora Elvira Barriga v. de Calderón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 8 de agosto de 1955, en el juicio sobre declaración de pertenencia de un inmueble instaurado por Lisandro Villalba Nieto.

Antecedentes

Ante el Juzgado promiscuo del Circuito de Espinal, por medio de apoderado y en escrito presentado el 26 de septiembre de 1953, solicitó el señor Lisandro Villalba Nieto que previos los trámites señalados en los artículos 7º a 11 de la Ley 120 de 1928, se declarara que, por haberlo adquirido mediante posesión regular de más de diez años o, en subsidio, por prescripción extraordinaria, el demandante es dueño exclusivo de un lote de terreno que hace parte del lote marcado con el número 4 del globo comunero denominado "Puente y Casa", que mide una superficie de tres hectáreas dos mil trescientos cuarenta metros cuadrados, junto con una casa de bahareque y zinc, con su correspondiente cocina de los mismos materiales, ubicado todo en el caserío de Flandes, jurisdicción del Espinal, demarcado por los linderos que se indican en la referida demanda.

El Juzgado aceptó la demanda y como estaba dirigida contra personas inciertas y desconocidas, ordenó correr traslado de ella al señor Agente del Ministerio Público y hacer los emplazamientos de que trata el artículo 7º de la Ley 120 de 1928.

A la declaración de pertenencia pedida por Villalba Nieto se opuso la señora Elvira Barriga v. de Calderón, quien mediante el escrito que presentó su apoderado judicial el 29 de abril de 1954 negó al peticionario el carácter de poseedor regular y afirmó ser ella la dueña del terreno objeto de la declaración demandada.

Admitida la oposición, dispuso el Juzgado darle la tramitación del juicio ordinario, considerándose como demandante a la opositora señora Elvira Barriga v. de Calderón.

El juicio se adelantó con las formalidades de rigor y el Juzgado puso término a la primera instancia con la sentencia de fecha 23 de mayo de 1955, en la cual niega todas y cada una de las declaraciones impetradas en la demanda. Apelada esa sentencia por el apoderado de Villalba Nieto, el Tribunal Superior de Ibagué falló en segunda instancia el 8 de agosto del mismo año, en los siguientes términos:

"En fuerza de las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior de Ibagué —Sala Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, y en su lugar FALLA:

"1º—Declárase no probada la oposición de la señora Elvira Barriga v. de Calderón a la acción de pertenencia pedida por el señor Lisandro Villalba Nieto sobre el lote de terreno determinado en la solicitud correspondiente.

"2º—El señor Lisandro Villalba Nieto es dueño exclusivo del inmueble cuya determinación y demás especificaciones se consignan en el libelo por el cual aquel solicita la declaración de pertenencia, por haberlo adquirido mediante posesión regular de más de diez años.

"3º—Inscríbase esta sentencia en el Libro número Primero de la Oficina de Registro del Circuito del Espinal, para los efectos del artículo 2534 del Código Civil".

El recurso de casación

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la opositora señora Elvira Barriga v. de Calderón, el que por haber sido sustentado oportunamente se procede a resolver.

El recurrente acusa el fallo del Tribunal por la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, alegando nulidad por falta de citación y emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, por dos razones que expone en cargos separados.

Primero.—Porque estando dirigida la demanda del señor Villalba Nieto sobre declaración de pertenencia contra personas inciertas y desconocidas, los emplazamientos no se cumplieron en la forma que determina el artículo 7º de la Ley 120 de 1928:

"Segundo.—Porque debiendo intervenir en esta clase de juicios el Agente del Ministerio Público, se le dejaron de notificar todas las providencias pronunciadas a partir del auto de 14 de mayo de 1944, inclusive.

Para sustentar sus cargos afirma el recurrente que los carteles del emplazamiento se fijaron una sola vez en el Espinal, cabecera del Circuito, y dos veces en Flandes, lugar de ubicación del inmueble; y que las publicaciones del edicto solo se hicieron tres veces en el Registro Oficial (Gaceta Oficial del Departamento) y en el periódico "La Tribuna". Estima que, como los emplazamientos deben hacerse durante noventa días contados desde la fecha de los primeros carteles y han de repetirse cada treinta días, se deduce que tanto la fijación de los primeros como las segundas han de practicarse cuatro veces, así: la primera, que es el punto de partida para contar los noventa días; la segunda, treinta días después de ésta; la tercera, sesenta con posterioridad a aquella, y la cuarta noventa días después de la primera. Que "en el caso que nos ocupa se realizó a cabalidad el pri-

mer acto de la serie aludida; el segundo se llevó a cabo en forma incompleta, pues en este se prescindió de la fijación de los carteles en el Espinal; el tercero de tales actos fue también incompleto, y más que el anterior, pues ya no hubo fijación de carteles ni en el Espinal ni en Flandes, y se prescindió totalmente de realizar el cuarto acto de la serie prevista por la ley para tener como cumplida legalmente la ineludible formalidad del emplazamiento".

Agrega que en esta clase de juicios en que la sentencia produce efectos **erga omnes**, los vicios **in procedendo** como el que se trata generan una nulidad insalvable por cuanto la convalidación de lo actuado correría a cargo de personas indeterminadas, no llamadas al juicio legalmente, haciéndose así física y jurídicamente imposible.

Respecto al segundo motivo dice que la presencia del Agente del Ministerio Público en estos juicios se hace procesalmente indispensable aunque se formulen oposiciones, por virtud de la calidad **erga omnes** que conlleva el fallo y que la falta de notificación al Agente del Ministerio Público del auto que inició el procedimiento ordinario, o sea el fechado el 14 de mayo de 1954, y de todas las demás diligencias proferidas en él, implica una falta de citación de personas que han debido ser llamadas a dicho juicio ordinario, causal de nulidad prevista por el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial.

Considera la Corte:

Antes de la vigencia de la Ley 120 de 1928, la prescripción como medio de adquirir las cosas ajenas solo era alegable en juicio a manera de defensa o excepción oponible a quien demandara el reconocimiento de su derecho de dominio. La Ley 120 citada permite ejercitar una acción encaminada a consolidar legalmente la situación de hecho que justifica la prescripción por motivos de orden público, y así, todo aquel que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, siempre que no se trate de bienes de la Nación o entidades de derecho público, que hayan sido declarados imprescriptibles. Para obtener la declaración de pertenencia, se seguirá con la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción, un juicio ordinario ante el Juez en lo Civil de la ubicación del inmueble.

En defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, la Ley citada en sus artículos 8º y 9º provee el siguiente procedimiento especial:

"Los emplazamientos se harán durante noventa (90) días contados desde la fecha de los primeros carteles y publicaciones, que se repetirán cada treinta (30) días.

"Los carteles se fijarán en los parajes más públicos de la cabecera del Circuito y en el lugar de ubicación de la finca, y las publicaciones por la prensa se harán en la Gaceta Oficial del respectivo Departamento y en un periódico particular, si lo hubiere en la capital de aquel.

"Transcurridos los noventa (90) días de emplazamiento, si no se hubiere presentado oposición se abrirá el asunto a prueba por quince (15) días, y el mismo Juez del conocimiento recibirá las que se presenten sobre posesión, dentro de ese término.

"Vencido el término de prueba, y previo concepto del Agente del Ministerio Público, el Juez fallará dentro de los diez (10) días siguientes; pero antes de dictar sentencia podrá recoger, ordenar y practicar de oficio todas las informaciones, datos, inspecciones, etc., que considere conducentes para mejor proveer. En este caso el término establecido para dictar sentencia, podrá prorrogarse hasta por veinte (20) días más".

Según los artículos 10 y 11 de la Ley, en caso de oposición del Agente del Ministerio Público o de un tercero, se seguirá con el opositor un juicio ordinario por todos sus trámites, y el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca.

De consiguiente, la Ley contempla tres casos para obtener la declaración de pertenencia: 1º Cuando la acción se dirige contra persona o personas determinadas, caso en el cual se seguirá con estas un juicio ordinario: 2º Cuando la acción se entabla contra todos, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, se dará a la demanda el trámite especial indicado en los artículos sexto a noveno; 3º En caso de oposición del Agente del Ministerio Público o de un tercero, se tramita juicio ordinario con el opositor, en el cual este será considerado como demandante si no está en posesión del bien de que se trate.

Villalba Nieto dirigió su demanda de pertenencia contra personas inciertas y desconocidas, por lo cual el Juez ordenó darle tramitación especial con arreglo a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 120 de 1928.

A esa petición se opuso la señora Elvira Barriga v. de Calderón y el Juez, al admitir su oposición, dispuso que se le diera la tramitación del

juicio ordinario, considerándose como demandante a la aludida señora Barriga v. de Calderón, tal como lo disponen los artículos 10 y 11 de la citada Ley.

Por razón de los procedimientos indicados por la ley especial que rige la materia, es indudable que la actividad del opositor en este caso queda circunscrito al juicio ordinario a que da origen su oposición y que este carece de interés para reclamar sobre el cumplimiento de los requisitos a que estaba sometido el procedimiento especial, porque bien o mal hechos los emplazamientos, es lo cierto que en virtud de ellos tuvo conocimiento y oportunidad para formular oposición a la declaración de pertenencia solicitada. Esto quiere decir que la opositora estuvo bien emplazada o al menos no se le limitó ni impidió su derecho de defensa y que carece de interés para solicitar la nulidad del juicio por falta de citación o emplazamiento.

El otro motivo de nulidad alegado por el recurrente también carece de fundamento, porque sustituido el procedimiento especial por el ordinario a que dio origen la oposición formulada por la señora Barriga de Calderón, el Agente del Ministerio Público, que no formuló oposición, ya no era parte en este juicio que debía ventilarse entre la opositora como demandante y el prescribiente como demandado.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 8 de agosto de 1955, en el juicio a que se ha hecho referencia.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Guillermo Garavito Durán — Daniel Anzola Escobar — Pablo Emilio Manotas — Enrique Giraldo Zuluaga — Francisco Vargas Vélez — Pedro Sarna Bolero, Conjuez.—El Secretario, **Jorge Soto Soto.**

ACCION REIVINDICATORIA. — LA CASACION SE CONCRETA A UNA ACUSACION CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DE SEGUNDA INSTANCIA. — SI NO HAY SENTENCIA NO PUEDE HABER CASACION, POR SUSTRACCION DE MATERIA JURIDICA. — LA CORTE REITERA LA DOCTRINA ANTERIOR

La Corte en casos semejantes al de la presente ocurrencia, ha llegado a la misma conclusión antes anotada, mediante las razones que en seguida se reproducen y acogen:

"La Sala, sin embargo, para decidir el recurso, no entra en la consideración de las cuestiones propuestas por los cargos de la demanda, porque la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal no le da base y materia para edificar un estudio de casación, recurso extraordinario éste en virtud del cual y con el fin principal de unificar la jurisprudencia, permite la ley que puedan acusarse algunas de las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores de segunda instancia.

"Al tenor del art. 471 del C de P. C. las sentencias se formulan haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse, y expresando las disposiciones legales y razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión'. En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada una de las partes, todo bajo esta fórmula: 'Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley'. Las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

"Por virtud del sistema procedimental de las dos instancias se origina el recurso de apelación que es el más importante de los medios legales para la impugnación de las decisiones judiciales, y de acuerdo con el derecho procesal el resultado de la apelación, cuando el recurso no tiene buen éxito, es la confirmación de la resolución apelada; o su revocación o su reforma cuando el recurso prospera, pero en este caso con el pronunciamiento por parte de la superioridad jerárquica de la correspondiente resolución sustitutiva de la reformada o revocada.

"El recurso de casación no es una tercera instancia, donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación por sustracción de materia jurídica. Y este es el caso de autos, porque el Tribunal dejó de cumplir su obligación legal de sentenciar el pleito limitándose a revocar la sentencia de primer grado sin pronunciar la sustitutiva. Aquí no hay, por tanto, sentencia definitiva de segunda instancia o materia casable. Y no se diga que la resolución de que se trata contiene en la motivación la exposición del negocio en forma que ofrece los elementos para deducir la fórmula decisoria, como conclusión de esos razonamientos, porque la parte motiva es apenas, dentro de la estructuración legal de la sentencia, la base de justificación e interpretación de la resolutiva que es donde se concentra el imperio de la resolución judicial determinando la situación jurídica en que quedan las partes como consecuencia del pleito". (G. J. Tomo LX páginas 142 y 143).

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

(Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas)

En el juicio ordinario instaurado por la "SOCIEDAD AGRICOLA DEL SINU S. A." y el MO-

NASTERIO DE "LA ENSEÑANZA" de esta ciudad, contra el MUNICIPIO DE BOGOTA y los señores BALTAZAR BESEDICEK, EULOGIO BERNAL y RICARDO BAQUERO ante el Juez Primero Civil de este Circuito, se pidió por los actores que declarase:

Primero — Que la Sociedad Agrícola del Sinú S. A. es dueña y poseedora de los lotes de terreno ubicados en el Barrio de Chapinero de esta ciudad, que forman parte de la Urbanización Quinta Camacho, marcado con los números 8, 10 y 11 de la Manzana A del plano de dicha Urbanización, y cuyos linderos se determinan en esta súplica.

Segundo — Que el Monasterio de la Enseñanza de esta ciudad es dueño y poseedor del lote número 9, de la Manzana A de la citada Urbanización Quinta Camacho, situada en Chapinero, y cuyos linderos también se especifican en esta súplica.

Tercero — Que los demandados Municipio de Bogotá y señores Besedicek, Bernal y Baquero deben ser condenados a restituir los lotes determinados en las dos peticiones anteriores a sus legítimos y verdaderos dueños Sociedad Agrícola del Sinú S. A. y Monasterio de la Enseñanza, respectivamente, porque esos lotes fueron declarados vacantes por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá en sentencia del 23 de junio de 1945, pero han aparecido sus verdaderos dueños antes de que el Municipio de Bogotá los haya enajenado, y que en consecuencia la sentencia que reconoció la vacancia y otorgó título de dominio al Municipio de Bogotá y a Jorge Mendoza Vélez carece de efectos jurídicos en relación con el verdadero dueño, y debe ser cancelada en el Registro de conformidad con la ley.

Cuarta — Que las enajenaciones que ha hecho el adjudicatario Jorge Mendoza Vélez en común con el Municipio de Bogotá carecen de trascendencia jurídica y deben ser reconocidas sin valor alguno, en cuanto el titular de los derechos por concepto de la vacancia lo era el nombrado Municipio, y éste no ha verificado enajenación alguna, y el procedimiento adoptado por el Juzgado de adjudicar conjuntamente al Municipio y a un tercero, además de no estar autorizado por la ley, no impide el ejercicio de los legítimos derechos patrimoniales del verdadero dueño.

Quinta — Que los demandados sean obligados a reintegrar a los legítimos dueños de los lotes descritos, Sociedad Agrícola del Sinú S. A. y Monasterio de la Enseñanza, los frutos naturales y civiles producidos por dichos lotes y los que hubieran podido producir administrados con inteligencia y cuidado, desde el 23 de junio de 1945, fecha de la sentencia de vacancia, hasta cuando se verifique la restitución y entrega de tales inmuebles a sus legítimos dueños.

Sexta — Que los demandados sean condenados al pago de las costas procesales si hicieren oposición a la acción.

En la debida oportunidad, el Juez del conocimiento, en sentencia de 21 de julio de 1952 declaró: "no probados los hechos materia de la presente acción; en consecuencia, niéganse las súplicas formuladas; reconócese demostrada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda instaurada; costas a cargo de la parte actora".

Apelada esa sentencia por el apoderado de los demandantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la resolución de 5 de agosto de 1955, en la que decidió:

"1º Revocar la sentencia objeto del recurso; 2º Disponer vuelva el negocio al Juzgado de origen para que se tramite el juicio en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia; 3º Sin costas en la instancia".

De esa providencia se concedió el recurso de casación interpuesto por ambas partes, el cual fué admitido por la Sala en auto de 28 de noviembre de 1955, y que se decide previas las consideraciones que en seguida se exponen:

Dada la forma decisoria adoptada por el Tribunal de Bogotá en la transcripción que se dejó reproducida, a "prima facie", se observa que esta entidad no dio cumplimiento como juzgador de segunda instancia a la integridad de los deberes legales que le imponen los artículos 466 y 471 del Código Judicial. En efecto, la parte resolutiva de su decisión la restringió, a revocar la sentencia apelada sin llegar a resolver en ella sobre la cuestión principal materia del pleito, por lo cual, en realidad de verdad, no profirió el fallo que debía reemplazar a el revocado.

En la parte motiva no consideró el Tribunal el problema principal debatido, sino uno completamente ajeno a éste, y que ni siquiera había sido sugerido por las partes en el debate; y con fundamento en esas consideraciones, entró a interpretar la demanda y su contestación con el resultado negativo, ya anotado, de que en la resolutiva no desprendió las consecuencias que se derivan de la revocatoria de la sentencia de primera instancia, como que no hizo el pronunciamiento debido sobre las acciones propuestas, quedándose a "medio camino", sin llegar a la meta legal obligada. Así las cosas, y siendo en la parte resolutiva, como lo ha dicho la Corte, en donde se concreta el imperio de toda resolución ju-

dicial, lógica y prácticamente hay que concluír que en el caso sub judice no existe formal ni materialmente sentencia de segunda instancia, y que no puede haber casación, por sustracción de materia jurídica sobre que recaiga el recurso. Lo que implica forzosamente la consecuencia de que el recurso de casación que se estudia no debió ser admitido, como lo fué. Pero, resulta explicable que el vicio esencial anotado, debido a injustificable descuido del Tribunal, no hubiera sido descubierto con ocasión de la admisibilidad del recurso, que era la mejor oportunidad para hacerle producir sus consecuencias legalmente ineludibles. Oculto como está por las apariencias formales, solo al buscar la decisión del Tribunal sobre la cuestión controvertida para considerar los cargos ha podido ver la Sala que en realidad el pleito no está decidido en segunda instancia.

En los libelos de casación no se plantea una cuestión o problema que excediera jurisdiccionalmente los límites del recurso por no haber sido propuestos por el recurrente. El caso es tan insitado y anómalo que no cabe dentro de ninguno de los motivos legales del art. 520 del Código Judicial. No se trata de un defecto del fallo por vicio de fondo o por quebranto de los principios del procedimiento que por no suscitarse en las demandas del recurso no pudiera considerarse oficiosamente por la Sala. Lo que pasa es que no hay sentencia que pueda acusarse porque el Tribunal no dictó fallo.

La Corte en casos semejantes al de la presente ocurrencia, ha llegado a la misma conclusión antes anotada, mediante las razones que en seguida se reproducen y acogen:

"La Sala, sin embargo, para decidir el recurso, no entra en la consideración de las cuestiones propuestas por los cargos de la demanda, porque la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal no le da base y materia para edificar un estudio de casación, recurso extraordinario éste en virtud del cual y con el fin principal de unificar la jurisprudencia, permite la Ley que puedan acusarse algunas de las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores en segunda instancia.

"Al tenor del artículo 471 del C. de P. C "las sentencias se formularán haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse, y expresando las disposiciones legales y razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión". En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada una de las partes, todo bajo esta fórmula: "Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley". Las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

"Por virtud del sistema procedimental de las dos instancias se origina el recurso de apelación que es el más importante de los medios legales para la impugnación de las decisiones judiciales, y de acuerdo con el derecho procesal el resultado de la apelación, cuando el recurso no tiene buen éxito, es la confirmación de la resolución apelada; o su revocación o su reforma cuando el recurso prospera, pero en este caso con el pronunciamiento por parte de la superioridad jerárquica de la correspondiente resolución sustitutiva de la reformada o revocada.

"El recurso de casación no es una tercera instancia, donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación por sustracción de materia jurídica. Y este es el caso de autos, porque el Tribunal dejó de cumplir su obligación legal de sentenciar el pleito limitándose a revocar la sentencia de primer grado sin pronunciar la sustitutiva. Aquí no hay, por tanto, sentencia definitiva de segunda instancia, o materia casable. Y no se diga que la resolución de que se trata contiene en la motivación la exposición del negocio en forma que ofrece los elementos para deducir la fórmula decisoria, como conclusión de esos razonamientos, porque la parte motiva es apenas, dentro de la estructuración legal de la sentencia, la base de justificación e interpretación de la resolutiva que es donde se concentra el imperio de la resolución judicial determinando la situación jurídica en que quedan las partes como consecuencia del pleito".

Por lo expuesto, la Sala declara improcedente el estudio del recurso de casación —doble— de que se ha hecho mérito en esta resolución y ordena devolver el negocio al Tribunal de origen para que se pronuncie en forma legal —formal y materialmente— la decisión contra la cual se interpuso aquel recurso.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

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

EN EL TRASLADO ORDENADO POR EL ARTICULO 530 DEL CODIGO JUDICIAL DEBE TENERSE EN CUENTA LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 374 DEL MISMO CODIGO

Es jurisprudencia uniforme y sostenida de la Corte la de conceder el aumento del término fijado en el artículo 530 del Código Judicial de acuerdo con lo dispuesto en el art. 374 porque "para entender que el término de un traslado para alegar no está cobijado por esta disposición, sería preciso que la ley expresamente lo exceptuara y no hay disposición que tal pronuncie respecto del traslado para alegar en casación". (G. J. Tomo XLVI página 514)

Es equivocado creer que la demanda de casación no es en realidad un alegato, pues si se atiende a su significado esencial se comprende que sí lo es, porque alegato, en sentido general, es la exposición de las razones jurídicas que sirven de fundamento a la causa que se defiende y la demanda es una alegación (del latín allego que significa exponer, citar) en la cual al mismo tiempo que se invoca la existencia de un derecho se impetra su tutela por el Estado.

La demanda de casación, como cualquiera otra, también se funda en la existencia de un derecho, el cual resulta afectado como consecuencia de la violación, por la sentencia, de la ley sustantiva en que se ampara y el escrito que la contiene no es sino el razonamiento o exposición que sirve para impugnar la sentencia a fin de obtener por ese medio, el restablecimiento del derecho conculcado.

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

(Magistrado: doctor Pachón Padilla)

(Ord. Antonio Bassil contra The Sun Insurance Office Limited y otra).

En el escrito que antecede pide el recurrente que se le fije con precisión el término de que dispone para sustentar el recurso en vista de que el expediente consta de más de cien hojas y la Corte, en repetidas ocasiones, ha considerado, de conformidad con el artículo 374 del Código Judicial, que ese término debe ampliarse en la proporción que allí se indica. Obedece esta solicitud a que, según él, el artículo mencionado se refiere al término del traslado para alegar y la demanda de casación no es en realidad un alegato.

Se considera:

Ciertamente, es jurisprudencia uniforme y sostenida de la Corte la de conceder el aumento del término fijado en el artículo 530 del Código Judicial de acuerdo con lo dispuesto en el art. 374 porque "para entender que el término de un traslado para alegar no está cobijado por esta disposición, sería preciso que la ley expresamente lo exceptuara y no hay disposición que tal pronuncie respecto del traslado para alegar en Casación". (G. J. Tomo XLVI página 514)

Cree el memorialista que la demanda de casación no es en realidad un alegato, mas si se atiende a su significado esencial se comprende que sí lo es, porque alegato, en sentido general, es la exposición de las razones jurídicas que sirven de fundamento a la causa que se defiende y la demanda es una alegación (del latín allego que significa exponer, citar) en la cual al mismo tiempo que se invoca la existencia de un derecho se impetra su tutela por el Estado.

La demanda de casación, como cualquiera otra, también se funda en la existencia de un derecho, el cual resulta afectado como consecuencia de la violación, por la sentencia de la ley sustantiva en que se ampara y el escrito que la contiene no es sino el razonamiento o exposición que sirve para impugnar la sentencia a fin de obtener por ese medio, el restablecimiento del derecho conculcado.

En consecuencia, por la Secretaría se determinará con precisión cuál es el término adicional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 374 del CJ. de que dispone el recurrente para presentar su demanda de casación.

Cópiese y notifíquese.

Juan Manuel Pachón Padilla — Jorge Soto Soto, Secretario.

LA PROVIDENCIA QUE DECLARA FUNDADAS LAS OBJECIONES A LA PARTICION EN JUICIO DE SUCESION, ES AUTO INTERLOCUTORIO, Y AUN CUANDO NO EXISTE DISPOSICION EXPRESA DE LA LEY QUE ORDENE SU PRONUNCIAMIENTO EN SALA DE DECISION, LA MISMA NATURALEZA DEL ACTO EXIGE QUE SE PROFIERA EN SALA PLURAL

El auto que resuelve la articulación a que dan lugar las objeciones oportunamente formuladas a la partición de bienes, en los juicios de sucesión, no es una sentencia sino un auto interlocutorio, puesto que con dicha providencia no se termina el juicio de sucesión, ni se resuelve lo sustancial de éste, sino que, simplemente se define el incidente que se ha suscitado en el juicio. En efecto, de acuerdo con el numeral 1o del art. 446 del CJ. una resolución judicial tiene el carácter de sentencia si decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncie en primera o segunda instancia, o a virtud del recurso extraordinario. Y de acuerdo con la doctrina de los más notables tratadistas de derecho procesal, una providencia judicial es sentencia, cuando estima o desestima una acción, entendida esta última como la tutela jurisdiccional de un derecho, o en otros términos, cuando el poder jurisdiccional decide sobre una relación jurídica litigiosa. Cuando un juez acepta las objeciones formuladas al trabajo del partidor, declara que éste ha incurrido en equivocaciones sobre la distribución entre los herederos de las porciones patrimoniales que a ellos corresponde, de acuerdo con la ley o con la voluntad del testador. La actividad del partidor no es jurídica sino propiamente técnica en el sentido de que la ley le confiere esa misión en consideración a los problemas técnicos, matemáticos, de experiencia en los negocios y en la valoración de los bienes que integran un patrimonio económico que, en cierto sentido, son ajenos a la actividad de los jueces, con el fin de que los preceptos jurídicos sustantivos que determinan la forma de distribución de los bienes se apliquen correctamente, sobre bases de equivalencia y de igualdad. Y cuando el juez acepta el trabajo del partidor, es porque considera que se halla ajustado a derecho; y, cuando la rechaza, es porque encuentra fallas técnicas, o matemáticas o aún jurídicas, caso en el cual el trabajo de distribución es necesario rehacerlo; pero esto no significa una decisión positiva y última en el fin principal y único de los juicios de sucesión, que es la distribución definitiva del patrimonio del causante, sino el restablecimiento de una etapa del proceso para enmendar ciertos yerros que, de lo contrario, impedirían el fin esencial del proceso, que es una distribución patrimonial, conforme a derecho.

Observa la Corte, que aunque los organismos jurisdiccionales de composición plural tienen una competencia general, existe además, una competencia funcional, ambas fijadas y definidas por la ley. De conformidad con lo dispuesto por el Art. 84 del CJ. "en los asuntos que deben ser fallados en Sala de decisión, el Magistrado a quien se reparte se llama ponente, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación, y presentar el proyecto de sentencia; y, en los que deban ser decididos en Sala Plural, incumbe al mismo ponente presentar el proyecto de acuerdo, auto o sentencia. En los demás casos, el Magistrado a quien se reparte un asunto conoce de él individualmente. Se exceptuarán de la regla contenida en el inciso anterior los autos interlocutorios dictados en juicio de que conocen los Tribunales en primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia". Es claro, pues que todos los autos interlocutorios se dictan por el Magistrado sustanciador, a excepción de los casos expresamente exceptuados en la misma ley.

De acuerdo con los conceptos expuestos, la providencia que declara fundadas las objeciones a la partición, llevada a cabo en

un juicio de sucesión, es acto interlocutorio, y aun cuando no exista una disposición expresa de la ley que ordene su pronunciamiento en Sala de Decisión, cabe en el caso de los artículos 956, 960, 961, 963 y 967 del CC. la misma naturaleza del acto exige su pronunciamiento en Sala Plural.

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

Magistrado ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Pasto, de 27 de julio de 1955, en el juicio de sucesión de la señora Amalia Calderón de Bravo.

Antecedentes:

Por auto de fecha 21 de marzo de 1950, el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, declaró abierto y radicado en este despacho el juicio de sucesión intestada de la señora Amalia Calderón de Bravo. Fueron reconocidos en el curso del juicio como herederos, el señor José Eladio Bravo Calderón, en su carácter de hijo legítimo de la causante; y los señores Eduardo Efraín Humberto, Roberto Aquiles, Julio César Omero y Olga Rubi Fierro Bravo, en representación de su madre legítima, señora Laurentina Fierro de Fierro, hija legítima de la causante.

En el juicio mencionado se llevaron a cabo las diligencias de inventarios y avalúos de los bienes relictos; y, demandada legalmente la partición de ellos, se nombró por el Juzgado para llevar a cabo el trabajo de liquidación, distribución y adjudicación del patrimonio de la sucesión al Dr. Juan de Dios Osejo. Presentado oportunamente su trabajo, y abierto el traslado a los interesados, los herederos, Eduardo, Roberto Aquiles, Julio César Omero y Olga Rubi Fierro Bravo, por conducto de apoderado, formularon cinco objeciones a la partición en la forma siguiente:

"1º El partidor, en la hijuela número 1º destina la suma de $ 4.275,38 (cuatro mil doscientos setenta y cinco con treinta y ocho) para cancelar los gastos o el pasivo de la sucesión, adjudicando totalmente tal lote de gastos al heredero José Eladio Bravo Calderón, por cuanto, como lo expresa el mismo partidor, dicho coparticipe ha efectuado todos los gastos, lo que no es cierto, porque todos los herederos han hecho erogaciones, en el juicio de sucesión. Termina solicitando que se prescinda de la adjudicación de esta hijuela al heredero Eladio Bravo Calderón y que se ordene la venta de ésta, en pública subasta.

"2º El partidor, al adjudicatarle a los herederos que formulan las objeciones un lote en la finca de "El Morro", 17 hectáreas por un valor de $ 8.370,84 (ocho mil trescientos setenta, con ochenta y cuatro), ha violado el artículo 1392 del CC. que establece el avalúo de los peritos como base para la formación y adjudicación de los lotes. El partidor hizo el trabajo con una cabida distinta y, adjudicó lotes desiguales en área y en valor al heredero José Eladio Bravo, al cónyuge Eladio Bravo y al grupo de herederos que representan a la señora Laurentina Bravo de Fierro, en perjuicio de éstos; como también que el precio promedio por hectárea es completamente distinto al de $ 600,00 (seiscientos) que indicaron los peritos.

"3º En la distribución de los créditos hecha en este trabajo de partición, se adjudican, no repartiéndolos individualmente entre los consignatarios, esto es, adjudicándoles a un heredero tal crédito y al otro tal otro, sino en partes proporcionales, creándose dificultades e incomodidades para su recaudo los herederos adjudicatarios.

"4º El partidor efectúa una liquidación definitiva de la sociedad conyugal Bravo Calderón, pero acontece: que en la diligencia de inventarios únicamente se ha cargado al activo la mitad de todos los bienes, esto es, en el propio inventario se ha efectuado ya dicha liquidación, porque se dejan a salvo los gananciales del cónyuge sobreviviente, los cuales no se incluyen en el activo sucesorio.

"5º Los herederos Fierro Bravo son dueños del fundo "Guaminia", ubicado en el municipio de Sapuyes, cuyo inmueble es colindante con el denominado "Malaver", perteneciente a la sucesión; y éste, con el terreno López, de pertenencia de la misma sucesión, pues solamente los separa el camino de entrada que pasa de la sección "Malaver" a la "Sapuyes". En estas condiciones el partidor debió haber adjudicado porciones de terreno equivalentes a su cuota parte en estos fundos, conforme lo ordenan las reglas de los numerales 3º y 4º del art. 1394 del CC. No se observó, pues la regla de la continuidad, del numeral 3º del precepto citado.

Tramitado el incidente de objeciones por medio de la correspondiente articulación, se practicó una inspección ocular, con la intervención de

peritos, y el Juzgado, por medio de auto de 31 de julio de 1953, declaró fundadas las objeciones contenidas en los numerales 2º, 3º 4º y 5º, ordenó al partidor rehiciera el trabajo, y dió instrucciones precisas sobre la forma como debería proceder a rehacerla. El 15 de marzo de 1954 el partidor presentó el trabajo, con las siguientes modificaciones: nueva distribución de los créditos en favor de la sucesión, adjudicando preferentemente al cónyuge sobreviviente aquellos cuyo valor ya había percibido; inversión en la adjudicación de los lotes del heredero José Elisco Bravo y los hermanos Fierro Bravo, es decir, que a estos correspondió el que en el primer trabajo de partición había sido señalado el primero; y, a la inversa, adjudicó a este el destinado a los hermanos Fierro, en la primera partición. No atendió las demás órdenes e instrucciones contenidas en el auto de 31 de julio; por el cual, el Juzgado rechazó el trabajo y ordenó que nuevamente se hiciera la división. De esta providencia apeló el heredero José Elisco Bravo, como también el cónyuge sobreviviente; y el Tribunal, en Sala Unitaria, declaró satisfechas las exigencias contenidas en los numerales 2º, 3º y 4º del memorial de objeciones, ordenó al Juez que se rehiciera únicamente la partición en lo relacionado con la distribución de créditos y que aprobara dicha diligencia.

El Juzgado, en acatamiento a la orden del Tribunal, por medio de sentencia de 28 de marzo de 1955 aprobó la partición, previa la única enmienda hecha por el partidor y ordenada por el Superior. De esta providencia apelaron los herederos Fierro Bravo.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal, después de algunas consideraciones sobre la naturaleza del auto pronunciado en Sala Unitaria el 27 de julio de 1955, y sin hacer un estudio a fondo de las objeciones formuladas y de la manera irregular como el partidor realizó el segundo trabajo, confirmó la sentencia del Juzgado, contra la cual los herederos Fierro Bravo, interpusieron el recurso de casación que estudia ahora la Corte.

La demanda de casación

Concedido el recurso por el Tribunal y admitido por la Corte, los recurrentes, por medio de apoderado, formularon demanda de casación la que contiene los siguientes cargos:

"1º Con fundamento en la causal 6ª del artículo 520 del CJ.

"2º Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del CJ. Violación de los artículos 965 del mismo código, por aplicación indebida, y el art. 964, por falta de aplicación. Infracción directa de los arts 1391, 1394 artículo 85 de la ley 153 de 1887, 1041, 1042 1043 1044 y 1045 del CC. 1020 a 1038 y 1630 del C. C.

"3º Violación indirecta de los textos citados en el primer cargo de la causal primera, como resultado de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las particiones, del fallo de objeciones y dictámenes de peritos en este incidente.

ESTUDIO DE LOS CARGOS:

Primer cargo

Con fundamento en la causal sexta del art. 520 del CJ. el recurrente sostiene que existen varias causales de nulidad, que claramente se estructuran en el artículo 448 del CJ. y conforme al artículo 520 del mismo, ordinal 6º.

En la fundamentación y explicación del cargo el mismo recurrente alega que la providencia que dictó en Sala Unitaria el Tribunal de Pasto, para resolver si aprobaba o improbaba la segunda partición y, por ende, si confirmaba o revocaba el fallo del Juzgado, que le negó la aprobación, es una sentencia y requería la firma y el conocimiento de la Sala de Decisión. Además, que la nulidad es clara al tenor del ordinal 1º del art. 448 del CJ, pues hay falta de jurisdicción y con mayor razón de competencia en el magistrado sustanciador para proferir el fallo que debía resolver si esa segunda partición se ajustaba a la ley y al fallo de las objeciones; o si, por el contrario, no cumplía esos requisitos sustanciales, para concluir si la aprobaba o improbaba.

La Corte considera:

El auto que resuelve la articulación a que dan lugar las objeciones oportunamente formuladas a la partición de bienes, en los juicios de sucesión, no es una sentencia sino un auto interlocutorio, puesto que con dicha providencia no se termina el juicio de sucesión, ni se resuelve lo sustancial de éste, sino que simplemente, se define el incidente que se ha suscitado en el juicio. En efecto, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 446 del CJ, una resolución judicial tiene el carácter de sentencia si decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncie en primera o segunda instancia, o a virtud del

recurso extraordinario. Y, de acuerdo con la doctrina de los más notables tratadistas de derecho procesal, una providencia judicial es sentencia, cuando estima o desestima una acción, entendida esta última como la tutela jurisdiccional de un derecho, o en otros términos, cuando el poder jurisdiccional decide sobre una relación jurídica litigiosa. Cuando un juez acepta las objeciones formuladas al trabajo del partidor, declara que éste ha incurrido en equivocaciones sobre la distribución entre los herederos de las porciones patrimoniales que a ellos corresponde, de acuerdo con la ley o con la voluntad del testador. La actividad del partidor no es jurídica sino propiamente técnica, en el sentido de que la ley le confiere esa misión es en consideración a los problemas técnicos, matemáticos, de experiencia en los negocios y en la valoración de los bienes que integran un patrimonio económico que, en cierto sentido, son ajenos a la actividad de los jueces, con el fin de que los preceptos jurídicos sustantivos que determinan la forma de distribución de los bienes se apliquen correctamente, sobre bases de equivalencia y de igualdad. Y cuando el juez acepta el trabajo del partidor, es porque considera que se halla ajustado a derecho; y cuando la rechaza, es porque encuentra fallas técnicas, o matemáticas o aún jurídicas, caso en el cual el trabajo de distribución es necesario rehacerlo; pero esto no significa una decisión positiva y última en el fin principal y único de los juicios de sucesión, que es la distribución definitiva del patrimonio del causante, sino el restablecimiento de una etapa del proceso para enmendar ciertos yerros que, de lo contrario, impedirían el fin esencial del proceso, que es una distribución patrimonial, conforme a derecho.

El recurrente, con el fin de darle base a su afirmación de que las resoluciones que declaran fundadas las objeciones a los trabajos de partición en los juicios de sucesión tienen el carácter de sentencia, invoca una doctrina de la Corte, contenida en fallo de dos de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, que consideró antitécnica y violatoria del artículo 964 del CJ. la separación en dos providencias de la declaración de que son infundadas unas objeciones y otra que aprobó la partición de bienes; y que, ambas resoluciones tenían el carácter de sentencias; y en consecuencia, que debían notificarse personalmente o por edicto, porque la ley, en este caso, ordena que la decisión que contiene la declaración de ser infundadas las objeciones, debe estar incluída en el mismo acto que aprueba la partición, y que es una sentencia. Pero la Sala en este caso no le dio a las resoluciones sobre la declaración de ser fundadas las objeciones el carácter de sentencias, porque, en primer lugar, éste no fue el caso sub litem; o en segundo, porque por mandato de la ley dicha decisión debe ser incluída en una sentencia. A estas consideraciones de orden estrictamente formal se agregan las ya expuestas en el aparte anterior; y además, la razón fundamental de que el contenido decisorio de una providencia en tal sentido no implica un progreso en la actuación procesal, ni mucho menos su culminación definitiva; es, como se dijo antes, el restablecimiento y perfeccionamiento de una etapa del proceso, cuya decisión positiva, es la situación inmediatamente anterior a la culminación del juicio sucesorio.

Sostiene el recurrente, además, que la Sala Unitaria del Tribunal de Pasto carece de competencia para resolver la apelación de la providencia del inferior que rechazó el segundo trabajo de partición, al revocar ésta, y ordenarle al juez su aprobación, previa ratificación del trabajo, sobre la quinta objeción de los créditos. Que la competencia exclusiva para dictar esa providencia era de la Sala de Decisión, la que fue usurpada por el Magistrado que se constituyó indebidamente en Sala Unitaria. Observa la Corte, (a este respecto), que aunque los organismos jurisdiccionales de composición plural tienen una competencia general, existe además, una competencia funcional, ambas fijadas y definidas por la ley. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 del CJ. "En los asuntos que deben ser fallados en Sala de Decisión, el magistrado a quien se reparte se llama ponente, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación, y presentar el proyecto de sentencia; y en los que deban ser decididos en Sala Plural, incumbe al mismo ponente presentar el proyecto de acuerdo, auto o sentencia. En los demás casos, el Magistrado a quien se reparte un asunto conoce de él individualmente. Se exceptuarán de la regla contenida en el inciso anterior los autos interlocutorios dictados en juicio de que conocen los Tribunales en primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia". Es claro, pues, que todos los autos interlocutorios se dictan por el Magistrado sustanciador, a excepción de los casos expresamente exceptuados en la misma ley.

De acuerdo con los conceptos expuestos, la providencia que declara fundadas las objeciones a la partición llevada a cabo en un juicio de sucesión, es auto interlocutorio, y aun cuando no existe

una disposición expresa de la ley que ordene su pronunciamiento en Sala de Decisión, como en el caso de los artículos 954, 960, 961, 963 y 987 del CC. la misma naturaleza del acto exige su pronunciamiento en Sala Plural. El magistrado sustanciador de Pasto que en Sala Unitaria conoció de la apelación del auto en referencia, no tenía competencia funcional claramente definida en la ley adjetiva; y por este aspecto, existe la causal de nulidad que alega el recurrente.

En sentencia de mayo doce de mil novecientos cincuenta, dijo la Corte:

"Dentro del juicio de sucesión o división de bienes comunes, la Corte no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes partibles, ha dicho esta Sala, que la articulación de las objeciones oportunamente propuestas ante el Juez, y la facultad oficiosa judicial, para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones solo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran al margen de las reglas legales sobre partición de la herencia".

Prospera por consiguiente el cargo:

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, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Pasto, de fecha 27 de julio de 1955, revoca la del Juzgado del Circuito de Túquerres y en su lugar resuelve:

1º Anúlase el presente juicio desde el auto proferido por el Tribunal en Sala Unitaria y que confirmó el que declaró fundadas las objeciones al segundo trabajo de partición.

2º No se hace condenación en costas ni en perjuicios al funcionario que dictó la providencia que motiva la nulidad.

Cópiese, notifíquese y 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.

EN LA ACUSACION POR INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY, ES DEBER DEL RECURRENTE, PARA QUE SU ACUSACION SEA VIABLE, INDICAR CUAL FUE LA INTERPRETACION EQUIVOCADA QUE DE LAS DISPOSICIONES HIZO EL FALLADOR Y CUAL ES LA CORRECTA QUE A TALES NORMAS CORRESPONDE. — FISICAMENTE ES IMPOSIBLE LA SUSTRACCION DE BIENES RAICES, DADO QUE ESTOS NO PUEDEN TRANSPORTARSE DE UN LUGAR A OTRO, PERO JURIDICAMENTE SE LES PUEDE CAMBIAR SU SITUACION. — LOS VOCABLOS "EFECTO" Y "OBJETO" COMO MODO DE DISTINGUIR LOS BIENES RAICES. — SUSTRACCION DE BIENES DE LA HERENCIA.—NO IMPLICA SUSTRACCION DE BIENES HERENCIALES, EL QUE EL DEMANDADO EN ACCION DE SIMULACION, SE OPONGA A LAS DECLARACIONES DE LA DEMANDA, O PROPONGA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION QUE SE EJERCITA

1 — Cuando se afirma que la sentencia violó directamente algunas disposiciones de la ley sustantiva, por haberlas interpretado erróneamente y dejado de aplicar el Tribunal, el recurrente para que su acusación sea viable, está obligado a indicar cuál fue la interpretación equivocada que de esas disposiciones hiciera el Tribunal y cuál es la correcta que a tales normas corresponde; su omisión dificulta a la Sala el estudio del cargo de violación de la ley por interpretación errónea, pues no se le facilitan los medios necesarios para establecer si el fallador incurrió en yerro jurídico al determinar el sentido, alcance y contenido de los aludidos textos legales y si por ello los infringió. La censura de la sentencia, por este concepto específico, para que prospere, requiere la demostración de un error del Tribunal acerca del contenido del precepto sustantivo cuya violación se le imputa, porque, como lo anota el tratadista español Manuel de la Plaza, el recurso de casación se ventila entre el recurrente y la sentencia que por ese medio se combate, y por eso el cargo que no se sustenta adecuadamente resulta ineficaz puesto que no aporta las luces necesarias para examinar si el fallador interpretó erróneamente y violó determinadas normas del derecho positivo.

2 — Es inaceptable el concepto del fallador de que los bienes inmuebles, por su naturaleza misma, no pueden ser sustraídos para disponer de ellos, porque tal interpretación, tanto en el aspecto gramatical como en el jurídico no se aviene al contenido de la norma legal de que se trata. El argumento atiende tan sólo al significado material del verbo "sustraer" en su acepción de apartar, separar, extraer, es decir de quitar una cosa del sitio donde está, o dividir sus partes o separar los componentes de un cuerpo. Con ello seguramente, quiso aludir a la acción física que implica el traslado de una cosa de uno a otro sitio, ya que sólo en ese sentido del vocablo es que la sustracción de bienes raíces es físicamente imposible, dado que éstos como el C. Civil los define, son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro. En el mismo sentido de movimiento material, tampoco serían susceptibles de sustracción los bienes incorporales, como los créditos, y sí podrían serlo aquellos bienes que se reputan inmuebles por su destino. Pero no solamente se sustrae una cosa cuando se le quita de su sitio, sino cuando ilegalidadmente se le cambia su situación jurídica, porque la sustracción implica siempre un acto fraudulento tendiente a apropiarse un bien de otro, por cualquier clase de medios. Tampoco es acertada la afirmación del fallador de instancia, de que con los vocablos "efecto" y "objeto" no se distinguen los bienes raíces, que se presenta como segundo argumento porque éstos son términos que el C. Civil emplea para significar cosas o bienes en su sentido más amplio y bien sabido es que una clase de éstos son los inmuebles o bienes raíces. "De efectos hereditarios" habla el código en sus arts. 1275, 1288 y 1301, y en ellos comprende todos los bienes de la sucesión. Usa también en su art. 2679 la palabra "efectos" como sinónima de bienes

en su sentido genérico. Con mayor frecuencia se sirve de la expresión "objeto" para aludir a cualquier bien o cosa. Así puede verse entre otros muchos en los arts. 472, 475, 1206, 1207 1374 1388 y 1466.

3 — La norma legal contenida en el art. 1288 del CC. se refiere al acto que ejecute un heredero tendiente a apropiarse o disponer fraudulentamente de un bien de la sucesión, y es ese acto el que sanciona civilmente obligando a su autor a permanecer como heredero y a perder su parte en ese bien, sin perjuicio de las penas que por el delito le correspondan. No es necesario, para que se produzca la apropiación o disposición indebida, que el heredero aprehenda materialmente la cosa y la cambie de sitio, pues basta que atente de cualquier modo contra un bien de la herencia, sea éste material o inmaterial, mueble o inmueble, y logre apropiárselo o desposeer de él a la sucesión para que la sustracción deba entenderse consumada. Corresponde al Juez, en cada caso particular, determinar si el acto ejecutado por el heredero implica sustracción de bienes de la herencia, sancionable como lo dispone el art. 1288 de que se viene hablando.

4 — No implica sustracción de bienes hereneiales, el hecho de que el demandado se oponga a que se hagan las declaraciones impetradas en la demanda, o que proponga la excepción de prescripción de la acción ordinaria que se ejercite. En concepto de la Sala, tales actos no tienen ese significado, puesto que la oposición del demandado sólo impone al actor el deber de comprobar el derecho que pretende hacer efectivo o que se le declare a su favor y esa actitud del demandado es especialmente justificable cuando en las súplicas de la demanda se piden prestaciones a que no está obligado el demandado.

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

(Magistrado ponente: doctor Guillermo Garavito Durán)

José Antonio Amaya Méndez y Dioselina Amaya Méndez v de Matallana, "quienes obran en su carácter de legitimarios y en representación de su padre, don Sotero Amaya Ríos, y de su sucesión", por medio de apoderado demandaron a Manuel José Amaya Méndez para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera Que son inexistentes o nulos, por haber sido simulados, los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas números, mil setecientos treinta y dos (1732) de fecha diez (10) de septiembre de mil novecientos treinta y uno (1931), y dos mil cincuenta y uno (2.051) de fecha cuatro (4) de noviembre del mismo año, otorgadas ante los Notarios Públicos, Primero y Cuarto del Circuito de Bogotá, respectivamente, conforme a las cuales don Sotero Amaya transmitió simuladamente los bienes y derechos especificados y determinados en dichos instrumentos públicos, los que igualmente se detallan en el texto de esta demanda, al demandado señor MANUEL JOSE AMAYA MENDEZ, o en subsidio, que son simulados dichos contratos.

"Segunda. Que carecen de existencia real y por consiguiente de todo valor legal y eficacia jurídica, los contratos contenidos en las prenombradas escrituras a que se refiere la petición inmediatamente anterior, y que de consiguiente, los bienes y derechos allí especificados, no han salido del patrimonio de sus legítimos dueños, don Sotero Amaya R. hoy su sucesión, y de doña María Agapita Méndez v de Amaya, dueños del derecho de dominio y posesión de los derechos e inmuebles en mención, simuladamente enajenados

"Tercera. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, los inmuebles y derechos que figuran en las escrituras o contratos mencionados cuya simulación se demanda, pertenecen en pleno dominio y propiedad, conforme a sus respectivos derechos, a la señora María Agapita Méndez v de Amaya, y a la sucesión de don Sotero Amaya Ríos, representada por los demandantes José Antonio Amaya Méndez y Dioselina Amaya Méndez viuda de Matallana.

"Cuarta. Que en consecuencia, el demandado señor Manuel José Amaya Méndez, actual poseedor inscrito de los referidos inmuebles o derechos, debe restituírlos a los prenombrados dueños, representados por los demandantes, otorgando el instrumento público correspondiente, al respecto, y devolviéndolos materialmente si ya hubiere entrado en posesión de ellos antes de la sentencia, junto con sus accesiones y frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos, sino los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, declarándole como poseedor de mala fé.

"Quinta. Que el demandado Manuel José Amaya Méndez ha perdido el derecho a la cuota que como heredero o legatario le haya correspondido o le pueda corresponder en la sucesión de su señor padre, don Sotero Amaya Ríos, y el de repudiación, al tenor del artículo 1288 del Código Civil, por haberlos ocultado maliciosamente.

"Sexta. Que se ordene al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Facatativá, la cancelación inmediata de las inscripciones respectivas de los títulos en mención, en los que figuran los contratos cuya simulación se demanda.

"Séptima. Que el demandado señor Manuel José Amaya Méndez debe pagarle a la sucesión de don Sotero Amaya Ríos representada por sus legítimos herederos José Antonio Amaya Méndez y Eloselina Amaya Méndez y de Mafaliana, y por su cónyuge supérstite doña María Agapita Méndez v de Amaya, los perjuicios ocasionados con la simulación, que se estiman en la cantidad de treinta mil pesos, o lo que avalúen peritos nombrados en forma legal.

"Octava Que el demandado debe pagar las costas de este juicio".

Como hechos fundamentales de la acción se relata en la demanda que el señor Sotero Amaya R. padre legítimo de los demandantes y del demandado, poco tiempo antes de haberle escriturado a su hijo Manuel José la totalidad de su patrimonio, había sacado a interés o mutuo varias sumas de dinero a distintas personas, entre ellas a la señorita Silveria Reyes, sumas que no pudo pagar, por lo cual resolvió insolventarse; que don Sotero, ante las amenazas de ejecución de la señorita Silveria Reyes y demás acreedores, optó por ocultar sus bienes, haciéndole el traspaso simulado de la totalidad de ellos a su hijo Manuel José y al efecto otorgó las escrituras 1732 y 2051 aludidas, mediante las cuales le hizo el traspaso simuladamente de todos sus bienes; que los bienes simuladamente vendidos fueron adquiridos durante la sociedad conyugal que don Sotero tenía formada con la señora María Agapita Méndez; que a la época de los contratos en mención, doña Silveria Reyes inició juicio ejecutivo contra don Sotero Amaya, con resultado negativo porque pocos días antes éste se había insolventado mediante el traspaso simulado y ficticio de sus bienes a su hijo Manuel José Amaya Méndez; que en la época de los contratos simulados en mención, la capacidad económica del demandado, quien estaba estudiando becado, era ninguna y no tenía renta, patrimonio ni negocio alguno que le hubiese permitido comprar en verdad y realmente los referidos bienes; que don Sotero Amaya, después de haber traspasado sus bienes de modo simulado a su hijo, continuó hasta su muerte en posesión de ellos, ejecutando actos de señor y dueño de aquellos y que solo da derecho el dominio, sin haberle pedido permiso ni consentimiento al demandado ni a ninguna otra persona, posesión que en la misma forma ha continuado sin solución de continuidad hasta la fecha de la demanda su legítima esposa doña María Agapita Méndez v de Amaya; que los demandantes han reconvenido amistosamente al demandado para que devuelva los bienes cuya posesión inscrita retiene indebidamente, sin haber obtenido ningún resultado satisfactorio sino permanentes evasivas y excusas injustificables; que fue y es fama pública en la ciudad de Facatativá circuito de ubicación de los bienes enajenados simuladamente, que los traspasos no fueron reales y verdaderos sino en confianza, con el solo fin de evitar las ejecuciones inminentes de los acreedores de don Sotero Amaya, no habiendo existido precio pagado de las mencionadas ventas; que el precio que aparentemente se fijó no sólamente fué irriosorio sino vil, ya que se señaló en $ 3.500,00 y en la época de los contratos las fincas valían más de $ 35.000,00. En los hechos siguientes señala los linderos de las fincas vendidas por don Sotero Amaya a su hijo Manuel José.

Notificada la demanda el demandado la contestó por medio de apoderado oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y propuso la excepción de prescripción de la acción ordinaria que se ejercitó. El juicio se adelantó con las formalidades de rigor y cuando se hallaba para alegatos de conclusión, se admitió la intervención de la señorita Delfina Jiménez C., acreedora del señor Sotero Amaya, quien manifestó su interés en coadyuvar y defender la causa de los actores.

El Juez del conocimiento, 2º Civil del Circuito de Bogotá, le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 23 de abril de 1955, en la cual declaró no probada la excepción de prescripción de la acción ordinaria, propuesta por el demandado, negó las súplicas de la demanda y absolvió al demandado de los cargos que se le formularon.

Contra esta sentencia recurrieron en apelación los actores y la coadyuvante señora Delfina Jiménez. El Tribunal de Bogotá falló en segunda instancia el 20 de marzo de 1956, en los siguientes términos:

"1º Revócase la sentencia materia de la apela-

ción, proferida por el Juzgado del conocimiento con fecha 23 de agosto de 1955.

"2º Declárase no probada la excepción de prescripción extintiva de la acción, propuesta por el demandado.

"3º Declárase que son absolutamente simulados los contratos de compraventa recogidos en las escrituras públicas Nos. 1732 de 10 de septiembre de 1951 y 2051 de 4 de noviembre del mismo año, corridas ante los Notarios 1º y 4º de Bogotá, y en los cuales el señor Sotero Amaya Rios aparece vendiendo a don Manuel José Amaya Méndez, en su orden, una casa ubicada en la calle 7ª de Facatativá y la finca llamada "Villa María" situada en jurisdicción del Municipio de Guayabal de Siquima.

"4º Ordénase la cancelación en los libros respectivos de la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados del Circuito de Facatativá de las inscripciones de los instrumentos públicos a que se refiere el numeral anterior. Por el Juzgado del conocimiento líbrense los oficios del caso.

"5º Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"6º Condénase al demandado en las costas procesales de la primera instancia. Sin costas en el recurso".

Tanto los demandantes como el demandado recurrieron en casación contra el fallo del Tribunal. Los actores acusan la sentencia de ser violatoria de la ley sustantiva en cuanto denegó la petición tendiente a que se declarara que el demandado ha perdido su derecho a la cuota herencial, en la sucesión de su padre Sotero Amaya Rios, sobre los bienes que ha ocultado maliciosamente: El demandado la acusa como violatoria también de la ley sustantiva en cuanto desconoció la excepción de prescripción de la acción propuesta en la contestación de la demanda y por haber decretado la simulación sin que exista la prueba requerida por la ley.

Como el demandado formula ataques al fondo del negocio, en términos que si prosperaran conduciría a la infirmación total de la sentencia, debe estudiarse en primer lugar su demanda.

El recurso del demandado

Este recurrente acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por ser violatoria de la ley sustantiva. Propone los dos cargos que pasan a estudiarse.

Primer cargo

Lo formula así: "La sentencia violó directamente los arts. 2512, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil por interpretarlos erróneamente y dejar de aplicarlos".

Para sustentarlo se expresa así: "El fallador de segunda instancia después de desechar los raciocinios del Juez de Primera instancia, por el hecho de haber declarado 'impertinente' la excepción de prescripción y el concepto de que no existen acciones imprescriptibles, distintas a aquéllas que la Ley les da tal carácter, afirma en la sentencia que en nuestro derecho positivo la de simulación es acción prescriptible por el simple abandono de su titular y su extinción no está condicionada, como lo sostiene el Juez de primer grado, a la usucapión o prescripción adquisitiva que se cumpliera a favor de otra persona. Luego el Honorable Tribunal se remite, y por tanto acepta la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que él mismo transcribe en los folios 18 y 18 v del cuaderno número cuatro. Allí la Honorable Corte dice que 'en derecho colombiano es indudable que la acción de simulación absoluta o relativa puede extinguirse por el transcurso del tiempo...' Más adelante dice que 'el término dentro del cual se consuma la prescripción extintiva de la simulación es el ordinario de veinte años establecido en el inciso segundo (sic) del art. 2536 del mismo Código".

Conceptúa el recurrente que no hay lugar a duda sobre que la prescripción de la acción de simulación se efectúa por el transcurso de un lapso de veinte años, tanto por la abundante jurisprudencia de la Corte, como por el hecho jurídico de ser la acción de simulación personal y no real. Manifiesta su conformidad con la tesis de que no puede aceptarse que el término de la prescripción extintiva deba comenzar a contarse desde que se celebró el acto o contrato aparente, sino que siendo necesario para el ejercicio de la acción de simulación, como requisito indispensable, la existencia de un interés jurídico en el actor, es sólo desde el momento en que aparece ese interés jurídico que debe comenzar a contarse el término de la prescripción extintiva, y agrega:

"Pero las anteriores consideraciones, tan sencillas de entender, fueron trasladadas al criterio del fallador de segunda instancia en forma, para mí, confusa y totalmente injurídica, cuando al folio 19 del cuaderno número cuatro dice lo siguiente: 'Cuando ocurrió el agravio al derecho de quienes ahora pretenden hacer prevalecer el pre-

to oculto sobre el aparente? Sólo la presentación de la demanda señala en este caso la fecha del desconocimiento del derecho. Quien alega la excepción, obligado procesalmente a demostrarla, no ha establecido que hace más de veinte años hubiera negado la existencia de la contraestipulación privada en querella judicial o extrajudicial con los demandantes o con su causante".

"Por el anterior concepto del fallador de segunda instancia, convierte prácticamente en imprescriptible la acción de simulación, pues no permite que transcurra simplemente el lapso de tiempo durante el cual no se haya ejercitado la acción de que nos habla el art. 2535 del CC, sino que obliga a accionar a una parte forzosamente para poder contar de ahí en adelante el lapso de los veinte años. Con ese criterio bien podría accionarse por simulación cualquier contrato que se hubiera celebrado hace cien o más años. Jamás quiso decir la Honorable Corte que el interés jurídico del actor en la acción de simulación nacía con la presentación de la demanda, dejando así el fenómeno de la usucapión al simple querer de un pretendido actor y no al curso del tiempo como es de su esencia".

Estima el recurrente que el interés jurídico para la acción de simulación de que se trata nació en uno de estos dos momentos: a) En cabeza de don Sotero Amaya el mismo día del otorgamiento de las escrituras públicas, pues no habiéndose revelado el pacto oculto con fecha para su cumplimiento o exigibilidad, ni establecido hecho o condición para la misma exigibilidad, no quedaba otro punto de partida para que comenzara a correr el tiempo de la prescripción de la acción que el día de las escrituras; b) O el día de la muerte de don Sotero Amaya, pues en el momento de la delación de la herencia nació para sus herederos, hoy demandantes, un interés jurídico para iniciar la acción de simulación con miras a que a la herencia entraran los bienes de que había dispuesto.

Concluye así: "Si el interés jurídico de los actores en la acción de simulación nació el día mismo del otorgamiento de las escrituras de venta, o nació el día de la delación de la herencia por muerte de su causante, en uno y otro caso transcurrieron más de veinte años y por ello se operó el fenómeno de la prescripción extintiva de la acción de simulación a que nos hemos venido refiriendo.

"Por no haber tenido la sentencia acusada interpretación adecuada a lo acaecido y a lo dispuesto por los artículos 2512, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil, los violó dejándolos de aplicar".

Considera la Corte

Consiste el cargo en que "la sentencia violó directamente los arts. 2512, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil por interpretarlos erróneamente y dejar de aplicarlos", pero no indica el recurrente, como estaba obligado a hacerlo para que su acusación sea viable, cuál fue la interpretación equivocada que de esas dispesiciones hiciera el Tribunal, ni cuál es la interpretación correcta que a tales normas corresponde. Esa omisión dificulta a la Sala el estudio del cargo de violación de la ley por interpretación errónea, pues no se le facilitan los medios necesarios para establecer si el fallador incurrió en yerro jurídico al determinar el sentido, alcance y contenido de los aludidos textos legales y si por ello los infringió. La censura de la sentencia, por este concepto específico, para que prospere, requiere la demostración de un error del Tribunal acerca del contenido del precepto sustantivo cuya violación se le imputa, porque, como lo anota el tratadista español Manuel de Plaza, el recurso de casación se ventila entre el recurrente y la sentencia que por ese medio se combate, y por eso el cargo que no se sustenta adecuadamente resulta ineficaz puesto que no aporta las luces necesarias para examinar si el fallador interpretó erróneamente y violó determinadas normas del derecho positivo.

En la sustentación del cargo se concreta el recurrente a glosar el criterio que guió al Tribunal para establecer el momento en que ocurrió el agravio al derecho de los demandantes y que legitima su interés jurídico para la acción que ejercitan en el presente juicio. Se refiere, pues, a una cuestión de hecho que en nada se relaciona con el cargo que formula de violación de la ley por interpretación errónea. Acepta, y en ello está de acuerdo con el fallador, que el nacimiento de un interés jurídico para la acción indica el momento desde el cual empieza a correr el término de la prescripción, pero discrepa en cuanto al hecho que indica la aparición del interés jurídico en los demandantes. Para el Tribunal, el interés jurídico de los actores para demandar la simulación nació cuando el demandado les causó agravio en su derecho por negarse a cumplir la contra estipulación privada y estima que sólo la presentación de la demanda señala en este caso la fecha del desconocimiento del derecho. Se fundamenta en que el excepcionante no ha de-

mostrado que hubiera negado la existencia de la contraestipulación privada con anterioridad suficiente para que desde entonces hubiera corrido el término de la prescripción. A su turno el recurrente considera que el interés jurídico para la presente acción de simulación nació el día mismo del otorgamiento de las escrituras de venta o el día en que ocurrió la delación de la herencia de don Sotero Amaya en favor de los demandantes.

Se ve así que la discrepancia versa sobre el hecho que marca la aparición del interés jurídico para la acción de prevalencia y no sobre la interpretación de normas legales.

Los arts. 2512, 2535, 2536 y 2538 del Código Civil, que se dice fueron violados por el Tribunal, enseñan que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos anejos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y que se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por prescripción. Que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, tiempo que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. Que la acción ordinaria se prescribe por veinte años. Que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

Ninguna de estas disposiciones infringió el Tribunal en su fallo al declarar no probada la excepción de prescripción extintiva de la acción, propuesta por el demandado, porque, como se observa de la motivación de la sentencia interpretó y aplicó debidamente las normas aludidas.

Por tanto el cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo formula así:

"Por la misma causal primera del art. 520 del CJ. acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, dictada en este proceso, por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa e interpretación erróneas. Incurrió en errores de hecho y de derecho evidentes que lo llevaron al quebrantamiento de disposiciones sustantivas.

"Se violaron los artículos 1155, 1759, 1765, 1766 1767 del Código Civil y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887".

Para sustentarlo dice el recurrente que el Tribunal en su sentencia se apoya en recientes fallos de la Corte, pero que los interpreta mal y esa errada interpretación lo lleva a interpretar también erradamente la ley y a infringirla dejándola de aplicar. Que la Corte ha sostenido que cuando un heredero comparece en ejercicio de la acción de simulación obrando a nombre y representación de su causante, pidiendo para la herencia, está ocupando el mismo lugar del causante y por tanto lo hace en ejercicio de la acción heredada, posición en la cual el heredero está sujeto a suministrar las mismas pruebas que la ley le hubiera exigido a aquél. Que "ejercitando la acción heredada, la simulación no la pueden demostrar sino con la prueba escrita del acto oculto, cuando el ostensible se hizo por escrito también, o con la confesión de la otra parte, o con un principio de prueba por escrito debidamente complementado con inferencias indiciarias".

Alude luego a las dos situaciones diferentes que puede asumir el heredero cuando ataca un acto dispositivo de su causante, según ocupe el puesto de éste o reclame como lesionado en su derecho herencial, para afirmar que en el fallo del Tribunal se hicieron una serie de consideraciones especulativas para considerar que los demandantes habían ejercitado la acción per-se por ser ellos herederos forzosos y por consiguiente que el acto dispositivo de su causante los había perjudicado en su herencia, consideraciones que no se ajustan a la realidad procesal, porque esa situación es diferente y completamente opuesta a la planteada por ellos en el libelo, tanto en la parte petitoria como en la relación de los hechos en que basan sus peticiones, ya que "Invocaron su condición de hijos legítimos y herederos universales del causante para formular la demanda. Pidieron la restitución del dominio de los bienes que consideraban simuladamente vendidos para la sucesión de su causante. Se califican como representantes de la sucesión para la cual piden. Y en los hechos de la demanda alegan como motivo de la simulación el estado de insolvencia a que estaba abocado su padre frente a terceros acreedores y que para librarse de una quiebra había traspasado los bienes a que se refieren las escrituras conocidas". Agrega que "en ninguno de los hechos de la demanda invocan ellos su calidad de perjudicados en su herencia por el acto dispositivo de su causante".

Termina su argumentación así: "Luego, el Honorable Tribunal al no captar la verdadera posición jurídica en que se colocaron los actores de estar ejercitando la acción heredada, representando completamente a su causante, teniendo como

tenía a la vista las afirmaciones hechas por ellos en el escrito de demanda, incurrió en un evidente error de hecho que está manifiesto, ya que lo expresado por los actores y transcrito atrás está claro en la redacción y en la intención. Y al cambiarles su posición jurídica [illegible] en ejercicio de la acción heredada, incurrió en errores de derecho consistentes en apreciar [illegible] pruebas valederas para el caso sub-judice, testimonios e indicios, que por la verdadera naturaleza de la acción no tenían por qué ser estimadas.

"Por los conceptos anteriores el Honorable Tribunal violó en primer lugar el art. 1759 del CC. que enseña que el instrumento público hace plena fe en cuanto a haberse otorgado y su fecha, y plena fe en las declaraciones contenidas en él respecto de los declarantes, y lo violó en su inciso 2º en cuanto dice: 'Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los contratantes y de las personas a que se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular'. Porque estando en ejercicio de la acción heredada los instrumentos que atacan les nace plena fe como herederos que son a título universal, y ha debido aplicar la disposición citada, y por no hacerlo, la infringió. Por la misma razón se violaron los artículos 1765, 1766 y 1767 del Código Civil en cuanto enseñan que el instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato y en cuanto que no se debe admitir prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito, y los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, por cuanto enseñan que no se debe admitir prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato cuando éste debe constar por escrito por contener la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes o después de su otorgamiento aunque se trate de cosa que no valga quinientos pesos o las que se refieran las adiciones o modificaciones que dijera la prueba testimonial; y porque al que demanda una cosa de más de quinientos pesos no se le admitirá prueba de testigos. Todas las violaciones enunciadas consistieron en falta de aplicación de los textos legales citados".

Considera la Corte:

El cargo consiste en que el Tribunal incurrió en un evidente error de hecho en la interpretación de la demanda, pues no captó la verdadera posición jurídica que en ella asumieron los actores de estar ejercitando la acción heredada, posición que el fallador estimó era la de legitimarios que obran en defensa de su derecho hereditario.

El Tribunal, luego de transcribir un fallo de la Corte en donde se expone la tesis que esta entidad venía sosteniendo respecto al régimen probatorio en las acciones de simulación, alude a las razones que para rebatir esa tesis expone el apoderado de los actores en la segunda instancia. Dice que no es aceptable la tesis expuesta por éste de que la sociedad conyugal, al igual que las sociedades civiles comunes y mercantiles, sea una "persona jurídica" distinta de los socios individualmente considerados, y llega a las conclusiones siguientes:

"La sociedad conyugal, y con más evidentes razones la disuelta e ilíquida, es una comunidad de bienes; los herederos del socio difunto adquieren dominio proindiviso sobre la cuota de éste en el haber social por el modo de la sucesión "mortis causa" y pueden accionar conjuntamente o uno solo de ellos en beneficio de la masa común de bienes, en acción propia, en ocasiones, o en ejercicio de la acción heredada. En uno y en otro caso persiguen un beneficio personal que podrán obtener en la partición y es necesario aceptar que siempre acuden al proceso investidos de la calidad de herederos que legitima su interés. En este extremo de la cuestión no puede negarse el fundamento del siguiente concepto del recurrente: 'Pero cualquiera que sea la posición en que se coloque el heredero su interés se hallará siempre determinado por la misma vocación de la ley o el testamento a suceder en todo o en parte los bienes de la herencia; y será siempre el menoscabo de los derechos que le otorga esa vocación, lo que determina su interés jurídico y la consiguiente personería para demandar'. Esto es obvio e innegable: sólo porque la ley o el testamento llaman a una persona a suceder a otra en sus derechos y obligaciones, puede el sucesor, en casos como éste, presentarse a demandar la prevalencia del contrato oculto sobre el aparente; y sólo porque el desconocimiento de la contraestipulación privada le ocasiona perjuicio, tiene el heredero interés jurídico que lo habilita para actuar. Pero no puede olvidarse que no se es heredero de la misma manera; algunos lo son forzosamente, por derecho que emana de la ley y que el causante no podía desconocerles, y otros lo son tan solo porque pudiendo el difunto disponer libremente de sus bienes, no lo hizo. Si éstos sufren perjuicios derivados del acto simulado, pueden accionar para que el oculto prevalezca y se cumpla, pero lo hacen en ejercicio de la acción

que el causante habría podido promover, toman su lugar en el proceso y no es arbitrario aplicarles la limitación probatoria a que el simulador habría estado sujeto si hubiera accionado. Los otros, en cambio, no ejercitan esa acción; tienen ellos un derecho propio derivado de la calidad de herederos forzosos que la ley les atribuye, calidad que necesariamente les otorga acciones independientes destinadas a garantizar ese derecho propio. La acción del heredero forzoso jamás se confunde con la del causante. Mirando la cuestión por el aspecto inverso, brilla patente la última afirmación. Si, como es innegable la acción del heredero tendiente a defender su legítima es una acción propia, podría concebirse, imaginando la más absurda de las situaciones de hecho, que la ejercitara su causante? Es de toda evidencia que no. Como el acreedor a quien el acto simulado defrauda, el heredero forzoso cuyo derecho es agraviado con la simulación, es un tercero. Si el perjuicio se le hubiera causado por un medio distinto de la simulación, nadie le desconocería la calidad de titular de una u otra acción, según el caso, encaminada a enmendar el agravio que legitima su interés. Esta acción sería propia del heredero y la ley se la otorga para defender su legítima; no podría afirmarse que es una acción heredada y su situación no cambia por las modalidades del acto que lo lesiona y al cual, trátese de la simulación o de un procedimiento distinto pero que lo perjudique, sería ajeno.

"El elemento intencional que llevó al causante a simular un contrato —la causa simulandi— puede tener influencia —la tiene evidentemente— para decidir si se está en frente de una simulación absoluta o relativa pero no para resolver si el heredero ejercita una acción propia o se sirve de la acción heredada. La calidad de heredero, con más precisión, su carácter de legitimario o no, es lo que le otorga una u otra acción y esa calidad no sufre modificaciones porque su causante haya querido perjudicarlo con el acto simulado o se haya propuesto un fin diverso. Si la simulación perjudicó a un heredero que el difunto hubiera podido ignorar, aquél no tiene una acción autónoma, independiente o distinta de la acción heredada. Si se trata de persona cuyos derechos estaba el causante obligado a respetar, cualquiera que haya sido la 'causa simulandi' habiéndose consumado el perjuicio, el heredero, por serlo, no pierde su calidad de titular de un derecho y ejercitará una acción propia, será un tercero para quien el acto simulado es un simple hecho y gozará de libertad probatoria en su intento de hacer prevalecer el contrato oculto sobre el aparente. Tal es la posición jurídica de Diuselina y José Antonio Amaya y, en consecuencia, el Tribunal entra a examinar la prueba indiciaria con la cual se pretende acreditar la simulación".

El Tribunal, como fácilmente se observa, expone un nuevo criterio en la teoría de la simulación en cuanto hace a la acción que puede ejercitar el heredero de quien celebró el acto o contrato simulado. La tesis que a este respecto sostenía la Corte era la de que los herederos podían ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera podido y querido ejercitar y que al ejercer la acción heredada estaban obligados a dar la misma prueba del acto oculto que era exigible a aquél, esto es, que si el acto ostensible consta por escrito, la demostración de la convención oculta debe hacerse con prueba de igual categoría, vale decir, escrita o con la confesión de la otra parte, o por un principio de prueba por escrito completada por testigos, indicios u otro medio probatorio; pero que el heredero debía reputarse como tercero y gozaba de libertad probatoria cuando su acción tendía a probar un fraude de sus derechos de herencia, tal como el menoscabo de su legítima, porque entonces ya no ejercita la acción derivada de su causante sino otra en nombre propio tendiente a defender su propio patrimonio o mejor el patrimonio que tenía derecho a heredar. Para el Tribunal, el carácter de legitimario o no en el heredero es lo que le otorga una u otra acción, sin que el derecho se modifique porque su causante haya querido perjudicarlo con el acto simulado o se haya propuesto un fin diverso. El heredero no legitimario carece de acción autónoma independiente o distinta de la acción heredada. El legitimario, cuyos derechos estaba el causante obligado a respetar, como con la simulación se consuma un perjuicio a su derecho, cualquiera que haya sido la 'causa simulandi', no pierde por ser heredero la calidad de titular de un derecho y ejercitará una acción propia, como tercero para quien el acto simulado es un simple hecho y como tal goza de libertad probatoria en su acción de prevalencia. En esta última posición jurídica encuadra a los actores en el presente juicio.

Este fundamento del fallo no ha sido atacado por el recurrente, porque como ya se explicó, consiste el cargo en que el Tribunal incurrió en error de hecho al interpretar la demanda "al no captar la verdadera posición jurídica en que se colocaron los actores al estar ejercitando la acción heredada, representando completamente a su

causante". Pero ocurre que el Tribunal no necesitó interpretar la demanda para fijar la posición jurídica de los actores, sino que, aplicando la distinción que hace de la acción que corresponde al heredero según su vocación herditaria sea la de legitimario u otra, estimó que los demandantes en este juicio, como legitimarios que son, ejercitan su acción propia con la consiguiente libertad probatoria. Entonces no pudo incurrir en el error de hecho que se le imputa, ya que no hizo interpretación de la demanda, por el aspecto de que se trata.

Como el estudio de la Corte debe limitarse al motivo por el cual se acusa el fallo, el cargo no da base para hacer el comentario que merece la tesis que sostiene el Tribunal como fundamento de su conclusión.

En consecuencia de lo expuesto, el cargo no prospera.

El recurso de los actores

Con fundamento en la causal primera de casación señalada por el artículo 520 del Código Judicial formula esta parte recurrente dos cargos contra la sentencia del Tribunal, los que se estudian conjuntamnte por referirse a la negativa que en el fallo se hizo a la petición quinta de la demanda inicial del juicio y por sancionar esos análogos los preceptos sustantivos que se dice fueron infringidos por el fallador.

PRIMER CARGO. Se acusa la sentencia "como violatoria del artículo 1288 del Código Civil, por errónea interpretación, al limitar la aplicación de su contenido a la sustracción de bienes muebles, y desconocerla respecto de la de inmuebles, para —con base en esa equivocada inteligencia— negar la declaración de pérdida de los derechos que al responsable pudieran corresponderle sobre los inmuebles sustraídos".

SEGUNDO CARGO También se acusa la sentencia "como violatoria del artículo 1824 del CC. por haberlo dejado de aplicar cuando era el caso de hacerlo; proveniente tal infracción, del manifiesto error de hecho en que incurrió al apreciar el contenido de la demanda con que se promovió el juicio, y denegar como consecuencia, la declaración contenida en la primera parte del numeral quinto petitorio de la demanda".

El recurrente sustenta el primer cargo así:

"En efecto: De acuerdo con el precitado artículo 1288 del Código Civil, 'El heredero que ha SUSTRAIDO efectos pertenecientes a una sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia, y no obstante su repudiación permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos...'

"'Sustraer o substraer', según el Diccionario de la Lengua, es 'separar, extraer, robar fraudulentamente; separarse de lo que se había proyectado, o eludir un compromiso, obligación etc.' Y 'objeto' es, 'cualquier cosa material'. Por donde resulta que 'sustracción de objetos' tanto quiere decir como separación, extracción o robo fraudulento de una cosa material, así sea ésta mueble o inmueble.

"También en el concepto jurídico, éste y no otro es el sentido que corresponde a las referidas expresiones de que se vale la norma: porque no solamente se sustrae o separa lo que mediante la acción material se aparta de una cosa para llevarlo a lugar distinto, sino también los bienes o cosas a que —por medios aparentemente jurídicos— se les cambia su verdadera situación, para consumar así el despojo o apropiación indebida: y porque si donde hay una misma razón de hecho debe aplicarse también la misma disposición de derecho, nada explicaría la limitación que se pretende dar a la norma en relación con los bienes muebles, dejando por fuera las actividades dolosas contra los inmuebles que suelen ser los más valiosos, y los que, en consecuencia, necesitan de una mayor protección.

"Y como la negativa del aparente comprador a restablecer la verdad jurídica oculta tras el contrato aparente, constituye el medio más común como se sustrae del patrimonio hereditario los inmuebles que forman en él, resulta de aplicación forzosa a tales situaciones, lo previsto en el artículo 1288 que se analiza".

Transcribe luego una sentencia de la Corte en que se estudia la aplicabilidad de esa disposición y termina afirmando el recurrente que la errada interpretación que del artículo hizo el Tribunal lo llevó a dejarlo de aplicar en el presente caso, para negar las acciones de que trata el ordinal quinto petitorio de la demanda.

En la sustentación del segundo cargo dice que "Al analizar el sentenciador este extremo de la demanda consideró, que la acción sobre pérdida del derecho que al demandado pudiera corresponderle en los bienes 'ocultados maliciosamente' por él, se hallaba exclusivamente apoyada en el artículo 1288 del Código Civil que allí se menciona como fundamento de la de pérdida del derecho de repudiar, sin tomar en consideración el principio consagrado por el artículo 1824 del mismo Código, para la ocultación dolosa de bienes de la Sociedad Conyugal, que expresamente invoca la demanda; y con base en esa apreciación equivocada pudo concluír, que por cuanto la primera de tales normas sólo hace referencia a bienes

muebles, no era procedente declarar la pérdida de los posibles derechos que al demandado correspondieran sobre los inmuebles ocultados a través de los contratos simulados, que sin duda comprende el 1824. Y resulta que no es conforme con el texto clarísimo de la demanda, esta apreciación del Tribunal".

Y agrega:

"Ahora: que la acción de que trata el numeral Quinto petitorio de la demanda se hubiere propuesto, no sólo con base en el artículo 1288 del CC. sino también y primordialmente, con apoyo en lo establecido por el artículo 1824 del mismo Código, es evidente, a través del contenido mismo del libelo. Allí aparece: a) que los bienes que el demandado ha pretendido sustraer u ocultar, fueron adquiridos por don Sotero, a título oneroso, y dentro del matrimonio; lo que vale tanto como decir que al morir el marido, dichos bienes entraron a formar definitivamente en el haber de la sociedad conyugal en liquidación; b) que en la determinación misma de la solicitud, el actor se vale literalmente de los términos, 'por haberlos ocultado maliciosamente', en un todo conformes y casi idénticos a los de 'dolosamente hubiere ocultado', que emplea el artículo 1824; y c) que entre los fundamentos de derecho que expresamente le asigna la demanda al mencionado pedimento se halla, el artículo 1824 del Código Civil, como claramente puede verificarse en el penúltimo párrafo del libelo visible a folio 16 del Primer Cuaderno".

De nuevo el recurrente acude al Diccionario de la Lengua para fijar las acepciones de los vocablos que emplea el Código en su artículo 1824 y dice que "probado como está, que el demandado en este juicio escondió u ocultó mediante los contratos simulados, la verdadera situación jurídica de los inmuebles de la sociedad que ficticiamente se lo enajenaron, para así sustraerlos de la partición, es claro que por el mismo hecho se hizo merecedor de las acciones civiles que consigna el artículo 1824 violado por el Tribunal, en razón del manifiesto error de hecho en que incurrió, al pasar desapercibido y dejar por consiguiente este fundamento, que expresamente se propuso en la demanda".

Considera la Corte:

En la súplica quinta de la demanda inicial del juicio se pide esta declaración "Que el demandado Manuel José Amaya Méndez ha perdido el derecho a la cuota que como heredero o legatario le haya correspondido o le pueda corresponder en la sucesión de su señor padre, don Sotero Amaya Ríos, y el de repudiación, al tenor del artículo 1288 del Código Civil, por haberlos ocultado maliciosamente".

El Tribunal al estudiarla dijo: "El precepto que se invoca como fundamento de derecho positivo para esta súplica hace referencia a cosas muebles, ya que los bienes raíces, por su naturaleza misma, no pueden sustraerse para disponer de ellos; las palabras empleadas por el legislador en esta regla legal "efecto y objeto" confirman la conclusión sobre inaplicabilidad de la norma invocada toda vez que con ella no se distinguen los bienes raíces".

Niega, pues, el Tribunal la petición aludida en cuanto a los bienes inmuebles, por la única consideración de que éstos, por su naturaleza misma, no pueden ser sustraídos para disponer de ellos y estima que el precepto legal invocado alude a la sustracción de cosas muebles exclusivamente, por la razón ya expresada y por las palabras que emplea, ya que con las de "efecto y objeto" no se distinguen los bienes raíces.

Es inaceptable el anterior concepto del fallador, porque tal interpretación, tanto en el aspecto gramatical como en el jurídico, no se aviene al contenido de la norma legal de que se trata. El primer argumento de que los bienes raíces, en razón de su naturaleza inamovible, no son susceptibles de sustracción, atiende tan solo al significado material del verbo "sustraer" en su acepción de apartar, separar, extraer es decir de quitar una cosa del sitio donde está, o dividir sus partes o separar los componentes de un cuerpo. Parece que el Tribunal aluda exclusivamente a la acción física que implica el traslado de una cosa de uno a otro sitio, ya que sólo en ese sentido del vocablo es que la sustracción de bienes raíces es físicamente imposible, dado que éstos, como el Código Civil los define, son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro. En el mismo sentido de movimiento material, tampoco serían susceptibles de sustracción los bienes incorporales, como los créditos, y sí podrían serlo aquéllos bienes que se reputan inmuebles por su destino. Pero no solamente se sustrae una cosa cuando se le quita de su sitio, sino cuando indebidamente se le cambia su situación jurídica, porque la sustracción implica siempre un acto fraudulento tendiente a apropiarse un bien de otro, por cualquier clase de medios. Tampoco es acertada la afirmación de que con los vocablos "Efecto" y "Objetos" no se distinguen los bienes raíces, que se presenta como segundo argumento, porque éstos son términos que el Código Civil emplea para significar cosas o bienes en su sentido más amplio y bien sabido es que una

clase de éstos son los inmuebles o bienes raíces. "De efectos hereditarios" habla el Código en sus artículos 1279, 1288 y 1301 y en ellos comprende todos los bienes de la sucesión. Usa también en su artículo 2979 la palabra "efectos" como sinónima de bienes en su sentido genérico. Con mayor frecuencia se sirve de la expresión "objeto" para aludir a cualquier bien o cosa. Así puede verse entre otros muchos, en los artículos 472, 475, 1200, 1207, 1374, 1388 y 1400.

La norma legal contenida en el artículo 1288 del CC. se refiere al acto que ejecute un heredero tendiente a apropiarse o disponer fraudulentamente de un bien de la sucesión, y es ese acto el que sanciona civilmente obligando a su autor a permanecer como heredero y a perder su parte en ese bien, sin perjuicio de las penas que por el delito le correspondan. No es necesario, para que se produzca la apropiación o disposición indebida, que el heredero aprehenda materialmente la cosa y la cambie de sitio, pues basta que atente de cualquier modo contra un bien de la herencia, sea este material o inmaterial, mueble o inmueble, y logre apropiárselo o desposeer de él a la sucesión, para que la sustracción deba entenderse consumada. Corresponde al juez, en cada caso particular, determinar si el acto ejecutado por el heredero implica sustracción de bienes de la herencia, sancionable como lo dispone el artículo 1288 de que se viene hablando.

Sobre este particular ha dicho la Corte: "Como la disposición no concreta lo que constituye sustracción, el juzgador tiene facultad de apreciación para determinar en cada caso su ocurrencia. Los expositores y la jurisprudencia, especialmente la francesa, han admitido como principio, que todo fraude cometido, que tenga por objeto impedir la legalidad de la partición, constituye sustracción, cualesquiera que sean los medios que se empleen para cometerlos. Lo que tiene ocurrencia principalmente: primero, cuando un heredero hace uso de un documento falso, para apropiarse él todo o parte de la sucesión con perjuicio de sus herederos; segundo, cuando el heredero ha empleado en su propio provecho valores que el difunto le había confiado a título de mandato; tercero, cuando el heredero del difunto, que recibió de éste una liberalidad bajo forma de una condenación de deuda, afirma falsamente haber pagado esta para evitar la acumulación respectiva; cuarto, la sustracción resulta a veces del simple silencio que el heredero guarde de mala fe acerca de la existencia de un bien de la sucesión que se encuentra en su poder, y así mismo se acepta que el responsable de sustracción puede librarse de la sanción penal, entregando espontáneamente y antes de que se haya entablado la acción respectiva, los bienes sustraídos".

Establecido como queda que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 1288 del CC. conviene averiguar si tanto esta disposición, como la del artículo 1824 del mismo Código, son aplicables al caso sub-judice y si el Tribunal los violó al dejarlos de aplicar. Para ello es preciso establecer si el heredero señor Manuel José Amaya Méndez, aquí demandado, sustrajo bienes de la sucesión de su padre Sotero Amaya Ríos o de la sociedad conyugal que éste tenía formado con doña María Agapita Méndez.

El Tribunal para resolver sobre las peticiones de la demanda dijo lo siguiente:

"Los elementos de convicción a que se ha hecho referencia acreditan una serie de indicios que son conexos entre sí, precisos, graves y todos ellos reunidos forman un conjunto convincente de la realidad de la simulación absoluta de los contratos contenidos en las escrituras públicas Nos. 1732 de 10 de septiembre de 1931 y 2051 de 4 de noviembre del mismo año, corridas en las Notarías 1ª y 4ª de Bogotá.

"Demostrados así los hechos que a esta acción ofrecen fundamento y desechada la excepción propuesta, debe accederse a la súplica correspondiente, lo mismo que a la que pide la orden de cancelación del registro de los títulos a favor del demandado.

"La petición restitutoria es una incongruencia más de la demanda y muestra la falta de concordancia entre los hechos que afirma y el petitum. Sostienen los actores y luego lo demuestran, que don Sotero Amaya continuó poseyendo y usufructuando los bienes después de la firma de los contratos simulados y hasta su muerte, fecha a partir de la cual tales posesión y usufructo continuaron ejercitándose por la cónyuge sobreviviente hasta la fecha de la demanda (hecho 1º) ¿Cómo podría entonces ordenarse que el demandado restituyera unos bienes que no ha tenido en su poder? En este extremo la prosperidad de la acción de prevalencia del contrato oculto sobre el aparente tiene operancia limitada a la cancelación en el Registro del título simulado.

"También en el extremo relacionado con las prestaciones a que mutuamente tendrían derecho el demandado y la comunidad para la cual piden los actores, se refleja esta situación de hecho; al primero, que no pudo tener jamás la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa objeto de un contrato de compraventa absolutamente simulado (art. 768 del CC.) no puede re-

conocérsele buena fe y la presunción que consagra el art. 769 queda desvirtuada con la prueba de la simulación absoluta. Pero a pesar de su mala fe, no puede ser condenado a restituir frutos que no ha percibido (art. 964) ni responder por los deterioros de inmuebles que jamás estuvieron en su poder (art. 963) ni, en general, de ninguna de aquellas prestaciones que se originan precisamente en el hecho de la posesión material del litigante vencido.

"La súplica que reclama el pago de perjuicios no puede prosperar tampoco desde luego que estos no pueden presumirse y que no se han establecido.

"Resta sólo resolver acerca de la súplica quinta del libelo, o sea de aquella en la cual se pide se declare que el demandado 'ha perdido el derecho a la cuota que como heredero o legatario le haya correspondido o le pueda corresponder en la sucesión de su señor padre don Sotero Amaya Ríos, y el de repudiación, al tenor del artículo 1288 del CC. por haberlos ocultado maliciosamente'.

"El precepto que se invoca como fundamento de derecho positivo para esta súplica hace referencia a cosas muebles, ya que los bienes raíces, por su naturaleza misma, no pueden sustraerse para disponer de ellos; las palabras empleadas por el legislador en esta regla legal 'efecto y objeto' confirman la conclusión sobre inaplicabilidad de la norma invocada toda vez que con ella no se distinguen los bienes raíces y en cuanto al mobiliario y 'la mercancía' de que se habla en la escritura pública No 1732 del 10 de septiembre de 1931, nada acredita que don Manuel José los haya sustraído; por el contrario, se dice que continuaron en poder del vendedor primero y luego en el de su cónyuge. Si la súplica en estudio se interpretara como encaminada a obtener una declaración de indignidad para suceder a su padre en contra del demandado, por la causal que menciona el inciso segundo del art. 1025 del CC. también sería preciso rechazarla por cuanto la parte final del mismo inciso condiciona la declaratoria de indignidad a la demostración del atentado contra los bienes del cónyuge supérstite del causante o de sus legitimarios, por medio de sentencia ejecutoriada".

La inaplicabilidad de los artículos de que se viene hablando no es por los motivos que expone el Tribunal con relación a los bienes raíces, sino por los que expresa en referencia al mobiliario y la mercería, razones que militan también respecto a los inmuebles, esto es, que no se ha demostrado la sustracción de bienes que tales normas sancionan.

En efecto: Como lo anota el fallador, los actores sostienen en su libelo y luego lo demostraron, que don Sotero Amaya continuó poseyendo y usufructuando, hasta la fecha de su muerte, los bienes que simuladamente vendió, y que después de su muerte y hasta la fecha de la demanda tales bienes estuvieron en poder de la madre de los demandantes y del demandado, de tal suerte que este último ni los ha poseído, ni los ha ocultado, ni ha dispuesto de ellos, ni ha ejecutado acto material alguno respecto a esos bienes que demuestre su intención de apropiárselos con perjuicio de los derechos de la cónyuge sobreviviente y de los demás herederos de don Sotero. Según los demandantes, el fin que se perseguía con la simulación fue el de ocultar los bienes de don Sotero para sustraerlos a la persecución de sus numerosos acreedores; pero al testaferro no se le señaló fecha alguna para la devolución, ni se ha demostrado que con anterioridad a la demanda se hubiera negado a devolverlos. En el hecho 1) de la demanda se afirma que los demandantes "han reconvenido amistosamente, pero en vano, al demandado Manuel José Amaya Méndez, para que devuelva los bienes que mediante los mencionados instrumentos públicos retiene indebidamente en la posesión inscrita, a fin de poder denunciarlos y liquidarlos como de la sucesión de don Sotero Amaya, su padre, a quien en justicia y en verdad pertenecen, sin haber obtenido ningún resultado satisfactorio de los requerimientos amistosos, sino permanentes evasivas y excusas injustificables". Se ve así que ni siquiera se le hace al demandado el cargo de que haya intentado apropiarse los bienes, ni que haya ejecutado acto alguno fraudulento con esa intención. Simplemente se habla de evasivas y excusas injustificables, que no implican negativa rotunda a cumplir su obligación de transferir el dominio a los verdaderos dueños. El demandado negó simplemente el hecho y su negación puede entenderse en el sentido de que no se le han hecho las reconvenciones aludidas. Los demandantes no probaron su afirmación. En esa consideración fue que el Tribunal estimó que sólo la presentación de la demanda señala en este caso la fecha de desconocimiento del derecho de los demandantes: por lo mismo debe estimarse que antes de esa fecha, la de la presentación de la demanda, no se había apropiado los bienes que se le transfirieron simuladamente. No se puede tener un criterio para negar la prescripción y otro para imputarle la apropiación fraudulenta de los bienes.

La simple intervención del demandado como

testaferro en la simulación y el haber continuado como aparente propietario de los bienes no lo señala como sustractor de ellos, ni mucho menos como reo de sustracción de efectos hereditarios en la sucesión de su padre. No se ha demostrado que, con anterioridad a la demanda, se hubiera negado a devolver los bienes. Menos aún, que con los títulos simulados se haya opuesto a que se inventarien y liquiden la sucesión de don Sotero o que en otra forma haya impedido la legalidad de la partición. Debe, por tanto, concluírse que el demandado no ha ocultado maliciosamente, como se dice en la demanda, bienes de la sucesión que lo haga acreedor a la sanción pedida.

Sólo resta examinar si el oponerse a que se hicieran las declaraciones demandadas y el proponer la excepción de prescripción de la acción ordinaria que se ejercita, implica sustracción de bienes hereneciales. En concepto de la Sala tales actos no tienen ese significado, puesto que la oposición del demandado sólo impone al actor el deber de comprobar el derecho que pretende hacer efectivo o que se le declare a su favor y esa actitud del demandado es especialmente justificable cuando en las súplicas de la demanda se piden prestaciones a que no está obligado el demandado, como ocurre en el caso presente en que se solicita condena a devolución de bienes de que no está en posesión y de frutos naturales y civiles que no ha percibido; al pago de perjuicios que no están demostrados, y la imposición de una sanción tan grave como la pérdida del derecho hereneial. La excepción de prescripción propuesta equivale a alegar la pérdida del derecho de acción que se reconoce tuvieron los demandantes.

Como según lo dicho, no se demostró en el juicio que el demandado hubiera sustraído efectos pertenecientes a la sucesóin de su padre, ni bienes de la socidad conyugal, no son imponibles las sanciones de los artículos 1288 y 1824 del Código Civil y el Tribunal no infringió tales disposiciones por falta de aplicación.

Por las anteriores razones no prospera la acusación, pero queda rectificada la interpretación que del artículo 1288 del CC. hizo el Tribunal.

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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 20 de marzo de 1956, en el juicio ordinario de José Antonio Amaya Méndez y Dioselina Amaya v de Matallana contra Manuel José Amaya Méndez, sobre simulación de unos contratos de compraventa.

Sin costas en el recurso por haber sido interpuesto por ambas partes.

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

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

EL INSTRUMENTO PUBLICO QUE RECOGE UN CONTRATO TIENE PARA LOS OTORGANTES TANTA EFICACIA PROBATORIA COMO OBLIGATORIA; Y PARA LOS TERCEROS SOLO ESTA PROVISTO DE EFICACIA PROBATORIA Y NO ASI DE LA OBLIGATORIA. — VER EN UNA CONFESION, O EN GENERAL EN CUALQUIER ELEMENTO PROBATORIO, LO QUE EN ELLA O EN EL NO CONSTA CONSTITUYE LA ESENCIA DEL ERROR DE HECHO "QUE APAREZCA DE MODO MANIFIESTO EN LOS AUTOS" — LESION ENORME

1.—Según el artículo 1759 del C. C. "las declaraciones que los otorgantes hagan en un instrumento público hacen fe contra los mismos declarantes". Si jurídicamente es evidente que las declaraciones que hacen los declarantes en una escritura les obliga y hacen fe entre ellos, ello no quiere decir, que los contratantes al otorgar puedan cambiar la esencia y la faz jurídica de la convención señalándola con nombre distinto del verdadero, ni que carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado en el instrumento. Lo que no pueden hacer para este fin, por expresa prohibición del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, es acudir solo a la prueba de testigos para valiéndose de ella, unilateralmente pretender adicionar o alterar la esencia y naturaleza misma de la convención, porque en tales casos es preciso que medie prueba de igual categoría que evidencie lo contrario, principio de prueba por escrito acompañada de testimonios, presunciones u otras probanzas.

Esto, porque no es lo mismo probar que obligar. Es notoria la diferencia entre efecto probatorio y efecto obligatorio de un instrumento público. Así, el que recoge un contrato tiene para los otorgantes tanta eficacia probatoria como obligatoria; y para los terceros solo está provisto de eficacia probatoria y no así de la obligatoria. No debe, pues, confundirse entre la una y la otra fuerza o eficacia del instrumento.

La regla del artículo 91, como las del 92 y 93 de la ley 153 de 1887, constituyen un desarrollo de la norma del artículo 1767 del Código Civil, no así del 1759 ibidem. El primero consagra el principio de la obligatoriedad y de la eficacia probatoria del instrumento público entre los interesados u otorgantes; el segundo, el de la restricción a la admisibilidad de la prueba de testigos en relación con las limitaciones que ella tiene por razón del valor de la cosa misma y por motivo de la solemnidad del acto.

El artículo 1767 del Código Civil formula el principio o regla de que "no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito". Y el 91 de la ley 153 de 1887, en desarrollo de ese principio determina cuáles son las obligaciones que deben consignarse en esa forma, y para tal fin expresa: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos". Se refiere, pues, esta disposición a "actos o contratos", a la prueba de un acto jurídico y no a la de un simple hecho.

2.—Ver en una confesión, o en general en cualquier elemento probatorio, lo que en ella o en él no consta constituye la esencia del error de hecho "que aparezca de manifiesto en los autos" ya que la falta de apreciación de una prueba no consiste, simplemente, en haber PRESCINDIDO de su consideración, o en NO HABER VISTO la prueba del hecho demostrado sino también por haber DADO POR PROBADO un hecho, relación o circunstancia sin estarlo.

En nuestra legislación, tanto sustantiva como procesal, al clasificar y enumerar los medios probatorios, coloca en lugar preferente los de la confesión y los documentos públicos; y en lo referente a la prueba de testigos condiciona su admisibilidad, la restringe, subordina y hasta la prohibe en determinados casos. Claro está, que tal lógica graduación no es incompatible con la facultad que tienen los juzgadores de conceder crédito a cualquier demostración, pero la posibilidad de ejercitar esa facultad significa que, utilizada y derivándose la aseveración en disputa de varios elementos de prueba,

sobreviva ésta a la caída de sus más robustos pilares, con el pretexto de que no han desaparecido absolutamente todos.

De tal manera que, cuando concurren a justificar un hecho las pruebas documental pública, la de confesión y la testimonial, de las consideraciones expuestas antes, nace la forzosa consecuencia de que cuando se combaten con éxito, en el recurso de casación, los elementos más influyentes, por su naturaleza y objeto entre los que contribuyeron a formar el juicio del sentenciador de instancia, quedando solo uno de esos elementos, la ausencia de aquellos por excluirlos el recurso, destruye el fundamento en que dicho juicio se apoya. De donde se sigue que, salvo en la hipótesis de subsistir alguno de los elementos cardinales de la apreciación, basta la impugnación parcial eficaz de los que en ella entraron, para la casación de la sentencia contra la cual se formulan los cargos, si se juzga que la rectificación de los errores acusados modifica el supuesto básico de hecho del fallo y trasciende en la resolución del pleito.

3. — Por la "Restitutio in integrum" del derecho latino, 'el Pretor' concedía a los menores de edad la nulidad de los contratos que hubiesen sido consumados en su perjuicio a causa de los fraudes a que los exponía su inexperiencia. Tal institución es la génesis de la "Acción Rescisoria por Lesión Enorme", figura legal reconocida por nuestro Código Civil en el contenido del artículo 1946 que establece que "el contrato de venta podrá rescindirse por lesión enorme", forma de tutela ésta que ofrece el Estado a aquellos contratantes que aunque capaces de ejecutar todos los actos de la vida civil, sin embargo, en casos singulares, han llegado a ellos impulsados por necesidad, ignorancia o por simple imprevisión.

La acción opera en distintas relaciones contractuales, pero en tratándose de la compraventa su razón se explica con mayor vehemencia por ser estos convenios de naturaleza conmutativa, o lo que es lo mismo, por ser de su esencia, que la pretensión de una parte equivalga o tenga justa equiparidad con la prestación recíproca de la otra; y para que tenga operancia, los procedimientos civiles parten de la base de que realmente haya habido lesión enorme, vale decir, que por efectos del contrato resulte roto el equilibrio jurídico querido por las partes. De ahí por qué el justo precio de la cosa vendida que habrá de fijarse como medio de relación tiene que referirse a la cosa entregada frente al valor del precio recibido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintitrés de septiembre 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 Bogotá de fecha 23 de enero de 1956, en el juicio ordinario iniciado por Elvira Sánchez de Sánchez contra José Acevedo Carrascho sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme.

Antecedentes

La escritura pública número 429 de 19 de febrero de 1947 de la Notaría 5ª de Bogotá da cuenta de que la señora Elvira Sánchez viuda de Sánchez dijo "transferir a título de venta a favor del señor José Acevedo Camacho el derecho de dominio o propiedad y posesión de la finca rural denominada San José, situada en jurisdicción del Municipio de Tota —Boyacá—", comprendida dentro de los linderos expresados en el respectivo título. Al lado de cláusulas rituarias relativas al modo legal como la vendedora adquirió el inmueble se leen estas otras: "El precio total de la finca descrita ha sido acordado en la suma de $ 80.000.00 que el comprador ha pagado a la vendedora a su satisfacción". "Declara el comprador que ha recibido a su satisfacción la finca descrita y que ha pagado a la vendedora la suma de $ 80.000.00 valor de dicha finca".

Demanda

El 5 de marzo de 1949 la contratante señora Sánchez viuda de Sánchez, por medio de apoderado, en demanda corregida presentada en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá solicitó que con audiencia del citado Acevedo Camacho se hicieran en la sentencia de un juicio ordinario estas declaraciones y condenas:

"Primera—Declárase rescindido por lesión enorme sufrida por la vendedora, el contrato de compraventa celebrado por la señora Elvira Sánchez

de Sánchez con el señor José Acevedo Camacho por escritura pública número cuatrocientos veintinueve (429) de fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y siete (1947) pasada ante el Notario Quinto del Circuito de Bogotá, contrato por el cual la señora Elvira Sánchez de Sánchez vendió a José Acevedo Camacho la finca rural denominada San José, situada en las veredas de Tuaneca y San Francisco, jurisdicción del Municipio de Toca, Departamento de Boyacá, y cuyos linderos son los expresados en el hecho primero de esta demanda.

"**Segunda.** — **Declárase cancelada y sin efectos** jurídicos, la escritura pública número cuatrocientos veintinueve (429) de fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, pasada ante el Notario Quinto del Circuito de Bogotá, por la cual Elvira Sánchez de Sánchez vendió a José Acevedo Camacho una finca rural denominada San José.

"**Tercera.** — Ordénase al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja, que cancele la inscripción o registro que hizo en los libros primero y segundo de su oficina, de instrumento público mencionado en la declaración o petición segunda anterior.

"**Cuarta.**—Condénase al demandado José Acevedo Camacho, a restituir a la demandante cinco días después de la ejecutoria de este fallo, la finca rural denominada San José, situada en las veredas de Tuaneca y San Francisco, jurisdicción del Municipio de Toca, Departamento de Boyacá, comprendida dentro de los linderos expresados en el hecho primero de esta demanda.

"**Quinta.**—El demandado José Acevedo Camacho debe pagar a la demandante Elvira Sánchez de Sánchez, dentro del plazo que señale el fallo, los frutos que la cosa vendida haya producido y los que con mediana inteligencia y cuidado haya podido producir la misma finca, desde la fecha de la demanda.

"**Sexta.**—Declárase que el derecho que al demandado confiere el artículo mil novecientos cuarenta y ocho (1948) inciso primero del Código Civil, no podrá ejercitarse después de registrada la sentencia que decrete la rescisión que se demanda".

Como hechos sustentantes de la acción se alega:

"**Primero.**—La señora Elvira Sánchez de Sánchez, vendió al señor **José Acevedo Camacho**, por instrumento público pasado en la Notaría Quinta de esta ciudad, con fecha diez y nueve (19) de febrero de mil novecientos cuarenta y siete (1947), bajo el número cuatrocientos veintinueve (429) el dominio de que era dueña la vendedora, de la finca rural denominada San José, situada en las veredas de Tuaneca y San Francisco, jurisdicción del Municipio de Toca, del Departamento de Boyacá, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, a partir de la inserción de una pared que divide la finca de San José con terrenos de propiedad del señor Segundo Moyano y en dirección Oriente a Occidente, por toda una pared de tapia pisada con el camino público que conduce de Toca a Moniquirá; por el Occidente, pared de tapia pisada de por medio, con el mismo camino y luego con el potrero de La Esmeralda, de propiedad del señor Francisco Rojas; por el Sur, pared de tapia pisada de por medio, con propiedad de los señores Jorge Acevedo, Luis Acevedo Camacho y herederos de Ricardo Abella; por el Oriente, pared de tapia pisada de por medio, con terrenos de propiedad de José Ignacio Malaver, y Segundo Moyano, hasta el punto en que la pared que divide las propiedades de Moyano de la finca de San José inserta con la pared que separa dicha finca del camino público que conduce de Toca a Moniquirá, punto de partida y encierra".

"**Segundo.** — La vendedora había adquirido el dominio sobre el inmueble vendido, parte por adjudicación en la sucesión del señor doctor Jorge Sánchez Salazar y parte según instrumento público número trescientos cincuenta y seis (356) otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Tunja, el primero de agosto de mil novecientos ocho, y por el correspondiente registro de tales instrumentos.

"**Tercero.**—La vendedora cumplió las obligaciones que del contrato de compraventa mencionado en el hecho primero, resultan a su cargo.

"**Cuarto.** — El precio que la vendedora recibió del comprador señor José Acevedo Camacho, es inferior en mucho, a la mitad del justo precio del inmueble vendido y en consecuencia la vendedora sufrió lesión enorme en la venta, y a la época en que ésta se efectuó.

"**Quinto.**—A mérito del contrato de compraventa y del registro del mismo el señor José Acevedo Camacho, adquirió el dominio y posesión del inmueble por él comprado".

Días después, la misma señora viuda de Sánchez en escrito presentado en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, otro apoderado suyo propuso demanda contra el mismo Acevedo Camacho en orden a obtener que con su audiencia declarara el Juzgado:

"**Primero.**—Declárase rescindido el contrato de compraventa de la finca rural denominada 'San

José' situada en jurisdicción del Municipio de Toca, en el Departamento de Boyacá, veredas de Tuaneca y San Francisco, contrato celebrado entre Elvira Sánchez de Sánchez como vendedora y José Acevedo Camacho como comprador y solemnizado por escritura pública número cuatrocientos veintinueve de fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, pasada ante el Notario Quinto del Circuito de Bogotá, los linderos del inmueble son los que acusa el citado instrumento público.

"Segundo.—Declárase que la escritura pública número cuatrocientos veintinueve de fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y siete pasada ante el Notario Quinto de Bogotá, por la cual Elvira Sánchez de Sánchez vende a José Acevedo Camacho el inmueble rural denominado 'San José' y el registro del mencionado título, no tienen efectos jurídicos ni para la vendedora ni para el comprador.

"Tercero. El señor Notario Quinto del Circuito de Bogotá, cancelará en el protocolo respectivo la escritura en la cual solemnizó el contrato que se declara rescindido.

"Cuarto. — El Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja procederá a cancelar la inscripción o registro que hizo en los correspondientes libros de la oficina a su cargo de la escritura que contiene el contrato de compraventa cuya rescisión se decreta.

"Quinto.—El señor José Acevedo Camacho está obligado a restituir a Elvira Sánchez de Sánchez, libre de todo gravamen, y en el término de tres días a partir de la ejecutoria del fallo, la finca rural denominada 'San José', situada en jurisdicción del Municipio de Toca en el Departamento de Boyacá, veredas de Tuaneca y San Francisco, por los linderos expresados en la escritura en que se hizo constar el contrato de compraventa cuya rescisión se decreta. Y a esa restitución se le condena.

"Sexto.—José Acevedo Camacho está obligado a pagar a la señora Elvira Sánchez de Sánchez dentro del término de diez días contados desde la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio todos los frutos naturales y civiles que haya producido la cosa vendida y los que con mediana inteligencia y cuidado pudo producir desde que le fue entregada la finca vendida hasta el día en que la restituya.

"Séptimo.—El demandado José Acevedo Camacho debe pagar las costas del juicio".

En capítulos separados alegó el apoderado en fundamento de la nueva acción las circunstancias de haber llegado su poderdante a la celebración del contrato de venta referido, "movida por error, fuerza invencible e ignorancia a causa de su inexperiencia en el obrar comercial, su penosa situación económica, edad, sexo y condición, elementos todos que, dice, fueron capaces de producir en ella impresión fuerte y profunda que viciaron su consentimiento manifestado en el acto acusado".

La admisión de las demandas dio lugar a incidentes que ocuparon por más de dos años la actividad de los falladores de las dos instancias. El demandado no contestó las demandas, limitó su defensa a oponer a las acciones las excepciones perentorias deducibles de estos hechos: "El contrato revelado en la escritura número 429 de 19 de febrero de 1947 de la Notaría 5ª de Bogotá, no fue de venta como allí se dice sino uno de permuta consistente en que la señora demandante cambió la finca San José, por dos casas ubicadas en el área urbana de Bogotá recibiendo además un saldo en dinero, inferior en todo caso al valor conjunto de las dos casas que recibió de Acevedo Camacho". Y agrega: "Como el precio comercial de cada una de las dos casas para el día del contrato no se estableció en este proceso no puede llegarse jurídicamente a la conclusión de que medió lesión enorme en la permuta".

Luego de nuevas dilaciones entre ellas la que dio lugar a la acumulación de las dos demandas, le puso fin a la primera instancia el Juzgado del conocimiento en sentencia de 7 de mayo de 1953 del siguiente tenor:

"Primero—Declárase rescindido por lesión enorme sufrida por la vendedora, el contrato de compraventa celebrado por la señora Elvira Sánchez de Sánchez con el señor José Acevedo Camacho, por escritura pública número cuatrocientos veintinueve (429) de diez y nueve (19) de febrero de mil novecientos cuarenta y siete (1947) pasada ante el Notario Quinto (5º) del Circuito de Bogotá, contrato por el cual se vendió la finca rural denominada 'San José', situada en las veredas de Tuaneca y San Francisco, jurisdicción del Municipio de Toca, Departamento de Boyacá y cuyos linderos son los expresados en la demanda;

"Segundo.—Declárase cancelada y sin efectos jurídicos, la escritura pública número cuatrocientos veintinueve (429) de fecha diez y nueve (19) de febrero de mil novecientos cuarenta y siete (1947), pasada ante el Notario Quinto (5º) del Circuito de Bogotá, por la cual la señora Elvira Sánchez de Sánchez vendió al señor José Acevedo Camacho la finca rural denominada 'San José'.

"**Tercero.** — Ordénase al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja, que cancele la inscripción o registro que hizo en los Libros Primero (1º) y Segundo (2º) de su oficina, del instrumento público de que se ha hecho referencia.

"**Cuarto.** — El demandado, señor José Acevedo Camacho, en el término de diez días contados desde la ejecutoria de esta sentencia, podrá de acuerdo con el artículo 1948 del Código Civil, sobre ochenta mil pesos ($ 80.000.00) completar el precio de doscientos treinta y ocho mil setecientos cincuenta pesos ($ 238.750.00) moneda corriente de la finca, deducción de una décima (1/10ª) parte. De la suma completo del precio dicho, deberá pagar también interés legal desde el cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

"**Quinto.**—Vencido el término de los diez (10) días expresado en el punto anterior, dentro de los cinco (5) días siguientes, si consiente la rescisión, el demandado señor José Acevedo Camacho, restituirá la finca denominada 'San José', ubicada en jurisdicción del Municipio de Toca, veredas de Tuaneca y San Francisco, Departamento de Boyacá, comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, a partir de la inserción de una pared que divide la finca de San José con terrenos de propiedad del señor Segundo Moyano y en dirección oriente a occidente, por toda una pared de tapia pisada con el camino público que conduce de Toca a Moniquirá; por el Occidente, pared de tapia pisada de por medio con el mismo camino y luego con el potrero de La Esmeralda de propiedad del señor Francisco Rojas; por el Sur, pared de tapia pisada de por medio con propiedad de los señores Jorge Acevedo, Luis Acevedo Camacho y herederos de Ricardo Avella; por el Oriente, pared de tapia pisada de por medio con terrenos de propiedad de José Ignacio Malaver y Segundo Moyano hasta el punto en que la pared que divide las propiedades de Moyano de la finca de San José inserta con la pared que separa dicha finca del camino público que conduce de Toca a Moniquirá, punto de partida y encierra, a la señora Elvira Sánchez de Sánchez, junto con los frutos naturales y civiles que la finca haya producido, administrada con mediana inteligencia y actividad, desde el cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), como poseedor de buena fe.

"**Sexto.**—En el caso de consumarse la rescisión, la señora Elvira Sánchez de Sánchez deberá restituir, en el término de cinco (5) días a partir del vencimiento de los diez (10) días expresados en el punto cuarto (4º) de este fallo, la cantidad de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente al señor José Acevedo Camacho, junto con los intereses, a la rata legal, de esta suma, desde el cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

"**Séptimo**—Condénase en costas al demandado".

A solicitud de la parte demandada y en posterior proveído el Juzgado aclaró el fallo en el sentido de determinar "que la sentencia no envuelve condena contra el señor José Acevedo Camacho proveniente de la demanda acumulada, por alguna de las causales invocadas en ella".

Ambas partes apelaron del fallo del Juzgado, recurso que resolvió el Tribunal en decisión proferida el 23 de enero de 1956 en los siguientes términos:

"1º—Niéganse las peticiones formuladas en la demanda presentada por el doctor Pedro A. Posse Camargo como apoderado de Elvira Sánchez de Sánchez ante el Juzgado 8º Civil de este Circuito el cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (C. 1, f. 11 ss.), de cuyos cargos se absuelve al demandado José Acevedo Camacho.

"2º—Las costas de la actuación correspondientes a esta demanda en la primera instancia, son de cargo de la demandante.

"3º—Niéganse las peticiones formuladas por el doctor Gualberto Rodríguez Peña, mandatario judicial de Elvira Sánchez de Sánchez, en la demanda repartida al Juzgado 5º Civil de este Circuito el veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve (C. 3, f. 2 ss.), de cuyos cargos se absuelve al demandado José Acevedo Camacho.

"4º—Las costas de la actuación surtida en ambas instancias, correspondiente a esta demanda, son de cargo de la demandante.

"5º—En los anteriores términos queda reformada la sentencia de primera instancia".

Las sentencias de instancia

El juez del conocimiento estudia las pruebas allegadas y con base en ellas, vistas singularmente y analizadas en conjunto, concluye que está probado el hecho básico de la demanda "haber sufrido la vendedora señora viuda de Sánchez lesión enorme en el contrato que relaciona la escritura del proceso", convención que considera fue de compraventa como lo testimonia el instrumento no de permuta como lo sostiene la parte demandada. Y advierte: "No aparece en el voluminoso expediente prueba de que entre la señora Elvira Sánchez de Sánchez y el señor José Acevedo Camacho,

acordaran precio distinto de los $ 80.000.00 de que habla la escritura de venta; el suscrito observa que no aparece ningún escrito que demuestre, siquiera como principio de prueba, la existencia de estipulación omitta sobre este tópico, y, por consiguiente, a la escritura debe dársele todo el valor que le asigna la ley, mientras con plena prueba no se demuestre la falta de verdad de las afirmaciones hechas en ella por las partes contratantes". Adelante, confrontando el precio declarado en la escritura con el establecido pericialmente como que era el justo para el día del contrato agrega: "De las varias pruebas testimoniales y dictámenes periciales, de que se hizo recuento en los apartes correspondientes, se llega a la conclusión de que efectivamente la demandante vendió su finca 'San José' ubicada en jurisdicción del Municipio de Toca, Boyacá, por menos de la mitad de su justo precio a la fecha del contrato, por lo cual el derecho otorgado por los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, debe ser reconocido y declarado en esta sentencia".

El Tribunal REVOCO la decisión del inferior y en su lugar absolvió al demandado de los cargos formulados en las dos demandas fundando su determinación, cuanto a la acción encaminada a que se declare rescindido el contrato por haber mediado lesión enorme en perjuicio de la actora, en estas consideraciones:

"Aparece claramente que la acción ejercitada por la demandante es la rescisoria por lesión enorme del contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 429 de 19 de febrero de 1947, pasada ante el Notario 5º de esta ciudad"... "Pero antes de entrar al estudio de las condiciones que para el ejercicio de tal acción establece la ley, importa dejar definido de manera inequívoca si el contrato de que da cuenta la escritura 429 prenombrada es en realidad de compraventa, o si, por el contrario, encierra un contrato de permuta, como lo afirma el demandado, pues según que se trate de uno o de otro, la prueba que de la lesión ha de darse es diferente"... "Un cuidadoso estudio del acervo probatorio allegado por las partes al proceso ha llevado al Tribunal a darle la razón al demandado, pues resulta evidente que no es de compraventa sino de permuta el contrato que realmente celebraron las partes por medio de la escritura 429 anteriormente mencionada. Se trata, por tanto, de un contrato relativamente simulado, en el que bajo la apariencia de una compraventa se encubre un contrato de permuta que fue el realmente celebrado y querido por las partes, y que, por lo mismo, es el que ha de ser tenido en cuenta para determinar si se halla o no viciado por lesión enorme.

"El acto oculto, el que verdadera y jurídicamente rige las relaciones contractuales de las partes, aparece demostrado de manera irrefragable en el proceso con la propia confesión de la demandante y con el testimonio de personas que, como el doctor Eduardo Sánchez S. y el señor Carlos Barrera Vela, intervinieron directamente en la celebración del negocio".

Transcribe el sentenciador el texto de las declaraciones de los testigos Sánchez y Barrera y lo pertinente de las posiciones que absolvió la señora viuda de Sánchez y de su examen concluye, "que el contrato realmente celebrado por Elvira Sánchez de Sánchez y José Acevedo Camacho no es el que aparece de la escritura 429, de 19 de febrero de 1947, pasada ante el Notario 5º de Bogotá, sino aquel en virtud del cual la primera transfiere al segundo el derecho de dominio que tiene sobre la finca rural denominada 'San José', por la ubicación y linderos ya conocidos, con un valor de $ 115.000,00 y recibe en cambio de Acevedo dos casas-quintas situadas en el Barrio Palermo de esta ciudad, determinadas como atrás se dejó dicho, por valor de $ 30.000.00 cada una, y $ 55.000,00, en dinero efectivo".

Finalmente, partiendo de que el pacto acusado fue uno de permuta, declara no probados los hechos que jurídicamente "hubieran podido darle viabilidad a la acción ya que no demostró la demandante que el justo precio de lo que recibió de Acevedo Camacho en cambio de la finca 'San José' fuera inferior al justo valor que tenía esta última al tiempo del contrato, y, en consecuencia, la acción rescisoria por lesión enorme instaurada en la demanda no puede prosperar".

Y finaliza: "Incumbía, de consiguiente, a la parte actora, para el éxito de su pretensión allegar al proceso la prueba del justo precio, al tiempo del contrato, tanto de la finca 'San José' como de las dos casas-quintas recibidas como parte del precio de aquella, pues de lo contrario, ignorándose el justo valor de uno cualquiera de tales inmuebles, quedaría el fallador sin base cierta para poder determinar si aquella sufrió lesión enorme o no"... "Todo el debate probatorio, tanto en la primera cómo en la segunda instancia, giró exclusivamente en torno del justo precio que tenía la finca 'San José' al tiempo del contrato, sin que en ningún momento se hubiera preocupado la demandante por demostrar el justo valor que en esa fecha tenían las dos casas-quintas mencionadas. En tales circunstancias es palmario que sobra cualquier

estudio que de los dictámenes periciales producidos con el fin de acreditar el justo precio de 'San José' pueda hacerse, puesto que aun en el caso de que se llegara a la conclusión de que ese justo precio se halla plenamente demostrado, por faltar el justiprecio de las dos casas-quintas memoradas, no puede hacerse la confrontación de precios o elementos de estimación de que habla la Corte y, en consecuencia, no puede establecerse si la diferencia que entre ellos existe rebasa los límites señalados por la ley para que el contrato quede viciado por lesión enorme".

El recurso de casación

El recurso lo interpuso la parte demandante para pedir "se case la sentencia recurrida a fin de que asumiendo la Corte la función de Tribunal de instancia dicte la pertinente acorde con las pruebas allegadas a los autos y demostrativas de la lesión enorme o sea **acogiendo la acción de rescisión** del contrato celebrado entre la señora demandante y el señor Acevedo Camacho sobre la finca de San José". Admitida la demanda y tramitada en forma adecuada procede la Corte a desatarlo.

El apoderado del recurrente acusa la sentencia "por la primera de las causales del artículo 520 del C. J., o sea por violación directa e indirecta de la ley sustantiva" acusación que desarrolla a través de los cargos que puntualiza en la demanda, así:

Primer cargo.—La señora Elvira Sánchez viuda de Sánchez y el señor José Acevedo Camacho se ligaron contractualmente a términos del convenio de que da cuenta el instrumento público acompañado a la demanda por el cual, la señora de Sánchez dio a Acevedo Camacho la finca inmueble denominada San José de la comprensión municipal de Toca —Boyacá— por un precio convenido en dinero y pagadero al contado que Acevedo entregó a la señora de Sánchez y ésta recibió a su satisfacción; y NO como se afirma en la sentencia acusada, recibiendo la señora parte en dinero y el resto en dos inmuebles de propiedad de éste siendo el valor de estos superior al dinero recibido; determinación, agrega: a que llegó el sentenciador con violación de las disposiciones sustantivas que indicó en los motivos fundamento del cargo, así:

a) Violación del artículo 1759 del C. C. porque el sentenciador desviando el sentido de la norma no le dio mérito a las declaraciones que hicieron los otorgantes en el instrumento declarativo del acto acusado "siendo que el instrumento público hace plena fe contra los otorgantes en cuanto a las declaraciones que él contiene".

b) Violación del artículo 91 de la ley 153 de 1887 en cuanto el Tribunal admitió prueba testimonial para con base en ella alterar el claro contenido de lo expresado en el instrumento "siendo que la norma prescribe que no es admisible este elemento probatorio —la prueba testimonial— en cuanto adicione o altere en forma alguna lo que se expresa en el acto o contrato".

c) Violación del artículo 1946 del C. C., "porque probada la lesión enorme determinante de la rescisión del contrato acusado, el Tribunal se negó a declararlo por atenerse a dos declaraciones de testigos".

d) "Siendo evidente que la compraventa Sánchez-Acevedo no puede convertirse en permuta mediante declaraciones de testigos, es también evidente que el Tribunal incurrió en error de derecho atribuyendo valor a las declaraciones del doctor Eduardo Sánchez y del señor Barrera Vela, puesto que aquellos textos legales no dan entrada a ese género de pruebas".

e) Error de hecho en la apreciación de las declaraciones de la demandante manifestadas en las posiciones que absolvió "porque si el Tribunal, como así resulta, vio confesión de permuta donde no hay confesión alguna al respecto, se tendrá probado que el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho viendo lo que solo él vio, y nadie más puede ver".

Como los cargos tienen entre sí conexidad, habrán de examinarse conjuntamente para relacionar las conclusiones que se obtengan en uno y otro caso.

Consideraciones de la Corte:

Según el artículo 1759 del C. C. "las declaraciones que los otorgantes hagan en un instrumento público hacen fe contra los mismos declarantes". De este precepto deduce el recurrente que como la escritura cuestionada da fe de que los otorgantes viuda de Sánchez y Acevedo Camacho celebraron un contrato de compraventa, "sin que por lo demás haya cláusula alguna que de a entender que ellos calificaron indebidamente el contrato, ya que allí consta, únicamente, que la señora viuda de Sánchez vende la finca y el señor Acevedo la compra por dinero, el Tribunal al admitir dos declaraciones para alterar lo pactado en la escri-

tura violó directamente la citada disposición del artículo 1759 del Código Civil.

Si jurídicamente es evidente que las declaraciones que hacen los declarantes en una escritura los obliga y hacen fe entre ellos, ello no quiere decir que los contratantes al otorgar puedan cambiar la esencia y la faz jurídica de la convención señalándola con nombre distinto del verdadero, ni que carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado en el instrumento. Lo que no pueden hacer para este fin, por expresa prohibición del artículo 91 de la ley 153 de 1887, es acudir solo a la prueba de testigos para, valiéndose de ella, unilateralmente pretender adicionar o alterar la esencia y naturaleza misma de la convención, porque en tales casos es preciso que medie prueba de igual categoría que evidencie lo contrario, principio de prueba por escrito acompañada de testimonios, presunciones u otras probanzas.

Esto, porque no es lo mismo probar que obligar. Es notoria la diferencia entre efecto probatorio y efecto obligatorio de un instrumento público. Así, el que recoge un contrato tiene para los otorgantes tanta eficacia probatoria como obligatoria; y para los terceros solo está provisto de eficacia probatoria y no así de la obligatoria. No debe, pues, confundirse entre la una y la otra fuerza o eficacia del instrumento.

La regla del artículo 91, como las del 92 y 93 de la ley 153 de 1887, constituyen un desarrollo de lo norma del artículo 1767 del Código Civil, no así del 1759 ibidem. El primero consagra el principio de la obligatoriedad y de la eficacia probatoria del instrumento público entre los interesados u otorgantes; el segundo, el de la restricción a la admisibilidad de la prueba de testigos en relación con las limitaciones que ella tiene por razón del valor de la cosa misma y por motivo de la solemnidad del acto.

El artículo 1767 de Código Civil formula el principio o regla de que "no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito". Y el 91 de la ley 153 de 1887, en desarrollo de ese principio determina cuales son las obligaciones que deben consignarse en esa forma, y para tal fin expresa: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos". Se refiere, pues, esta disposición a "actos o contratos", a la prueba de un acto jurídico y no a la de un simple hecho.

El Tribunal dio entrada a la prueba de testigos no para demostrar la existencia del acto jurídico, o mejor del contrato, porque ella estaba establecida con el instrumento mismo; prueba escrita "adsustantiam actus", por el aspecto de la solemnidad del contrato que él recoge; y "ad probationem", si se toma por la faz de la exigencia legal de la prueba literal, por razón del valor de la obligación, sino por el aspecto de que se trataba de infirmar, por parte de uno de los interesados directos u otorgantes del instrumento la verdad de una de las declaraciones hecha en él, la de que el precio de la compraventa había sido pagado en dinero y al vendedor, cuando el pago se había hecho parte en dinero y parte con inmuebles valiendo estos más que aquel, situación para la cual no opera la restricción de la admisibilidad de la prueba de testigos, medio adecuado al caso por no tratarse de probar un acto jurídico o contrato, sino un simple hecho.

Así lo ha entendido la Corte al afirmar: "de que las declaraciones hechas en un instrumento público tengan fuerza de plena prueba contra sus otorgantes, no se deduce que a estos le esté vedado infirmarlas con otros medios probatorios, máxime en pleito entre las partes contratantes, en que no ocurre considerar la situación de los terceros, ni mucho menos puede impedir que una de esas partes se beneficie de la prueba consistente en la confesión de la otra". (GACETA JUDICIAL, Tomo LI, pág. 539).

Otra cosa distinta es que los testimonios admitidos y tenidos en cuenta por el Tribunal, no tengan, "per se" y aisladamente, la virtud probatoria suficiente para sostener el supuesto básico del fallo recurrido, por cuanto el sentenciador no dedujo tal supuesto y su pronunciamiento de ese elemento probatorio, sino que tuvo en cuenta la prueba testifical como concurrente, por lo que precisa estudiar los demás elementos cardinales en concurrencia y que han sido también motivo de acusación.

Hizo referencia el fallador a la resultante de las posiciones que absolvió la señora demandante y a aquellas en las que se la declaró confesa.

El pasaje que el sentenciador entiende y califica como "las confesiones de la señora viuda de Sánchez" y que dice, confirma la tesis de que la señora y Acevedo le dieron vida a un oculto contrato de permuta no a la compraventa de que da cuenta la escritura lo encuentra revelado en las respuestas que comenta, así:

"Al absolver las posiciones que ante el Juzgado 4º Civil de este Circuito le formuló José Acevedo Camacho, hizo la demandante Elvira Sánchez de Sánchez la siguiente aclaración en relación con la

pregunta décimasexta del interrogatorio: "que la finalidad que tenía yo en vender la finca de San José era la de pagarles a mis hijos Eduardo y Alvaro Sánchez una suma que me habían prestado para seguir un edificio que tenía yo en Tunja; yo resolví vender la finca de San José porque Eduardo me dijo que necesitaban el dinero. Se presentó el negocio con el señor José Acevedo Camacho con la condición de que se celebraría comprando ellos, los hijos Eduardo y Alvaro Sánchez Sánchez, cada uno, una de las casas. Y esto lo hice porque no tenía dinero con qué pagarles a mis hijos lo que yo les debía. Como ya lo dije anteriormente, recomendé a mi hijo el doctor Eduardo Sánchez Sánchez para que hiciera el negocio de la venta de la finca de San José" (C. 1, f. 96). Y al preguntársele si era cierto que al otorgar la escritura de venta de la finca San José a favor de José Acevedo Camacho, recibió de manos del comprador la cantidad de $ 55.000.00, dijo textualmente: "No es cierto. Aclaro: digo que no recibí el dinero porque yo no lo recibí personalmente pero sí fui informada de que el comprador señor Acevedo Camacho completó ese día treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.00) quedando debiéndome veinte mil pesos ($ 20.000.00), suma que me pagó a fines del año de mil novecientos cuarenta y siete en un cheque que trajo la señorita Graciela Acevedo". (Respuesta a la pregunta 18ª... C. 1, f. 96 v.)".

Así explica el fallador: "Esta confesión hecha personalmente por la demandante viene a confirmar sustancialmente la versión dada por el doctor Eduardo Sánchez y el señor Carlos Barrera Vela, porque si el demandado Acevedo le entregó a aquella el día del otorgamiento de la escritura la cantidad de $ 35.000.00 y solo le quedó a deber $ 20.000.00, no puede explicarse el hecho de que figure en el contrato un precio mucho mayor, $ 80.000.00, sino aceptando que el saldo le fue cancelado con el valor de las dos casas que Acevedo transfirió a los doctores Sánchez, y con lo cual pagó la señora Elvira a sus hijos las sumas que les debía...". "Por manera que sin necesidad de acudir a las posiciones formuladas por el demandado en esta segunda instancia, respecto de las cuales fue declarada confeso la demandante por auto de 13 de julio de 1954, se llega a la conclusión cierta de que fue de permuta el contrato realmente celebrado por Elvira Sánchez de Sánchez y José Acevedo Camacho, y no de compraventa".

Comentando el contenido de estas conclusiones dice el recurrente: "Es preciso averiguar lo que le ocurrió al Tribunal al leer en esas confesiones lo que ellas no dicen, pues si aparece claro que vio confesión de permuta donde no hay confesión alguna al respecto, se tendrá probado que el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho viendo lo que solo él vio, y nadie más puede ver". ..."Donde vio el sentenciador la confesión de la Sra. Elvira fue en la respuesta a la pregunta 16ª de las posiciones absueltas ante el señor juez cuarto del Circuito de Bogotá, respuesta que aparece copiada al principio de la página trece del fallo; y para indicarnos dónde vio la confesión dentro de esa respuesta, nos dice que si el demandado Acevedo no le entregó todo el precio en dinero sino una parte, como lo confiesa la señora, es porque el resto le fue cancelado con las casas vendidas por Acevedo a los hijos de la vendedora....". "Desde luego se advierte que no se trataría de confesión sino de un indicio, puesto que confesión es "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra" según el artículo 604 del Código Civil y en ninguna parte dice la señora que ella hubiera cambiado la finca de San José por dinero y casas; lo que dice es que ella aceptó vender su hacienda por cierto precio a condición de que sus hijos comprarán al señor Acevedo las citadas casas. Lo que ocurrió al respecto lo resumió ella así, en síntesis fidedigna: "Yo, vendedora, acepto el precio que usted me ofrece, señor Acevedo, si mis hijos le compran a usted dos casas, y así me descargan de lo que yo les debo".... "Los hijos fueron a ver las casas, discutieron con el señor Acevedo el precio, se las compraron y luego las vendieron ellos, no la madre...".

"En esta operación hay lo siguiente: El precio de las casas se lo pagan los Sánchez al señor Acevedo con un crédito que ellos tienen contra su mamá; de suerte que cuando la señora Elvira vende a Acevedo la hacienda, se opera el fenómeno de la confusión, así: ..."Acevedo debe pagar el precio de San José; la vendedora le debe a él lo que ella le debía a sus hijos, puesto que ya estos habían comprado las casas con el crédito a cargo de la señora; teniendo, en consecuencia, ambos contratantes, en un momento dado, o sea cuando celebraron el contrato de compraventa de San José, la calidad de acreedores y deudores entre sí, efectuándose confusión hasta concurrencia de los valores respectivos, pero no permuta".

Ahora bien: recogiendo el contenido de lo declarado por la señora, forzosamente tiene que aceptarse que su claro sentido surge a la luz de estos hechos no controvertidos: La señora de Sánchez debía a cada uno de sus hijos el dinero que le habían facilitado para concluir la construcción

de un edificio en Tunja: estos le solicitaron la cancelación de las acreencias, e la no tenía dinero para satisfacerlas pero sí la finca de San José que ya antes había determinado vender para con su valor cancelar esos créditos; Acevedo Camacho hizo postura proponiendo a la señora recibiera como parte del precio dos casas de su propiedad que el mismo señor poseía en Bogotá; la señora no aceptó la propuesta, pero la condicionó al hecho de que sus hijos **compraran para ellos a** Acevedo las dos casas, o lo que es lo mismo, aceptó la señora la propuesta si Acevedo pagaba por ella a sus hijos el valor de sus respectivas acreencias mediante convenio absolutamente particular con estos; los hijos acreedores arreglaron con Acevedo las bases del contrato que debía celebrar su madre como las particulares del de cada uno de ellos en relación con las dos casas, y como resultado compraron para cada uno las dos casas de Acevedo al tenor de las respectivas escrituras. Después se perfeccionó la que a su turno hizo la señora a Acevedo de la finca San José en la forma explicada en las cláusulas copiadas, sin que aquella hubiera intervenido en los convenios de Acevedo con sus hijos. Se limitó la señora, como lo manifiesta claramente, a vender la finca recibiendo el precio en dinero bien que diputando a Acevedo para que si los hijos compraban las dos casas verificara la debida compensación entre ella y él. En fin, si los hijos no compraban no había la posibilidad de realizar ningún negocio, fue lo que dijo la absolvente.

La circunstancia de que los compradores de las casas fueron los hijos de la señora de Sánchez que fueron estas las mismas que inicialmente ofreció Acevedo a la señora como parte del precio de la finca de San José: que los hijos al comprar los dos inmuebles al señor Acevedo dieran como resultado de la operación libre a su señora madre de la acreencia que tenían con ésta porque pagaron a Acevedo con lo que ella les debía, son hechos que no tuvieron la virtud de convertir a la señora de Sánchez y a sus hijos en una misma parte o extremo en relación con la venta del inmueble San José. Claro que los hijos intervinieron directamente en el negocio de su madre, pero cuanto a la compra de las dos casas asumieron la condición de terceros que a lo más vinieron a facilitar el negocio proyectado por su señora madre pero para obtener la cancelación de sus respectivos créditos. Cosa distinta que la señora hubiera recibido el dominio de las casas para transmitirlo luego a sus hijos o que en el hecho lo ocurrido no hubiera sido, como lo fue, que Acevedo canceló a los hijos la deuda de su madre para contabilizar luego ese valor en el precio de la finca San José que de inmediato debía abonar a la señora.

Es más:

Como a la demandante se le declaró confesa en las posiciones que se le pidieron en la segunda instancia, en esas presuntas confesiones toma fundamento el sentenciador para reforzar la tesis relativa a la naturaleza jurídica del contrato. Dice al efecto el Tribunal:

"Pero si todavía quedare alguna duda a este respecto, esa duda se disipa totalmente al examinar las posiciones en que fue declarada confesa la demandante, según se expresó anteriormente. De ellas aparecen confesados paladinamente los siguientes hechos fundamentales:

"a) Que en conversación habida con los señores Rafael Rodríguez Lozano y Manuel Antonio Torres, quienes actuaron como peritos en la primera instancia de este negocio, les manifestó que la forma de pago acordado con José Acevedo Camacho del precio de dicha finca (San José) fue de $ 55.000.00 en dinero que le entregó el comprador, y el saldo de $ 60.000.00 fue destinado por ella a cancelar unas deudas que tenía a favor de sus hijos Eduardo y Alvaro Sánchez, quienes recibieron de José Acevedo Camacho, dos casas-quintas en el Barrio Palermo de esta ciudad, de propiedad de éste, estimadas en $ 30.000.00 cada una (Pregunta 4ª);

"b) Que al aprobar el negocio acordado entre su hijo Eduardo Sánchez Sánchez, recomendado por la demandante para tal efecto, y José Acevedo Camacho sobre venta de la finca San José, aceptó como precio de la misma la cantidad de $ 115.000.00 ofrecido por el demandado. (Preguntas 5ª 6ª y 7ª);

"c) Que aprobó, asimismo, la forma de pago convenida entre el doctor Eduardo Sánchez S. y Acevedo, o sea $ 55.000.00 en dinero, que le fueron entregados por el comprador; y el saldo de $ 60.000 destinado por la demandante para cancelar unas deudas que tenía a favor de sus hijos Eduardo y Alvaro, quienes recibieron de Acevedo Camacho dos casas-quintas de propiedad de éste, en el Barrio Palermo de esta ciudad, estimadas en $ 30.000 cada una. (Pregunta 8ª);

"d) Que el precio de las dos casas-quintas mencionadas, de $ 60.000.00, transferidas por José Acevedo Camacho a sus hijos Eduardo y Alvaro Sánchez, se abonó a la suma de $ 115.000.00 que el nombrado Acevedo tenía que pagar a la deman-

dante como precio de la finca San José, en el Municipio de Toca. (Pregunta 17ª);

"c) Que abonados al precio de la finca San José los $ 60.000.00 de que trata el punto anterior, solo quedó a cargo de Acevedo Camacho un saldo de $ 55.000.00 que fue el que le pagó en dinero efectivo. (Pregunta 18ª); y

"f) Que la escritura de venta de la finca San José, otorgada por la demandante a favor de Acevedo Camacho, al decir que el precio de dicha finca fue de $ 80.000.00 que recibió aquella de contado, no expresa la verdad".

Y sin ningún comentario concluye: "Se trata, por consiguiente, de un contrato de permuta con saldo en dinero, que el artículo 1850 del C. C. contempla en los siguientes términos: "Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero; y venta en caso contrario".

Nada tan extraño a la realidad procesal como la conclusión transcrita, porque como lo advierte el recurrente "en estas preguntas está aceptada la verdad de la negociación: deuda sin cancelar a cargo de los Sánchez y a favor de la madre de ellos; venta y transmisión de la propiedad de las casas a los expresados hijos de la señora Elvira; imputación del crédito de los Sánchez contra su mamá al precio de la finca de San José. En total, varios contratos; venta de Acevedo al doctor Eduardo Sánchez de una casa, venta del mismo señor Acevedo a Alvaro Sánchez, de otra casa; cesión del crédito que los compradores tenían contra doña Elvira al señor Acevedo: convenio de este con doña Elvira de aceptarle ese crédito en pago de la parte del precio de la hacienda de San José, y consumación de este último convenio, en que se operó en parte la confusión..." "Estas cuatro o cinco operaciones jurídicas, claras en la mente del señor Acevedo, claras en la mente de los señores Eduardo y Alvaro Sánchez y clarísimas en la mente de la señora Elvira, fueron convertidas por el sentenciador en una sola, que llamó permuta"... "Con esa trastada no solo quebrantó los artículos que he citado sino que produjo el fenómeno, bastante raro por cierto, de meterse a calificar los contratos de don José Acevedo Camacho con los hermanos Sánchez sin que estos sean partes en el presente juicio"... "De quedar en firme en vuestro fallo la concepción injurídica del Tribunal, este pleito no sería para los citados hermanos una "res inter alios acta", sino que sin haberse defendido como partes en el pleito quedarían clasificados como testaferros de la madre; no serían ellos los que compraron las casas sino la señora Elvira; no serían ellos los que las revendieron, sino la madre; no serían ellos los que adquirieron la propiedad de dichas casas, sino la señora de Sánchez; no serían ellos los titulares de todos los derechos de que aquellos contratos de venta les confirieron respecto de su vendedor sino la madre de ellos. Todo porque olvidó el Tribunal que la verdad de la venta y de la adquisición de la propiedad por parte de los hermanos Sánchez respecto de las casas ha sido reconocida por el mismo Acevedo no solo en todos los pasos pertinentes de este expediente, como son las preguntas y afirmaciones contenidas en las preguntas que he transcrito, sino en las mismas escrituras de venta de Acevedo a los Sánchez, en que les vende las casas".

"Si algún día resultara la necesidad de calificar esos contratos en juicio de ellos contra el señor Acevedo o de éste contra ellos o de los sucesores de los Sánchez contra los sucesores de Acevedo por cuestiones de saneamiento o de cualquier otro carácter, se diría que tales contratos son de venta, y en este pleito ya se habría dicho que son de permuta, y lo que es más grave todavía, se habría dicho en este pleito, que los Sánchez no fueron los adquirentes de las casas sino su mamá, puesto que para llegar al extremo absurdo de calificar de permuta lo ocurrido, es porque se ha considerado que los compradores Sánchez apenas fueron testaferros de doña Elvira al comprar las casas, contra lo que el mismo Acevedo declara en aquellas preguntas a los testigos. Todo por haberse metido el Tribunal, de oficio, a donde nadie lo había invitado, desde el mismo momento en que el señor Acevedo tiene aceptado que hubo venta de sus casas a los Sánchez y transmisión de la propiedad de tales inmuebles a dichos señores".

Ahora bien:

Si como se afirma en la sentencia, se hubiese comprobado que a requerimiento de Acevedo la señora confesó que su negocio fue una permuta "porque ella recibió las dos casas como parte del precio de la finca 'San José'; que no fueron sus hijos los que compraron las casas; y si legalmente se hubiese infirmado el dicho de la señora 'de que ella convino en venderle a Acevedo la finca por un precio determinado siempre y cuando sus hijos optaren por comprarle al mismo Acevedo las dos casas para hacer luego la compensación de crédito a que hubiere lugar, tendría razón el Tribunal. Pero como la realidad de la negociación fue la descrita a través de las consideraciones que se han venido haciendo, procede concluir que como el sentenciador vio en las declaraciones de la

señora lo que ella no dijo, ese proceder vino a configurar un claro y manifiesto error de hecho que unido al error de derecho consistente, en haberle atribuído a las declaraciones de los dos testigos mérito suficiente a obtener la alteración de lo manifestado por los otorgantes en el acto escriturario acusado.

Ver en una confesión, o en general en cualquier elemento probatorio, lo que en ella o en él no consta constituye la esencia del error de hecho "que aparezca de manifiesto en los autos" ya que la falta de apreciación de una prueba no consiste, simplemente, en haber prescindido de su consideración, o en no haber visto la prueba del hecho demostrado sino también por haber dado por probado un hecho, relación o circunstancia sin estarlo.

Síntesis de las anteriores consideraciones es la obligada conclusión de que el Tribunal vio un contrato de permuta que dedujo no solo en virtud de un medio de prueba no lo suficientemente hábil, sino dando por probado ese extremo por medio probatorio inexistente en el proceso como lo es la pretendida confesión.

En nuestra legislación, tanto sustantiva como procesal, al clasificar y enumerar los medios probatorios, coloca en lugar preferente los de la confesión y los documentos públicos; y en lo referente a la prueba de testigos condiciona su admisibilidad, la restringe, subordina y hasta la prohibe en determinados casos. Claro está, que tal lógica graduación no es incompatible con la facultad que tienen los juzgadores de conceder crédito a cualquier demostración, pero la posibilidad de ejercitar esa facultad significa que, utilizada y derivándose la aseveración en disputa de varios elementos de prueba, sobreviva ésta a la caída de sus más robustos pilares, con el pretexto de que no han desaparecido absolutamente todos.

De tal manera que, cuando concurren a justificar un hecho las pruebas documental pública, la de confesión y la testimonial, como acontece en el caso de autos, de las consideraciones expuestas antes, nace la forzosa consecuencia de que cuando se combaten con éxito, en el recurso de casación, los elementos más influyentes, por su naturaleza y objeto entre los que contribuyeron a formar el juicio del sentenciador de instancia, quedando solo uno de esos elementos, la ausencia de aquellos por excluírlos el recurso, destruye el fundamento en que dicho juicio se apoya. De donde se sigue que, salvo en la hipótesis de subsistir alguno de los elementos cardinales de la apreciación, basta la impugnación parcial eficaz de los que en ella entraron, para la casación de la sentencia contra la cual se formulan los cargos, si se juzga, como así lo estima la Corte en el caso de estudio, que la rectificación de los errores acusados modifica el supuesto básico de hecho del fallo y trasciende en la resolución del pleito.

En la demanda de casación que se decide, se atacan la apreciación de la prueba testimonial, como la de los documentos públicos y la de la confesión, que contribuyeron en forma concurrente a formar el juicio del sentenciador, y de ese ataque solo sobrevive la prueba de testigos, como ya se ha visto. Pero, como las infracciones en que incurrió el Tribunal, en relación con los otros dos elementos cardinales son de tal entidad que determinan la variación del supuesto básico del fallo recurrido y, consiguientemente, el de sus pronunciamientos, sin que para ello obste la circunstancia de que se haya tomado en cuenta la prueba testimonial concurrente, porque la estrecha relación que guarda con las mal apreciadas impiden, de acuerdo con los principios anteriormente expuestos, mantener vigentes declaraciones exclusivamente apoyadas en la previa subsistencia de aquel juicio.

En tal virtud, la acusación prospera por los motivos anotados y procede la impugnación del fallo y, por ende, la motivación de la sentencia de instancia que debe dictar la Corte para reemplazar la casada, queda reducida a estudiar si en la compraventa contenida en el contrato sub-judice medió realmente el vicio denunciado y el consiguiente perjuicio causado a la vendedora demandante.

La lesión enorme

Por la "Restitutio in Integrum" del derecho latino, el pretor concedía a los menores de edad la nulidad de los contratos que hubiesen sido consumados en su perjuicio a causa de los fraudes a que los exponía su inexperiencia. Tal institución es la génesis de la "Acción Rescisoria por Lesión Enorme", figura legal reconocida por nuestro Código Civil en el contenido del artículo 1946 que establece que "el contrato de venta podrá rescindirse por lesión enorme", forma de tutela ésta que ofrece el Estado a aquellos contratantes que aunque capaces de ejecutar todos los actos de la vida civil, sin embargo, en casos singulares han llegado a ellos impulsados por necesidad, ignorancia o por simple imprevisión.

La acción opera en distintas relaciones contractuales, pero en tratándose de la compraventa su razón se explica con mayor vehemencia por ser

estos convenios de naturaleza conmutativa, o lo que es lo mismo, por ser de su esencia que la pretensión de una parte equivalga o tenga justa equiparidad con la prestación recíproca de la otra; y para que tenga operancia, los procedimientos civiles parten de la base de que realmente haya habido lesión enorme, vale decir, que por efectos del contrato resulte roto el equilibrio jurídico querido por las partes. De ahí por qué, el justo precio de la cosa vendida que habrá de fijarse como medio de relación tiene que referirse a la cosa entregada frente al valor del precio recibido.

El artículo 1947 del C. C. indica que "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que entrega". Y agrega la disposición: "El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

Estos extremos fueron aclarados mediante la prueba pericial en la que expertos avaluaron el inmueble "San José" haciendo referencia a lo que valía para el tiempo del contrato. De la confrontación numérica surge la realidad de la venta a menos precio —por menos de la mitad del justo valor— ya que el inmueble, como se verá, valía para el día del contrato más del doble de lo que el comprador dio por él, así: el precio declarado en la escritura no modificado legalmente por los contratantes fue el de $ 80.000.00 y el precio justo según el dictamen pericial fue el de $ 243.500.00. La operación contable pone de manifiesto que el valor que dejó de recibir la vendedora excede a más del doble del precio convenido y entregado.

Estas las razones que dan fundamento a las anteriores consideraciones: la parte interesada en el éxito de la acción rescisoria aprovechó en ambas instancias la prueba pericial en orden a la fijación del justo precio de la finca para el día del contrato, con este resultado.

En la primera instancia los peritos dictaminaron en su orden: El de la parte demandante avaluó el inmueble en $ 280.725.00; el designado por el demandado le señaló el valor de $ 140.000.00; y el tercero el de $ 244.275.00. No fueron objetados estos dictámenes, pero como se observa, no medió concepto uniforme de dos de los expertos y la diferencia entre los extremos vistas las cuantías de los respectivos avalúos excede de un cincuenta por ciento. En cambio, en la segunda instancia, los peritos con más amplia información y a base de mayor fundamentación dieron el siguiente avalúo: El de la parte actora avaluó el inmueble en $ 243.500.00, el designado por el demandado en $ 140.600.00; y el perito tercero, adhiriendo al de la parte actora, señaló el mismo dado por éste o sea la suma de $ 243.500.00.

Los dictámenes uniformes de los dos peritos fueron objetados por el demandado sin obtener resultado favorable pues la incidencia le fue fallada adversamente. Quedó así en firme este dictamen uniforme y con ello satisfecho el extremo principal de los presupuestos que configuran la acción de la demanda toda vez que la pericia se halla explicada y debidamente fundamentada.

En síntesis, y repitiendo: Establecida la realidad de la venta a menosprecio, por menos de la mitad del justo valor, ya que la finca del pleito valía para el día del contrato más del doble de lo que el comprador dio por ella, la acción rescisoria debe prosperar y así debe resolverlo la Sala al definir la litis como falladora de instancia, en paso procesal que en el fondo lleva a la confirmación del fallo juzgado pero que habrá de reformarse para ajustar la parte resolutiva a las exigencias de la técnica legal.

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 proferida en el presente juicio con fecha 23 de enero de 1956 del Tribunal Superior de Bogotá y previa reforma de la proferida por el señor Juez del conocimiento, FALLA el pleito, así:

1º—Declárase que la señora Elvira Sánchez viuda de Sánchez, como vendedora, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa de la finca inmueble denominada San José, ubicada en el Municipio de Toca del Departamento de Boyacá, celebrado con José Acevedo Camacho, como comprador, contrato de que da cuenta la escritura número 429 de 19 de febrero de 1947 corrida ante el Notario Quinto de Bogotá y registrada el 15 de abril del mismo año en el Libro Primero bajo la partida número 1023 en la Oficina de Registro de Tunja.

2º—En consecuencia, declárase la rescisión de dicho contrato y por lo tanto se condena a José Acevedo Camacho a devolver a la demandante señora Elvira Sánchez viuda de Sánchez, o a sus sucesores, la finca de San José purgada de toda hipoteca o derecho real que hubiere constituído aquel en dicho predio. Esta restitución la hará seis días después de ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase que el juez a-quo debe dictar en virtud de este fallo, siempre que el demandado no opte por el completo del precio, en la forma indicada en este fallo.

3º—Condénase a la demandante señora Elvira

Sánchez viuda de Sánchez o a sus sucesores, a devolver a José Acevedo Camacho, dentro del mismo plazo fijado para la restitución de la finca San José, en el numeral anterior, la suma que a cuenta del precio de dicho predio pagó a la señora viuda de Sánchez, ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente, y siempre que no se opte por el completo del precio, en la forma indicada en este fallo.

4º—El comprador Acevedo Camacho debe los frutos naturales y civiles que haya producido la finca "San José" desde la fecha de la demanda y los demandantes deben los intereses legales del dinero ($ 80.000.00) moneda corriente que Acevedo Camacho entregó a la vendedora como parte del justo precio de dicho predio, desde las fechas de las respectivas entregas. Estas prestaciones tendrán lugar siempre que no se opte por el completo del precio.

5º—Queda a opción del comprador José Acevedo Camacho o consentir en la rescisión decretada o completar el justo precio de la finca vendida, o sea la suma de doscientos cuarenta y tres mil quinientos pesos ($ 243.500.00) moneda corriente con deducción de una décima parte. El citado comprador tendrá el plazo de sesenta (60) días, contados desde la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase que ha de dictar el juez a-quo en virtud de este fallo, para completar dicho justo precio o sea la suma de doscientos cuarenta y tres mil quinientos pesos ($ 243.500.00) moneda corriente.

6º—Si el demandado Acevedo Camacho consintiere en la rescisión del contrato, se oficiará por el juez a-quo, a la Notaría Quinta de Bogotá y a la Oficina de Registro de Tunja para la cancelación de la escritura número 429 de 19 de febrero de 1947 ya mencionada y para la cancelación de la inscripción de dicha escritura en la Oficina de Registro de Tunja, tan pronto como los demandantes hayan hecho las restituciones del caso al demandado.

7º—No se hacen las demás declaraciones de que trata el juicio y por lo tanto respecto de ellas se absuelve al demandado.

Las costas del juicio en ambas instancias a cargo de la parte vencida o sea la demandada.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

PAGO DE LO NO DEBIDO.—"CONDICTIO INDEBITE". — EN LA DEMANDA ES DONDE SE SEÑALA AL DEMANDADO, PORQUE EL PRINCIPIO DE DISPOSICION DE LAS PARTES ES LA REGLA DE NUESTRO PROCEDIMIENTO CIVIL.—EL JUEZ TIENE PODER DE DIRECCION DE LOS DEBATES JUDICIALES, PERO RESTRINGIDO

Cuando el pago es "indebido", en protección de quien paga —solvens— se concede una acción especial que tiene como finalidad obtener, del destinatario del pago —accipiens— la restitución de lo entregado, en cuanto dicha entrega haya determinado un perjuicio patrimonial para el primero. Esta acción es autónoma, y no debe depender en forma inmediata de una relación contractual o jurídica; esto es, el pago de lo "no debido" da lugar a una acción restitutoria.

El pago "indebido" debe entenderse en el sentido amplio de la expresión, vale decir, como prestación "no debida": la que puede consistir en el desembolso de una suma de dinero —numerario pecuniae— o ya sea, también, en la dación o entrega de una cosa; o en la constitución de un derecho; etc. En general, en una atribución patrimonial que se concrete en un acto en que el pago dependa de una obligación no contractual, como ocurría en el derecho romano con la llamada "CONDICTIO INDEBITE".

Entonces, el fundamento de la acción de repetición del pago de lo no debido se halla en la ausencia de una relación jurídica entre las partes, en la falta de causa del pago. En efecto, los doctrinantes y la jurisprudencia, encuentran la plena justificación del derecho de repetir en la circunstancia de no existir razón de ser del "deber de la prestación", o sea, precisamente, "la causa de la obligación de pagar", pues se trata de un pago hecho sin razón justificativa.

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

(Magistrado ponente Dr. Francisco de P. Vargas Vélez)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de quince de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario que Julio Mazabel, mayor de edad y vecino de Tuluá, por medio de apoderado, promovió ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá, contra "Sociedad Villegas Hermanos S. A." que dijo estar representada por su Gerente General, don Camilo Villegas, domiciliado en la ciudad de Armenia, Caldas.

Antecedentes

Por medio de libelo fechado el 3 de marzo del año de 1952, el personero del señor Julio Mazabel, promovió demanda ordinaria cuya parte petitoria es de este tenor:

"...y es por ello, que haciendo uso de la facultad que mi mandante Mazabel me ha conferido por medio del poder "que he dejado enunciado, ocurro ante Ud. en demanda de justicia, demandando en juicio ordinario de mayor cuantía, en nombre y representación de mi mandante don Julio Mazabel, mayor de edad y vecino de Tuluá, a la "Sociedad Villegas Hermanos S. A." por medio de su Gerente General, don Camilo Villegas, domiciliado en la ciudad de Armenia, Caldas, para que citado y oído, y previos los trámites de juicio sobre acción de "IN REM VERSO", de mayor cuantía, se hagan por usted las siguientes declaraciones:

"A) Que la sociedad "Villegas Hermanos S. A." por medio de su Gerente General, don Camilo Villegas, debe y está obligado a restituír a mi mandante don Julio Mazabel, mayor de edad y vecino de Tuluá, las cantidades de dineros recibidos en demasía como pago de los ganados comprados a la hacienda "La Cascada", recibidos sin causa justa, y fuera de todo principio legal.

"B) Que la sociedad 'Villegas Hermanos S. A.' debe y está obligada por medio de su Gerente señor don Camilo Villegas, a reconocer a mi man-

dante Mazabel, los intereses legales de todos los dineros recibidos sin causa justa, y los perjuicios que le ha causado el cobro indebido, de cuentas ajenas a la cuestionada negociación, y

'C) Que si la sociedad 'Villegas Hermanos' por medio de su Gerente General afronta la litis, se le condene al pago de costas y gastos del presente juicio, ya que si lo hacen es de manera maliciosa y temeraria".

Los hechos fundamentales de la acción pueden resumirse así:

Que Julio Mazabel compró a la Sociedad "Villegas Hermanos S. A." la cantidad de trescientos treinta y ocho novillos de la hacienda "La Cascada", ubicada en el municipio de Tuluá, novillos que fueron entregados por partidas "por medio del señor Alberto Villegas, quien obraba como agente oficioso del señor Camilo Villegas, Gerente de la Sociedad "Villegas Hermanos S. A." 'venta y compra que se verificaron dentro del año de mil novecientos cincuenta y uno, los cuales discriminó por partidas, entregas, kilos y valores".

Que Mazabel pagó el precio de los ganados al agente oficioso de la sociedad, señor Alberto Villegas, en cheques y en dinero efectivo.

Que Mazabel, al hacer el pago, se excedió en las cantidades de dinero que pagaba, debido —afirma el personero— a su crasa ignorancia, dando ello lugar a un enriquecimiento sin causa por parte de la Sociedad demandada y un empobrecimiento por parte de Mazabel.

Que el Código Civil exige dos cosas para que exista la ventaja del demandado: "que la prestación se haya hecho con la intención de cumplir con ella una obligación" y "que la deuda no exista al tiempo de la prestación, sea porque ya estaba extinguida, sea porque nunca haya existido".

Que Mazabel carece en absoluto de otra acción distinta de la "IN REM VERSO", y que esta acción es la que ha de establecer para que la Sociedad "Villegas Hermanos S. A." restituya los dineros a Mazabel.

Que no satisfecha la sociedad "Villegas Hermanos S. A." con los pagos que le ha verificado Mazabel por medio de su agente oficioso, eleva a Mazabel un alcance de diez y seis mil pesos moneda legal.

En la demanda se dividen en seis grupos las entregas de animales de la sociedad demandada a Mazabel, se detallan pesos y valores, con determinación de partidas de animales, pero no se precisan fechas de entregas. En cambio, al realizar la enumeración de las cuotas de pagos de precio, se detallan cheques, valores y sus fechas, más lo que el demandante dice entregó en dinero efectivo.

El juez del circuito admitió la demanda como propuesta contra la sociedad comercial "Villegas Hermanos y Cía. S. A." la que dijo estar representada por su Gerente general señor Camilo Villegas, domiciliado en Armenia. Y ordenó correr el traslado de rigor.

El veinte y tres de abril de mil novecientos cincuenta y dos, aparece notificado del auto de admisión de la demanda el señor Camilo Villegas, "como representante de Villegas Hermanos S. A."

Don Camilo Villegas otorga posteriormente poder al doctor Saulo Victoria Viveros para que represente a la sociedad Villegas Hermanos y Cía. S. A. en el juicio que le ha iniciado Julio Mazabel.

El apoderado de la parte demandada comienza diciendo que le han conferido poder los señores Villegas Hermanos y Cía. S. A. y con tal carácter responde la demanda.

Que Villegas Hermanos S. A. vendieron a Mazabel 338 reses gordas; que fueron entregadas en diversas partidas por intermedio de Alberto Villegas, quien al mismo tiempo estaba comisionado para recibir el precio. Se refiere a las partidas de ganados mencionados por el demandante y sostiene que unas de ellas están correctas pero que otras contienen algunos errores, de número y de peso y de valores. Expresa que aunque la demanda no menciona las fechas en que fueron entregadas, considera de importancia hacerlo para deducir el tiempo en que el actor pagó. Y hace una larga enumeración de partidas de ganados y entregas de ellos. Sostiene que la sociedad en manera alguna es responsable de dineros que Mazabel haya entregado a Alberto Villegas, sino hasta concurrencia de las cantidades que efectivamente haya recibido la sociedad, "pues el señor Alberto Villegas estaba comisionado o encargado exclusivamente para entregar al señor Mazabel los ganados provenientes de "La Cascada" y para recibir su correspondiente valor. De tal manera que si, por ejemplo, el señor Mazabel llegó a dar dinero en superior cantidad al señor Villegas a la que correspondía por el respectivo lote o partida de ganados, no habiendo recibido la sociedad sino el importe exacto de las partidas vendidas y entregadas, aquel exceso no recibido por la sociedad en nada la ha enriquecido, y no habiendo tenido intervención directa ni indirecta en ello, ninguna responsabilidad puede el actor atribuírle a la sociedad demandada". Luego expresa el demandado qué partidas de dinero ha

recibido y cuáles no. Y concluye afirmando que es el demandante quien adeuda dineros a la sociedad demandada, en concepto de algunos animales vendidos que no le ha pagado.

Separadamente el personero del demandado propuso demanda de reconvención por el precio de algunos animales que dijo vendidos y no pagados por el demandante. La contrademanda fue respondida en forma negativa, por lo que el juicio doble sufrió toda la tramitación y culminó la primera instancia con la sentencia de trece de noviembre del año de mil novecientos cincuenta y tres, que dijo:

"Primero. Absuélvese a la Sociedad "Villegas Hermanos y Cía. S. A." con domicilio principal en la ciudad de Armenia (Caldas), de todos los cargos que se le formularon en la demanda principal de este juicio ordinario promovido por el señor Julio Mazabel.

"Segundo. Declárase que el señor Julio Mazabel debe a la sociedad Villegas Hermanos y Cía. S. A. la suma de siete mil novecientos ochenta y ocho pesos con ocho centavos moneda corriente ($ 7.988,08) y los intereses comerciales de esta misma suma, a partir del 31 de diciembre de 1951.

"Tercero. Condénase en costas al demandante principal en este juicio ordinario".

Apelada esa sentencia por las partes, los autos subieron al Tribunal del Distrito Judicial de Buga, donde fue proferida la sentencia recurrida en casación, cuya parte resolutiva es como sigue:

"En mérito de lo anterior, 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 fecha trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, dictada en este juicio por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá, y en su lugar RESUELVE:

"Primero. DECLARASE que la sociedad 'Villegas Hermanos y Cía. S. A' con domicilio en Armenia (Caldas) debe al señor Julio Mazabel, mayor y vecino de Tuluá la suma de once mil ciento cincuenta pesos, cincuenta y dos centavos ($ 11.150,52) y los intereses legales de ésta, desde el diez y siete de octubre de mil novecientos cincuenta y uno hasta el día del pago.

"Segundo. ABSUELVESE al demandante Julio Mazabel de los cargos de la demanda de reconvención; y

"Tercero. CONDENASE en costas a la parte demandada".

Contra tal sentencia recurrió la parte demandada y tramitado el recurso ante esta Sala, es llegado el momento de decidir y se procede a ello:

Demanda de casación

Se expresa así el recurrente en la parte que la Sala ha considerado debe estudiar para la solución del recurso interpuesto:

"MOTIVOS DE LA DEMANDA: El recurso de casación en que formulo la presente demanda procede por el primero de los motivos numerados en el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia antes señalada violatoria de la ley sustantiva:

a) Por aplicación indebida de los artículos 1763, 2142, 2168, 2183 y 2313 del Código Civil y 43, 331 y 333 del Código de Comercio".

Y después de transcribir conceptos de dos expositores foráneos de derecho civil, manifiesta lo siguiente:

"Estas claras doctrinas han sido acogidas por esa H. Corte, entre otras en sus decisiones de 4 de febrero de 1954, de la Sala de Casación Civil, y septiembre 9 de 1946, Sala de Negocios Generales, a que pertenecen estas citas:

" "De una manera general en toda acción, sobre pago por error o pago indebido de que trata el artículo 2313 del CC. va envuelta la correlativa de nulidad o ineficacia, POR FALTA DE CAUSA REAL, del acto o contrato que dio lugar a esa clase de pago. (G. J. Tomo LVII página 255)" "

" "La acción de pago de lo no debido, se basa jurídicamente hablando en la ausencia de causa para tal pago. (G. J. Tomo LXI página 281)" "

"Olvidándose de esos principios la sentencia acusada violó el artículo 2313 del CC. que los consagra como ley sustentiva, por error de hecho en que incurrió al) declarar (folio 72 v) que los requisitos o condiciones necesarios conforme al artículo 2313 del Código Civil, para que prospere la acción de repetición de lo pagado indebidamente 'aparecen comprobados en el presente juicio, porque como se ha visto, Julio Mazabel pagó a Alberto Villegas después de haber cancelado completamente los valores de las partidas de ganado de las cinco primeras ventas, la suma de $ 54.075,44 cuando adeudaba a la sociedad demandada solamente $ 42.924,92 por las seis partidas y la vaca, objeto de la sexta venta; el pago de tal suma fue indebido en su diferencia o sea en $ 11.150,52 porque la obligación solo alcanzaba a $ 42.842,92 sin que pueda decirse que Mazabel tenía pleno conocimiento que efectuaba un pago indebido, cuando entregaba mayores sumas de lo que estaba obligado a pagar, porque no

aparece prueba de ello y todo indica que lo hizo por error debido quizás a su ignorancia no desmentida en el juicio.

"Y quebrantó el Tribunal dicho artículo por error de hecho en la afirmación acabada de transcribir del Fl. 72 v de la sentencia que entraña varios errados conceptos sobre una serie de hechos:

"1) Cancelación completa de valores o precio de las partidas que siguieron a las cinco primeras ventas;

"2) Cancelación de $ 54.075,44 cuando el deudor adeudaba a la sociedad demandada sólo $ 42.924,92 por las seis partidas y la vaca, objeto de la sexta venta;

"3) Que el pago de tal suma fue indebido en su diferencia o sea en $ 11.150,52;

"4) Que ese pago lo hizo el deudor sin que pueda decirse que tenía pleno conocimiento que efectuaba un pago indebido 'cuando entregaba mayores sumas de las que estaba obligado a pagar, porque no aparece prueba de ello y todo indica que lo hizo por error';

"5) Que ese 'error' fue 'debido quizás a su ignorancia no desmentida en el juicio'.

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, a través de esos errados conceptos y de esas erradas afirmaciones, violó no solamente el citado artículo 2313 del CC. sino también, por aplicación indebida, los señalados en el ordinal a) del Capítulo 'MOTIVOS DE ESTA DEMANDA'..."

Al comenzar el recurrente un capítulo de su demanda que titula "Demostración de los cargos", se produce en los siguientes términos:

"Parece evidente que la demostración de ser errada la afirmación de que se reúnen o 'aparecen comprobados en el presente juicio' los requisitos o condiciones necesarios, conforme al artículo 2313 del CC. para que prospere la acción de repetición de lo pagado por el demandante Mazabel, haría inútil que esa H. Corte tuviera que entrar a estudiar otros aspectos, como quiera que la sentencia acusada se funda en la falsa idea afirmada en ella de aparecer tal comprobación en los autos y ser por ello aplicable el artículo 2313 del CC. Porque si no lo fuera, por faltar la comprobación siquiera de uno de esos requisitos o condiciones, la infirmación de dicha sentencia se impone, sin necesidad de más análisis".

Considera la Sala:

La esencia del cargo consiste en que el Tribunal aceptó como hecho cierto que la sociedad demandada recibió el precio del ganado que vendió y que eso adicionado a la afirmación jurídica de que debe devolver lo que de ese precio recibió de más porque carecía de causa, lo hizo incurrir en la violación del artículo 2313 del Código Civil.

Los sentenciadores de las instancias y las partes han estado conformes en la verificación de operaciones de ventas de ganados hasta por la cantidad de 338 novillos durante el año de 1951. Que para esas negociaciones intervenía el señor Alberto Villegas. Pero no viene establecido la configuración real de cada una de las operaciones de venta, con todos sus lineamientos como contratos especiales, es decir, cuándo, cómo y sobre qué pactaron los contratantes, ni puede saberse con precisión con qué carácter tomaba participación en ellos el señor Alberto Villegas.

De la realización del convenio de compraventa o de los convenios de compraventas, se sabe que Villegas Hermanos y Cía. S. A. entregaron a Mazabel durante el año de 1951 la cantidad de 338 novillos y que éste fue pagando el precio de ellos en varias partidas de dinero. Pero no ha logrado precisarse si hubo un solo convenio que abarcara la totalidad de esos ganados, o si el acuerdo entre los negociantes tuvo su alcance apenas para que por Mazabel se fueran recibiendo cantidades de ganados en forma fragmentaria y posteriormente dicho comprador realizara el pago del precio en forma también seccionada.

Eran menester estas aclaraciones porque de ellas depende la clarificación de los temas planteados sobre el particular tanto en la demanda origen del pleito como en los demás documentos del proceso, especialmente en la sentencia recurrida.

Si se trata de varios contratos de compraventa de ganados, lógico es concluir que determinada una cantidad de animales como objeto del convenio y precisado el acuerdo de voluntades sobre precio y cosa, surgía la obligación de Mazabel de pagar el precio, una vez recibida aquella cantidad determinada. Entonces era fácil, mediante un procedimiento de examen de fechas de entrega de ganados y de dineros, deducir en qué momentos quedaba cumplida la obligación del vendedor de pagar el precio de cada operación y podría saberse cuál la situación jurídica de las sumas que considerándolas precio por pagar, el señor Mazabel entregaba al vendedor.

Si la negociación consistía en lo que el sentenciador de primera instancia denominó "tracto sucesivo", para significar que hubo acuerdo de voluntades entre comprador y vendedores para que éstos fueran entregando en forma permanente

cantidades de ganados, para que a su turno Mazabel les fuera remitiendo en forma fragmentaria también el valor de ellos, es fácil llegar a la conclusión de que configurado de tal suerte un solo contrato de compraventa de 338 cabezas de ganado, todo el dinero que Mazabel enviaba a los vendedores tenía como causa esencial el mismo contrato, es decir, el mismo acuerdo de voluntades sobre tal operación, la aquiescencia previa a que por una parte se entregaran los animales objeto del negocio y por la otra se procediera a la contraprestación en dinero equivalente a la cosa recibida.

En uno y otro caso, la causa existe. A los contratantes los indujo a la realización de la operación el deseo de hacerse a los ganados, por parte de Mazabel y el ánimo de hacer la venta y recibir el precio por parte de los vendedores, como que tenían constituída una relación jurídico-patrimonial, regulada por el contrato de compraventa.

Cuando el pago es "indebido", en protección de quien paga —solvens— se concede una acción especial que tiene como finalidad obtener, del destinatario del pago —accipiens— la restitución de lo entregado, en cuanto dicha entrega haya determinado un perjuicio patrimonial para el primero. Esta acción es autónoma, y no debe depender en forma inmediata de una relación contractual o jurídica; esto es, el pago de lo "no debido" da lugar a una acción restitutoria.

El pago "indebido" debe entenderse en el sentido amplio de la expresión, vale decir, como prestación "no debida"; la que puede consistir en el desembolso de una suma de dinero —numerario pecuniae— o ya sea, también, en la dación o entrega de una cosa; o en la constitución de un derecho; etc. En general, en una atribución patrimonial que se concrete en un acto en que el pago dependa de una obligación no contractual, como ocurría en el derecho romano con la llamada "condictio indebiti".

Entonces, el fundamento de la acción de repetición del pago de lo no debido se halla en la ausencia de una relación jurídica entre las partes, en la falta de causa del pago. En efecto, los doctrinantes y la jurisprudencia, encuentran la plena justificación del derecho de repetir en la circunstancia de no existir razón de ser del "deber de la prestación", o sea precisamente, "la causa de la obligación de pagar", pues, se trata de un pago hecho sin razón justificativa.

Con basamento en estas consideraciones, es forzoso concluir que la sentencia es violatoria del artículo 2313 del Código Civil, el cual reglamenta las condiciones de existencia del pago de lo no debido, y porque el soporte esencial es precisamente la consideración de que el pago del precio era indebido, por carecer de causa. Y ya se vio que sí la tenía.

A Mazabel competía, por la forma del convenio, exigir a los vendedores entrega de la cosa vendida hasta la equivalencia del precio entregado, prestación y contraprestación reguladas por la relación jurídico patrimonial: el contrato de compraventa de ganado, ya bajo la modalidad de "tracto sucesivo", o la de distintos contratos especiales de venta.

El cargo por la violación del artículo antes citado, incide en la sentencia, es suficiente y por ello la Sala lo declara hábil para casarla, sin entrar en otras consideraciones como aquellas relacionadas con el carácter jurídico de la intervención del señor Alberto Villegas. Porque bien sabido es que si actuó como mandatario, pudo al recibir dinero a nombre de los mandantes, dejar satisfecha la obligación principal del comprador, cual es la de pagar el precio; o si, como lo afirma la demanda, fue un simple y sencillo agente oficioso, y como tal recibió dineros, sin que se haya probado que los entregara en su totalidad a los vendedores como lo reconoce la sentencia, y dada la característica unilateral de tales actos, faltaría en esas circunstancias otro de los elementos señalados en el artículo 2313 del Código Civil citado, para la prosperidad de la acción y la vida de la sentencia recurrida; la existencia del pago.

Sentencia de instancia

Con suficiente claridad el libelo inicial de la acción, como se dejó dicho al esbozar en esta providencia los antecedentes del litigio, expresa que su demanda a la "Sociedad Villegas Hermanos S. A." Y se señaló como Gerente General al señor Camilo Villegas, con domicilio éste en la ciudad de Armenia, Departamento de Caldas.

Todas las declaraciones que contiene la parte pertinente de la demanda señalan como entidad demandada a la Sociedad "Villegas Hermanos S. A."

El auto admisorio de la acción menciona como demandada a la sociedad comercial "Villegas Hermanos y Cía. S. A.".

Al ser notificado el señor Camilo Villegas, aceptó en la diligencia respectiva ser representante de Villegas Hnos. S. A."

Al designar el señor Camilo Villegas el apoderado que lo representara en el juicio, dijo ser Ge-

rente de la sociedad comercial "Villegas Hnos. y Cía. S. A"

La certificación extratada expedida por la Cámara de Comercio de Armenia, explica "que por medio de la escritura pública número 1011 de 29 de septiembre de 1941, otorgada en la Notaría Tercera de la ciudad de Cali y cuyo extracto fue registrado en esta ciudad el siete de octubre del mismo año, constituyeron una sociedad anónima los señores A. Aristizábal y Cía. S. A, Julio Villegas M, Fernando Villegas M. Ulpiano Villegas M. y Alejandro Cadavid, que gira bajo la razón social de VILLEGAS HERMANOS Y CÍA. S. A"

La sentencia de primera instancia fue absolutoria de la sociedad Villegas Hermanos y Cía. S. A. de los cargos formulados en la demanda, y condenatoria del señor Julio Mazabel, a pagar a Villegas Hermanos y Cía. S. A. una cantidad de dinero de conformidad con peticiones de la contrademanda.

El Tribunal Superior, al revocar la sentencia del inferior, declaró que la sociedad Villegas Hermanos y Cía. S. A. pagará a Julio Mazabel determinada suma, y absolvió a Mazabel de los cargos de la reconvención.

La demanda pues, fue instaurada contra "Villegas Hermanos S. A." y el juicio se tramitó sin que aparezca el certificado de la Cámara de Comercio acerca de la existencia de dicha entidad comercial. El que se ha acompañado a los autos se refiere a una sociedad comercial en la cual intervienen los hermanos Villegas M. "A. Aristizábal y Cía. S A. y Alejandro Cadavid.

Cabe considerar un distingo, que lo hay, entre "Villegas Hermanos S. A." y la entidad comercial formada por la escritura pública que se cita en el extracto de la Cámara de Comercio de Armenia, que figura en los autos y cuya razón social es: "Villegas Hermanos y Cía. S. A."

De donde resulta que se demandó una sociedad y la tramitación del juicio se llevó a cabo con el representante de otra entidad comercial.

Se demandó una entidad comercial y se profirieron sentencias vinculando otra a las resultas de la litis.

Es en la demanda donde se señala al demandado (artículo 205 del Código de Procedimiento Civil).

"El principio de disposición de las partes —ha dicho la Corte— es la regla de nuestro procedimiento civil. De acuerdo con él, el juez preside y dirige los debates judiciales, pero esta facultad de dirección está limitada por las iniciativas de los litigantes en lo relacionado con las bases del pleito, entre las cuales se encuentra la determinación de los sujetos de la relación jurídico procesal: actor y demandado, según los Arts. 205 y 227 del CJ. contentivo el último de las definiciones de la respectiva posición procesal del uno y del otro. De donde ha de deducirse que el señalamiento de la persona a quien se pretende vencer en el juicio, depende exclusivamente del actor, y que el juez ante quien se presenta una demanda sin demandado o con mal señalamiento de él, no puede oficiosamente enmendarla o corregirla, cambiando o inventando uno de los sujetos de la relación procesal, por ser la comparencia en juicio un derecho personal directo, cuyo ejercicio corresponde a las personas, según puedan o no comparecer, de acuerdo con la ley, pero no con la voluntad arbitraria de los funcionarios judiciales".

En este proceso ocurrió que la comparecencia de la sociedad "Villegas Hermanos y Cía. S. A." en el juicio, como demandada, se debió no a la iniciativa del actor señor Mazabel, sino a la determinación del juzgado del conocimiento, entidad ésta que en el auto admisorio de la demanda entendió que ésta se dirigía contra la referida sociedad comercial, a la cual ordenó notificarle la demanda y correrle el traslado, lo que dio lugar a que solo a virtud de esa orden interviniera la sociedad "Villegas Hermanos y Cía. S. A." y con ella se tramitara el juicio.

Pero como ya se dijo, la demanda fue instaurada contra "Villegas Hermanos S. A." y en el juicio no aparece el certificado de la Cámara de Comercio ni prueba alguna acerca de la existencia de dicha sociedad comercial, que la acredite como persona jurídica con capacidad para ser parte en la relación procesal. Se observa, por tanto, la falta del presupuesto procesal "capacidad para ser parte" de la entidad señalada como demandada, lo cual imposibilita a la Sala para proveer en el fondo del negocio.

Sobre los presupuestos procesales dijo la Corte en casación de 19 de agosto de 1954:

"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 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.

"La falta de uno de tales requisitos constituye no una excepción perentoria de fondo, sino un **impedimento procesal**". Gaceta Judicial número 2145, pág. 348).

La capacidad para ser parte es uno de los presupuestos procesales. Referente a este presupuesto, dijo la Corte en la sentencia que se acaba de citar:

"La capacidad para ser parte resulta de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Es una consecuencia de la personalidad atribuida a los seres humanos y a los entes morales a quienes la ley concede capacidad jurídica.

"De consiguiente tienen capacidad para ser partes, o sea, para ser sujetos del proceso, las personas naturales y las personas jurídicas. El artículo 230 del C.J. dice: 'Las personas naturales y las jurídicas pueden ser demandantes y demandadas y comparecer en juicio en los términos y con las condiciones que la ley establece'.

"La carencia de este presupuesto procesal se presenta con frecuencia respecto de las personas jurídicas que obrando como demandantes o demandadas no acreditan su existencia. Si el juez al examinar los presupuestos procesales no encuentra en el juicio la prueba adecuada de la existencia de la persona jurídica que figura como sujeto del juicio, debe inhibirse de fallar en el fondo el negocio y declarar la carencia de tal presupuesto".

En el presente caso es imprescindible proceder como lo anota la Corte en la parte final de la anterior transcripción, puesto que si se dejara de resolver sobre las graves irregularidades anotadas, ocurriría que al tratar de cumplir la providencia del Tribunal, si quedara en firme, o se resolviera el pleito con sentencia de fondo sobre la acción instaurada, se daría margen a serias complicaciones jurídicas procedimentales y no se alcanzarían los fines de la justicia al establecer normas destinadas a regularizar la aplicación de la ley en los juicios y en particular aquellas que tutelan las relaciones procesales.

El debate se circunscribió en cuanto hace a las probanzas del juicio doble que ocupa a la Sala a determinar si entre "Villegas Hermanos y Cía. S. A." y Julio Mazabel existían las obligaciones mencionadas en los libelos de demanda y contrademanda. Pero nada aparece en tales probanzas que vincule a la entidad demandada "Villegas Hermanos S. A." luego contra ésta no puede recaer condena de fondo. Y como la contrademanda forzosamente debe ser instaurada por el demandado y no por persona distinta, resulta imposible también hacer respecto de éstas similares declaraciones, desde luego que existen los mismos vicios de que se viene hablando.

La absolución que debe proferirse en estas condiciones no impedirá a las partes el hacer valer sus derechos en otro juicio en que se cumplan los requisitos necesarios para obtener fallos de fondo, ya que aquí solo se declara la carencia de un presupuesto procesal.

Así lo dejó establecido la Corte en la sentencia ya citada, en estos términos:

"Cuando se declara la carencia de un presupuesto procesal, el juez no niega la existencia de la acción incoada. Simplemente decide que la acción en caso de existir, no puede adelantarse en el proceso irregularmente iniciado. La decisión del juez que resuelve sólo sobre los presupuestos procesales no es favorable al actor o al demandado, y por eso no produce los efectos de la cosa juzgada **sustancial**. Termina con el proceso anormalmente adelantado (produce cosa juzgada formal en ese proceso que concluye allí), pero las partes pueden hacer valer nuevamente su derecho en otro juicio en que se cumplan los requisitos necesarios para obtener fallo de fondo".

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, CASA la sentencia de fecha 15 de julio de 1955, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, materia del presente recurso de casación, y obrando como Tribunal de instancia, REVOCA la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tuluá con fecha 18 del mes de noviembre de 1953, en este

negocio, y en su lugar ABSUELVE a la sociedad demandada "Villegas Hermanos S. A." de los cargos formulados en la demanda instaurada por Julio Mazabel, pero las partes pueden hacer valer nuevamente sus derechos en otro juicio en que se cumplan los requisitos necesarios para obtener fallo de fondo.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

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

REGULACION Y CONTROL DEL TRANSITO Y CIRCULACION DE VEHICULOS AUTOMOTORES. — EMPADRONAMIENTO Y MATRICULA DE ESTOS EN LAS OFICINAS DE CIRCULACION Y TRANSITO. — TITULO DE PROPIEDAD. — SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS, CUANDO NO SE DEMUESTRA QUE HAN INCURRIDO EN ERRORES DE DERECHO, O DE HECHO, QUE APAREZCAN DE MODO MANIFIESTO EN LOS AUTOS

1 — El tránsito y circulación de vehículos automotores está regulado en el país por normas legales de obligatorio cumplimiento y su control lo ejercen autoridades instituídas especialmente para esos efectos. Las necesidades del transporte por tierra, tanto intermunicipal como urbano, hacen que aumente cada día el ya elevado número de vehículos destinados a los servicios público y particular, para la satisfacción de una de las llamadas comodidades de la vida moderna. El inmenso número de vehículos y el servicio a que se destinan ha impuesto en todos los países del mundo, y el nuestro no es excepción, la adopción de medidas no sólo reguladora de su funcionamiento, sino de verdadero control tendiente a garantizar los derechos de todos los asociados. Para que las autoridades puedan ejercitar dicho control sobre todos y cada uno de los vehículos automotores puestos al servicio, las normas legales exigen el empadronamiento o matrícula de ellos en las oficinas de circulación y tránsito, las cuales, previa comprobación de su derecho por parte del dueño del vehículo y el cumplimiento de las demás requisitos legales, expide el permiso o licencia para que el aparato pueda transitar. Cada vez que ocurre un cambio de dueño del vehículo, se requiere nueva matrícula o licencia, previas las comprobaciones de que antes se habló. Así, las tarjetas que expiden las autoridades encargadas del control de los vehículos, sobre matrícula de éstos y licencia de circulación, ha venido a constituir en la práctica un título de propiedad, pues indican que este derecho sobre el vehículo ha sido comprobado ante las respectivas autoridades.

2 — No yerra un Tribunal fallador cuando dice que "aunque estrictamente no pueda considerarse como título de propiedad la tarjeta de matrícula de un vehículo automotor expedida por la Dirección de Circulación y Tránsito, hasta el presente tanto en las relaciones con el Estado como en los asuntos privados la costumbre le ha dado tal carácter y en todo caso es un título oponible a terceras personas", porque con ello indica que quien figura en la tarjeta de matrícula del vehículo como propietario de éste, es porque ha demostrado su derecho ante la autoridad que la expide. En verdad no es un título de propiedad indiscutible tal documento, ya que otra persona puede entrar a demostrar que es el verdadero dueño, pero debe observarse que, en este caso el Tribunal, para reconocer el derecho de propiedad del demandante sobre el automóvil que pretendía reivindicar, no dio mérito a esta única prueba, sino que la relacionó con otras, cuyo conjunto llevaron a su ánimo la convicción del derecho del actor.

3 — La convicción a que llega el fallador como resultado del examen y apreciación de la prueba allegada al juicio, no puede ser desatendida por la Corte en casación, sino cuando se demuestra que ha incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, septiembre veinticuatro 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 proferida el 14 de marzo de 1956 por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de Raúl Mejía Saldarriaga contra Carlos

Ruiz C. sobre reivindicación de un vehículo automotor.

EL JUICIO

En libelo fechado el 2 de mayo de 1953, el señor Raúl Mejía Saldarriaga demandó al señor Carlos Ruiz G. para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Pertenece en dominio pleno y absoluto al suscrito, de las condiciones civiles ya dichas, el vehículo, automotor, automóvil marca CHEVROLET, modelo 1949 Tipo Sedan, motor N° GAM-209223, de Placa de Antioquia No 12143 de servicio público, de seis puestos, con taximetro, repuesto de llantas, un gato y una llave de perno.

"b) Como consecuencia de esta declaración de dominio a mi favor, que se condene al demandado señor Carlos Ruiz G. mayor de edad, vecino de este Municipio, a restituir, dos días después de ejecutoriada esta sentencia, a mi favor el vehículo referido.

"c) Que el demandado debe pagar al suscrito, el valor del producido del vehículo que se trata de reivindicar, no sólo las cantidades percibidas, sino todas aquellas que el dueño hubiera podido con mediana inteligencia y cuidado percibir, a justa tasación de peritos, desde el momento de la posesión hasta el día de la entrega del vehículo, como también el valor de las reparaciones a que hubiera podido dar lugar por culpa del poseedor.

"ch) Que el demandante, no está obligado a pagar al demandado las expensas necesarias a que se refiere el art. 965 del CC. porque el demandado es poseedor de mala fe.

"d) En la restitución se comprende todos los elementos propios del vehículo.

"e) Que no me es oponible el remate de fecha 28 de abril del presente año, verificado en el Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín verificado en juicio ejecutivo del señor Ramón López contra Jorge Cardona Tobón y en consecuencia, se ordene al señor Director de Circulación y Tránsito la cancelación correspondiente del registro.

"f) Que el demandado debe pagar al suscrito las costas del presente juicio, dos días después de que se ejecutorie la presente sentencia".

Fundamentó su demanda en estos hechos:

"a) En virtud de licencia provisional Nº 3555 (sic) de fecha 30 de junio del año de 1952 del Departamento de Seguridad e Identificación, se concedió autorización al señor Evello Calderón para vender al señor Raúl Mejía S. el vehículo, automóvil marca Chevrolet, modelo 1949, de placas 12143, Tipo Sedan motor N° GAM 209229 de servicio público.

"b) En virtud de tal licencia, el vehículo referido pasó a dominio pleno y absoluto al suscrito, y consecuente con lo anterior, el suscrito ha tenido la posesión tranquila y pacífica del mismo.

"c) El suscrito, con la licencia de la Oficina respectiva y pagado el precio correspondiente, y con la tradición del dominio del vehículo que se trata de reivindicar, obtuvo la matrícula a su nombre en la Dirección de Circulación y tránsito de Medellín.

"ch) El suscrito, estuvo en posesión tranquila y pacífica del vehículo hasta el día 23 de diciembre del año de 1952, en el cual el vehículo fue embargado y secuestrado por orden del señor Juez Cuarto del Trabajo, en el juicio ejecutivo del señor Ramón López contra Jorge Cardona Tobón.

"d) El suscrito, no obstante haber sido despojado violentamente de la posesión del vehículo, no ha transmitido el dominio a persona alguna, por ninguno de los medios adecuados, según la ley.

"e) Evelio Calderón, adquirió el dominio del vehículo, por compra que de él hizo el señor Jorge Cardona Tobón, mayor de edad, vecino del Municipio de Medellín, según licencia que le fue expedida en el año de 1952, y según pago del precio correspondiente.

"f) El vehículo de la referencia, una vez embargado y secuestrado, fue rematado en diligencia de fecha 28 de abril del presente año, por el señor Carlos Ruiz G. y quien entró en posesión de él, el día 30 de abril del presente año, según entrega que le hizo el Juzgado Cuarto del Trabajo, en Oficio Nº 181.

"g) El remate en estas condiciones, se reputa como venta de cosa ajena y así lo ha entendido, tanto la doctrina como la Jurisprudencia.

"h) El actual poseedor, es el señor Carlos Ruiz G. de las condiciones civiles ya dichas, en virtud de posesión que le dio el Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín.

"i) El señor Juez, en la entrega del vehículo, no transmitió más derechos que los que tenía el señor Jorge Cardona Tobón, los cuales fueron ningunos.

"j) El señor Carlos Ruiz G. es un poseedor de mala fe entre otras cosas, por cuanto en el expediente del juicio ejecutivo del señor Ramón López contra Jorge Cardona existen las constancias de propiedad, posesión del suscrito del referido mueble".

Tramitado el juicio, el señor Juez 5º Civil del Circuito de Medellín puso término a la primera instancia con la sentencia de 14 de junio de 1955, favorable a las pretensiones del demandante.

Esa sentencia fue apelada por el demandado y el Tribunal Superior de Medellín la confirmó en todas sus partes, mediante el fallo que es materia del presente recurso.

La demanda de casación

El recurrente formula su acusación así:

"Acuso la sentencia del 14 de marzo de 1956, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Raúl Mejía Saldarriaga contra Carlos Ruiz González, por ser violatoria de la ley civil sustantiva, en forma indirecta, como consecuencia de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, error que proviene de falta de apreciación de unas pruebas y errónea apreciación de otras, y también de errores de derecho en la apreciación de algunas de las pruebas que sirvieron de base a la sentencia".

Estima el recurrente que la sentencia viola, indirectamente, por aplicación indebida los artículos 946, 947, 950 952 665 669 673 y 1871 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho y del error de derecho en que incurrió el fallador de segunda instancia.

El error de hecho lo hace consistir en que el Tribunal consideró que se había demostrado que el automóvil materia del litigio fue de propiedad del demandante durante el tiempo en que estuvo embargado y en la fecha del remate efectuado ante el Juez del Círculo del Trabajo de Medellín, no del ejecutado Jorge Cardona Tobón, por lo cual ocurrió un remate de cosa ajena que dejó a salvo los derechos del verdadero dueño. Agrega que: "en este error evidente de hecho incurrió el sentenciador como consecuencia de errores de apreciación en algunas de las pruebas aportadas al juicio, en la falta de apreciación de otras, y en errores de derecho en la admisión y determinación del valor probatorio de otros elementos aportados como pruebas en el juicio".

Como pruebas erróneamente apreciadas señala el certificado expedido por el Departamento de Investigación Criminal de Antioquia en cuyo numeral 3º consta que a los señores Evelio Calderón y Raúl Mejía se les concedió la licencia provisional Nº 3351 de 30 de junio de 1952 para hacer la transferencia del automóvil objeto del litigio, y la tarjeta de traspaso o tarjeta de matrícula expedida el 18 de febrero de 1953.

"Estas dos pruebas de suyo tan precarias —dice el recurrente— fueron las que, como puede leerse en la sentencia del Tribunal, sirvieron a esa alta corporación para decidir de fondo sobre la propiedad del automóvil objeto del litigio. No tuvo en cuenta el fallador el largo espacio de tiempo corrido entre el treinta de junio de 1952, fecha del permiso del traspaso, y el 18 de febrero de 1953, fecha de la matrícula o tarjeta de propiedad, para relacionar este indicio con las declaraciones de los testigos presentados por el demandante y concluir que tales testigos no decían la verdad en sus afirmaciones. Salta a la vista además, que una autorización de transferencia como la mencionada, puede ser utilizada o no por los agraciados. En efecto, todo lleva a concluir que de ella no se hizo uso sino seis o siete meses después de concedida".

Dice que el Tribunal dio valor de prueba del dominio a la tarjeta de matrícula, medio probatorio no admitido por la ley, con lo cual incurrió en error de derecho, y además que la costumbre le ha dado valor de medio probatorio a tal tarjeta, pero que la aludida costumbre no está demostrada en el juicio; que "el Tribunal ha creado pues una prueba, le ha dado un mérito probatorio que no tiene y que no autoriza la ley, y ha supuesto la comprobación de una costumbre sin que exista la prueba correspondiente".

Señala como pruebas no apreciadas los testimonios de los señores Alberto Muñoz Montoya y Bernardo Serna Flórez, e indica fueron apreciadas erróneamente las declaraciones de Octavio Tobón, Carlos Parra y Adán Gallego, las que carecen de valor si se las analiza según los principios de la crítica, "pues sus respuestas son idénticas a las preguntas formuladas, sin razonamiento que permita darles valor de prueba".

Concluye así su alegación "Si se acepta que el Tribunal no apreció las declaraciones de Alberto Muñoz Montoya y Hernando Serna Flórez; que el mismo Tribunal apreció erróneamente el permiso de traspaso y la tarjeta de propiedad o matrícula del vehículo y le dió a esta tarjeta un valor de prueba que no tiene y la admitió como medio probatorio con base en una costumbre no demostrada en el juicio, en lo que aparece un error de derecho; y además apreció erróneamente las declaraciones de Octavio Tobón, Carlos Parra y Adán Gallego, se llega a la conclusión que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente, error que lo condujo a la violación de las disposiciones legales sustantivas que se han citado, las que aplicó indebidamente al caso del pleito".

CONSIDERA LA CORTE:

El Tribunal fundamentó su resolución en las siguientes consideraciones:

"En el expediente consta el permiso de traspaso por parte de la Policía y la tarjeta de traspaso expedida por el señor Jefe del Departamento de Tránsito del automotor materia del litigio, traspaso que hizo Evelio Calderón, quien figuraba en dicha Oficina como dueño, al demandante señor Mejía Saldarriaga, el 18 de febrero de 1953.

"Aunque estrictamente no puede considerarse como un título de propiedad indiscutible tal documento (la tarjeta), hasta el presente tanto en las relaciones con el Estado como en los asuntos privados la costumbre le ha dado tal carácter y en todo caso es un título oponible a terceras personas.

"El demandado exhibe una adjudicación en remate hecha en juicio ejecutivo por prestaciones sociales de Ramón López contra Jorge Cardona Tobón, de fecha 23 de abril de 1953, remate al cual trató de oponerse y en efecto se opuso el Sr. Mejía Saldarriaga, pero el Tribunal Seccional del Trabajo no admitió la oposición que había sido reconocida como legítima por el Juez 4º del Trabajo, por escrúpulos sobre la plenitud de la prueba, aunque sin rechazar los posibles derechos del opositor.

"El apelante alega que el señor Cardona es padre político del demandante y que es de presumir una simulación por parte de estos para evitar el pago de prestaciones sociales al ejecutante López, agregando que el señor Cardona es conocido en los estrados como persona con récord litigioso en materia del reconocimiento y pago de prestaciones a sus obreros y empleados; pero además de que el traspaso lo hizo Evelio Calderón y no Jorge Cardona Tobón para declarar la simulación, caso de existir, sería necesario haberla probado y aquí no se ha presentado la menor prueba de que el contrato de venta del automóvil por Calderón a Mejía S. hubiera sido simulado.

"El demandante presentó no solamente los documentos enunciados, Tarjeta de traspaso y autorización de la policía para traspasar, sino una serie de declaraciones de testigos en que consta el negocio de venta, la entrega y todos los otros elementos de la tradición capaz de transmitir el dominio.

"También alega el demandante que el Sr. Cardona tenía el automóvil de que se trata en la Empresa Neo Tax de que es Gerente, pero todo el mundo sabe y consta en el expediente que las Empresas de Tax y en ese caso está la mencionada tienen forma cooperativa de explotación de modo que los dueños de los automóviles son diferentes personas que forman un vínculo cooperativo para la explotación, encargándose la empresa de la parte administrativa, como reparaciones, recaudo de productos, distribución etc. mediante el pago de una comisión que cobra la Compañía, que en realidad es una empresa de afiliación en la que con mucha frecuencia el dueño del automotor es el mismo que lo maneja como chofer, lo que aleja la presunción que pudiera deducirse de la circunstancia anotada y que se alegó en este juicio como nulidad por simulación pero que no opera en él por falta de prueba"

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al aceptar como demostrado el derecho de dominio del demandante sobre el automóvil cuya reivindicación demanda, error proveniente de equivocada apreciación del certificado expedido por el Departamento de Investigación Criminal de Antioquia, de la tarjeta de traspaso o tarjeta de matrícula del vehículo y de las declaraciones de los señores Octavio Tobón, Carlos Parra y Adán Gallego, así como por haber dejado de apreciar los testimonios de Alberto Muñoz Montoya y Bernardo Serna Flórez. También acusa la decisión por haber incurrido el Tribunal en error de derecho al asignarle a la tarjeta de matrícula del vehículo valor de prueba del dominio sin base legal alguna para ello.

El cargo impone a la Sala el estudio de las pruebas aludidas, para establecer en primer término si el fallador las apreció debidamente o si dio por demostrado un hecho que no lo está en el juicio con los elementos probatorios en él aducidos; y en segundo lugar si reconoció a la prueba valor distinto del que la ley le asigna, vale decir, si se configuran los errores que se le imputan como medio para la violación de los preceptos legales indicados por el recurrente.

El demandante acompañó a su libelo inicial del juicio, entre otras pruebas de la propiedad del vehículo, un certificado expedido por el Departamento de Investigación Criminal de Antioquia en el cual consta que para legalizar cualquier traspaso de vehículos automotores, conforme a la Resolución Nº 3 de 11 de junio de 1951, reglamentaria del Decreto Ejecutivo 0692 de 29 de marzo del mismo año, es indispensable obtener de esa oficina licencia para efectuar el traspaso; que los señores Evelio Calderón y Raúl Mejía S. llenaron los requisitos exigidos por las disposiciones antes citadas y obtuvieron licencias para negociar en compra y venta permanente de vehículos automotores usados; que por medio de la li-

cencia provisional Nº 3551 de fecha 31 de junio de 1952, ese despacho autorizó al señor Evelio Calderón para vender a Raúl Mejía S. el automóvil marca Chevrolet materia del juicio, y que como Raúl Mejía S. con posterioridad a la licencia 3551 antes dicha, no ha solicitado autorización para traspasar tal automóvil a otra persona, "es obvio que figura como propietario de tal vehículo".

Presentó también una tarjeta, certificado de matrícula del automóvil del pleito, en la cual figura que el vehículo es de propiedad de Raúl Mejía S. Ese certificado de matrícula tiene fecha de expedición el 18 de febrero de 1953.

Al folio 6 del cuaderno principal obra la certificación expedida por la Dirección de Circulación y Tránsito de Medellín en la cual se dice que el automóvil Chevrolet de que trata este juicio, con indicación de sus placas y número del motor, es de propiedad de Raúl Mejía Saldarriaga según traspaso efectuado el 13 de diciembre de 1952.

El tránsito y circulación de vehículos automotores está regulado en el país por normas legales de obligatorio cumplimiento y su control lo ejercen autoridades instituídas especialmente para esos efectos. Las necesidades del transporte por tierra, tanto intermunicipal como urbano, hacen que aumente cada día el ya elevado número de vehículos destinados a los servicios públicos y particular, para la satisfacción de una de las llamadas comodidades de la vida moderna. El inmenso número de vehículos y el servicio a que se destinan han impuesto en todos los países del mundo, y el nuestro no es excepción, la adopción de medidas no sólo reguladoras de su funcionamiento, sino de verdadero control tendiente a garantizar los derechos de todos los asociados. Para que las autoridades puedan ejercitar dicho control sobre todos y cada uno de los vehículos automotores puestos al servicio, las normas legales exigen el empadronamiento o matrícula de ellos en las oficinas de circulación y tránsito, las cuales, previa comprobación de su derecho por parte del dueño del vehículo y el cumplimiento de los demás requisitos legales, expide el permiso o licencia para que el aparato pueda transitar. Cada vez que ocurre un cambio de dueño del vehículo, se requiere nueva matrícula o licencia, previas las comprobaciones de que antes se habló. Así, las tarjetas que expiden las autoridades encargadas del control de los vehículos, sobre matrícula de éstos y licencia de circulación, ha venido a constituir en la práctica un título de propiedad, pues indican que este derecho sobre el vehículo ha sido comprobado ante las respectivas autoridades.

En esta consideración no anduvo equivocado un Tribunal fallador cuando dice que "aunque estrictamente no puede considerarse como un título de propiedad indiscutible tal documento (la tarjeta), hasta el presente tanto en las relaciones con el Estado como en los asuntos privados la costumbre le ha dado tal carácter y en todo caso es un título oponible a terceras personas". Con ello indica que quien figura en la tarjeta de matrícula del vehículo como propietario de éste, es porque ha demostrado su derecho ante la autoridad que la expide. En verdad no es un título de propiedad indiscutible tal documento, ya que otra persona puede entrar a demostrar que es el verdadero dueño, pero debe observarse que el Tribunal, para reconocer el derecho de propiedad del demandante sobre el automóvil que pretendía reivindicar, no dio mérito a esta única prueba, sino que la relacionó con otras, cuyo conjunto llevaron a su ánimo la convicción del derecho del actor. A ese respecto, dice: "El demandante presentó no sólamente los documentos enunciados, tarjeta de traspaso y autorización de la policía para traspasar, sino una serie de declaraciones de testigos en que consta el negocio de venta, la entrega y todos los otros elementos de la tradición capaz de transmitir el dominio"..

La convicción a que llega el fallador como resultado del examen y apreciación de la pruebas allegada al juicio, no puede ser desatendida por la Corte en casación, sino cuando se demuestra que ha incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. No ha logrado el recurrente demostrar aquí tales errores, porque en cuanto a las pruebas que dice fueron erróneamente apreciadas esto es, el certificado expedido por el Departamento de Investigación Criminal de Antioquia en que consta la licencia que esa oficina encargada del control de vehículos concedió a Evelio Calderón para transferir a Raúl Mejía S. el automóvil de que se trata, y la tarjeta de matrícula de ese vehículo expedida por la Dirección de Circulación y Tránsito en que consta que el automóvil es de propiedad de Raúl Mejía S. aparte de calificarlas de precarias, no indica el motivo por el cual fueron mal apreciadas y es inválido el argumento de que el fallador no tuvo en cuenta el largo espacio de tiempo corrido entre la fecha del permiso de traspaso y la fecha de la matrícula o tarjeta de propiedad, para relacionar este indicio con las declaraciones de los testigos del demandante y concluir que tales testigos no decían la

verdad en sus afirmaciones, ya que no se ve en qué consiste el argumento, máxime si se considera que los testigos citados por el demandante y cuyos testimonios fueron tomados en el juicio, señores Octavio Tobón V. Carlos Parra y Adán Gallego, aseveran haber presenciado el negocio de compraventa del automóvil del pleito, celebrado entre Evelio Calderón, como vendedor, y Raúl Mejía S. como comprador, en época anterior al embargo y secuestro que del vehículo se hiciera en el juicio en que fue rematado por el demandado. Tampoco es argumento valedero en orden a demostrar la apreciación errónea de esas pruebas el expuesto por el recurrente sobre que una autorización de transferencia como la otorgada por la policía de control puede ser utilizada o no por los agraciados, más cuando el mismo recurrente acepta que la transferencia se efectuó seis o siete meses después de concedida la licencia.

En cuanto a las pruebas no apreciadas por el Tribunal, los testimonios de Alberto Muñoz Montoya y Bernardo Serna Flórez, se tiene: ambos testigos declararon extrajuicio ante el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín y sus declaraciones fueron ratificadas ante el Tribunal en la segunda instancia. De manera uniforme dicen que les consta que Jorge Cardona Tobón, propietario de la empresa "Neotax" es quien ha figurado siempre como dueño de los vehículos afiliados a dicha empresa y entre los cuales figura el automóvil Chevrolet de que se trata aquí, que Cardona lo poseía materialmente cuando se verificó el secuestro de ese vehículo en el ejecutivo de Ramón López contra Cardona, pues éste era quien recibía el producido del carro, nombraba y despedía los choferes y en general ejercitaba sobre él actos de dominio; que el vehículo en cuestión lo conocieron siempre como de propiedad de Cardona y no llegaron a tener conocimiento de que su yerno Raúl Mejía hubiera tenido carros afiliados a la empresa "Neotax". El testigo Muñoz Montoya fue interrogado después de la ratificación de su declaración y dijo que le constaba por haber trabajado en la Empresa "Neotax", que su propietario Jorge Cardona, con el fin de burlar el pago de prestaciones sociales de los choferes, traspasó sus bienes a Evelio Calderón y a Raúl Mejía; que hizo figurar a su yerno Raúl Mejía en la oficina de Tránsito como dueño del carro de que se viene hablando, y que es cierto y le consta por conocimiento directo y personal, pues lo presenció, que no obstante estar matriculados a nombre de Raúl Mejía los dos carros, (el de este pleito y otro), Mejía para nada intervenía en lo referente a dichos vehículos. Se refiere a la administración de éstos en la empresa "Neotax".

Para la apreciación de estos testimonios debe tenerse en cuenta que hay prueba suficiente en el juicio de que el automóvil "Chevrolet" que se reivindica, y otro marca "Studebaker" también secuestrado en el ejecutivo aludido, estaban afiliados a la empresa de taxis de servicio público "Neotax" de que es Gerente Jorge Cardona, según lo certifica la Cámara de Comercio de Medellín; que Cardona como tal se entendía directamente con la administración de los automóviles afiliados a la empresa; que éste afirma que los dos carros mencionados pertenecían a Mejía y los mismos conductores que los manejaban declararon eran de propiedad del demandante Raúl Mejía y por ello se opusieron al secuestro. El Tribunal en su fallo alude al manejo de Cardona con relación a los automóviles afiliados a la Empresa Neotax y sus conceptos no han sido atacados en este recurso de casación. Esos conceptos explican la intervención de Cardona con relación al automóvil de que se trata, manejo que sirve a los testigos Alberto Muñoz Montoya y Bernardo Serna Flórez para afirmar que por ello el vehículo pertenecía a Jorge Cardona, pero el dicho de estos testigos no alcanza a desvirtuar la prueba existente del dominio del demandante sobre el bien cuya reivindicación solicita. Por esto no incurrió en error el Tribunal al dejar de apreciar estos testimonios.

Respecto al error de derecho, que se hace consistir en que el fallador dió valor de prueba de dominio a la tarjeta de matrícula del vehículo sin base legal alguna para ello y refiriéndose a una costumbre no demostrada en el juicio de acuerdo con las disposiciones legales, se observa que la tarjeta dicha proviene o está expedida por la autoridad encargada de la función de control de los vehículos y que su expedición implica la demostración previa del derecho de propiedad del interesado con relación al automotor amparado con la tarjeta. Se trata, por tanto de un instrumento proveniente de funcionario que ejerce cargo por autoridad pública en lo referente al ejercicio de sus funciones, de aquéllos a que se refiere el artículo 632 del Código Judicial. Al apreciarlo como prueba, no pudo el Tribunal incurrir en error de derecho, porque estaba dando aplicación a la disposición citada. La observación de que la fecha de expedición de la tarjeta de matrícula es posterior a la diligencia de secuestro, en nada perjudica la aceptación del instrumento como prueba, en primer lugar, porque al folio 6 del cuaderno principal obra el certificado

de la Dirección de Circulación y Tránsito sobre que el traspaso del automóvil a favor del demandante Raúl Mejía se efectuó el 13 de diciembre de 1952, fecha anterior a la del secuestro, y en segundo lugar porque tal traspaso lo efectuó Evelio Calderón, anterior propietario, y no el ejecutado Cardona y de esta suerte aun cuando la transferencia al demandante Mejía se hubiera efectuado con posterioridad al embargo y secuestro, su derecho sería el mismo ya que sería causahabiente de quien era dueño y persona distinta de la ejecutada.

Lo anterior es suficiente para rechazar el cargo.

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 de Medellín, el 14 de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, en el juicio ordinario de Raúl Mejía Saldarriaga contra Carlos Ruiz C.

Las costas del recurso son de cargo del 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 Vélez — Jorge Soto Soto, Secretario.

CUANDO SE TRATE DE CONFIGURAR UN CARGO DE CASACION POR INCONSONANCIA, CON FUNDAMENTO EN LA CAUSAL 2ª DEL ARTICULO 520 DEL C. J., ES NECESARIO QUE SE PRECISEN CON TODA CLARIDAD TANTO LAS SUPLICAS COMO LAS ACCIONES INCOADAS. — LA CONFESION HECHA POR UNA DE LAS PARTES EN JUICIO, SOBRE LA CABIDA DE UN FUNDO, CUYA MENSURA CONSTITUYE LA PARTE FUNDAMENTAL DE LA CONTROVERSIA, NO ES PRUEBA ADECUADA. — CUANDO TIENEN APLICACION LAS ACCIONES CONCEDIDAS AL COMPRADOR EN LOS EVENTOS CONTEMPLADOS EN EL ART. 1888 DEL C. CIVIL. — EL PRINCIPIO BASICO DE LAS CONVENCIONES ES EL DE LA LIBRE ESTIPULACION

1 — Aunque las peticiones de una demanda no pueden confundirse con las acciones que se ejercitan ya que éstas pueden descomponerse en varias súplicas, es necesario cuando se trate de configurar un cargo de casación por inconsonancia, con fundamento en la causal 2ª del art. 520 del CJ. que se precisen con toda claridad tanto las súplicas como las acciones incoadas, porque puede acontecer, desde luego que en la sentencia acusada se haya dejado de resolver alguna súplica, pero que, sinembargo lo hayan sido otras que consultan mejor la eficacia o ineficacia de la acción o acciones instauradas. Toda facultad subjetiva, amparada por el orden jurídico, implica una acción, que no es otra cosa que el derecho de solicitar la tutela jurisdiccional, la que puede descomponerse en varios medios o vías para el amparo jurídicial del derecho que trata de desconocerse o de vulnerarse por la manifestación de conducta de un tercero que se oponga a su eficacia.

2 — La confesión hecha por una de las partes en el juicio, sobre la cabida de un fundo y cuya mensura constituye la parte fundamental de la controversia no es prueba adecuada, ya que su mensura exige conocimientos técnicos y matemáticos. Y aunque la ley al hablar de la confesión no excluye expresamente esa hecha de su eficacia probatoria, se deduce sinembargo, de su naturaleza, ya que en tal caso se trata de la aplicación práctica en que, a pesar de su sencillez, entran en juego los principios no sólo de una rama sino de un conjunto de conocimientos, sobre la cantidad, magnitud y medida de la extensión. En este caso el medio probatorio adecuado es la prueba pericial, y el dictamen de los expertos, rendido dentro de todas las condiciones legales, debe prevalecer sobre la declaración hecha por el demandante, la que tampoco puede llamarse confesión, en este caso, ni siquiera en sentido formal porque su afirmación recae no sobre un hecho que lo perjudica, sino que en cierta forma lo favorece.

3 — Las acciones concedidas al comprador en los eventos contemplados en el art 1888 del CC. solo tienen aplicación para el caso en que las partes no hayan consagrado reglas diferentes en el contrato, con el fin de darle solución a los problemas de esa índole que pueden presentarse en el desarrollo y ejecución del mismo. Las partes pueden, con un criterio de previsión, indicar las reglas jurídicas que serían aplicables en los eventos inciertos que podrían presentarse en la ejecución de la convención; consecuencialmente, tanto el vendedor como el comprador, pueden preferir a la regla contenida en el art. 1888 lo que hayan acordado en la escritura de compraventa; procedimiento correcto, puesto que dicha norma no es estrictamente imperativa, sino supletiva, encaminada a tutelar los intereses privados de las partes y no a definir ni a proteger intereses de orden público. Los falladores de instancia, al hacer prevalecer sobre el precepto citado la voluntad de los contratantes, no hacen otra cosa que acatar el principio de la autonomía de la voluntad, que es básico en reglas jurídicas y fundamental en la institución de los contratos, siempre que en su aplicación y desarrollo no se quebranten la

moral, el orden público y las buenas costumbres.

4 — Que los contratos son fuente de principios jurídicos se desprende del precepto consagrado en la ley positiva de que son leyes para las partes; y no solo pueden considerarse como fuentes de expresión sino de creación de esos mismos principios, en el sentido de que los contratantes no sólo tienen un amplio margen para prever todas las contingencias que pueden presentarse en el desarrollo y cumplimiento de las convenciones, sino también de adoptar aquellas normas que consideren más adecuadas para resolverlas. El principio básico de la institución es precisamente el de la libre estipulación, cuya normal aplicación y desenvolvimiento no solo garantiza los objetivos jurídicos y económicos de las convenciones, sino también, la propia seguridad y firmeza de éstas. Y si la ley positiva establece límites a ese desenvolvimiento, ellos no pueden ir más allá de la tutela de la moral, del orden público y de las buenas costumbres, que son los ángulos normativos que determinan el campo dentro del cual se mueve la autonomía de la voluntad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, septiembre veinticuatro 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 Cali, en el juicio ordinario promovido por el señor Juan Clímaco Cabrera contra el señor Antonio Palau R. el 6 de septiembre de 1955.

Antecedentes:

Por la escritura pública No 3334 de 10 de octubre de 1953, pasada en la Notaría Primera del Circuito de Cali, entre los señores Juan Clímaco Cabrera y Antonio Palau R. se celebró un contrato de compraventa, por medio del cual el primero vendió al segundo una finca, ubicada en el sitio denominado "Guachinte", en los terrenos del Indiviso "Las Cañas", denominado "Filipinas", con dos casas, dentro de los linderos que se describen en el punto primero de los hechos de la demanda. La venta fue hecha por cabida y se fijó, en el instrumento mencionado, una extensión o área de doscientos quince (215) plazas, aproximadamente, y se estipuló un precio de cuarenta mil pesos.

Como el comprador Juan Clímaco Cabrera, una vez que le fue entregado el inmueble, consideró que el área total vendida por el señor Palau R. no tenía la cabida de doscientas quince plazas, sino menos, formuló demanda ordinaria ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali, en la que solicita se hagan las siguientes declaraciones:

1ª Incumplimiento por parte del demandado de sus obligaciones como vendedor, pues no entregó la finca en toda su extensión, ni la casa principal de habitación, según los compromisos jurídicos adquiridos mediante la escritura pública de compraventa mencionada;

2ª Obligación, como consecuencia de la declaración anterior, de entregarle al demandante las plazas de terreno faltantes para completar las doscientas quince plazas de extensión de la finca y la casa de habitación construida dentro de la misma;

3ª Obligación de pago de los perjuicios causados al demandante por el incumplimiento del contrato.

Subsidiariamente solicitó lo siguiente:

1ª Resolución del contrato de compraventa contenido en la escritura No 3334, de 10 de octubre de 1953, de la Notaría Primera del Circuito de Cali, por incumplimiento por parte del vendedor;

2ª Pago de los perjuicios causados con el incumplimiento y de las costas del juicio.

Notificada la demanda y evacuado el traslado correspondiente, el demandado se opuso a las peticiones principales y subsidiarias; en su lugar, formuló demanda de reconvención, en la que solicitó del Juzgado que declarara la obligación, a cargo del señor Juan Clímaco Cabrera, de pagar la suma de lo que resultare probado en el juicio por el exceso de plazas de terreno vendidas por el segundo al primero, computadas al precio de ciento ochenta y seis pesos con cuatro centavos ($ 186,04) conforme a la estipulación contenida en la escritura pública de compraventa, ya citada tres días después de ejecutoriado el fallo.

Rituado el juicio de acuerdo con las formalidades del procedimiento, el Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali desató la litis, fallo en el cual negó las súplicas principales de la demanda, declaró resuelto el contrato de compraventa, de conformidad con la primera petición subsidiaria, condenó al pago de los perjuicios por el incumplimiento del contrato y absolvió al señor Juan

Clímaco Cabrera de los cargos formulados en la demanda de reconvención.

El demandante no se conformó con el fallo de primera instancia e interpuso el recurso de apelación. Surtido el trámite correspondiente, el Tribunal Superior de Cali, por medio de sentencia de 3 de septiembre de 1955, resolvió la apelación, confirmando el fallo en los apartes primero y cuarto de sus decisiones, revocándolo en todo lo demás; y resolvió, en cambio, negar la súplica primera de la demanda; en cuanto a la segunda, ordenó a cargo del señor Antonio Palau y en favor del demandante principal, el pago del valor de ciento una plazas de terreno con treinta y tres avos de plaza que faltan para completar la cabida declarada de la finca denominada "Las Filipinas" que vendió a Juan Clímaco Cabrera.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte demandada el recurso de casación que estudia ahora la Corte.

La sentencia del Tribunal:

El Tribunal sostiene que "Aunque está acreditada por medio del dictamen pericial que en realidad hay un faltante de ciento una plazas de terreno con treinta y tres avos de plaza, en la escritura correspondiente se estipuló, claramente que para completar la cabida declarada en la escritura, se pagaría el valor de esas plazas, por el precio estipulado en el mismo instrumento, que según el mismo demandado y lo que resultó establecido sobre el particular en el juicio, es de $ 186,04 por cada plaza.

En relación con el pago de perjuicios afirma el Tribunal que cuando se solicita "El completo en tierra, o el valor de lo que falta, no consagra la ley con razón el derecho de pedir indemnización de perjuicios, pues la entrega se acepta por el comprador, completándole en lo que falte, para que las estipulaciones convenidas al respecto sean cumplidas en su integridad, y los intereses del contrato queden satisfechos en forma equitativa y justa".

Y luego agrega:

"Si existe una acción al respecto consagrada por la ley para obtener lo que el demandante reclama por el juicio como se ha visto con cita del texto legal que la consagra, no puede haber carencia de derecho para pedir, ni el demandante carece de título jurídico para entablar el juicio, y aunque pide más de lo que se le debe, solo se le concede lo que es de equidad, derecho y justicia.

"Y si resulta que no hubo mayor cabida que la declarada sino menor, a cargo del faltante del demandado, y no del demandante, la contrademanda propuesta por el primero, carece de causa jurídica, como así se estima y declara en el fallo cuestionado".

La demanda de casación:

Con fundamento en las causales primera y segunda del artículo 520 del CJ. el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal los cargos que se resumen a continuación:

Causal Primera

2º Violación de los artículos 1769, 1888 del CC. 604 y 606 del CJ. por error de hecho en la interpretación de la demanda y error de hecho y de derecho al hacer prevalecer el dictamen de los peritos sobre la confesión que el demandante hizo en el libelo de demanda.

3º Violación del artículo 1888 del CC. por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito.

Causal Segunda

1º No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el juicio.

ESTUDIO DE LOS CARGOS:

El método y el orden lógico exigen que primero se estudie el cargo fundado en la causal segunda.

Primero:

Sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, con fundamento en el numeral 2º del artículo 520 del CJ.

En la fundamentación y desarrollo del cargo, el recurrente afirma que el demandante pidió condena al completo o entrega de un faltante del terreno vendido y no recibido. Dentro de las eventuales posibilidades que le brindaba el art. 1888 del CC. optó por reducir o inclinar su pretensión a tan solamente el completo de la cabida declarada en la compraventa y no entregada. Cuando una cabida declarada prometida es efectivamente mayor que la objetividad real, tiene el comprador dos medios a su facultad para protegerse en sus intereses y derechos: exigir del ven-

cedor que le complete la cosa vendida; o pedirle **que sufra una rebaja proporcional en el precio".**

"No habiendo pedido el señor Juan Climaco Cabrera al señor Palau, en la demanda, restitución, reembolso o pago en devolución de precio proporcional a la parte de terreno faltante por no entregada, el Tribunal Superior de Cali, condenando a eso sitúa esa condena fuera de los límites naturales del juicio. Con este vicio en el procedimiento, la sentencia infringe los artículos 26 de la CN. artículo 7º de la Ley 153 de 1887 y 471 del CJ."

La Corte considera:

El demandante en el juicio planteó, en primer lugar y como súplica principal, la entrega de 112 plazas que faltaban para completar la cabida a que se refiere la escritura Nº 3334 de 10 de octubre de 1953 de la Notaría 1ª, del Circuito de Cali; y como subsidiaria, la resolución del contrato, con la consiguiente devolución del precio y la correspondiente indemnización de perjuicios. El Juzgado negó la súplica principal, pero acogió la subsidiaria con todas sus consecuencias. El Tribunal reformó el fallo en el sentido de negar tanto la petición principal como la subsidiaria, y en su lugar, condenó al demandado a pagarle al demandante el valor de las fanegadas o plazas que no fueron entregadas. Efectivamente, la demanda principal no planteó la súplica que declaró la sentencia de segunda instancia, ni se desprende tampoco de ella por deducción ni por consecuencia. Pero en la demanda de reconvención sí se propuso claramente el desarrollo, eficacia y cumplimiento de la cláusula en que se afirma que "Si al hacer el comprador Cabrera la mensura de la finca materia de la venta, resultare mayor o menor cabida de las 213 plazas que se le han fijado, en el primer caso, el comprador pagará al vendedor la mayor cabida y en el segundo caso, el vendedor pagará al comprador la menor cabida, al precio estipulado en esta escritura". Y el demandante principal en el juicio, aceptó el cumplimiento y aplicación de esta cláusula, con lo cual hubo de modificarse el planteamiento de la litis, mediante una nueva pretensión, no solo oportunamente deducida por las partes en el juicio sino aceptada comunmente por las mismas.

El Tribunal, pues, al condenar al demandado Palau R. a pagar a Cabrera el valor de las plazas de terreno faltantes no se movió en un campo distinto al planteado en el desarrollo de la relación jurídica del proceso, sino que acató no solamente la voluntad expresada en la cláusula mencionada, sino también en el planteamiento del litigio, precisamente en la única súplica en que estuvieron de acuerdo las partes, es decir, en la que ni siquiera la relación jurídica con base sólida en la convención llegó a tener el carácter de litigiosa, por el completo acuerdo de los contratantes y de las partes en el proceso. No existe por consiguiente, en el caso sub judice inconsonancia: ni por incongruencia, ya que la declaración formulada por el Tribunal, está dentro de las súplicas de las demandas; ni por exceso, ya que en el fallo se resuelve menos de lo pedido; ni por defecto, si se tiene en cuenta que en la sentencia no se omitió el pronunciamiento de ninguno de los extremos de las demandas, tanto de la principal como de la de reconvención.

Para aclarar de una vez el pensamiento de la Corte en relación con la causal que se estudia, se transcribe a continuación la doctrina contenida en sentencia de diez y siete de junio de 1957 (G. J. Tomo LXXXV, página 377).

"El numeral 2º del artículo 520 del CJ. 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 a fallo excesivo; este 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".

Se agrega ahora, que aunque las peticiones de una demanda no pueden confundirse con las acciones que se ejercitan ya que éstas pueden descomponerse en varias súplicas, de acuerdo con la técnica del demandante, es necesario, cuando se trate de configurar un cargo de casación por inconsonancia, con fundamento en la causal 2ª del artículo 520 del CJ. que se precisen con toda claridad tanto las súplicas como las acciones incoadas, porque puede acontecer, desde luego que en la sentencia acusada se haya dejado de resolver alguna súplica, pero que, sinembargo lo hayan sido otras que consultan mejor la eficacia o ineficacia de la acción o acciones instauradas, como acontece en el caso sub judice, en el que aun-

que no se resolvió favorablemente la petición de entrega de las plazas de terreno faltantes, se definió sobre su precio, es decir sobre la misma acción de reintegro, que puede tener eficacia en uno y otro evento. Toda facultad subjetiva, amparada por el orden jurídico, implica una acción, que no es otra cosa que el derecho de solicitar la tutela jurisdiccional, la que puede descomponerse en varios medios o vías para el amparo jurisdiccional del derecho que trata de desconocerse o de vulnerarse por la manifestación de conducta de un tercero que se opone a su eficacia.

Segundo:

Sostiene el recurrente, que la sentencia acusada es violatoria de los artículos 1769, 1888 del CC, 604 y 606 del CJ, por error de hecho en la interpretación de la demanda y error de hecho y de derecho al hacer prevalecer el dictamen de los peritos sobre la confesión que el demandante hizo en el libelo de demanda.

Afirma el recurrente, en apoyo del cargo formulado, que la demanda del señor Juan Clímaco Cabrera, de fecha 16 de febrero de 1954, es una confesión. La estipulación final de contrato de compraventa Falau Cabrera dispuso que el comprador haría la mensura del terreno vendido "y que sobre el resultado de tal mensura, actividad posterior al contrato, rodaría eventualmente o una elevación del precio, o una rebaja, según que la cabida resultante de la medición fuera mayor o menor de las 215 plazas vendidas por $ 40.000.00

Y agrega luego:

"Confesó el demandante, en la demanda que había hecho la mensura— la forma impersonal de la redacción debe ponerse en armonía con la estipulación que le sirve de base— y que a la cabida declarada en el instrumento le faltaban 30 plazas. El Tribunal Superior de Cali en la sentencia desatendió esos elementos. Prescindió de ellos. Dio prevalencia al dictamen de los peritos sobre esas constataciones del proceso. De haber tenido en cuenta esa confesión del demandante, confesión enlazable con la estipulación final del contrato de compraventa, habría tenido que darle preferencia a la confesión y al instrumento sobre el dictamen pericial producido con motivo de una inspección ocular practicada en el juicio. Como procedió incurrió en evidente error de hecho, consistente en no haber apreciado lo que consta en el proceso y lo que ha debido tomar en cuenta en la decisión proferida. Con ese error de hecho en la apreciación de esas pruebas violó los artículos 1757, 1759 y 1769 del Código Civil, 604 y 606 del Código Judicial.

"La confesión judicial, parte de ser en sí, plena prueba, tiene además, una importancia legal de preferencia probatoria sobre otras pruebas —cuando no se la desvirtúa alegando error de hecho vinculado a ella o sentido incompletos al tiempo de rendirsela— lo que quiere decir que deben ceder ante ellas las otras pruebas, inclusive la pericial (artículo 1769 del Código Civil). En cuanto al Tribunal Superior de Cali, en sentencia, dió más valor probatorio al dictamen pericial que a la confesión de un lado, en la consideración del dictamen pericial del otro, y en la operación de hacer primar éste sobre aquéllas. Con todo lo cual violó los artículos 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil. Si hubiera apreciado, como era lo debido, la estipulación final del contrato de 10 de octubre de 1953 y la confesión del demandante, hasta dentro de la desorbitada posición tomada al apartarse de las peticiones expresas del demandante, habría tenido que limitar la condena tan sólo lo proporcional en el precio a las 30 plazas. Estos errores de hecho y de derecho dieron lugar a la violación de los artículos 604, 606, 1769 y 1888 del Código Civil".

La Corte considera:

La confesión hecha por una de las partes en el juicio, sobre la cabida de un fundo y cuya mensura constituye la parte fundamental de la controversia no es prueba adecuada, ya que su mensura exige conocimientos técnicos y matemáticos. Y aunque la ley al hablar de la confesión no excluye expresamente ese hecho de su eficacia probatoria, se deduce sinembargo, de su naturaleza, ya que en tal caso se trata de la aplicación práctica en que, a pesar de su sencillez, entran en juego los principios no solo de una rama sino de un conjunto de conocimientos, sobre la cantidad, magnitud y medida de la extensión. En este caso el medio probatorio adecuado es la prueba pericial, y el dictamen de los expertos, rendido dentro de todas las condiciones legales, debe prevalecer sobre la declaración hecha por el demandante, la que tampoco puede llamarse confesión, en este caso ni siquiera en sentido formal, porque su afirmación recae no sobre un hecho que lo perjudica, sino que en cierta forma lo favorece. En estas condiciones la manifestación hecha por el actor en la demanda principal de que había practicado personalmente la mensura del fundo y encontrado un faltante de treinta plazas, está desvirtuada con el concepto de los expertos, quienes manifestaron que el faltante era superior

a la cifra de plazas computada por el demandante. El Tribunal, al darle preferencia a este último medio de prueba no incurrió en violación de las disposiciones adjetivas citadas por el recurrente; ni al través de éstas, en la infracción de los preceptos sustantivos citados por el mismo.

Tercero:

Sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria del artículo 1888 del CC por interpretación errónea y haberlo aplicado, también, indebidamente al caso del pleito.

En la fundamentación y desarrollo del cargo afirma el recurrente que la interpretación correcta del precepto que considera violado, es la de que las acciones que establece son otorgadas exclusivamente al comprador; y que, el vendedor, no tiene otro camino que allanarse a cumplirlas.

"Si es esa la natural y obvia interpretación del artículo 1888 del CC. al entender esta regla como utilizable para el caso de este juicio, donde el comprador se ha limitado a exigir el completo de la cabida, y sin haberse establecido probatoriamente ni alegado el demandado, y sin haberlo exigido el comprador, se decreta una disminución del precio, se interpreta inadecuadamente ese texto y con esa defectuosa interpretación se le aplica indebidamente; puesto que los elementos procesales y probatorios —incluida la demanda misma— no comportan la aplicación de esa norma de la ley. Quizá una sustancial y deliberada insuficiencia de la demanda haya sido la causa de la imposibilidad de dar aplicación al artículo 1888 del Código Civil. Pero ello no pudo ser subsanado ni mejorado ni enderezado por el Tribunal Superior de Cali".

La Corte considera:

Las acciones concedidas al comprador en los eventos contemplados en el artículo 1888 del CC. solo tienen aplicación para el caso en que las partes, no hayan consagrado reglas diferentes en el contrato, con el fin de darle solución a los problemas de esa índole que pueden presentarse en el desarrollo y ejecución del mismo; pero, en el caso sub judice, claramente se pactó por los contratantes Cubrera y Palau que "Si al hacer el comprador Cabrera la mensura del inmueble materia de la venta, resultare mayor o menor cabida de las 215 plazas que se le han fijado, en el primer caso, el comprador pagará al vendedor la mayor cabida; y en el segundo caso, el vendedor pagará al comprador la menor cabida, al precio estipulado en esta escritura". Lo que significa que ambas partes, con un criterio de previsión quisieron indicar las reglas jurídicas que serían aplicables en los eventos inciertos que podrían presentarse en la ejecución de la convención; y, en consecuencia, tanto el vendedor como el comprador prefirieron a la regla contenida en el artículo 1888, la que acordaron en la escritura de compraventa; procedimiento correcto, puesto que dicha norma no es estrictamente imperativa, sino supletiva, encaminada a tutelar los intereses privados de las partes y no a definir ni a proteger intereses de orden público. La conducta del Tribunal, al hacer prevalecer sobre el precepto citado la voluntad de los contratantes, no hizo otra cosa que acatar el principio de la autonomía de la voluntad, que es fuente de reglas jurídicas y fundamental en la institución de los contratos, siempre que en su aplicación y desarrollo no se quebranten la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Que los contratos son fuente de principios jurídicos se desprende del precepto consagrado en la ley positiva de que son leyes para las partes; y no solo pueden considerarse como fuentes de expresión, sino de creación de esos mismos principios, en el sentido de que los contratantes no solo tienen un amplio margen para prever todas las contingencias que pueden presentarse en el desarrollo y cumplimiento de las convenciones, sino también de adoptar aquellas normas que consideren más adecuadas para resolverlas. El principio básico de la institución es precisamente el de la libre estipulación, cuya normal aplicación y desenvolvimiento no solo garantiza los objetivos jurídicos y económicos de las convenciones, sino también, la propia seguridad y firmeza de éstas. Y si la ley positiva establece límites a ese desenvolvimiento, ellos no pueden ir más allá de la tutela de la moral, del orden público y de las buenas costumbres, que son los ángulos normativos que determinan el campo dentro del cual se mueve la autonomía de la voluntad. El Tribunal, pues, al darle preferencia a la regla convenida por las partes en el contrato, no hizo otra cosa que conferirle a la libre estipulación los alcances jurídicos y normativos que realmente tiene, en consonancia con nuestro régimen de libertad contractual y de eficacia y seguridad de ésta. Además, las partes concretaron su relación jurídica al cumplimiento de la cláusula contractual a que se ha hecho referencia.

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 proferida por el Tribunal Superior de Cali de fecha 6 de septiembre de 1955.

Se condena en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

SI A LA VICTIMA CORRESPONDE DEMOSTRAR EL HECHO QUE DIO OCASION AL DAÑO, EL PERJUICIO QUE SUFRIO COMO RESULTADO DEL HECHO DAÑOSO Y LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE UNO Y OTRO ELEMENTO, EL DEMANDADO DEBE COMPROBAR QUE EL ILICITO ACAECIO POR CULPA DE LA VICTIMA, O QUE SE PRODUJO POR LA INTERVENCION DE UN ELEMENTO EXTRAÑO, POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, SI ES QUE ASPIRA A QUE SE LE EXONERE DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZAR. — NO SIEMPRE EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, EN FAVOR DEL ACTOR MATERIAL DEL DAÑO, EXTINGUE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA EL MISMO. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION

1 — El texto del artículo 2356 del CC. deja notar, como lo ha establecido la Corte, que allí se estatuye o establece una presunción de culpa a cargo del agente, en caso de que el daño de que se queje el lesionado derive de hecho que por su naturaleza o por las circunstancias en que ocurrió permitan atribuirlo a negligencia del autor material, presunción que por no ser de derecho admite prueba en contrario pero cuya aducción corresponde consiguientemente a quien ejecutó la actividad que resultó dañosa. En otros términos: como corresponde, por regla general, a la víctima del daño demostrar en caso de litigio, el HECHO que dió ocasión a éste, el PERJUICIO que sufrió como resultado del hecho dañoso y la RELACION DE CAUSALIDAD entre uno y otro elemento, será el demandado quien debe comprobar que el ilícito aconteció por culpa de la víctima, o que se produjo por la intervención de un elemento extraño por fuerza mayor o por caso fortuito si se aspira a que se le exonere de la obligación de indemnizar porque, se repite, la sola ocurrencia del hecho causa del daño conlleva por naturaleza la presunción de culpa a cargo de su autor.

Debe aclararse que la intervención de "un elemento extraño" que haya determinado la consumación del daño no ha de ser imputable al demandado, y que ese "elemento extraño" puede ser o estar constituído por un error de conducta del propio lesionado, o lo que es lo mismo, ser la resultante de la propia culpa de quien sufrió el perjuicio.

2 — No siempre el sobreseimiento definitivo pronunciado en el proceso penal seguido contra el actor material del hecho que ha causado daño a terceros extingue la acción de responsabilidad civil contra este mismo, porque, como de antaño lo viene enseñando constante jurisprudencia de la Corte "el art. 28 del C. de P Penal está indicando a contrario sensu, que es admisible la acción civil de resarcimiento ante el Juez civil cuando el fallo penal (sentencia o sobreseimiento definitivo ejecutoriados) deja establecido que el hecho causante del daño SI ocurrió, que el procesado ES el autor material del hecho y que al producirlo NO ESTABA cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima".

Innegable la juridicidad de la doctrina, porque los jueces penales tienen dentro de la función investigativa que les es propia, la de decidir —salvo en denuncias por quiebra fraudulenta— únicamente sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal en los casos en que el hecho doloso o culposo se haya producido con las características exigidas para darle función a la aplicación de determinada norma penal, ya que no es su función estatuir sobre relaciones determinantes de simple responsabilidad civil. Está fuera de su ámbito normal lo que escape al conocimiento en sí de la infracción penal, a excepción de los casos de quiebra fraudulenta —se repite— o de los de acusación particular si en ella se ventila pedimento de indemnización civil.

3 — La acusación que se haga sobre la SIMPLE BASE de que el quebranto de la ley se sucedió porque el Tribunal estimó las pruebas o los hechos de manera diferente a cómo los aprecia el interesado resulta inválida, si no se demuestra manifiesto error en la apreciación del juzgador.

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

(Magistrado ponente Dr. Daniel Anzola Escobar)

Se deciden los recursos de casación interpuestos: por Hernando Corredor, Ericinda Rodríguez de Corredor, Cecilia Corredor v de Bernal en su propio nombre y en el de sus hijos menores Guillermo Hernando, Edgar Alberto y Benjamín Camilo Bernal Corredor y Daniel Mesa; y por el Municipio de Medellín contra la sentencia de fecha 15 de febrero de 1955 proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario iniciado ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de aquella ciudad por los primeros contra el segundo, sobre pago de perjuicios materiales y morales.

ANTECEDENTES:

En la mañana del 16 de marzo del año de 1952, don Hernando Corredor acompañado de familiares suyos salió de la ciudad de Medellín en visita a la población de La Ceja conduciendo el carro marca Lincoln, Modelo 1950, distinguido oficialmente con las placas Nos. 8299 de la Sección de Tránsito del Departamento. En las horas de la tarde regresaba Corredor a Medellín piloteando el mismo carro y en él ocupaban asiento su esposa Ericinda Rodríguez de Corredor; su hija Cecilia Corredor de Bernal; su yerno Guillermo Bernal; sus nietos Jaime Corredor, Guillermo Hernando Bernal y Edgar Alberto Bernal; la señorita Salomé Mesa Bernal invitada al paseo por la familia, y la empleada del servicio Ana Mercedes Cely.

El viaje cumpliase normalmente, pero ocurrió, que ya en la ciudad, al llegar al cruce de la Carrera Balboa con la calle Urabá y en momentos en que Corredor conducía el carro por el lado izquierdo de la vía —dirección Norte a Sur— la rueda derecha deslizó y cayó sobre un hueco que habíase formado en el centro de la calle, con el resultado, de que por causa del hecho la máquina detuvo instantáneamente el movimiento; vista la emergencia, Corredor impulsó el carro hacia atrás —en reverso— tres varas más o menos, logrando sacarlo del hueco sin mayor dificultad. Acto continuo, a nueva acción, Corredor pudo continuar la marcha siguiendo la calle Urabá, hacia abajo, vía ésta de 28 grados 23 minutos de pendiente según concepto pericial del folio 24 cuaderno Nº 2 del expediente. Al desarrollar la marcha el carro comenzó a dejar sobre el pavimento acentuadas manchas de aceite observadas luego por varios transeúntes.

Por razones explicadas pericialmente, el carro al tomar el descenso adquirió velocidad vertiginosa; y como ésta aumentaba a cada instante, el conductor, viendo que la máquina no le obedecía "porque los frenos no prestaban el servicio", con el fin de evitar males mayores —dice— optó por estrellarla cuadras abajo contra un árbol, produciéndose así el grave accidente cuyo saldo fue la muerte instantánea de la señorita Salomé Mesa y la de don Guillermo Bernal quien falleció minutos después de los sucesos. Los demás ocupantes del carro recibieron heridas de distinta gravedad, no así la empleada del servicio quien no sufrió daño ninguno.

Estos los motivos de las demandas intentadas por medio de apoderado ante la justicia civil de Medellín por los perjudicados en el accidente, encaminadas a obtener, que previa declaración de ser civilmente responsable el Municipio de Medellín —por culpa y descuido— del hecho acaecido, se le condene al pago de los perjuicios de distinto orden sufridos por los demandantes, así:

A **Hernando Corredor** y su esposa Ericinda Rodríguez de Corredor, "los morales, para cada uno de mis representados, en dos mil pesos ($ 2.000,00) que es el máximo autorizado por la Ley o la doctrina, y los materiales en treinta mil ($ 30.000,00) pesos para don Hernando Corredor, y en veinte mil ($ 20.000,00) pesos para la señora Ericinda Rodríguez de Corredor; y en subsidio que está obligado a pagar el valor de los perjuicios morales que determine el señor juez y el de los perjuicios materiales que fije el mismo señor juez, previo dictamen de peritos en el mismo juicio, o en proceso separado".

A **Cecilia Corredor** de Bernal y sus hijos Guillermo Hernando, Edgar Alberto y Benjamín Camilo Bernal Corredor, "los morales, para cada uno de mis representantes, en dos mil pesos ($ 2.000,00) que es el máximo autorizado por la Ley y la doctrina; y los materiales, así: por la muerte de don Guillermo Bernal y a favor de su señora viuda e hijos citados, ciento cuarenta mil pesos ($ 140.000,00) m/l.; y por las heridas y lesiones ocasionadas a la señora doña Cecilia Corredor v de B. veinte mil pesos ($ 20.000,00) a favor de ella misma; y por las heridas y lesiones ocasionadas al menor Guillermo Bernal C. cinco mil pesos ($ 5.000,00) En subsidio de lo anterior, que el Municipio de Medellín debe pagar a mis mandantes los perjuicios morales que determine el Sr. Juez, y los perjuicios materia-

les que fije el mismo señor Juez, previo dictamen de peritos, en este mismo juicio, o en proceso separado".

A **Daniel Mesa**, padre de la señorita Salomé Mesa "**los morales**, en dos mil pesos que es el máximo autorizado por la ley y la doctrina, y **los materiales** en la cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25.000,00). En subsidio, que el Municipio de Medellín debe pagar a mi poderdante los perjuicios **morales** que determine el señor juez, y los perjuicios **materiales** que fije el mismo señor Juez, previo dictamen de peritos, en este mismo juicio o en proceso separado".

Las demandas fueron acumuladas y falladas como se verá adelante.

En cada una de éstas, además de los hechos referentes a la personería de los actores, aduce el Sr. apoderado estos generales:

"2º En la mañana del día diez y seis de marzo del año pasado (1952) don Hernando Corredor salió de paseo de esta ciudad hacia la población de La Ceja, acompañado de su señora esposa, su hija doña Cecilia Corredor de Bernal, su yerno don Guillermo Bernal Bernal, sus nietos menores de edad Jaime Hernando Corredor Q. Guillermo Hernando Bernal C. Edgar Alberto Bernal C. y la señorita Salomé Mesa Bernal, amiga muy estimada de la familia, ello conduciendo un automóvil de su propiedad, marca Lincoln Modelo 1950, de placa número 8299.

"3º En la tarde de ese día, en el mismo automóvil, regresó don Hernando de la población de La Ceja, con sus acompañantes citados, sin que se presentara inconveniente de ninguna especie hasta la entrada a las calles de esta ciudad, una vez que desde hace muchos años es un experto chofer, que venía en perfecto juicio, sin haber tomado licores y que el carro era de magníficas condiciones, por lo cual atravesó con facilidad todas las fuertes curvas y pendientes que se presentan en el trayecto de carretera aludido.

"4º Encontrándose ya en esta ciudad, como a las seis y cuarto o seis y media de la tarde, el señor Corredor quiso llevar a la señorita Mesa Bernal a la casa de habitación de su señor padre don Rafael Mesa (sic) situada hacia el Barrio del Prado; y cuando venían en esa dirección, por la carrera de Balboa, al llegar al cruce con la calle de Urabá, el automóvil fue a caer en un hueco que existía en casi todo el centro de ese crucero, deteniéndose consecuencialmente allí su marcha.

"5º El señor Corredor ejecutó la maniobra indicada para ese caso, o sea reversar el carro algunas varas, para evitar así el peligro de que las ruedas traseras fueran a dar al mismo hueco; y en efecto lo sacó hasta unas tres varas hacia atrás del citado orificio, sin que se notase, hasta ese momento daño alguno en el automóvil, como que funcionó normalmente, obedeciendo a la maniobra mecánica de reverso.

"6º Como hasta ese momento no se advirtiese daño alguno en el Lincoln, pues atendió a las dichas maniobras de reverso, el señor Corredor se dirigió por la Calle de Urabá hacia la carrera de Neiva, donde vivía don Rafael Mesa (sic); pero a pocas varas del hueco advirtió que el carro iba adquiriendo gran velocidad, por lo cual presionó el freno hidráulico para detenerlo, sin que tal contención fuese posible, porque dichos frenos no obedecieron, pues a consecuencia de la caída en el hueco se dañó alguna pieza que dejó salir el líquido indispensable para aquellas maniobras. Por ello, dicho carro fué adquiriendo cada vez mayor velocidad, sin que valiesen tampoco en esos momentos ni el freno de emergencia o estacionamiento, ni la caja de velocidad, porque debido al daño que había sufrido el aparato y a la fuerte pendiente existente en esa vía, adquirió una velocidad de más de cien kilómetros por hora.

"7º En esos trágicos momentos, el señor Corredor, con suma serenidad y prudencia tocaba el pito para aviso de los transeúntes y además verificaba todas las maniobras posibles y adecuadas para evitar un siniestro; y pocos metros antes de llegar a la carrera de Bolívar, donde habían muchas personas que salían de un teatro, el señor Corredor, con la finalidad de no atropellar o matar un considerable número de ellas, trató de desviar el carro hacia el andén o hacia una acera; pero debido a la gran velocidad que llevaba fué a estrellarse contra un gran árbol allí existente donde chocó conterrible violencia.

"8º A consecuencia de ese choque violento quedaron allí gravemente heridos: la señorita Salomé Mesa B. que falleció pocos minutos después, cuando la llevaban a la Policlínica; don Guillermo Bernal Bernal, que falleció pocas horas después; mis poderdantes don Hernando Corredor R. y doña Evelinda Rodríguez de C. doña Cecilia Corredor de Bernal y los niños Jaime Corredor Q. y Guillermo Hernando Bernal C. todos estos con heridas de gravedad.

"11º El señor Corredor no tuvo culpa alguna en aquel desgraciado accidente, como que se trata de persona que sabe conducir automóviles con suma habilidad desde hace muchos años; que venía en su sano juicio con su familia y una amiga de ésta, y en un automóvil de las mejores condi-

ciones por su calidad, estado etc. sin que hubiese ejecutado acto alguno que implicase imprudencia, negligencia etc. Así lo reconocieron las varias autoridades que han tenido que ver con el sumario que se inició contra dicho señor Corredor, y que terminó con sobreseimiento definitivo a su favor explicando los señores funcionarios, entre ellos nuestro Tribunal Superior, que no hubo culpa alguna de él en ese accidente y que sí hubo de parte del Municipio de Medellín en dejar aquel hueco en ese punto céntrico de esta ciudad, ofreciendo un grave peligro para los peatones y vehículos que por ahí transitasen.

"12º Hubo culpa y negligencia del Municipio de Medellín por el descuido que tuvieron sus empleados o agentes, encargados de la supervigilancia de las vías públicas, en dejar descubierto aquel hueco, que ofrecía aquel gravísimo peligro para vehículos etc. en un crucero de calles centrales de esta ciudad, sin ponerle señales permanentes indicativas del peligro y ello por espacio de varios días y semanas; por lo cual de acuerdo con la ley y con justicia los perjuicios ocasionados por aquel accidente deben recaer sobre dicha entidad culpable y no sobre las víctimas inocentes de aquellos graves descuidos y culpas.

"13º Era tan grave aquel peligro que ya habían caído a ese mismo hueco otros vehículos en días anteriores, según lo aseveran varios testigos, sin que por fortuna para ellos se les hubiesen dañado piezas esenciales, como sí vino a ocurrir desgraciadamente para el automóvil del señor Corredor; y es más, unos dos días después del accidente, cayó allí otro automóvil por lo que algunos vecinos vivían preocupados con ese riesgo creado o fuerte peligro, y de cuando en cuando ponían ramas en el hueco, las que desaparecían, posiblemente llevadas por los muchachos.

"14º Habiendo incurrido el Municipio de Medellín, o sus empleados o agentes, en la grave negligencia y culpa de dejar allí ese hueco o peligro, por varios días y semanas, y habiéndose ocasionado, a consecuencia del mismo, el grave siniestro de que atrás se habla es conclusión lógico que el Municipio debe reparar o indemnizar plenamente los graves perjuicios que a consecuencia del mismo sufrieron, entre otros, mis poderdantes".

Y refiriéndose el señor apoderado singularmente a las acciones incoadas explica a cada una:

En la presentada por Corredor y su esposa afirma:

"9º En el siniestro don Hernando Corredor sufrió las siguientes heridas o lesiones: fractura cerrada del decúbito derecho; fractura de la extremidad inferior de la tibia derecha, en la región malcolar; fracturas cerradas de las segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta costilla derecha; herida contusiva en la cabeza que le ha producido pérdida de la memoria; y además otras heridas contusivas; y la señora Rodríguez de C. sufrió las siguientes lesiones o heridas: huellas de contusión y deformación en la nariz con fractura de los huesos propios; fractura del macizo facial izquierdo; fractura de la mano derecha fuera de otras heridas contusivas".

"10º A consecuencia de aquellas heridas, tanto el señor Corredor como su señora esposa se vieron totalmente incapacitados para sus ocupaciones ordinarias por el término de varios meses, y sufrieron grandes padecimientos y además tuvieron que someterse a diversas operaciones quirúrgicas; y quedaron con lesiones e incapacidad parcial para trabajar, además de algunas deformidades, por razón de las fracturas y de la visibilidad de las heridas. De manera que sufrieron no sólo fuertes dolores físicos y morales, sino también serios perjuicios económicos".

En la propuesta por la señora Cecilia Corredor v. de Bernal y sus hijos alega:

"9º A consecuencia de ese siniestro, se repite, murió don Guillermo Bernal Berna, esposo de mi poderdante y padre de los menores citados; mi mandante doña Cecilia C. de Bernal sufrió fractura cerrada y con desplazamiento del radio derecho, luxación de la cadera izquierda y otra herida sobre la región ciliar derecha; y el niño Guillermo Bernal Bernal sufrió una herida contusiva sobre la región medio frontal derecha.

"10º Como resultado de la muerte de don Guillermo Bernal B. y de las heridas sufridas por su señora esposa e hijo Guillermo Hernando, se causaron graves perjuicios morales y materiales a mis poderdantes, porque quedaron privados de las atenciones, cuidados y suministros que aquel les prestaba, quien era esposo y padre que se distinguía por sus admirables cualidades públicas y privadas; que vivía dedicado a su hogar y al ejercicio de sus actividades para el sostenimiento de su familia y para dejarle un porvenir económico, como seguramente habría sucedido, una vez que se hallaba excelentemente establecido, obteniendo entradas superiores a mil cuatrocientos pesos mensuales, que disfrutaba de una excelente salud y era relativamente joven, de unos treinta y seis años de edad. Además doña Cecilia Corredor de B. y el niño Guillermo Bernal C. sufrieron y continuarán sufriendo perjuicios por las lesiones o deformidades provenientes de las heridas que se les causaron en aquel accidente. De manera que se les ocasionaron no solo fuer-

tes dolores físicos y morales sino también gravísimos perjuicios económicos".

Son de la incoada por Daniel Mesa estos hechos:

"9º A consecuencia de ese siniestro, se repite, murió la señorita Salomé Mesa Bernal, hija legítima de mi poderdante.

"10º Como resultado de la muerte de la señorita Salomé Mesa Bernal, se causaron graves perjuicios morales y materiales a mi poderdante don Daniel Mesa, porque quedó privado de las atenciones y de los cuidados y suministros que dicha hija le prestaba; y quien se distinguía por su admirable conducta y por el cariño afectuoso hacia su señor padre. Vivía dedicada al hogar. Además, por haber tenido muy esmerada educación, la señorita Salomé Mesa no solo atendía a la casa de su señor padre, sino que también desempeñó varios empleos, en los cuales devengaba sueldos de relativa consideración, mayores de doscientos pesos; y también le ayudaba a su señor padre en la administración de una tipografía y en otros menesteres, destinando la casi totalidad de sus utilidades o entradas para ayudar a los gastos que demanda el sostenimiento de la casa de don Daniel Mesa quien es persona anciana, pobre, muy enferma casi inhabilitado para trabajar. Don Daniel vino a quedar naturalmente privado de esas entradas y de todos esos cuidados y atenciones, a consecuencia de la muerte de su señorita hija, causada por culpa y descuido de los empleados del Municipio de Medellín en el sostenimiento y reparación de las vías públicas de esta capital".

El representante legal del Municipio contestó los traslados que se le surtieron oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas. Manifestó no constarle algunos hechos, e hizo a los otros estas referencias:

"Según declaración del demandante Corredor en el auto viajaban nueve personas siendo que el cupo normal era de seis únicamente".

"El desgraciado suceso se debió a culpa del conductor del automóvil, señor Corredor R. a su estado personal o físico, a su inhabilidad para las actividades de chofer y a infracción por el mismo de los reglamentos de tránsito".

"El trágico acontecimiento ocurrió únicamente por culpa del demandante señor Corredor R. por su inhabilidad para ejercer las actividades de chofer y por violación por el mismo de las disposiciones reglamentarias del Tránsito. La decisión de la justicia penal no incide, en este caso, en el proceso civil".

Agregó finalmente: "Impugno y contradigo las razones y fundamentos jurídicos invocados por la parte demandante, porque según las normas que regulan la responsabilidad civil por culpas extracontractuales, al Municipio de Medellín no le es imputable ninguna culpabilidad por el lamentable accidente a que alude la demanda".

A la primera instancia le puso fin el señor juez del conocimiento con sentencia de fecha 9 de septiembre de 1954, de esta disposición resolutiva:

"1º Declárase que el Municipio de Medellín es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido en esta ciudad el día diez y seis de marzo de 1952, en el lugar de que da cuenta este proceso, fueron causados a las siguientes personas: Hernando Corredor R. Ericinda Rodríguez de C. Cecilia Corredor vda de Bernal, Guillermo Hernando, Edgar Alberto y Benjamín Camilo Bernal Corredor, y Daniel Mesa.

"2º En consecuencia, el Municipio de Medellín pagará a las citadas personas todos los perjuicios materiales y morales en la forma siguiente:

"a) Los perjuicios materiales, una vez que se haya fijado su cuantía de acuerdo con el artículo 553 del CJ.

"b) Los perjuicios morales, tres días después de la ejecutoria de esta providencia y los cuales se fijan así: A Hernando Corredor R. y Ericinda Rodríguez de C. un mil pesos ($ 1.000,00) para cada uno. A Cecilia Corredor vda de Bernal, Guillermo Hernando, Edgar Alberto y Benjamín Camilo Bernal Corredor, y al señor Daniel Mesa, dos mil pesos ($ 2.000,00) para cada uno.

"3º Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"4º Si las partes no apelaren, consúltese esta providencia con el Honorable Tribunal Superior".

Notificada la decisión, interpuso apelación el Personero, recurso que resolvió el Tribunal de Medellín en fallo proferido el 15 de febrero de 1955 confirmatorio del apelado, bien que modificándolo en el sentido de que "la entidad demandada solo debe pagar a cada uno de los actores la mitad de los perjuicios materiales que sufrieron como consecuencia del accidente a que se contraen los autos, y la suma de un mil pesos ($ 1.000,00) a cada uno de los mismos por razón de daños morales inobjetivados.

Advirtió "que en la regulación del monto de los perjuicios materiales no se sobrepasará la suma fijada por los demandantes en sus respectivos libelos".

No se hizo condena en costas.

Contra el fallo del Tribunal ambas partes interpusieron el recurso de Casación que admiti-

dos y debidamente tramitados va la Sala a resolver.

Las sentencias de instancia

Del examen de los elementos probatorios aducidos al proceso extrae el juzgado esta categórica conclusión: "La causa eficiente del accidente y de los daños materiales y morales qu alli resultaron, no fue la conducta del señor Hernando Corredor, que este despacho la encuentra normal, sino la negligencia de las autoridades municipales, por la omisión en colocar señalvs de peligro para evitar no sólo accidentes a los vehículos, sino a las personas".

Fundamento de la decisión, entre otras razones, éstas:

"En este proceso, demostraron plenamente los demandantes que el Municipio de Medellín hizo una excavación en plena vía pública; que no tomó medida precautelativa alguna; que la excavación era eminentemente peligrosa; que el carro conducido por Hernando Corredor cayó allí y sufrió desperfectos en el case del freno, lo cual fue causa esencial del siniestro posterior que causó una lesión cierta en el patrimonio material y moral de personas ningún derecho ajeno (sic). Aún más: se probó plenamente que el señor Hernando Corredor fue diligente en su conducta. Esa prueba se produjo en este proceso y lo mismo se resolvió en los procesos penales, donde se busca una verdad más verdadera, real y auténtica".

"El Municipio de Medellín no demostró ni intentó demostrar siquiera su diligencia, su ausencia de culpa. No pudo ni intentó explicar siquiera —ya que justificar jamás podría— el por qué no había señales de peligro en la excavación citada, donde fueron frecuentes los accidentes antes de la tragedia y aún después de ella. El doctor Bernardo Cock tenía razón cuando increpó tan fuertemente a ciertos jefes su irresponsabilidad. Por eso, ese famoso ex alcalde planteó en forma pública un problema de interés general, en la forma en que da cuenta este proceso".

"Quien no prueba lo menos, tampoco prueba lo más. No puede probar ausencia de culpa, mucho menos fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero o culpa exclusiva de la víctima".

Son del Tribunal sentenciador estas consideraciones:

"Al paso que los demandantes sostienen que el accidente se debió exclusivamente a la negligencia del Municipio y a su descuido y falta de atención al no eliminar el peligro que constituía para los vehículos el hoyo que se había producido en el crucero de la carrera "Balboa" con la calle "Urabá", la entidad demandada ha venido insistiendo durante todo el curso del juicio en que el desgraciado suceso tuvo como única causa la falta de observancia por parte del señor Corredor R. de las disposiciones de Tránsito, y la inhabilidad, impericia o insuficiencia visual del conductor. Los demandantes aseveran que el carro del Sr. Corredor R sufrió tan graves desperfectos por el impacto recibido al caer al hoyo, que su mecanismo quedó averiado en forma de no haberle sido posible al conductor gobernar la máquina al descender por la calle "Urabá". El Municipio afirma en primer lugar, que ni siquiera está debidamente establecido que el vehículo hubiera caído al hoyo. Y que en el caso de que se diera por probado este hecho, no podría afirmarse que fue en la caída donde el carro sufrió los deterioros en su mecanismo."

"Para la Sala no queda duda alguna sobre el hecho mismo de haberse precipitado el carro al hueco que desde hacía ya muchos días se había producido en el sitio indicado, donde uno de los vecinos, en previsión de posibles desgracias, solía colocar señales indicadoras del peligro. El fuerte golpe que se dio el automóvil al caer fue oído por varios testigos que viven cerca al lugar, y otros no solamente lo oyeron sino que vieron cuando el automóvil salía del hoyo".

"Se trata de establecer si aparece probado en autos que por causa del impacto recibido en la caída, el automóvil sufrió daños en su mecanismo. Está demostrado con las declaraciones de varios testigos que inmediatamente después de que el carro del señor Corredor R. salió del hueco se observaron manchas recientes de aceite que procedían de dicho lugar y seguían la dirección que el mismo carro había tomado momentos antes de estrellarse contra el árbol de la calle "Urabá". —Y esas manchas no se habían visto con anterioridad.— El automóvil había hecho un largo recorrido el día del suceso, por carretera de montaña, y había regresado a Medellín en condiciones normales. Lo prueba el haber logrado el señor Corredor R. detenerlo sin dificultades poco trecho antes de caer al hoyo, para saludar a algunas personas amigas, continuando luego su marcha en forma correcta. Los peritos que han dictaminado sobre el hecho, señores José Pablo Ramírez y Julio Vélez, Efraín Betancur y Alfredo Villegas y Alberto Quintero y Fern Duperly, están de acuerdo en que el carro se descompuso por razón de la caída, ya en su sistema de frenos, o ya en la caja de velocidades. Los expertos Betancur

y Villegas así lo conceptúan categóricamente. Ellos encontraron roto el freno hidráulico con el cubo que conduce el líquido a la rueda delantera derecha, lo mismo que la caja de velocidades, en su parte posterior, y sin aceite".

"Con los dictámenes periciales queda demostrado conforme a la ley (art. 722 del CJ—) que el auto del señor Corredor sufrió como consecuencia de la caída al hoyo los daños que anotan los expertos. Que el carro se impulsó al tomar la calle "Urabá", que es pendiente, y que alcanzó a velocidades fantásticas hasta llegar al árbol contra el que se estrelló, no obstante las maniobras que hizo el conductor en un desesperado afán por contenerlo, también está probado. Varias personas presenciaron los esfuerzos que hizo el señor Corredor R. para dominar la máquina. El freno de mano apareció ajustado al máximo y el de pedal totalmente hundido, lo que prueba que el conductor los accionó aunque sin éxito porque no operaron. El señor Corredor dice que él buscaba la manera de quitarle impulso al carro y procuraba rozarlo contra algún obstáculo, ante el hecho de que a esa hora estaba saliendo mucha gente del Teatro Rialto, que queda cerca al cruce de la carrera "Bolívar" con "Urabá", por lo cual tenía que evitar a todo trance que el vehículo llegara hasta dicha carrera para que no se produjera un siniestro de mayores proporciones".

"El Municipio afirma que fue imprudente el señor Corredor al no conservar su derecha por la carrera "Balboa" en el momento en que el automóvil cayó al hoyo. Está debidamente establecido que el carro se recostó en un ochenta por ciento (80%) sobre su izquierda, pues dejó un espacio considerable hacia la derecha, por donde no corría ningún riesgo como lo observó el perito López. No hay prueba de que en el momento en que el auto se precipitó al hoyo hubiera encontrado obstáculo alguno a su derecha. El conductor ha debido guiar por este lado de acuerdo con los reglamentos de Tránsito. Al no proceder así se colocaba en una situación peligrosa por causa de su misma imprudencia. Pero esto no quiere decir que el proceder del Municipio al mantener el peligro en la intersección de "Balboa" con "Urabá", no estuviera creando una situación de inseguridad para vehículos y viandantes.

"También alega el Municipio que el señor Corredor R. no usó de la debida prudencia que en este caso cualquier persona sensata hubiera ejercido, al no cuidarse de practicar siquiera una somera revisión a los mecanismos de gobierno relacionados con la dirección, cambios, contensión y detención del vehículo. El demandante señor Corredor R se excusa manifestando que él no es chofer mecánico, sino aficionado. Mas lo cierto es que el golpe que el carro sufrió al caer en el hueco no fue un accidente común de los que suceden frecuentemente en las vías urbanas y en las carreteras cuando los automotores caen en baches y aún en cunetas de poca profundidad.—Una de las testigos que oyó el cimbronazo dice que fue tan estrepitoso que creyó fundadamente que habían ocurrido muertes. Es verdad que el conductor pudo sacar el auto por los propios recursos de la máquina. Y esto lo indujo seguramente a pensar que el mecanismo no se había deteriorado en ninguna forma. Más no solo en los cambios de velocidad, sino también en el funcionamiento de los frenos debe pensarse en percances como éste, aún no siendo el conductor chofer mecánico sino aficionado, pues es ésta una cuestión de simple lógica natural. —Una ligera inspección le hubiera permitido al conductor percibir las manchas de aceite que el carro iba dejando, pues a raíz del siniestro se observó que éstas salían precisamente del hueco.

"De aquí hay que concluir que en el suceso obró como causa concurrente con la conducta culposa del Municipio, y en primer lugar, esa circunstancia de no haber tomado el señor Corredor R. su derecha en el momento en que llegaba al cruce de "Balboa" con "Urabá", a pesar de tener amplio espacio para ello, que le hubiera permitido cómodamente abrir la curva necesaria para girar hacia la calle "Urabá". Es obvio que aún conservándose este lado, el peligro existía, pero nó para el vehículo que llevara la dirección Norte Sur en que iba Corredor R. sino para los que se vieran obligados, conforme a las disposiciones del Tránsito, a marchar por la parte donde el hueco se había producido, el que, por otra parte, ofrecía condiciones de visibilidad. Si el señor Corredor R. tenía inicialmente el propósito de continuar directamente por "Balboa" para voltear por la calle "Moore", como lo dice él mismo, con mayor razón ha debido conservar su derecha, pues en este caso no tenía necesidad de abrir curva para girar a ningún lado. Y en segundo término concurrió también el no haberse percatado Corredor R. de la necesidad de inspeccionar el vehículo inmediatamente después de haberlo sacado del hoyo, para lo cual le hubiera bastado un instante de reflexión".

Refiriéndose el sentenciador a la defensa que invocan los actores "de que fueron terminantes las providencias de los juicios penales en el sentido de que el conductor no obró de manera culposa porque ya está definido de manera inmodifi-

cable que el demandado obró correctamente sin que de su parte mediara ningún hecho constitutivo de culpa" dice: "Cualquier culpa, por leve que se le considere, puede estar en la categoría de civil y dar lugar a indemnización si por razón de ella se ha producido daño a terceros. —Por lo demás, el sobrescimiento no puede alegarse como cosa juzgada para fines civiles frente a quien no fue parte en el proceso (Art. 474 ibidem).— Debe tenerse presente también la disposición del art. 28 del C de P Penal, conforme a la cual para que la acción civil no pueda proponerse ante el Juez Civil es preciso que en el proceso se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobrescimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, eventos que no se dan en el caso que se estudia. (G. J Nº 2107 2108 GJ Nº 2131, página 642)". ....

Y finaliza: "Con la culpa del conductor concurrió la del Municipio. Para sentar que esta entidad es responsable, basta advertir que el hoyo existente en "Balboa" con "Urabá" se había producido desde muchos días antes del accidente en la vía pública, y allí venían ocurriendo con frecuencia caídas de vehículos. Hoy existe allí una tapa de concreto que cubre la boca de una alcantarilla central. El Municipio ni siquiera ha tratado de alegar que no fuera de su incumbencia mantener en buen estado y libre de peligros la vía. Las calles, en términos generales, son bienes de la Nación de uso público (art 674 C Civil), pero la ley ha conferido a los Municipios la facultad y obligación de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche, arreglo y conservación de ellas. (Artículo 4º ley 97 de 1913)"

"Probado como está el daño y la relación de causa a efecto entre la negligencia del Municipio manifestada en el hecho de mantener el peligro que el hoyo representaba, y las consecuencias perjudiciales sufridas por los demandantes, el Tribunal tiene que arribar a la conclusión de que el Municipio es civilmente responsable de los daños a que se contrae el proceso, en parte".

Otras consideraciones hace el sentenciador relativas a resolver "si en el caso de autos puede el Municipio invocar alguna circunstancia que constituya atenuación a su responsabilidad, no ya sólo frente al conductor mismo sino a las otras víctimas que viajaban con éste".

Del examen de los hechos frente a la cuestión de derecho concluye, que en el caso no es aplicable lo dispuesto por el art. 2344 del CC ya que los pasajeros distintos del conductor solo pueden reclamar la mitad de la indemnización que en principio pudiera haberles correspondido, porque "transportados ellos gratuitamente, benévolamente, aceptaron los riesgos de cualquier culpa del conductor del carro", y en forma que, dice... "ellos no podrían accionar eficazmente contra el conductor que en este caso no obró con culpa grave ni dolosamente, sino con impericia, descuido e imprevisión, y en todo caso en circunstancias no de tanta gravedad que hayan de equipararse al dolo (Art. 63 CC); siendo lógico y racional concluir que contra el otro responsable que es el Municipio, no pueden aquéllos accionar con éxito por el total de la indemnización sino por parte de la misma, pues el descuido de la entidad demandada no hubiera determinado el accidente, de no haber mediado también el proceder culposo del Sr. Corredor"; porque, "se está en presencia de una culpa común, nó en el sentido de culpa única cometida simultáneamente por el Municipio y el conductor del carro, sino de dos hechos que aunque distintos concurrieron a la realización del accidente del que provienen los perjuicios..."; y porque "...Las demás personas que iban en el vehículo viajaban como pasajeros de transporte benévolo y al participar en el uso del carro aceptaron, ipso-facto, los riesgos comunes y corrientes de la movilización, aceptación que en el caso del menor lesionado fue prestada por sus padres; y porque "dichas personas asumieron también el riesgo al no dar importancia al incidente de la caída del automóvil en el hueco. (art 2357, C Civil)".

A las conclusiones anotadas antecede la crítica de los distintos elementos probatorios (declaraciones de testigos; dictámenes periciales; exposición instructiva del señor Corredor traída de la investigación penal; constancias que corren sobre la personalidad física y moral del mismo señor, conducta observada por éste en el momento del accidente y las que se han sugerido sobre el cual debió haber sido ésta; las conclusiones a que llegaron los funcionarios de la investigación penal adelantada relativa al accidente, etc.)

En síntesis: concluye el sentenciador declarando que tanto el Municipio como el señor Corredor incurrieron en culpa, así:

a) En lo atañedero al Municipio, porque sin el descuido de éste manifestado en no haber reparado la calle —el hueco— o por no haber impuesto señales para distinguirlo para así evitar la repetición de accidentes automovilísticos tal como venían sucediéndose allí mismo, el carro habría

continuado su marcha normal y nada habría ocurrido; y porque, "basta advertir que en el hoyo existente en "Balboa" con "Urabá" desde muchos días antes del accidente venían ocurriendo con frecuencia caídas de vehículos".

b) En relación con Corredor, porque "fue imprudente al no venir conservando su derecha por la carrera Balboa desde antes del momento en que el automóvil cayó al hoyo". Y agrega: "Está debidamente establecido que el carro se recostó en un ochenta por ciento (80%) sobre su izquierda, pues dejó un espacio considerable hacia la derecha, por donde no corría ningún riesgo como lo observó el perito López"; "No hay prueba de que en el momento en que el auto se precipitó al hoyo hubiera encontrado obstáculo alguno a su derecha. El conductor ha debido guiar por este lado de acuerdo con los reglamentos de Tránsito"; "Al no proceder así se colocaba en una situación peligrosa por causa de su misma imprudencia". "Es verdad que el conductor pudo sacar el auto por los propios recursos de la máquina. Y esto lo indujo seguramente a pensar que el mecanismo no se había deteriorado en ninguna forma". "Mas no sólo en los cambios de velocidad, sino también en el funcionamiento de los frenos debe pensarse en percances como éste, aún no siendo el conductor chofer mecánico sino aficionado, pues es ésta una cuestión de simple lógica natural. Una ligera inspección le hubiera permitido al conductor percibir las manchas de aceite que el carro iba dejando, pues a raíz del siniestro se observó que éstas salían precisamente del hueco".

Anota el Tribunal, además, que Corredor defiende la normalidad de su conducta invocando el hecho de que los jueces que conocieron de la investigación penal dictaron en su favor sobreseimiento definitivo "declarándolo exento de responsabilidad por culpa cuanto hace a las resultantes del trágico accidente, y en forma que, ya está definido de manera inconfundible que el conductor obró correctamente, sin que de su parte mediara ningún hecho constitutivo de culpa".

Sobre el tema se lee en la sentencia:

"...En las providencias penales de sobreseimiento se dijo que la conducta del Sr. Corredor R. estuvo exenta de culpa La cosa juzgada hace nula cualquier decisión que le sea contraria, produciéndose en el mismo asunto y entre las mismas partes (art. 473 CJ.) Pero la no existencia de una conducta culposa penalmente, no implica siempre que el indiciado haya ajustado su proceder a las estrictas normas que no se haya configurado siquiera un ilícito civil. El ilícito penal, a diferencia del civil, está directamente incriminado por la ley (nullum crimen, nulla poena sine lege). La culpa penal se sanciona en interés principalmente de la sociedad; la norma que la provee y castiga es de orden público. En tanto que la civil tiende primordialmente a proteger el interés particular de los asociados. De aquí que la órbita dentro de la cual se configura la culpa civil sea más extensa que la de la penal".

Y adelante, enfrentando el sentenciador la resultante de las culpas que estima confluyeron en el acaecimiento del accidente: la del Municipio, la de Corredor; y por la de éste, la de los otros pasajeros, agrega: "La culpa del conductor, concurrente con la del Municipio, puede ser alegada por éste frente al agente mismo. La indemnización del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, preceptúa el artículo 2357 del CC."

Fija el Tribunal, finalmente, el valor de las indemnizaciones por los perjuicios morales recibidos por los demandantes y confirma la determinación del juzgado en cuanto remite a los actores a la determinación del quantum de los demás perjuicios al trámite indicado por el artículo 553 del CJ. con las advertencias anotadas antes.

LAS DEMANDAS DE CASACION

CAPITULO 1º

Recurso de los demandantes

Con fundamento en la causal 1ª de Casación acusan los actores la sentencia del Tribunal por estimarla violadora de la Ley sustantiva, en razón de los motivos que separadamente indica el señor apoderado a lo largo del escrito pertinente y que deduce de importantes consideraciones de derecho unidas al comento de los distintos hechos procesales.

La Sala, con el fin de extraer de la demanda lo que puede entenderse como que constituye la materia de los cargos, entiende que se acusa el fallo a través de los motivos que la Sala sintetiza con el fin de buscarle ordenamiento lógico a las consideraciones que habrá de hacer en cada caso.

ESTOS LOS CARGOS:

a) Con ocasión de su sentencia quebrantó el Tribunal los arts. 2356 y 2357 del Código Civil. El primero, por **falta de aplicación** "ya que si se estimó que Corredor ejercitaba una actividad peligrosa al conducir su automóvil, no se tuvo en

cuenta, para exoneralo de responsabilidad, que el accidente se produjo en forma casual e irresistible. Y en segundo, por aplicación indebida, "porque sin estar probada imprudencia o descuido de la víctima estimó culpa en el conductor del carro y reconoció y decretó la compensación de culpas siendo el Municipio el único responsable del accidente".

b) Violación de los arts. 1758 y 1759 del Código Civil y 632 del CJ. "por no haberle atribuído al sobreseimiento proferido en favor de Corredor, la fuerza probatoria que correspondíale legalmente a dicha pieza a términos de las indicadas disposiciones".

c) Error en la apreciación de la prueba pericial "por no haberle atribuído el valor que a ella confiere el artículo 723 del CJ."

d) Violación del citado artículo 2357 del Código Civil; y 28, 12, 22, 25, 29, 473 y 474 del Código Penal "disposiciones que configuran la interdependencia de las acciones civil y penal en punto al resarcimiento del daño causado por el ilícito, puesto que bajo el equivocado concepto de que la cosa juzgada en los juicios penales no hace tránsito a las controversias de naturaleza civil fundadas en los mismos hechos, y carece de influencia en la decisión de estas últimas, dio a tales preceptos un carácter limitativo y restringido, que no se compadece con el criterio de unidad y resultados de la actuación de la justicia y de armonía en los fallos que profiere".

e) Violación del mismo artículo 2357 del Código Civil —aplicación indebida— "al haber establecido compensación de culpas en relación con todos los damnificados siendo que a los últimos no se les puede inculpar culpa porque no habiéndose declarado inculpabilidad de ningún género por parte de los damnificados —salvo en lo que a Corredor concierne— no podía jurídicamente compensarse con la que al Distrito demandado corresponde y no era, por consiguiente, el caso de aplicar el precitado texto legal".

f) "Error manifiesto y consecuencial violación del art. citado 2357, puesto que no existe prueba alguna que permita deducir, ni remotamente siquiera culpabilidad, imprudencia o conducta fuera de lo normal, a lo menos en cuanto atañe a mis representados en este recurso, quienes simplemente realizaron el acto de ocupar un vehículo sin intervenir en su manejo, y no estar por lo mismo, en condiciones de percatarse de la importancia del accidente sufrido; todo lo cual es mucho más notorio y revelador del yerro contenido en el fallo, si se piensa que entre las víctimas se encuentra un niño que para la época del suceso contaba con una edad inferior a seis años, y quien de conformidad con el artículo 2346 del C. C. carece de aptitud legal como sujeto activo de ilícito, por lo cual, igualmente, se quebrantó este último texto".

g) Infracción directa del artículo 2344 del Código Civil "que establece solidaridad en orden a la reparación del daño causado por más de una persona, ordenamiento que dejó de aplicarse en este pleito con el pretexto ininteligible de que se está aquí en presencia de una culpa común, "no en el sentido de culpa única cometida simultáneamente por el Municipio y el conductor del carro", sino de dos hechos que aunque distintos concurrieron para que se produjera el accidente que origina los perjuicios reclamados".

Estudio de los cargos

Como puede notarse, los cargos señalados con las letras b), c) y f) y en parte por la a) dicen relación al quebranto de los artículos 2356 y 2357 del Código Civil por los motivos que se indica en cada caso; consiguientemente, habrá de estudiarse lo relacionado con estas disposiciones en un solo capítulo del fallo para evitar repetidas consideraciones y posibles desarreglos en la redacción de la sentencia. Y como los cargos restantes enfocan el mismo objetivo, tienen en definitiva el mismo fundamento y el estudio procede frente a idénticos supuestos, habrán de considerarse también conjuntamente.

Se explica. Las normas civiles citadas —arts. 2356 y 2357— reglamentan: la primera, que todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, especialmente, por el que lo ha causado con ocasión de haber disparado un arma de fuego; removido las losas de una acequia o vía pública sin guardar las precauciones necesarias para evitarle peligro a los posibles transeúntes; o por el que ha descuidado el acueducto de su propiedad si él atraviesa lugares destinados al tránsito común. Y la segunda, que la apreciación y consiguiente indemnización del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso imprudentemente a él.

El texto de la primera norma —artículo 2356 del CC. deja notar, como lo ha establecido la Corte, que allí se estatuye o establece una presunción de culpa a cargo del agente, en caso de que el daño de que se queje el lesionado derive de hecho que por su naturaleza o por las circunstancias en que ocurrió permitan atribuirlo a

negligencia del autor material, presunción que por no ser de derecho admite prueba en contrario pero cuya aducción corresponde consiguientemente a quien ejecutó la actividad que resultó dañosa. En otros términos: como corresponde, por regla general, a la víctima del daño demostrar en caso de litigio, el **hecho** que dió ocasión al daño, el **perjuicio** que sufrió como resultado del hecho dañoso y la **relación de causalidad entre uno y** otro elemento, será el demandado quien debe comprobar que el ilícito aconteció por culpa de la víctima, o que se produjo por la intervención de un elemento extraño, por fuerza mayor o por caso fortuito si es que aspira a que se le exonere de la obligación de indemnizar porque, se repite, la sola ocurrencia del hecho causa del daño conlleva por naturaleza la presunción de culpa a cargo de su autor.

Debe aclararse, que la intervención de "un elemento extraño" que haya determinado la consumación del daño no ha de ser imputable al demandado, y que ese "elemento extraño" puede ser o estar constituído por un error de conducta del propio lesionado, o lo que es lo mismo, ser la resultante de la propia culpa de quien sufrió el perjuicio.

Para ilustrar el tema cree la Sala pertinente destacar, por lo sintética y precisa, esta jurisprudencia de la Corte:

"La fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, en tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, porque cuando el accidente **ha podido o debido ser previsto** por quien ejercita la actividad, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible, **no causa** exoneración de responsabilidad. El **error de conducta** de la víctima, **envuelve** el concepto de una culpa en ésta y entonces esta culpa se enfrenta a la del agente y se produce, según las circunstancias, la reducción en el monto del perjuicio que puede llegar hasta la compensación total. No es, pues, que el error de conducta de la víctima destruya la culpa del agente ni menos que ese error rompa la relación de causalidad entre el hecho que produce el accidente y el perjuicio, sino que existiendo ambas culpas, la del agente y la de la víctima, el daño causado está sujeto a reducción en los términos ya expresados y tal es el verdadero alcance del artículo 2357 del Código Civil".

Volviendo a los cargos enunciados, se explica:

Afirma el recurrente, en síntesis, que como el accidente aconteció en forma casual e irresistible" y en momentos en que el conductor ejercitaba una actividad peligrosa al conducir su automóvil, ha debido el Tribunal exonerarlo de toda responsabilidad y cargarle al Municipio la obligación de indemnizar a los perjudicados ya que el hecho se sucedió por culpa exclusiva del Municipio, es decir, sin que hubiese mediado culpa alguna del conductor que autorizara la compensación de que habla la demanda, toda vez que, agrega, "Corredor ajustó rectamente su conducta frente a todas las posibilidades de daño presumibles".

Ciertamente Corredor, simple chofer aficionado e ignorante como él lo afirma de la labor mecánica propia de ese oficio, ejercitaba como lo dice el recurrente, una actividad peligrosa al conducir su carro agravada en su desarrollo normal, precisamente, por no conocer este señor la mecánica de su vehículo automotor. Entonces, como la presunción de culpa relativa al accidente pesa sobre él, para desvirtuarla correspondiale demostrar que el accidente se debió a caso fortuito o fuerza mayor irresistible, o a intervención de elemento extraño, porque solamente con la demostración de uno de los tres factores puede entenderse destruída la referida presunción.

Véase lo que resulta del proceso.

En relación con la culpa del Municipio: a) que en el hueco en donde cayó la rueda del carro de Corredor —cruce de la calle Balboa con Urabá— otros carros días antes sufrieron accidentes similares al que aconteció a Corredor momentos antes de estrellarse sobre el árbol de la vía; b) que el Municipio, desoyendo repetidos reclamos de transeúntes, vecinos y de otros conductores no tomó providencia relativa al cierre del hoyo para evitar posibles daños a los carros que ocupaban esa vía; c) que la entidad municipal noticiada de la existencia de ese peligro —el hueco— con antelación al día del accidente, tuvo tiempo y modo de evitarlo si hubiera, en cumplimiento de deberes elementales, reparado el piso para darle garantía a los transeúntes especialmente a los viajeros motorizados que hicieran recorrido por la expresada vía. Surge de lo anterior la consecuencia de que, como la entidad municipal no tomó las precauciones anotadas, resulta culpable, en parte, de que el carro de Corredor hubiese sufrido el percance que allí tuvo ocurrencia; y solo en parte, porque es lo cierto que si Corredor hubiese conducido el carro siguiendo las reglas señaladas en los reglamentos de Tránsito, ocupando el lado derecho de la vía, no habría la rueda derecha deslizado sobre el hoyo ni sucedido consiguientemente el primer accidente.

Pero este no es el hecho que en sí mismo las partes controvierten: afirman los actores que al caer el carro sobre el hoyo, sufrió graves averías

aunque solo se manifestaron al tomar el descenso de la calle; que fueron de importancia tal, que produjeron el desarreglo de piezas claves de los distintos mecanismos, y a tal punto, que pese al desarrollo de las maniobras al alcance de quien iba conduciéndolo fué imposible detener la marcha del vehículo que fue la circunstancia que obligó a estrellarlo sobre el árbol "para evitar mayores males". Con la presentación de estos hechos se estima justificada la conducta de Corredor, y al extremo que, se dice, sobre él no puede recaer ninguna imputación de culpa.

Pericialmente demostrada la consideración de que el carro sufrió averías al caer sobre el hueco; pero el accidente, como ya se vio, tuvo ocurrencia por causa de hechos imputables tanto al Municipio como al conductor del carro. También está demostrado que Corredor trató de detener el carro cuando tomó angustiosa velocidad al seguir el descenso de la calle, pues la prueba pericial establece que la posición en que fueron encontrados los frenos del carro al día siguiente de ocurrido el accidente, "indica, técnicamente, que el conductor hizo las maniobras aconsejables para lograr su empeño".

Pero si lo anterior es así, lo es también que Corredor con inexplicable falta de elemental prudencia descuidó revisar el estado de la máquina luego de sacarla en reverso del hoyo en donde deslizó; ni siquiera descendió del carro para observar superficialmente la ocurrencia. Si con mediana prudencia hubiese procedido Corredor y hecho alguna ligera inspección en el lugar, habría tenido oportunidad de notar que el aceite salía de la máquina hasta manchar notoriamente no solo el hueco sino la parte del piso que ocupó en los movimientos del reverso y la que siguió al continuar el movimiento; sin ninguna precaución Corredor le dió impulso al carro e inició la marcha como si nada hubiese sucedido. Esta es la conducta que el Tribunal califica de imprudente y como generadora de culpa agravada luego por el hecho de haber tomado sin precaución alguna la ruta más pendiente de las que desprendían del cruce de las dos calles aludidas.

Lo brevemente expuesto, que no deja de ser bastante, permite concluir que no es atendible la consideración de que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 2356 del CC. y que aplicó indebidamente el 2357 de la misma obra. No lo primero, porque precisamente, interpretando y aplicando el Tribunal la norma, dedujo culpa a cargo del Municipio por el hecho de haber mantenido —a ciencia y paciencia— el peligro resultante del hueco en la vía teniendo expreso conocimiento de su existencia y desoyendo los reclamos de vecinos y de otros automovilistas que sufrieron daño en sus carros allí mismo; en fin, por haber incumplido o descuidado la obligación de administrar debidamente la vía pública a fin de mantenerla ausente de posibilidades ocasionadas a causar daño. No lo segundo, porque si la culpa denunciada en el proceso no fue resultante única de la actividad negativa del Municipio, sino que el acaecimiento del accidente, daño y perjuicios consiguientes también fue consecuencia de actos omisos, inexplicables imprudencias, imprevisiones, descuidos y de negligente actividad cumplida por el conductor del carro, sin las cuales imprudencia, negligencia, imprevisión y descuido no hubiera sucedido el accidente, era obligación legal del Tribunal medir estas circunstancias para luego de fijar su influencia frente a las culpas concurrentes, la del Municipio y la del conductor, establecer su compensación en grado consiguiente y adecuado. Esta la razón de haber aplicado el Tribunal el mandato del citado artículo 2357 del CC.

Pero estima el señor apoderado —cargo b)— que a esa conclusión llegó el sentenciador por no haberle atribuído al sobreseimiento proferido a favor de Corredor en las diligencias penales adelantadas en averiguación de los mismos hechos, la fuerza probatoria que correspondiale (a tal pieza), violando así el mandato de los artículos 1758 y 1759 del Código Civil y 633 del Código de Procedimiento Civil.

Sostiene, que con el sobreseimiento proferido a favor de Corredor, "quedó calificada la conducta de éste desde el punto de vista de la responsabilidad civil relacionada con el hecho investigado"; o —lo que es igual— que lo resuelto por la justicia penal, debe producir el efecto de cosa juzgada en este juicio.

Concretamente al tema dice el recurrente:

"Las decisiones de lo penal que en lo pertinente se transcribieron establecen con toda certidumbre que fue enteramente fortuita, por parte de Corredor, la caída en la zanja abierta en la calle; y esta calificación no podía ser variada por la jurisdicción civil, porque además de la consiguiente equivocación que entraña, acarrea un grave desacierto jurídico. La Corte Suprema estudiando la influencia de la decisión penal en el proceso civil, a propósito de los ilícitos, establece en su sentencia de Casación de 29 de noviembre de 1941 (T. LII página 798) los casos de colisión en el ejercicio de las dos jurisdicciones, y enseña: "Pero cuando la sentencia proferida por el Juez Penal, protegida por la presunción de ver-

dad judicial, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar asiento ni elemento alguno fuera de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, eso fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas que ante otro juez se remueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fué establecida por el órgano judicial". "Añade el Supremo que negligencia e imprudencia son factores esenciales de la culpa, sea civil o penal, conforme la doctrina lo tiene decidido; y que la indispensable concordancia que debe existir entre el derecho penal y el civil a objeto de evitar la anarquía en los fallos, impone siempre la obligación de acatar y respetar como definitiva, y con todas sus consecuencias, la sentencia emanada de la jurisdicción del crimen en que hubiere estatuído que determinado hecho, a la luz de un completo acervo probatorio, carece de elementos esenciales para poderlo estimar jurídicamente como culpa.

Y más adelante explica: "Tal el caso de autos, en que, según las decisiones penales traídas en copias autorizadas al juicio, ha sido calificada como una ocurrencia irresistible y casual, lo que equivale a decir que fue un caso fortuito, el cual, como es bien sabido, es estéril para toda clase de responsabilidades. Completamente anormal resultaría que al frente del imperio de esta resolución que declaró la existencia de un caso fortuito, incompatible con la noción de culpa aunque colindante con ella, viniera una sentencia a destruir esa calificación jurídica y darle la naturaleza y categoría distinta deduciendo de las mismas pruebas ya apreciadas elementos y factores que fueron negados con autoridad plena"... "Pues bien, en el caso de estudio la copia del sobreseimiento definitivo en que está hecha la calificación como caso fortuito, puesto que allí están deducidos sus elementos de esencia —causalidad e irresistibilidad— **debe valer, cuando menos, como prueba de una de las exonerantes legales de la responsabilidad**".

Se considera:

No siempre el sobreseimiento definitivo pronunciado en el proceso penal seguido contra el actor material del hecho que ha causado daño a terceros extingue la acción de responsabilidad civil contra este mismo, porque, como de antaño lo viene enseñando constante jurisprudencia de la Corte "el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal está indicando a contrario sensu, que es admisible la acción civil de resarcimiento ante el juez civil cuando el fallo penal (sentencia o sobreseimiento definitivo ejecutoriados) deja establecido que el hecho causante del daño sí ocurrió, que el procesado es el autor material del hecho y que al producirlo **no estaba** cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima".

Innegable la juridicidad de la doctrina, porque los jueces penales tienen dentro de la función investigativa que les es propia, la de decidir —salvo en denuncias por quiebra fraudulenta— únicamente sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal en los casos en que el hecho doloso o culposo se haya producido con las características exigidas para darle función a la aplicación de determinada norma penal, ya que no es su función estatuir sobre relaciones determinantes de simple responsabilidad civil. Está fuera de su ámbito normal lo que escape al conocimiento en sí de la infracción penal, a excepción de los casos de quiebra fraudulenta —se repite— o de los de acusación particular si en ella se ventila pedimento de indemnización civil.

Como en el caso, en el sobreseimiento definitivo a que alude el recurrente no se declaró por la justicia penal que el hecho causa del daño no **se consumó** ni que los demandantes en este juicio no **sufrieron** perjuicios, sino que se resolvió, únicamente, que dada la manera como se sucedieron los hechos, sus resultados **no le eran penalmente imputables** al conductor del carro, resulta claro que quedó expedita la vía civil para la investigación en orden a establecer la resultante de las posibles culpas y si ellas fueron causa del accidente acaecido.

Es más: si como se sostiene en otro pasaje de su demanda, "el accidente aconteció por causa de fuerza mayor irresistible", entonces el Municipio vendría a ser sujeto extraño al hecho causa del perjuicio de que se quejan los actores, y por lo mismo no tendrían razón de ser las peticiones de condena que se piden contra la entidad municipal ni haga para los otros pedimentos.

No resulta fundada la defensa que envuelve el cargo que se estudia, consistente en que el sobreseimiento proferido por la justicia penal en favor de Corredor cerró el paso a la investigación civil materia del proceso.

Cuanto al cargo c) error en la apreciación de la prueba pericial por no habérsele atribuido el valor que a ella confiere el artículo 723 del CJ. se explica:

El sentenciador apreció en todo su valor este elemento probatorio. Sucedió, que el carro no fue examinado luego de ser sacado en reverso del hueco en donde sufrió el primer percance como quedó anotado ni el conductor tomó la elemental

precaución de examinarlo, solo al día siguiente de la tragedia fue revisado por orden de la autoridad con el resultado de que lo hallaron los peritos con notorias y graves averías. De ahí por qué, al fundar sus dictámenes solo pudieron hacerlo a base de apreciaciones y cálculos retrospectivos relacionados con el estado en que técnicamente estimaron pudo haber quedado la máquina luego del primer percance.

Refiriéndose a los dictámenes periciales explica el Tribunal en la sentencia:

"Los peritos que han dictaminado sobre el hecho, señor José Pablo Ramírez y Julio Vélez, Efraín Betancur, Alfredo Villegas, Alberto Quintero y Fern Duperly, están de acuerdo en que el carro se descompuso por razón de la caída, ya en su sistema de frenos, ya en la caja de velocidades. Los expertos Betancur y Villegas así lo conceptúan categóricamente. Ellos encontraron roto el freno hidráulico con el tubo que conduce el líquido a la rueda delantera derecha, lo mismo que la caja de velocidades, en su parte posterior y sin aceite".

Considera el recurrente, que el Tribunal apreció mal la prueba pericial porque —dice— no le dió mérito al concepto del perito señor Duperly en la parte que dice: "Conceptúo que dentro de las circunstancias en que sucedió el accidente en referencia, no hubo imprudencia ni culpa del Sr. Corredor al continuar su viaje después de sacar el carro por sus propios medios", para en cambio, sí atribuírselo al dicho de otro de los peritos, el señor López en cuanto expresa que mi mandante debió bajarse del vehículo y examinarlo concienzudamente para cerciorarse de los daños que tuviera en el cárter, frenos, caja de velocidades etc. y tomar desde luego todas y cada una de las precauciones aconsejables..."

Afirma además que: "Precisamente, porque el vehículo logró salir en retroceso por sus propios medios, nada inducía a pensar que hubiera quedado tan gravemente deteriorado, y mucho menos en su sistema de frenos, que ninguna relación tenía con la maniobra que en esos momentos se ejecutaba para sacarlo de la zanja. Quien haya manejado alguna vez un vehículo de esta especie, sabe muy bien que el movimiento natural para salvar un obstáculo de la naturaleza del que en forma imprevista encontró en su camino Corredor es el que éste ejecutó. No estaba obligado a inspeccionar el carro, puesto que la maniobra que realizó nada anormal en su funcionamiento podía indicarle; y también porque es muy posible que de haberlo hecho así, dada su condición de simple chofer aficionado, no hubiera caído en la cuenta de los graves desperfectos del mecanismo de control, a pesar de las manchas de aceite que quedaron en el piso, las cuales en esos momentos ha podido fácilmente atribuir a otro vehículo, o a una causa diferente en el suyo".

Se observa: No correspondía al perito Duperly dictaminar en relación con el elemento culpa en que pudo haber incurrido Corredor; era su misión verificar el examen mecánico de la máquina para indicar el estado en que la halló y dictaminar, como técnico, sobre las posibles causas del accidente vistos los hechos materiales que hubiesen podido observar, conocer, analizar y deducir a base de sus conocimientos, ciencia y experiencia. Resolver si medió culpa en el conductor, como función privativa de los jueces, era materia extraña a su misión. Si como aparece, el perito Duperly conceptúa que a Corredor no puede inculpársele culpa y consiguientemente ninguna responsabilidad en el resultado del accidente, su apreciación no pudo ligar al fallador. Procedió, pues acertadamente el Tribunal al no darle ningún mérito a la no vinculante apreciación de este perito.

Cuanto a que Corredor incurrió o nó en culpa por el hecho de no haber examinado la máquina después del accidente inicial, es también cuestión de valoración judicial extraña totalmente a la apreciación de los peritos. Es más, si el recurrente considera, contra el criterio expuesto en la sentencia, que fue normal la conducta de Corredor al no examinar la máquina tan pronto como salió del hueco y de esto deduce el razonamiento para el cargo, no resulta éste fundado, porque la acusación que se haga sobre la simple base de que el quebranto de la ley se sucedió porque el Tribunal estimó las pruebas o los hechos de manera diferente a como los aprecia el interesado resulta inválida, si no se demuestra manifiesto error en la apreciación del juzgador.

Esta Sala en sentencia fechada el 3 de julio en curso refiriéndose a particulares similares dijo: "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 pri-

mordialmente 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".

Tampoco incurrió el Tribunal en error al aplicar como lo hizo la disposición del artículo 2357 del CC. y estatuir compensación de culpas cuanto a la indemnización que reclaman los familiares que viajaban en el carro que conducía Corredor, siendo que a ellos —dice el recurrente— "no se les puede imputar hecho alguno constitutivo de culpa o negligencia".

Discurre el señor apoderado en sustento del cargo aduciendo consideraciones jurídicas de distinto orden mas sin acusar los fundamentos directos que tuvo en cuenta el sentenciador al motivar esta particular de la sentencia. Se recuerda que el Tribunal estimó que los acompañantes de Corredor se encontraban frente al accidente en el caso del transportado gratuita y benévolamente, es decir, de los que aceptan los riesgos a que diere lugar la actividad del transportador y que todos ellos incurrieron en culpa: los mayores, en su propio nombre y en el de los menores a su cargo, por no haber obligado o al menos excitado al conductor verificara el examen del carro luego del accidente en el hueco a que se ha hecho referencia tantas veces.

Como no atacó el recurrente estos extremos del fallo no puede prosperar el cargo por este último motivo. 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".

CAPITULO II

Recurso del demandado

El Municipio interpuso el recurso de casación "para implorar a la H. Corte case totalmente la sentencia y en su lugar absuelva a la entidad distrital de todos los cargos de la demanda, condenando a los actores al pago de las costas". Y agrega "el motivo de impugnación de esta sentencia está consagrado en el ordinal 1o del artículo 520 del CJ. como aparecerá en los cargos que adelante presentó".

Los cargos:

Con fundamento en la causal alegada, el señor apoderado formula a la sentencia del Tribunal los cargos que recoge en los trece apartes en que divide la demanda, fundados todos en el concepto general de que el sentenciador incurrió en quebranto de los artículos 2341, 2346, 2347 y 2349 del CC. "por aplicación indebida, violación que ocurrió por errónea apreciación de las pruebas, por error de derecho en cuanto al valor probatorio de las mismas"; o en subsidio, **por error de hecho** "bajo el concepto de equivocada apreciación de las mismas".

Estos los cargos:

a) "El Honorable Tribunal de Antioquia al dictar el fallo acusado violó los artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2356 del CC. por aplicación indebida, violación que ocurrió por errónea apreciación de las pruebas que adelante menciono, por error de derecho en cuanto al valor probatorio de las mismas".

b) "Si la Honorable Corte Suprema de Justicia estima que las pruebas mencionadas en el capítulo anterior sí fueron consideradas por el Honorable Tribunal por su valor, pero no en cuanto a lo que demuestran le propongo el cargo anterior bajo el concepto de equivocada apreciación de las pruebas por error de hecho".

c) "Violó el Honorable Tribunal de Antioquia indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2356 del CC. Infracción que ocurre a través de las pruebas que adelante cito por error de derecho".

d) "Si la Honorable Corte Suprema de Justicia estima que el cargo anterior debe prosperar pero no a través del error de derecho, porque el Tribunal sí les haya dado su valor, sino por una errónea interpretación de las mismas así se lo formulo, por error de hecho al no haber estimado como probado el hecho que demuestran".

e) "El Honorable Tribunal de Antioquia violó indirectamente, por aplicación indebida, y a través de las pruebas, los artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil". "En efecto no tuvo en cuenta el Honorable Tribunal la confesión que contiene cada una de las demandas en su hecho 13 cuando dice que muchas señales fueron puestas en el hoyo para prevenir accidentes, señales que desaparecían seguramente hurtadas por muchachos".

f) "Si la Honorable Corte estima que el cargo anterior puede prosperar a través del error de derecho en la valoración de las pruebas citadas,

formulo el cargo contra la sentencia a través del error de derecho".

g) "El Código Civil en sus artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2356 fué violado indirectamente por el Honorable Tribunal de Antioquia, a través de las pruebas".

h) "Si la H. Corte estimara que el Tribunal de Antioquia sí le dio un valor legal a las pruebas formulo el mismo cargo anterior a través de error de hecho si no interpretó adecuadamente los hechos que están allí demostrados".

i) "Violación de los artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2356 indirectamente y a través de las pruebas que a continuación menciono".

j) 'El Honorable Tribunal de Antioquia violó indirectamente y a través de las pruebas los artículos 2341, 2346, 2347, 2349, 2356 y 2357 por indebida aplicación al no haber dado legal valor a las siguientes pruebas y violó también por falta de aplicación y en la misma forma de las pruebas, el artículo 3º de la Ley 60 de 1930".

k) "Si la Honorable Corte Suprema estima que el cargo anterior puede prosperar pero no a través de la falta de estudio de estas pruebas sino por errónea interpretación de las mismas formulo el cargo por violación de las mismas disposiciones dichas y por error de derecho en la apreciación de pruebas, o como error de hecho".

l) "El Honorable Tribunal de Antioquia incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas al haber dado como bien probado el daño de la máquina por las manchas de aceite que aparecieron en la vía, lo que lo llevó a violar indirectamente los artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2356 del CC."

ll) "El Honorable Tribunal de Antioquia violó los artículos 2341, 2346, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil por aplicación indebida, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, es decir por vía indirecta".

Al explicar los cargos desarrolla la acusación en torno a motivos vinculados todos al elemento probatorio. Y como las pruebas que comenta en cada aparte forman el todo del litigio, se estudia en forma global la acusación, tanto más cuanto que la finalidad de la demanda es obtener la declaración de que al Municipio, ni por acción u omisión, puede imputársele la comisión de alguno de los hechos que ocasionaron el trágico accidente.

Considera la Corte:

Las normas que se estiman violadas estatuyen en su orden:

El que ha cometido delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización correspondiente al perjuicio que se haya ocasionado. Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero los daños que éstos causaren deberán ser reparados por sus respectivos guardadores, si a éstos se les puede imputar negligencia. Se es responsable no solo de las propias acciones para el efecto de la indemnización del daño, sino del hecho de las personas que se tengan a su cuidado. Los amos responden del daño causado por sus criados o sirvientes, resultantes del servicio que éstos presten; pero no responderán..."

En el desarrollo y calificación de la cuestión sub lite, no tuvieron, no pudieron tener incidencia, los mandatos y prevenciones de las disposiciones citadas. No pudieron ser violados por el Tribunal sentenciador, porque en el caso no tiene reflejo actividad imputable a ningún menor de edad, personas dementes ni sirvientes a cargo de amos o patronos. Las normas establecen, en forma general, que la persona responsable por acción directa o indirecta de la ejecución de acto que ocasione daño a terceros está obligada a la indemnización; y ocurre, precisamente, que por haber hallado el Tribunal que al Municipio le era imputable responsabilidad parcial en el accidente, por actos omisos suyos, proveyó en el sentido indicado en la sentencia, dando así expresa operancia al principio básico de las normas aludidas: "La obligación de indemnizar el daño que se ha causado".

Mas como la demanda puede entenderse en el sentido de que el Tribunal aplicó indebidamente las citadas normas sustantivas, porque las pruebas del proceso, rectamente apreciadas, no autorizaban la conclusión de que a la entidad municipal correspondiera responsabilidad en la ocurrencia de los hechos causa del accidente, procede la Sala al estudio pertinente.

Las pruebas a que se refieren los cargos son: la confección de los demandantes manifestada en los escritos de demanda; los dictámenes periciales rendidos por los peritos José Pablo Ramírez y C. I. Giraldo (folio 23 cuaderno Nº 3) Alfonso Villegas y Efraín Betancur (folios 22 y 23 cuadernos Nos. 2 y 3 respectivamente) y Alberto Quintero y Frend Duperly (folio 136 cuaderno Nº 2); declaración instructiva de Hernando Corredor rendida en la investigación penal (folios 20 y 30 Cuadernos 2 y 3 respectivamente); las declaraciones de los testigos Nel Rodríguez, Gabriela de Rodríguez, Celsa Villa, Lía Sandino, Alfonso Echavarría y otros.

Se advierte que en el aparte 10º señala el recurrente como disposición violada, la del artícu-

lo 3 de la Ley 60 de 1939 a la que hará la Corte referencia, separadamente.

La prueba pericial — Los peritos Ramírez y Giraldo al día siguiente del accidente examinaron el carro y los otros lo hicieron posteriormente.

En relación con los dictámenes argumenta el recurrente en el sentido de que si el Tribunal los hubiera interpretado y analizado acertadamente, habría llegado a la conclusión de que establecen que el carro no sufrió ningún daño al caer en el hueco tan citado; pero no da a conocer el recurrente el pasaje o pasajes de donde hubiera podido sacar el Tribunal tal conclusión; releídos los conceptos, no ve la Corte cómo puede entenderse que los peritos tuvieron suficientes bases para dictaminar en el sentido indicado. Conceptúan ciertamente que, habiendo obedecido el carro a la maniobra de reverso, y a nuevo impulso continuando la marcha sin dificultad, estas circunstancias les permitía conceptuar que los sistemas mecánicos del vehículo no quedaron inhabilitados o inservibles desde ese primer momento, bien que anotan, en seguida, que está probado que el carro corría normalmente antes de accidentarse en el hueco, pero que al ser sacado en reverso principió a derramar aceite, lo que dicen, evidencia, que el carro sí sufrió averías al hundirse en el hueco de la vía.

Es procedente transcribir el siguiente pasaje de la sentencia:

"Los peritos que han dictaminado sobre el hecho, señores José Pablo Ramírez, Efraín Betancurt y Alfredo Villegas y Alberto Quinturo y Fermín Duperly están de acuerdo en que el carro se descompuso por razón de la caída, ya en su sistema de frenos, o ya en la caja de velocidades".

Sobre el particular pudiera preguntarse: Si el carro no sufrió daño ninguno al caer en el hueco como lo cree el abogado del Municipio, por qué el aceite que escapaba y regaba sobre el pavimento de la vía siendo que segundos antes no ocurría esa circunstancia? Contestan los peritos así:

Duperly, "el golpe que el auto sufrió en la caída produjo el desperfecto en el sistema de los frenos que impidió al líquido ejercer su presión sobre las bandas".

Pablo Ramírez y Julio Vélez: "Llegamos a la conclusión real que el hueco de que tanto se ha hablado en esta diligencia fue la causa esencial para producirse el hecho investigado", (folio 15 cuaderno Nº 2).

Efraín Betancur y Alfredo Villegas: "Conceptuamos que los daños que sufrió el carro en ese crucero fueron provenientes exclusivamente de la caída en el hueco". (Folio 23 cuaderno Nº 2).

Germán Mejía: "Por mi experiencia en mecánica y observando las huellas dejadas por el vehículo accidentado puedo deducir que las manchas de aceite fueron dejadas por el líquido de frenos, el cual empezó a escaparse desde la salida del hueco en mención". (folio 41).

No fueron los dictámenes periciales los únicos elementos que tuvo en cuenta el Tribunal para asignarle al Municipio parcial responsabilidad en los hechos causa del perjuicio. Distintos factores de convicción, examinados en conjunto, no aisladamente como lo hace el recurrente, fueron la determinante de la apreciación que hizo el Tribunal tal como quedó ampliamente explicado con motivo del estudio de la demanda de casación propuesto por la parte actora. Y si allí quedó establecida en forma afirmativa y clara la razón de la culpa imputada al Municipio, esa resultante liga en la decisión de este recurso, pues allá se concluyó precisamente lo contrario de lo que aquí pretende el recurrente. Ya quedó definido que a la entidad municipal, por actos omisos suyos, le corresponde la responsabilidad parcial tantas veces comentada.

Pero se explica en relación con los otros cargos: Que otros vehículos cayeron en el mismo hueco sin sufrir accidentes ni ninguna consecuencia posterior, es consideración que se toma en cuenta en la demanda de casación para deducir que si los otros vehículos no sufrieron daño en accidentes similares, mal pudo sufrirlo el que conducía don Hernando Corredor.

Esta apreciación no considerada en las instancias no es jurídicamente aceptable para la finalidad propuesta, porque ella no puede inclinar a concluir que el peligro del hueco careciera de importancia. Al contrario, la permanencia del hueco agrava como se dijo atrás la responsabilidad del Municipio, pues ello evidencia que a ciencia y paciencia de la entidad municipal se mantuvo el peligro que vino a ocasionar el daño que allí tuvo lugar.

Comentando este particular dice el apoderado de los actores: "es apenas creíble que pueda formularse el argumento de que porque otros vehículos habían salido ilesos de trances semejantes ninguna responsabilidad cabe a la administración municipal en el caso que se ventila, pues a él se oponen precisamente los testimonios que dan fé de la negligencia de las autoridades del Distrito en aquella época, el dictamen de todos los peritos que han intervenido en el juicio civil y en la

investigación criminal por el suceso, y los diversos fallos con que ésta terminó".

En los cargos 5º y 6º afirma el recurrente que el Tribunal quebrantó las citadas normas civiles porque "por haber puesto por su cuenta algunos vecinos señales indicativas del peligro, y haber desaparecido éstas, la administración demandada queda exonerada de culpa".

Inaceptable el considerando, porque la tarea de prevenir siniestro en las vías públicas urbanas no es obligación de los ciudadanos sino de la municipalidad; si la calle en la cual se hundió el automóvil no estaba en adecuadas condiciones para el tránsito de vehículos, el descuido es imputable a la administración por no haber removido oportunamente el obstáculo o al menos por no haber tomado las necesarias precauciones en guardo de los asociados (artículo 2356 CC.)

En lo atañedero a las confesiones de los demandantes manifestadas en las demandas y a las referencias del señor Corredor tomadas de la declaración instructiva que rindió en el juicio penal adelantado en averiguación de los hechos, advierte la Sala que el Tribunal apreció debidamente todas esas manifestaciones, y que si es cierto que los demandantes y el señor Corredor imputan la responsabilidad total del accidente al Municipio y que aquéllos disculpan la conducta de éste último, ocurre que el dicho conceptual de estas personas, como testimonio unilateral de parte interesada en el litigio; por sí solo no es suficiente para precisar cuáles fueron las causas del accidente ni quiénes los sujetos responsables de los hechos que le dieron causa.

Finalmente, el artículo 3º de la ley 60 de 1939 que considera el recurrente violó el Tribunal dispone: "Para que un vehículo de tracción mecánica pueda transitar dentro del país, necesita estar matriculado previamente en una Dirección de Circulación y Tránsito, llevar placa numérica departamental y su conductor debe estar provisto de pase, o sea de la autorización para conducir, expedido por una de las mencionadas entidades".

En ningún pasaje del fallo se contrarían las prevenciones del artículo citado; y como ellas, las prevenciones, hacen referencia a obligaciones de los conductores de vehículos, se tuvieron en cuenta por el sentenciador para atribuirle responsabilidad al conductor señor Corredor. En todo caso, la responsabilidad de Corredor, estudiada detenidamente en la primera parte de esta sentencia, no excluye la que se ha atribuído legalmente a la entidad municipal.

Bien se nota que el sentenciador luego de examinar la prueba en su conjunto no se limitó a presentar la conclusión a que llegó sino que optó por puntualizar, singularmente, la fuerza probatoria de los distintos elementos de convicción allegados por las partes. Si hubiera mediado prueba directa relativa a la manera como ocurrieron los hechos, seguramente no habrían apelado las partes a la deducible de indicios y presunciones ni el Tribunal habría tenido necesidad de armonizar como lo hizo, todos esos elementos para darle base cierta al convencimiento expresado en la sentencia. En cambio, el recurrente analiza por separado los mismos elementos indiciarios para luego formular su apreciación con base en cada uno, procedimiento inaceptable, porque como lo tiene repetido la Corte:

"No es jurídico, al hacer el estudio de la prueba circunstancial o indiciaria, considerar aisladamente cada uno de los elementos que han servido al juzgador para adquirir la certeza del hecho que ha tenido por demostrado, sino que todos sus elementos han de examinarse en conjunto para resultar la convicción".

"La prueba de indicios ha de ser suficiente para producir en el ánimo del Juez la plena convicción. Se basa en una operación mental, en un juicio del hombre, en tanto que la prueba instrumental, la pericial, se funda en un hecho externo independiente de todo raciocinio. En la prueba indicial, el fundamento de la convicción está en el raciocinio".

"La apreciación de las cualidades de gravedad precisión y conexión que deben tener los indicios, los confía la ley a la conciencia del juez, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de sana crítica en materia de probanzas".

"Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria, no puede la Corte hallar error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne con la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos" (Casación 29 de septiembre 1945. GJ. Nº 2025 página 858).

La prueba de indicios se basa en una operación mental o en un juicio del hombre, en tanto que las otras descansan, por lo general, en hechos externos independientes del raciocinio que es el fundamento de la convicción del juez tratándose de aquélla. De ahí por qué, cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria no puede la Corte hallar error de hecho sino en casos especiales, o sean, cuando la interpretación que haya hecho el fallador repugne a la evidencia manifiesta de los autos. Son palabras de la Cor-

le: "El juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y lo que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad fundado en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. (Gaceta Judicial Nº 1941).

Se trata de prueba de indicios y fueron varios los que apreció el sentenciador para fundar su convicción: el carro de Corredor se hallaba en buenas condiciones, como que en el largo recorrido de ese día, no tuvieron manifestación de daño los distintos sistemas de la máquina; antes del momento de hundirse en el hoyo luego de cumplir largo trecho de montaña, el sistema de frenos obraba con toda precisión ya que pasos atrás Corredor lo detuvo sin ningún inconveniente para saludar a algunas personas; el golpe en el hueco fue de fuerte intensidad como lo declararon vecinos y transeúntes; ese percance desconectó, descompuso o rompió los conductos destinados al mantenimiento y juego del aceite, porque al momento principió el carro a derramar el líquido; si la máquina pudo ser sacada en reverso a solo impulso del conductor, sin embargo, metros adelante la avería cumplió su efecto porque ya no obedecieron los frenos y al extremo, que no fue posible al conductor detenerlo en la trágica carrera.-

Los hechos anotados reveladores del que fue materia de la investigación unidos a las conclusiones periciales dieron fundamento al sentenciador para fundar su convicción, intocable en casación, porque fue ella resultado lógico de indicios concurrentes ligados a demostrar que el carro sufrió grave daño al hundirse en el hueco que por actos omisos de la entidad municipal se había formado en el centro de la vía. Y si el sentenciador le dio a los indicios el mérito de plena prueba no por ello incurrió en despropósito, porque la ley lo autorizaba para ello.

Sobre el tema de esta consideración ya dijo esta Sala: "El sentenciador de instancia pudo haber dado a los indicios el mérito hasta de plena prueba, porque la Ley lo autoriza para ello, en caso de que los indicios lleguen a producirle convicción. No así la Corte a quien como Tribunal de Casación no corresponde hacer nueva estimación de las pruebas a guisa de tercera instancia o valuar por su cuenta los indicios, pues le misma Corte ha explicado en varias ocasiones que no resulta viable como motivo de casación el cargo de error en la apreciación en la prueba de indicios (salvo que se trate de indicios necesarios) pues mal podría decírsele al Tribunal que erró al no sentirse convencido por una prueba que la ley ha entregado a la apreciación personal del juzgador". (Casación 25 septiembre 1946. GJ. Nº 2038 página 96)

Ilustra y dá fundamento a las reflexiones que se han venido haciendo esta otra jurisprudencia de la Corte que por ser tan clara y precisa excusa a la Sala de más motivaciones al respecto. Dice la doctrina: "Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan lo estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del Código Judicial, que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar... La apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí es una operación de la inteligencia y de la conciencia del juez, que no está ni puede estar sujeto a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas. Se deduce de lo expuesto que no es procedente el recurso de casación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso". (Casación 15 de marzo 1944 GJ. Nº 2000 página 106).

Las anteriores consideraciones permiten concluír que los cargos de la demanda de casación a que se contrae este capítulo de la sentencia de la Corte, no pueden prosperar.

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.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

SALA DE CASACION PENAL

ES PRESUPUESTO INDISPENSABLE DE LA ACCION, ACREDITAR LA CALIDAD DE ABOGADO EN EL PROFESIONAL ACUSADO POR FALTAS COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA.—PRUEBAS APTAS PARA DEMOSTRAR TAL CALIDAD. — FINALIDAD DE LA INSCRIPCION. — DE LA CONDENA A RENDIR CUENTAS NO SURGE LA INDELICADEZA O CONDUCTA DESHONESTA QUE LA LEY 69 DE 1945 TOMA EN CUENTA PARA SANCIONAR A LOS PROFESIONALES QUE EN ELLAS INCURRAN. — EL HECHO DE INICIAR UNA DEMANDA EJECUTIVA, NO ES ACTO SANCIONABLE ASI TIENDA LA ACCION AL COBRO DE HONORARIOS PROFESIONALES

1.—La Corte, en fallos anteriores, relacionados con la aplicación de las sanciones que consagra la ley 69 de 1945 por faltas contra la moral y la ética profesional de los abogados, ha hecho distinción entre las gestiones que se cumplen por éstos ante funcionarios públicos, cuyo desempeño implica la representación de los intereses del poderdante, y aquellas otras que se realizan no ante los organismos judiciales o en ejercicio de la función de litigar, y que no entrañan mandato ni representación aunque sí actividades profesionales, como ocurre cuando se emiten conceptos jurídicos sobre derechos litigiosos o discutibles. Pero de ahí no se puede deducir que para la aplicación de las sanciones de que trata la ley 69 sea indispensable, en el primer caso, demostrar que el abogado contra quien se dirige la acusación, se halla inscrito como tal. El requisito de la inscripción lo impone el artículo 40 de la Carta para ejercer el derecho de litigar; sin él, no podrán los jueces oír al litigante. Es en esta forma como queda castigada la falta de aquella condición. Otra cosa es la aplicación de las sanciones establecidas en los artículos 8º y 9º de la ley 69 que reprime las faltas contra el decoro y la dignidad profesional de los abogados. Para este efecto, lo que se debe demostrar como presupuesto necesario de la acción es que el sujeto pasivo de ella posee el respectivo título de abogado. Así lo indica claramente el texto de los preceptos.

Ahora bien, para la demostración de que se llena esta calidad resultan igualmente aptos como prueba, el diploma respectivo, la copia del acta de grado, la del Acuerdo dictado por el Tribunal mediante el cual se reconoce al abogado como tal y se le autoriza para inscribirse en las oficinas judiciales, o la constancia de la inscripción en una de ellas, porque ésta supone la presentación de la copia del Acuerdo y éste la comprobación del título.

2.—El Constituyente de 1945, al dictar el artículo 72 del Acto Legislativo número 1º de aquel año, protegió, por una parte, los derechos de quienes por haber cursado y aprobado estudios universitarios dentro de la reglamentación dada por el Estado, obtienen título de abogado y, por otra, garantizó a los asociados que tienen necesidad de confiar la defensa de sus intereses a personas distintas del titular, que su guarda se entregue solo a quienes ofrecen probidad y exhiben título de capacitación en la materia. Para tal fin estatuyó la formalidad de la inscripción que solo se concede a los abogados titulados, de suerte que quien aparece inscrito como abogado es porque comprobó aquella calidad.

3.—La condena a rendir cuentas es el resultado propio de la acción que precisamente con tal fin establece la ley, cuando sobre el demandado pesa tal obligación. Ese acto no acarrea para el condenado sanciones distintas a las que impone la misma sentencia. Y para el caso de que el cuentadante no satisfaga la obligación de rendirla, el artículo 1125 del Código Judicial señala el procedimiento a que debe acudirse. Entonces se deja

de atender una obligación y la ley indica los caminos para obtener su cumplimiento. Pero de ese hecho no surge la indelicadeza o la conducta deshonesta que la ley 69 toma en cuenta para sancionar a los profesionales que en ellas incurran.

4.—El hecho de iniciar una demanda ejecutiva, no es acto sancionable así tienda la acción al cobro de honorarios profesionales. La calificación que en el juicio se haga del título de recaudo, dirá si éste es eficaz o inválido. Para invocar la aplicación de las sanciones de que trata la ley 69 deberán indicarse otros hechos reveladores de una conducta reprobable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Valcárcel)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en providencia fechada el veinticinco de febrero del año en curso, resolvió:

"No es el caso de imponer al doctor Alberto Mendoza Díaz ninguna de las sanciones establecidas en la ley 69 de 1945".

La Sala ejercitando la facultad conferida en el Decreto número 2593 de 1956, una vez cumplidos los trámites legales, procede a revisar el mérito de la citada providencia.

Antecedentes

El Director del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia comisionó al Personero Municipal de Cartagena para averiguar los hechos en que se fundó la queja formulada por la señorita Yurs Meluk contra el doctor Alberto Mendoza Díaz por irregularidades en el ejercicio de la profesión de abogado y el funcionario comisionado informó:

"La señorita Yurs Meluk apoderó al doctor Alberto Mendoza Díaz para que le vendiera un lote de propiedad de ella, que venían ocupando colonos los que debían desocuparlo. Como demorara en rendirle cuentas de la venta y sus gestiones, ella promovió juicio contra él en el Juzgado Segundo Civil del Circuito para que le rindiera cuentas; fallado este juicio después de una serie de dilaciones causadas por la gestión de abogados y del propio demandado, fue condenado el doctor Mendoza Díaz a la rendición de las cuentas de la gestión de venta que le fue encomendada y a entregarle el dinero obtenido como precio, por sentencia que, apelada, fue confirmada por el H. Tribunal de Justicia.

"Pero al tiempo que este juicio adelantaba, el doctor Mendoza Díaz, inició en el Juzgado Tercero Civil Municipal juicio ejecutivo contra Yurs Meluk por la cantidad de un mil ochocientos cincuenta pesos, suma esta proveniente de honorarios y gastos precisamente causados en la gestión encomendada al doctor Mendoza Díaz por la señorita Meluk, que dio origen al juicio anterior.

"Además, fue decretado embargo preventivo dentro del juicio ejecutivo de la suma que tenía a su cargo el doctor Mendoza Díaz, perteneciente a Meluk, producto de la venta".

Iniciada y concluída la investigación correspondiente, el Tribunal Superior de Cartagena dictó la providencia que es objeto de consulta, en la cual, luego de justipreciar las probanzas vertidas al proceso, concluyó:

"En el presente caso no tiene el Tribunal por qué entrar a averiguar lo correcto o incorrecto de tal procedimiento, ni si mediante él se incurrió o no en faltas de las previstas en la ley 69 de 1945 porque ni en el aludido juicio ejecutivo ni en el incidente de embargo que le precedió, el doctor Mendoza Díaz actuó directamente sino representado por el doctor Nieves Bonfante, y, como se sabe, las sanciones establecidas por la citada ley 69 no pueden recaer sino sobre los abogados que incurran en faltas durante el ejercicio de su profesión.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal en su concepto y sobre la base de que no se demostró la calidad de abogado del doctor Alberto Mendoza Díaz, solicita que se revoque la providencia consultada.

"La Procuraduría considera —expone el colaborador Fiscal— que no se acreditó en forma alguna la calidad de abogado en ejercicio que, se dice, concurre en el denunciado pues para ello no es bastante la sola certificación que aparece al folio 41 del expediente acerca de la inscripción del doctor Mendoza Díaz como abogado titulado en el registro respectivo del Tribunal de Cartagena, sino que es indispensable también que se agregue al informativo la copia del respectivo acuerdo (el

número 4 del 23 de febrero de 1931), en el cual se dispuso la matrícula del referido profesional".

Se considera:

El informe dado por el Secretario del Tribunal Superior de Cartagena, visible al folio 41 del expediente, en el cual se hace constar que el doctor Alberto Mendoza Díaz aparece inscrito como abogado por haberlo recibido el mismo Tribunal mediante Acuerdo número 4 del 23 de febrero de 1931, es en concepto de la Sala, prueba suficiente respecto de la calidad de abogado, cuya ausencia anota la Procuraduría.

La Corte en fallos anteriores, relacionados con la aplicación de las sanciones que consagra la ley 69 de 1945 por faltas contra la moral y la ética profesional de los abogados, ha hecho distinción entre las gestiones que se cumplen por estos ante funcionarios públicos, cuyo desempeño implica la representación de los intereses del poderdante, y aquellas otras que se realizan no ante los organismos judiciales ni en ejercicio de la función de litigar, y que no entrañan mandato ni representación aunque sí actividades profesionales, como ocurre cuando se emiten conceptos jurídicos sobre derechos litigiosos o discutibles. Pero de ahí no se puede deducir que para la aplicación de las sanciones de que trata la ley 69 sea indispensable, en el primer caso, demostrar que el abogado contra quien se dirige la acusación, se halla inscrito como tal. No. El requisito de la inscripción lo impone el artículo 40 de la Carta para actuar el derecho de litigar; sin él, no podrán los jueces oír al litigante. Es en esta forma como queda castigada la falta de aquella condición. Otra cosa es la aplicación de las sanciones establecidas en los artículos 8º y 9º de la ley 69 que reprime las faltas contra el decoro y la dignidad profesional de los abogados. Para este efecto, lo que se debe demostrar como presupuesto necesario de la acción es que el sujeto pasivo de ella posee el respectivo título de abogado. Así lo indica claramente el texto de los preceptos.

Ahora bien: para la demostración de que se llena esta calidad resultan igualmente aptos como prueba, el diploma respectivo, la copia del acta de grado, la del Acuerdo dictado por el Tribunal mediante el cual se reciba al abogado como tal y se le autoriza para inscribirse en las oficinas judiciales, o la constancia de la inscripción en una de ellas, porque ésta supone la presentación de la copia del Acuerdo y éste la comprobación del título.

El Constituyente de 1945, al dictar el artículo 71 del Acto Legislativo número 1º de aquel año, protegió, por una parte, los derechos de quienes por haber cursado y aprobado estudios universitarios dentro de la reglamentación dada por el Estado, obtienen título de abogado y, por otra, garantizó a los asociados que tienen necesidad de confiar la defensa de sus intereses a personas distintas del titular, que su guarda se entregue solo a quienes ofrecen probidad y exhiben título de capacitación en la materia. Para tal fin estatuyó la formalidad de la inscripción que solo se concede a los abogados titulados, de suerte que quien aparece inscrito como abogado es porque comprobó aquella calidad.

Obrando en el expediente la certificación sobre que el doctor Alberto Mendoza Díaz está inscrito en el Tribunal Superior de Cartagena, la Sala encuentra satisfecha la condición legal impuesta para el ejercicio de la acción, y por tanto la Sala acomete el estudio de fondo del negocio.

Los hechos que se atribuyen al doctor Mendoza Díaz y que se invocan para pedir que se le sancione, consisten en haber sido condenado a rendir cuentas a la señorita Yurs Meluk por gestiones que ésta le encomendó, y en haber iniciado un juicio ejecutivo por medio de apoderado contra la misma por honorarios devengados en las actividades que dieron ocasión a la rendición de cuentas.

La condena a rendir cuentas es el resultado propio de la acción que precisamente con tal fin establece la ley, cuando sobre el demandado pesa tal obligación. Ese acto no acarrea para el condenado sanciones distintas a las que impone la misma sentencia. Y para el caso de que el cuentadante no satisfaga la obligación de rendirla, el artículo 1125 del Código Judicial señala el procedimiento a que debe acudirse. Entonces se deja de atender una obligación y la ley indica los caminos para obtener su cumplimiento. Pero de ese hecho no surge la indelicadeza o la conducta deshonesta que la ley 69 toma en cuenta para sancionar a los profesionales que en ellas incurran.

En cuanto al juicio ejecutivo seguido por el doctor Mendoza Díaz contra la señorita Meluk, se observa: en primer término, que el ejecutante no actuó directamente sino que confirió poder al doctor Luis Nieves Bonfante quien presentó la demanda y prosiguió el juicio hasta lograr el embargo y secuestro de bienes de la ejecutada. Si en el adelantamiento de dicho juicio se hubieran cometido irregularidades sancionables, el responsable de ellas sería el doctor Nieves Bonfante. Por lo demás el hecho de iniciar una demanda ejecu-

tiva, no es solo sancionable así tienda la acción al cobro de honorarios profesionales. La calificación que en el juicio se haga del título del recaudo, dirá si éste es eficaz o inválido. Para invocar la aplicación de las sanciones de que trata la ley 69 deberán indicarse otros hechos reveladores de una conducta reprobable, y en el presente caso no se han enunciado y menos demostrado.

En tales condiciones procede declarar que el doctor Alberto Mendoza Díaz no ha incurrido en faltas leves ni graves contra la moral profesional que puedan caer bajo las sanciones de la ley 69 de 1945.

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, apartándose del concepto del señor Procurador Primero en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada.

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. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES. — CONEXIDAD DE DELITOS. — LA CONEXIDAD OBJETIVA. — EL ADMITIR O DESESTIMAR LA COMPETENCIA POR CONEXION ES UNA CUESTION CUYA DILUCIDACION CORRESPONDE PRIMARIAMENTE AL JUEZ

1. — La conexidad es un fenómeno que se predica del concurso de delitos y determina la individualización de la pena progresiva única por el sistema de la acumulación jurídica y sirve también para conformar una figura delictuosa agravada.

Etimológicamente dicha palabra significa ENLAZADO CON. En derecho penal se emplea para señalar el nexo lógico que une, ata o vincula un delito a otro en forma tan íntima que justifica la orden legal de que se investiguen y fallen en un solo proceso en obedecimiento a los principios de la competencia, la unidad y la economía del procedimiento.

Factores como la unidad de designio entre los delincuentes, las circunstancias del momento, la unidad de los medios empleados, etc., pueden dar origen a tal fenómeno siendo el vínculo o nexo más común el de causa a efecto en cuanto uno de los delitos da lugar a los demás, sin despreciarse el de medio a fin cuando, v. gr. un homicidio se comete para preparar, facilitar o consumar otra infracción, y el consecuencial, en el caso de que se cometa otro delito para ocultar uno anterior con el fin de procurar su impunidad, asegurar su producto o suprimir las pruebas.

La relación o nexo entre las infracciones debe ser lógica ya se trate de varias cometidas por un solo individuo aun que hayan sido agotadas por pluralidad de personas; sustancial o esencial y no meramente secundaria pues de lo contrario la dependencia que naturalmente tienen unas cosas con otras sería causa de que se investigaran y fallaran en un solo proceso infinidad de infracciones con el consiguiente caos en la administración de justicia.

2.—La conexión objetiva, es la que se presenta cuando a dos o más personas se les sindica de varios delitos agotados por ellas en el mismo tiempo y lugar o en oportunidades y lugares distintos siempre que se encuentren factores que los vinculen, o cuando las pruebas de uno pueden influir en la calificación jurídica de los demás.

3.—Aunque los delitos de homicidio y lesiones personales deben investigarse y fallarse en distintos procesos, fue un acierto que el juzgador en este caso no hubiera fraccionado el proceso en dos procedimientos para cada delito o procesado, pues para tal evento valdría lo que anota Florián, de que la apreciación de solo una parte ocultaría el sentido del conjunto fraccionándolo y la responsabilidad de cada sujeto no aparecería precisa ni clara. De ahí que el admitir o desestimar la competencia por conexión sea una cuestión cuya dilucidación corresponde primariamente al juez, pues la decisión en uno u otro sentido envuelve una apreciación de hecho y sujeta a su vez a la apreciación del superior, según las razones de oportunidad que se encuentren en cada caso. Este criterio también se patentiza cuando se dispone la acumulación de un proceso a otro en los eventos señalados en el código de procedimiento penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, agosto nueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia de septiembre veintisiete de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a Vianor Grajales Ramírez y Luis Horacio Ramírez Ramírez a la pena principal de cuatro años de presidio al primero y un año de prisión al segundo, como responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales, respectivamente.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el señor Fiscal de la Corporación, admitido el cual y surtidos los trámites legales del caso, debe ahora la Sala proceder a su estudio y resolución, y así lo hace.

Antecedentes

El día 23 de mayo de 1953, más o menos a las cinco de la tarde, en momentos en que a instancias de Margarita Aragón se habían detenido en la fonda denominada "El Jardín", situada en la vereda de "El Diamante", corregimiento de Albán, en el Municipio de El Cairo, los hermanos medios Vianor Grajales Ramírez y Luis Horacio Ramírez Ramírez, al último de los cuales le preguntaba Margarita si con él le había enviado el señor Jesús María Flórez a su esposo el valor del transporte de un carbón, se hizo presente Manuel Montes quien antes se encontraba en la fonda libando bebidas embriagantes en compañía entre otros de su cuñado Antonio Aragón y Juan de Dios y Pedro Luis Marín, e invitó a Ramírez a que se tomara una cerveza, lo que no aceptó éste pretextando que Montes en alguna ocasión había expresado que él era un "pícaro". A Montes se unieron los hermanos Marín y los tres insistieron en la invitación. Ante la negativa reiterada de Ramírez, Montes optó por obligarlo a la fuerza agarrándolo de la ruana, lo que le produjo ira a aquel, no obstante lo cual el pertinaz invitante trató de cogerlo nuevamente reaccionando Ramírez peinilla en mano con la que le tiró un golpe a Montes que le produjo la amputación del pabellón de la oreja izquierda.

Así las cosas, Antonio Aragón, cuñado de Manuel Montes, intervino para pedir paz entre los contrincantes, hecho que no fue del agrado de Vianor Grajales Ramírez quien, esgrimiendo la peinilla que portaba, le tiró un machetazo a Aragón en la cabeza que le produjo la muerte "por el fuerte traumatismo y por la hemorragia que actuó por la presión sobre los centros nerviosos".

El Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga dictó auto de proceder tanto para Vianor Grajales Ramírez por homicidio como para Luis Horacio Ramírez Ramírez por lesiones personales, por estimar que se hallaba ante el caso del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, decisión que fue confirmada —en desacuerdo con su Fiscal— por el Tribunal Superior al conocer de ella por apelación.

A la consideración del Jurado se sometieron separadamente los respectivos cuestionarios, siendo contestados así: Para el sindicado Vianor Grajales Ramírez: "Sí, pero sin intención de matar, sino de herir"; y para el sindicado Luis Horacio Ramírez, llamado a juicio por lesiones personales: "Sí es responsable". En desarrollo del veredicto el Juzgado dictó sentencia condenando a ambos procesados. A Luis Horacio Ramírez Ramírez, como responsable del delito de lesiones personales agotado en Manuel Montes, le impuso un año de prisión y las penas accesorias correspondientes. Consultada la sentencia el Tribunal Superior la confirmó en todas sus partes por medio de la que hoy es motivo del recurso de casación.

Demanda

El señor Fiscal recurrente impugna la sentencia por la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal "como violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, en el cual expresamente se violó lo dispuesto en el artículo 52 del mismo Código, en cuanto dispone que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, ya que aquí no se trata de varios delitos cometidos en concurso recíproco o por acuerdo de varias personas". Afirma que "también se incurrió en la nulidad de incompetencia de jurisdicción, prevista en el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que el competente para conocer del delito de "lesiones personales", consumado por el sindicado Luis Horacio Ramírez Ramírez en la persona de Manuel Montes, es el Juez Penal del Circuito de Cartago y no el Juez Superior de este Distrito Judicial, con intervención del jurado".

Y razona así: ".....aunque entre el delito de homicidio consumado en Aragón y el de "lesiones personales de que fue víctima Manuel Montes existe cierta unidad de tiempo y lugar, no aparece que entre estos dos delitos exista necesaria conexidad, por cuanto se trata de dos delitos distintos y separados, cometidos por dos sujetos distintos y de que fueron víctimas dos personas distintas, y en el que cada uno de los sindicados aparece que obró individualmente y por su cuenta, teniendo que descartarse en la consumación de dichos delitos, por la forma como fueron ejecutados y por el origen que dio lugar a estos, la noción de coautoría o complicidad entre los sindicados".

La Procuraduría General de la Nación por conducto de su Delegado Primero en lo Penal —a quien se le pasó el expediente en cumplimiento

del artículo 3º del Decreto número 1154 de 1954 en relación con el 563 del C. de P. P.— se abstuvo, por razones que considera pertinentes, de ampliar la demanda (fs. 11 a 14 del cuaderno 3º).

Se considera:

La conexidad es un fenómeno que se predica del concurso de delitos y determina la individualización de la pena progresiva única por el sistema de la acumulación jurídica y sirve también para conformar una figura delictuosa agravada.

Etimológicamente dicha palabra significa enlazado con. En derecho penal se emplea para señalar el nexo lógico que une, ata o vincula un delito a otro en forma tan íntima que justifica la orden legal de que se investiguen y fallen en un solo proceso en obedecimiento a los principios de la competencia, la unidad y la economía del procedimiento.

Factores como la unidad de designio entre los delincuentes, las circunstancias del momento, la unidad de los medios empleados, etc., pueden dar origen a tal fenómeno siendo el vínculo o nexo más común el de causa a efecto en cuanto uno de los delitos da lugar a los demás, sin despreciarse el de medio a fin cuando, vr. gr. un homicidio se comete para preparar, facilitar o consumar otra infracción, y el consecuencial, en el caso de que se cometa otro delito para ocultar uno anterior con el fin de procurar su impunidad, asegurar su producto o suprimir las pruebas.

La relación o nexo entre las infracciones debe ser lógica ya se trate de varias cometidas por un solo individuo ora que hayan sido agotadas por pluralidad de personas; sustancial o esencial y no meramente secundaria pues de lo contrario la dependencia que naturalmente tienen unas cosas con otras sería causa de que se investigaran y fallaran en un solo proceso infinidad de infracciones con el consiguiente caos en la administración de justicia.

"...dentro de la doctrina —ha dicho la Corte— pueden existir en la conexidad distintas modalidades que le dan un carácter diferente, con nombres que corresponden a que tal fenómeno se denomine material, si uno de los delitos no surge a la vida legal sino cuando, para ejecutarlo, el agente debió producir otro, unido al anterior por ese nexo objetivo que los hace inseparables; ideológica o real si en las infracciones cometidas se observa una relación de medio a fin, es decir que uno de los delitos se ha cometido como medio para realizar otro; jurídica, si uno de los delitos pierde su autonomía al consumarse y se incorpora en el otro, bien sea para calificarlo o como infracción de mayor entidad jurídica, ora para estructurar un concurso de delitos; y por fin, consecuencial que, como su nombre lo indica, surge cuando se pretende por el agente ocultar otro delito o procurar que quede impune". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXXIII, números 2121 y 2122, página 824).

En el caso de autos se trata de dos ilícitos que fueron agotados por distintos agentes sin que existiera entre ellos acuerdo de voluntades y de los cuales resultaron sendas víctimas, sin que pueda afirmarse, válidamente, que el delito de homicidio naciera a la vida jurídica como consecuencia necesaria del de lesiones personales, pues no tenía por qué desprenderse de éste la comisión de aquel, aunque sí hubo circunstancias de tiempo, modo y lugar que los vinculan íntimamente, teniendo desde luego que descartarse —como bien lo dice el señor Fiscal recurrente— por la forma como fueron ejecutados y por el origen que tuvieron, la noción de coautoría o complicidad entre los sindicados.

Quiere esto decir que no se presenta en el caso sub-judice, desde el punto de vista subjetivo, el fenómeno jurídico de la conexidad, pues ni material, ni ideológica, o real, ni jurídica, ni consecuencial, en la forma estudiada anteriormente, se ha configurado, ni se trata tampoco, se repite, de varios delitos cometidos en concurso recíproco o por acuerdo de varias personas.

Existe sí, en atención a las circunstancias mencionadas, una conexión objetiva, que es la que se presenta cuando a dos o más personas se les sindica de varios delitos agotados por ellas en el mismo tiempo y lugar o en oportunidades y lugares distintos siempre que se encuentren factores que los vinculen, o cuando las pruebas de uno pueden influir en la calificación jurídica de los demás.

De modo que, aunque pudo investigarse y fallarse cada delito en distinto proceso, como lo piense el recurrente, concluyese que estuvo bien que el juzgador no hubiera fraccionado el proceso en dos procedimientos para cada delito o procesado, pues para tal caso valdría lo que anota Florián, de que la apreciación de solo una parte ocultaría el sentido del conjunto fraccionándolo y la responsabilidad de cada sujeto no apareceria precisa ni clara. De ahí que el admitir o desestimar la competencia por conexión sea una cuestión cuya dilucidación corresponde primariamente al Juez, pues la decisión en uno u otro sentido envuelve una apreciación de hecho sujeta a su vez a la apreciación del superior, según las razones de oportuni-

dad que se encuentren en cada caso. Este criterio también se patentiza cuando se dispone la acumulación de un proceso a otro en los eventos señalados en el código de procedimiento penal.

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, RESUELVE:

NO INVALIDAR el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Buga, de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación.

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 CONEXIDAD DEBE EXAMINARSE EN RELACION CON EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y CON EL EL PROCESAL PENAL. — PROCESALMENTE CONSIDERADA, NO SE REFIERE A LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE CADA DELITO, SINO AL NEXO QUE EXISTA ENTRE VARIOS ILICITOS. — LA CONEXIDAD EN CONCRETO SURGE DEL EXAMEN DE LOS HECHOS, DESDE SU ORIGEN HASTA LA CONSUMACION DEL ULTIMO DE LOS DELITOS CUYO NEXO SE PRETENDE AVERIGUAR

1 — Aunque el Diccionario de la Real Academia Española indica que la voz CONEXIDAD es anticuada, sinembargo remite en su primera acepción a la otra palabra inmediatamente siguiente, o sea, a conexión, la cual significa "enlace, atadura, trabazón, concatenación de una cosa con otra". Según la misma obra, el adjetivo correspondiente, conexo, "aplícase a la cosa que está enlazada o relacionada con otra", en su acepción general, y en la especial o forense, "dícese de los delitos que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso". Las definiciones que anteceden a la última llevan a tener la conexidad en general, como lo que liga o une, mediante un nexo, varias cosas entre sí. Habrá que situar el valor de tales palabras en el campo penal y en el campo procesal penal, en donde, obviamente, tal valor será más determinado, y así podrá surgir el sentido en que pueda predicarse de los delitos "que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso".

Aparte de la discusión sobre si conviene que la ley defina las palabras, por el peligro de que la definición no comprenda todo lo definido, cabe comentar que, si bien ni el legislador colombiano ni los tratadistas la dan en forma abstracta, no por ello existe dificultad insuperable para asir el significado de la conexidad, ni para aplicarlo, concretamente, en cada caso particular porque hay datos suficientes para hacer la construcción general y la aplicación particular.

La conexidad puede estudiarse desde dos puntos de vista diferentes, los ya anotados del derecho penal y del derecho procesal penal. En el primero se suele tener en cuenta la conexidad para determinados efectos, generalmente aplicados al concurso de delitos; en el segundo, existe mayor amplitud, que puede llegar a alcanzar hasta la simple acumulación de autos, en que pudiera verse una conexidad establecida por la ley, por razón del sujeto contra quien, por diversas infracciones cometidas en tiempos también diversos, se sigue pluralidad de diligencias, lo que lleva nuevamente a la consideración de que, por separado, los fallos podrían conducir a una especie de suma aritmética simple de las penas, con detrimento de todas las consideraciones jurídicas que han eliminado sabiamente el cúmulo material.

2 — La conexidad, procesalmente considerada, no se refiere a los elementos constitutivos de cada delito, porque éstos tienen su individualidad propia e independiente como tales, sino al lazo o nexo que une uno con otro. De ahí que la conexidad se haya estudiado ampliamente, por ejemplo por Garraud, no desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, sino desde el punto de vista procesal penal, y dentro de éste, en lo que que hace con la instrucción, y aún más concretamente, en lo relativo a la competencia. Después de indicar los géneros de competencia —que parten de la materia, de la persona y del lugar—, aclara aquel autor cómo cada uno de esos tres géneros se modifica por efecto de la indivisibilidad y de la conexidad, cuyas dos modalidades, a su turno, deben distinguirse con cuidado, partiendo de la noción de que los delitos complejos y los conexos se oponen a los delitos simples; mas de éstos lo es porque se compone de un hecho único, imputable a un solo agente; cuando hay pluralidad de hechos o de agentes, habrá delito complejo o conexo: lo primero "cuando hay un conjunto de hechos, tan estrechamente ligados unos a otros, que no constituyan ju-

ridicamente más que un delito"; lo segundo, "cuando cada hecho o grupo de hechos tienen el carácter de delitos diferentes, ligados entre ellos por una relación que no impide la conservación de su individualidad propia" (PRECIS DE DROIT CRIMINEL, 4eme éd. revue et corrigée). Y entonces se tiene que los delitos complejos son los únicos indivisibles, pero los complejos y los conexos pueden ser el resultado de la acción de uno solo o de varios agentes. El código de instrucción criminal francés, no define los delitos indivisibles y apenas, por vía de ejemplo, en el artículo 227, como lo explica el autor en cita, da una noción de los delitos conexos, para continuar éste diciendo: "La conexidad es el lazo que une varios delitos distintos. La pluralidad de infracciones es el carácter que separa de los delitos conexos los complejos; el lazo común, lo que los separa de los delitos simplemente concomitantes". Si el artículo de la ley francesa habla de la conexidad e indica, por vía de ejemplo, en qué consiste el vínculo común —fin común, concierto anterior, relación de causalidad—, explica Garraud que allí se dan esos casos por ser los más comunes, lo que no impide que haya otros. "Las previsiones de este artículo son INDICATIVAS y no LIMITATIVAS; no impiden considerar como conexos delitos que se relacionan entre sí, por circunstancias de hecho distintas a las previstas en el texto, cuando esas circunstancias hacen necesaria la unidad de las diligencias". Termina afirmando cómo, de que varios delitos se hallen unidos por el vínculo de la conexidad, es fácil concluir que la instrucción del uno esclarecerá la que deba hacerse para el otro, y que el instructor y el juez, al apreciar el uno, apreciarán mejor el otro. De ahí se sigue la consecuencia, añade la Corte, de que en tanto un delito aclare el otro, a más de los factores de tiempo, lugar y origen de los hechos, será índice de conexidad, es decir, en tanto la existencia de un delito sirva de explicación a la existencia del otro, habrá conexidad cuando se una a alguno de aquellos factores, o sea, que si el segundo delito es, por decirlo así, de aparición repentina, sin hecho que lo explique, si no se tiene en cuenta la precedente existencia del otro, habrá que aceptar la conexidad. Esto precisamente desearía la conexidad en delitos que, aunque concomitantes, no se relacionan entre sí, ni por el hecho por el cual se originaron todos los demás que configuraron las infracciones penales, ni por las personas que intervinieron en toda la serie ni por otra razón semejante.

3 — Para que pueda decirse si hay o no hay conexidad en concreto, es necesario el examen del modo como se desarrollaron todas las actividades que llevaron a la infracción de la ley penal, desde su origen hasta la consumación del último de los delitos en cuestión, para que, sea por la unidad de personajes, aunque no todos sean autores de infracción, ora por la de lugar, por la de tiempo etc. se vea esa relación. Del total de la actividad de todos aquellos personajes, de sus reacciones etc. es de donde podrá inferirse la existencia de la vinculación. Por esto Ortolan enseña que el descubrimiento de la conexidad en los casos concretos depende de la sagacidad jurídica del juez o funcionario. No es menester, como a veces se cree, que sólo la relación de causalidad de un delito respecto de otro sea el único medio de establecer la existencia de la conexidad, interpretando tal causalidad como si un delito NECESARIAMENTE produjera el otro, porque tratándose de actos humanos, esa necesidad no es concebible, ya que la causalidad necesaria sólo puede predicarse de relaciones de ley física; ni siquiera un ejemplo típico de conexidad, teórica y doctrinaria, ya que no legal, por la excepción expresamente consagrada en la legislación nacional, y que es el encubrimiento, puede jamás decirse que sea producto necesario del delito encubierto, porque dependiendo de la actividad humana el encubrir o no encubrir, no será necesario que, en todo caso, se dé el segundo delito; lo más que puede haber es una causalidad de necesidad moral, en le sentido de que, según las leyes que gobiernan la conducta humana, y más concretamente, psicológicas, dadas las circunstancias y la personalidad del agente, el primer delito dará el segundo, o sea que aquél será causa de éste, pero no causa necesaria al modo físico, en que siempre se producirá el resultado, ya que éste en el otro plano, vale decir, en el moral, puede no darse porque la actividad es simplemente humana. No se trata de determinar si el delito más grave puede ser o no causa necesaria del menos grave y vi-

ceversa, sino si el último delito al menos se explica por el primero.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, agosto nueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Agotados los trámites legales, debe decidirse este recurso extraordinario de casación, interpuesto por el fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, contra la sentencia de aquella entidad, de 12 de abril de 1956, en la causa seguida, por homicidio y lesiones personales, contra ALFREDO CAMPO LOPEZ y JOSE MARIA ZAPATA SOTO.

HECHOS:

Desde la mañana del 22 de agosto de 1954, Benjamín Villa y José María Zapata se dedicaron a tomar bebidas alcohólicas, en un café de la cabecera del Cerrito, en comprensión de aquel distrito Judicial; a dicho lugar entró, hacia las tres de la tarde, Alfredo Campo López, a tomarse una cerveza Los dos primeramente nombrados pidieron al último que, con su dinero, pusiera en funcionamiento una máquina toca discos, a lo que el requerido se negó, con lo cual se originó una discusión, en que Zapata injurió gravemente a Campo López y le dio de planazos con una peinilla, que posteriormente dejó caer; continuada la lucha a puñetazos, dentro del establecimiento, Zapata huyó hacia la calle, donde nuevamente se prosiguió aquella lucha, hasta que la mujer de Campo López intervino para conducirlo a su casa. Benjamín Villa permaneció en el café, con el ánimo de pagar lo consumido y los daños; allí fue atacado, con arma corto punzante y sin pronunciar una sola palabra por Campo López. Las resultas fueron, pues: Benjamín Villa murió a consecuencia de las lesiones producidas en él por Campo López; éste recibió lesiones causadas con instrumento contundente que le incapacitaron por cinco días.

LA SENTENCIA:

El Tribunal desestimó los argumentos que, contra el auto de proceder apelado presentó su colaborador, y confirmó este proveído con la consideración de que los delitos de homicidio y lesiones personales, materia de las diligencias, eran conexos. Los cuestionarios consiguientes fueron respondidos afirmativamente por los jueces de hecho.

Al confirmar la sentencia del inferior, el mismo Tribunal rebatió nuevamente la tesis de nulidad presentada por su fiscal, por incompetencia de jurisdicción, basada en que los delitos no eran conexos. Responde el Tribunal que, no por ser de competencia de la policía el delito de lesiones personales ha de entenderse que, en el caso presente, aquélla deba fallar ya que el art. 50 del CPP es muy claro al hablar del juez que debe decidir en asuntos sometidos a diversas competencias, y el 54 ordena que los delitos conexos se investiguen y fallen en un mismo proceso.

LA DEMANDA:

"El motivo de casación, dice el demandante, consiste en ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, causal 4ª del artículo 567 del C de PP, por cuanto al sindicado de lesiones personales, José María Zapata Soto, no sólo se lo juzgó por el Juez que carecía de competencia, sino que se le sometió para el juzgamiento a un procedimiento distinto al que legalmente ha debido aplicársele, al juzgársele con intervención del jurado". Arguye, sobre la incompetencia de jurisdicción, que dada la calidad de las lesiones sufridas por Campo López, era a la policía a quien correspondía juzgarlo, por lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 4ª de 1943. Al juzgar conjuntamente a José María Zapata Soto y a Alfredo Campo López, hubo una interpretación equivocada acerca de lo que debe entenderse por delito conexo. "Ni la ley ni los expositores definen qué debe entenderse por delito conexo. Conexo es un término bastante general, que quiere decir ligado, unido, y delitos conexos se supone que son varios delitos ligados o unidos por un nexo cualquiera; pero en estos términos el concepto resulta bastante vago para consagrarlo en una regla que puede quebrantar las normas ordinarias sobre jurisdicción y competencia. Por esto considero de importancia el que la H. Corte Suprema se pronuncie en este caso y precise, en cuanto sea posible, el concepto y alcance del término delitos conexos, empleado en el art. 54 del C de PP puesto que es ordinario y frecuente el caso en que se están juzgando en un mismo proceso delitos de diferentes naturalezas sometidos a diferentes jurisdicciones y procedimientos y cometidos por diferentes sujetos activos del delito, por estimarlos conexos entre sí".

Luego de citar un párrafo de los ELEMENTOS DE DERECHO PENAL, del doctor Carlos Lozano y Lozano, continúa el demandante: "En el presente caso considero que no existe entre el delito de lesiones personales, consumado por el sindicado Zapata Soto en la persona de Alfredo Campo López, y el de homicidio consumado por éste en la persona de Benjamín Villa, la necesaria conexidad que obligue a darle aplicación a los artículos 50 y 54 del C de PP. con violación de las formas propias del juicio y de las normas legales de procedimiento, respecto al delito de lesiones personales, pues entre éste y el de homicidio consumado por Campo López, apenas hay una frágil unidad de lugar, puesto que ambos se consumaron en el mismo sitio, o sea dentro del café "Danubio", pero en cambio no existe unidad de sujetos activos del delito, ni unidad de motivos, ni de objetos perseguidos, ni de medios empleados para ejecutarlos". Finalmente, el demandante pide que se case la sentencia recurrida y se declare la nulidad procesal, a fin de que por el debido conducto se devuelva el proceso al juzgado de origen para reponer la actuación viciada y se tramite y falle cada uno de los delitos por separado.

Traslado a la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal manifestó abstenerse de ejercer la facultad que le confiere el artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 1154 de 1954, no sin precisar antes que entre los dos hechos, materia de estas diligencias, "existe la conexidad suficiente para ser fallados en un mismo proceso".

Estudio de la Corte

El recurrente afirma que ni la doctrina ni la ley han definido lo que debe entenderse por conexidad; considera que es demasiado amplia la significación del término "conexo" y agrega: "delitos conexos se supone que son varios delitos ligados o unidos por un nexo cualquiera", copiando, además, las nociones bastante precisas que contiene la obra de derecho que él mismo cita.

Aunque el diccionario de la Real Academia Española indica que la voz **conexidad** es anticuada, sinembargo remite en su primera acepción a la otra palabra inmediatamente siguiente, o sea, a conexión, la cual significa "enlace, atadura, trabazón, concatenación de una cosa con otra". Según la misma obra, el adjetivo correspondiente, conexo, "aplícase a la cosa que está enlazada o relacionada con otra", en su acepción general, y en la especial o forense, "dícese de los delitos que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso". Las definiciones que anteceden a la última llevan a tener la conexidad, en general, como lo que liga o une mediante un nexo, varias cosas entre sí, para utilizar el sentido que el mismo recurrente da a las palabras. Habrá que situar el valor de tales palabras en el campo penal y en el campo procesal penal, en donde, obviamente, tal valor será más determinado, y así podrá surgir el sentido en que pueden predicarse de los delitos "que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso".

Aparte de la discusión sobre si conviene que la ley defina las palabras, por el peligro de que la definición no comprenda todo lo definido, cabe comentar que, si bien ni el legislador colombiano ni los tratadistas la dan en forma abstracta, no por ello existe dificultad insuperable para asir el significado de la conexidad, ni para aplicarlo, concretamente, en cada caso particular porque hay datos suficientes para hacer la construcción general y la aplicación particular.

La conexidad puede estudiarse desde dos puntos de vista diferentes, los ya anotados del derecho penal y del derecho procesal penal. En el primero se suele tener en cuenta la conexidad para determinados efectos, generalmente aplicada al concurso de delitos; en el segundo, existe mayor amplitud, que puede llegar a alcanzar hasta la simple acumulación de autos, en que pudiera verse una conexidad establecida por la ley, por razón del sujeto contra quien, por diversas infracciones cometidas en tiempos también diversos, se sigue pluralidad de diligencias, lo que lleva nuevamente a la consideración de que, por separado, los fallos podrían conducir a una especie de suma aritmética simple de las penas, con detrimento de todas las consideraciones jurídicas que han eliminado sabiamente el cúmulo material.

La conexidad, procesalmente considerada, no se refiere a los elementos constitutivos de cada delito, porque éstos tienen su individualidad propia e independiente como tales, sino al lazo o nexo que une uno con otro. De ahí que la conexidad se haya estudiado ampliamente, por ejemplo por Garraud, no desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, sino desde el punto de vista procesal penal, y dentro de éste, en lo que hace con la instrucción, y aún más concretamen-

te, en lo relativo a la competencia. Después de indicar los géneros de competencia —por razón de la materia, de la persona y del lugar—, aclara aquel autor cómo cada uno de esos tres géneros se modifica por efecto de la indivisibilidad y de la conexidad, cuyas dos modalidades, a su turno deben distinguirse con cuidado, partiendo de la noción de que los delitos complejos y los conexos se oponen a los delitos simples; uno de éstos lo es porque se compone de un hecho único, imputable a un solo agente; cuando hay pluralidad de hechos o de agentes, habrá delito complejo o conexo: lo primero "cuando hay un conjunto de hechos, tan estrechamente ligados unos a otros, que no constituyen jurídicamente más que un delito"; lo segundo, "cuando cada hecho o grupo de hechos tienen el carácter de delitos diferentes, ligados entre ellos por una relación que no impide la conservación de su individualidad propia" (PRECIS DE DROIT CRIMINEL, 4eme éd revue et corrigée). Y entonces se tiene que los delitos complejos son los únicos indivisibles, pero los complejos y los conexos pueden ser el resultado de la acción de uno solo o de varios agentes. El código de instrucción criminal francés, no define los delitos indivisibles y apenas, por vía de ejemplo, en el artículo 227, como lo explica el autor en cita, da una noción de los delitos conexos, para continuar éste diciendo: "La conexidad es el lazo que une varios delitos distintos. La pluralidad de infracciones es el carácter que separa de los delitos conexos los complejos; el lazo común, lo que los separa de los delitos simplemente concomitantes". Si el artículo de la ley francesa habla de la conexidad e indica, por vía de ejemplo, en qué consiste el vínculo común —fin común, concierto anterior, relación de causalidad—, explica Garraud que allí se dan esos casos por ser los más comunes, lo que no impide que haya otros. "Las previsiones de este artículo son indicativas y no limitativas; no impiden considerar como conexos delitos que se relacionan entre sí, por circunstancias de hecho distintas a las previstas en el texto, cuando esas circunstancias hacen necesaria la unidad de las diligencias". Termina afirmando cómo, de que varios delitos se hallen unidos por el vínculo de la conexidad, es fácil concluir que la instrucción del uno esclarecerá la que deba hacerse para el otro, y que el instructor y el juez, al apreciar el uno, apreciarán mejor el otro. De ahí se sigue la consecuencia añade la Corte, de que en tanto un delito aclare el otro, a más de los factores de tiempo, lugar y origen de los hechos, será índice de conexidad, es decir, en tanto la existencia de un delito sirva de explicación a la existencia del otro, habrá conexidad cuando se une a alguno de aquellos factores, o sea que si el segundo delito es, por decirlo así, de aparición repentina, sin hecho que lo explique, si no se tiene en cuenta la precedente existencia del otro, habrá que aceptar la conexidad. Esto precisamente descarta la conexidad en delitos que, aunque concomitantes, no se relacionan entre sí, ni por el hecho por el cual se originaron todos los demás que configuraron las infracciones penales, ni por las personas que intervinieron en toda la serie ni por otra razón semejante.

De lo anterior se ha de inferir, pues, para que pueda decirse si hay o no conexidad en concreto, que es necesario el examen del modo como se desarrollaron todas las actividades que llevaron a la infracción de la ley penal, desde su origen hasta la consumación del último de los delitos en cuestión, para que ya sea por la unidad de personajes, aunque no todos sean autores de infracción, ora por la de lugar, por la de tiempo etc. se vea esa relación. Del total de la actividad de todos aquellos personajes, de sus reacciones etc. es de donde podrá inferirse la existencia de la vinculación. Por esto Ortolan enseña que el descubrimiento de la conexidad en los casos concretos depende de la sagacidad jurídica del juez o funcionario. No es menester, como a veces se cree, que sólo la relación de causalidad de un delito respecto de otro sea el único medio de establecer la existencia de la conexidad, interpretando tal causalidad como si un delito necesariamente produjera el otro, porque, tratándose de actos humanos, esa necesidad no es concebible, ya que la causalidad necesaria sólo puede predicarse de relaciones de ley física; ni siquiera un ejemplo típico de conexidad, teórica y doctrinaria, ya que no legal, por la excepción expresamente consagrada en la legislación nacional, y que es el encubrimiento, puede jamás decirse que sea producto necesario del delito encubierto, porque dependiendo de la actividad humana el encubrir o no encubrir, no será necesario que, en todo caso, se dé el segundo delito; lo más que puede haber es una causalidad de necesidad moral, en el sentido de que, según las leyes que gobiernan la conducta humana, y más concretamente, sicológicas, dadas las circunstancias y la personalidad del agente, el primer delito dará el segundo, o sea que aquél será causa de éste, pero no causa necesaria al modo físico, en que siempre se producirá el resultado, ya que éste en el otro plano, vale decir, en el moral, puede no darse porque la actividad es simplemente huma-

na. No se trata de determinar si el delito más grave puede ser o no causa necesaria del menos grave y viceversa, sino si el último delito al menos se explica por el primero.

El mismo recurrente, en el caso de autos, dice cómo Villa y Zapata —un grupo— exigieron a Campo López —un individuo— que hiciera funcionar cierta máquina; cómo éste se negó, y se originó una discusión en que Zapata —componente del grupo— injurió gravemente a Campo López, y se trabó en riña directa con éste, quien fue llevado a su casa por su mujer; cómo Zapata —el otro componente del grupo provocador— fue atacado por el provocado, "quien cegado por la ira, por las injurias y lesiones que le había causado Zapata, y sin pronunciar una sola palabra, le infirió una herida mortal a Villa". Y no debe olvidarse que, si Campo López fue llevado a su casa, allí se armó para dirigirse inmediatamente de nuevo al café, según lo manifiesta el mismo José María Zapata, o sea que hubo una continuidad sicológica total. Explica en alguna forma el delito de lesiones personales, así fuera mínimo, el homicidio? El mismo recurrente da elementos para una respuesta afirmativa, al decir que Campo López obró, contra el componente del grupo que le provocó por razón del estado de ira en que se encontraba, por "las injurias y lesiones que le había causado Zapata", porque si no hubiese sido injuriado, no habría quedado "cegado" por aquella pasión, que de otra parte, fue reconocida en el auto de proceder y reconocida también por los jueces de hecho. La misma respuesta hubiese podido surgir de la simple lectura del autor cuya cita se trae, quien al hablar acerca de las diversas hipótesis que caben en la conexidad señala factores tales como "unidad de tiempo, de lugar, de circunstancias determinantes u ocasionales, como si se tratara de una misma agitación popular, de un mismo sitio de reunión, o de la misma razón de temor o de pánico; unidad de motivos, como el sentimiento de odio o de rencor contra una persona o una familia que experimentan distintos individuos..."

Si pues los delitos materia de este proceso son conexos, síguese el que no hubo nulidad por incompetencia de jurisdicción, es decir, no se quebrantó el numeral 1º del artículo 198 del CPP. ni fueron mal aplicados los artículos 50 y 54 del mismo cuerpo legal, vale decir, que la causal alegada no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— oído el Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INVALIDA el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese e 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 — Alberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey Oficial Mayor.

LOS PRECEPTOS DE LA LEY 69 DE 1945 NO SON APLICABLES A QUIEN, CUANDO EJECUTA LOS ACTOS POR QUE SE LE PRETENDE SANCIONAR, NO LLENA LA CONDICION EXIGIDA POR LA LEY DE SER ABOGADO. — PROMETER A UN DEFENDIDO SU PRONTA LIBERTAD CON LA SUGERENCIA DE QUE HABRIA DE OBTENERSE MEDIANTE SUMAS DE DINEROS PAGADAS A LOS JUECES Y SUBALTERNOS QUE CONOCIAN DEL NEGOCIO, ES ACTO ATENTATORIO DE LA MORAL PROFESIONAL. — ALCANCES DE LA SUSPENSION DEL DERECHO A EJERCER LA ABOGACIA POR TERMINO HASTA DE DOS AÑOS

1. — A diferencia de las legislaciones de otros países que, como la francesa, en su organización "Le Barreau", otorga a las órdenes o colegios de abogados la facultad de calificar y sancionar las faltas profesionales, la ley colombiana radicó en los jueces tal atribución, definió lo que ha de entenderse por falta grave (artículo 16, Ley 69 de 1945) y señaló las sanciones imponibles (artículo 9º de la misma ley).

Habiéndose reservado a los jueces la facultad de aplicar la sanción, se procedió armónicamente con tal régimen de derecho al indicar ejemplarmente los hechos con su correspondiente jerarquía, capaces de constituir la falta sancionable como grave.

Es al legislador, no propiamente a los moralistas, a quien compete hacer la crítica legal de los actos humanos y mediante la ley reprimir los que contradicen la organización social.'

Sancionar actos sin que la ley le haya dicho al ciudadano previamente que constituyen infracción, es desoír el precepto que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional. Por eso, al indagar si el acusado se hizo acreedor a las sanciones de la ley 69, precisa calificar los actos que se le imputan, a la luz del artículo 16 de la citada ley.

Si lo que la ley 69 de 1945 persigue es tutelar el ejercicio de la abogacía, dado el carácter eminentemente social de esa profesión y sancionar a quienes amparados con su investidura no ajustan sus procedimientos a la dignidad y decoro que ella exige, es obvio que los preceptos de la citada ley no son aplicables a quien, cuando ejecuta los actos porque se le pretende sancionar, no llena la condición exigida por la ley de ser abogado, porque falta entonces el presupuesto esencial para que pueda ser sujeto pasivo de la represión legal.

2.—Encajan dentro de las "reglas manifiestamente atentatorias de la moral profesional" de que habla el artículo 10º de la ley 21 de 1931 el hecho de prometer a un defendido su pronta libertad con la sugerencia de que habría de obtenerse mediante sumas de dinero pagadas a los jueces y subalternos que conocían del negocio.

El solo hecho de formular tales propuestas y plantear la posibilidad de semejantes procedimientos, que baldonan la administración de justicia, demuestran la ausencia de aquella sólida formación moral exigida al abogado que, por razón de sus funciones, lleva ordinariamente la delicada representación y la defensa de intereses ajenos.

3. — Considera la Sala que la suspensión del derecho a ejercer la abogacía por término hasta de dos años, que también autoriza el artículo 9º de la ley 69 de 1945 para las faltas graves cometidas en el desempeño de la profesión, alcanza en muchos casos efectos semejantes a los de la cancelación de la matrícula, porque el abogado que tal pena afronta, aniquila todo prestigio profesional, consecuencia tanto más grave cuando, una avanzada edad, cierra el campo para intentar restaurar el estrago moral del sancionado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Sandoval Vulcárcel)

Vistos:

En providencia del 17 de agosto de 1955, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dispuso cancelar la matrícula de abogado al doctor X. X. por faltas cometidas en ejercicio de la profesión, sancionables de acuerdo con la ley 69 de 1945.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso apelación el interesado y para decidir el recurso vinieron los autos a la Corte.

Origen y desarrollo del proceso

El Juez 1º Penal Municipal de Bogotá en nota fechada el 15 de julio de 1954 comunicó a la Procuraduría Delegada de la Vigilancia Administrativa que en ese Juzgado cursaban dos sumarios contra el abogado X. X. El Procurador Delegado en lo Administrativo adelantó investigación sobre la conducta profesional del acusado y la remitió al Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, solicitando se le cancelara la matrícula.

En las diligencias sumarias practicadas por el Tribunal se tuvo conocimiento de los siguientes hechos relacionados con el doctor X. X.:

1º—En diciembre de 1922 fue condenado en sentencia de primera instancia, que confirmó el Tribunal Superior de Bogotá, a diez años de presidio como responsable del delito de robo;

2º—En el Juzgado 2º Superior de Ibagué cursó un sumario por homicidio y robo, iniciado el 6 de abril de 1931;

3º—El 14 de octubre de 1947, Jorge E. Salazar presentó denuncio por el delito de falsedad en documentos;

4º—El 1º de agosto de 1948, Ana Elvira Rodríguez lo acusó por falsedad y abuso de confianza;

5º—El 15 de diciembre de de 1948 a virtud de denuncia dada por el Presbítero Alberto Otálora se le sumarió por falsedad;

6º—El 7 de febrero de 1952, Joaquín Senén Rodríguez lo sindicó por estafa;

7º—El 2 de marzo de 1952, Pedro A. Quiroga lo acusó por el mismo delito anterior;

8º—Por denuncia que presentó José L. Rivera el 26 de marzo de 1953, se le inició sumario por estafa;

9º—El 2 de febrero de 1953, José Gallego Mesa lo acusó por abuso de confianza, y

10º—El 10 de agosto de 1953, María Alfonso Gacharná Palacios formuló denuncia por estafa.

En el expediente aparece comprobado que el doctor X. X. se encuentra inscrito como abogado en varias oficinas judiciales.

El señor Procurador Delegado en lo Civil al emitir concepto, solicitó que se confirmara la sentencia del Tribunal.

La Sala considera:

Si por una parte, la sola multiplicidad de las denuncias presentadas contra el doctor X. X. es indicativa de una especial situación moral del acusado, cuyos procedimientos determinaron que tan numeroso grupo de ciudadanos tuviera que acudir a la autoridad judicial, no es menos evidente que para la apreciación exacta de su conducta profesional, no basta tomar en cuenta el número de quejas presentadas, sino que resulta indispensable examinar cuidadosamente los fundamentos que tuviera y los resultados que haya alcanzado ante los Jueces cada uno de los procesos iniciados.

Tomar como base para la sanción únicamente el dato de la pluralidad de los casos denunciados, sería reconocer al solo acto de la presentación de una denuncia efectos que le son ajenos, no solo dentro de elementales principios de Derecho Penal, sino de acuerdo con las normas de moral y de ética que gobiernan la conducta humana.

Por eso, la Sala se detiene en un cuidadoso estudio para cada uno de ellos.

Primero.—Ni la sentencia proferida en 1922 que condenó al doctor X. X. a diez años de presidio ni los hechos que provocaron aquella acción penal, pueden tenerse en cuenta para los fines que persigue la ley 69 de 1945, porque para aquel entonces el doctor X. X. no era abogado; no había obtenido su título de tal.

Consta en el expediente que el doctor X. X. solo obtuvo su grado de abogado en el año de 1948 y se narran en él las graves dificultades que con motivo precisamente de esa circunstancia tuvo que vencer para que la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional le confiriera el título.

Si lo que la ley 69 persigue es tutelar el ejercicio de la abogacía, dado el carácter eminentemente social de esa profesión y sancionar a quienes amparados con su investidura no ajustan sus procedimientos a la dignidad y decoro que ella exige, es obvio que los preceptos de la citada ley, no son aplicables a quien, cuando ejecuta los actos por que se le pretende sancionar, no llena la condición exigida por la ley de ser abogado, porque falta entonces el presupuesto esencial para que pueda ser sujeto pasivo de la represión legal.

Segundo. — Sobre el sumario que cursó en el Juzgado 2º Superior de Ibagué en 1931, solo se tiene el conocimiento de que da cuenta el telegrama que obra al folio 14 del cuaderno 1º en el cual se indica que el proceso fue radicado en aquel despacho. A pesar de las repetidas solicitudes que hizo el Tribunal de Bogotá, no pudo allegarse al expediente dato alguno que permitiera formar concepto, siquiera sobre qué hechos lo motivaron y menos sobre los fundamentos que hubiera podido tener, ni sobre el estado en que se halla el negocio.

. . . . . .

Tercero. — En cuanto al delito de falsedad de que lo acusó Jorge E. Salazar, consta que el Juez 2º Superior de Bogotá declaró cerrada la investigación y remitió el proceso al Fiscal para concepto de fondo. El Agente del Ministerio Público lo devolvió el 1º de febrero de 1955, solicitando que se llamara al acusado a responder en juicio criminal por aparecer, en concepto del funcionario, la prueba de que trata el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte al estudiar el caso, en providencia del 15 de marzo de 1956, dijo:

"Como la vista fiscal de fecha 27 de febrero último, formulada en el proceso contra el doctor X. X. por el delito de falsedad en documentos, de que conoce el Juez 2º Superior de este Distrito Judicial, podría servir para aclarar puntos que la Sala ha encontrado oscuros o dudosos en relación con la conducta del demandado, y con el objeto de poder darle legalmente consideración a ese documento, conforme a lo previsto en el artículo 600 del C. Judicial, y para mejor proveer, se RESUELVE:

"Solicítese al Juzgado 2º Superior de esta ciudad, copia auténtica de la expresada vista fiscal. Líbrese el correspondiente oficio".

El despacho debidamente diligenciado, llegó a la Corte el 3 de octubre de 1956. A la vista fiscal solicitada pertenecen los siguientes apartes:

"Efectivamente, los certificados de paz y salvo expedidos por el Tesorero Municipal de Pasca, tachados de falsos, por cuanto que se dijo que en ellos se había hecho la intercalación de las palabras 'en relación con Batán, Guabio y Río de Monte', tienen fecha 28 de abril del año de 1947, es decir, hace ocho (8) años y diez (10) meses...".

"De acuerdo con lo anterior y en cuanto se relaciona con los dos certificados de paz y salvo incriminados y que fueron expedidos por el Tesorero Municipal de Pasca el día 28 de abril del año próximo pasado, se operó el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

"Referente a la posible falsedad del certificado que en papel sellado expidió el mismo Tesorero Municipal de Pasca, el señor Nicanor Castellanos, documento que obra en el folio 60-bis del primer cuaderno, el suscrito Agente del Ministerio Público emitió su concepto en la providencia que corre a los folios 220 a 223 del tercer cuaderno, y me remito a lo allí expuesto, encareciendo del señor Juez de la causa, que al entrar a calificar en el fondo este negocio, se tenga en cuenta los razonamientos expuestos en esa época por su colaborador de instancia.

"De conformidad con el anterior concepto de esta Fiscalía, que corre a las páginas 220 a 223 del último cuaderno, no llegó a evidenciarse la falsedad incriminada, razón por la cual, y en cumplimiento de preceptos legales, se ha solicitado que por su despacho se dicte la respectiva providencia por medio de la cual se sobresea en forma definitiva en favor de quienes fueron oídos en injurada con motivo del hecho de falsedad imputado con relación con la certificación expedida en papel sellado.

"Como en su instructiva el incriminado José Jaramillo Gaviria, vagamente y muy seguramente en un afán defensivo, pretendió señalar al abogado X. X. como posible autor intelectual de la falsedad que se dice se operó en el tantas veces citado documento del folio 60-bis del tercer cuaderno, ese Juzgado, en la providencia del folio 242 y con la cual revocó el primitivo auto de cierre de la investigación, ordenó y practicó directamente una cuidadosa diligencia de instructiva al doctor X. X.

"En cuanto a las imputaciones directas que en su contra hizo, muy vagamente, el sindicado José Jaramillo Gaviria, dijo el doctor X. X. ante su despacho en la instructiva que comentamos, que no intervino para nada en lo relacionado con la nueva certificación que expidiera el señor Castellanos como Tesorero Municipal de Pasca.

"Estudiado cuidadosamente, por segunda vez este proceso, no encuentra la Fiscalía, con relación a la falsedad que se dice fue cometida en la certificación expedida el 3 de abril de 1948, ningún cargo grave, ni siquiera un indicio que se pueda tener como tal en contra del doctor X. X...

"Consecuente con lo brevemente expuesto, el suscrito Agente del Ministerio Público, en esta nueva oportunidad, reitera ante el señor Juez del conocimiento, en que se dicte en favor del doctor X. X. el sobreseimiento definitivo de que trata el

artículo 437 del C. de P. P., por estar perfectamente demostrada la inocencia de todos los que por razón de los hechos últimamente ocurridos, fueron sometidos a declaración instructiva".

Cuarto.—Con respecto al denuncio de Ana Elvira Rodríguez consta que el Juez 1º Superior de Bogotá remitió el expediente el 6 de septiembre de 1951 a la Fiscalía de ese Juzgado para los efectos del Decreto 1231 del mismo año y que en septiembre de 1954 se hallaba el informativo en el Juzgado 6º de Instrucción Criminal para una comisión de la Fiscalía del Juzgado 1º Superior. Se carece de todo elemento que permita formar juicio sobre la gravedad, imputabilidad y responsabilidad de los hechos.

Quinto.—En lo atinente al denuncio que formuló el Padre Otálora por falsedad, aparece que habiendo sido devuelto el expediente por el Fiscal del Juzgado 3º Superior de Bogotá, el 13 de mayo de 1954 pasó al despacho, sin que se registre actuación posterior.

Solo se llega al conocimiento de los hechos mediante el relato que hace el acusado de sus descargos. Según él, X. X. denunció en un juicio sucesorio un bien singularizándolo por los linderos con que ya había sido determinado anteriormente; el Padre Otálora que había celebrado un contrato especial en que compraba los "remanentes sin alinderar", consideró que la denuncia de bienes hecha por X. X. lesionaba sus derechos y presentó el denuncio por falsedad. Agrega el sindicado que tan pronto como explicó sus actuaciones ante el Juez 6º de Instrucción Criminal, el Juez suspendió toda investigación.

Sexto.—En referencia al denuncio por estafa que presentó Joaquín Senén Rodríguez, solo consta que el sumario se radicó en el Juzgado 2º Penal de Bogotá y que el 1º de octubre de 1954 se remitió el expediente al Inspector 3º Municipal de Policía, en comisión.

Se desconocen los hechos sobre que versó el denuncio, lo mismo que el resultado de la investigación.

Séptimo.—En la denuncia por estafa formulada por Pedro A. Quiroga, no encontró el Juez del conocimiento que se hubiera configurado el delito y dictó sentencia absolutoria.

Las consideraciones que llevaron al sentenciador a pronunciar la absolución, no solo dejan establecido que no se configuró jurídicamente el delito de estafa, sino además, que el denunciante reconoció expresamente que había sido correcta la conducta del doctor X. X., mostrándose satisfecho con el arreglo profesional que pactó con el abogado. Este por su parte, deja explicados con claridad los motivos que lo llevaron a no presentar ningún trabajo escrito en defensa de Quiroga, pues, luego de ocuparse en un detenido estudio del expediente, encontró que el alegato que había presentado su antecesor era suficiente sin que hubiera nada que agregarle. Quiroga reconoce que ante tales circunstancias le exigió a X. X. que le devolviera $ 300.00 que le había dado como honorarios, y que como no lo obtuviera, presentó el denuncio. Después, dice, se arreglaron satisfactoriamente y obtuvo la devolución de los $ 300.00.

La sentencia de primera instancia termina así:

"Estas maquinaciones no resultan acreditadas en los autos, como tampoco resulta acreditado el provecho ilícito obtenido. En efecto, X. X. ofreció sus servicios profesionales o le fueron solicitados, pero no existe ardid o engaño. Talvez alguna deslealtad profesional con el abogado encargado de la defensa, pero no infracción de la ley penal...".

En la de segunda instancia se lee:

"De las diversas diligencias que se practicaron en la instrucción sumaria, no aparece demostración alguna del ilícito; todo lo contrario, el propio denunciante manifestó al funcionario instructor en memorial de fecha 9 de julio de 1952 que arregló el asunto satisfactoriamente con el denunciado y termina pidiendo que se suspenda la actuación.

"El señor Agente del Ministerio Público, por su parte, hizo manifestación de que, al leer detenidamente las diligencias que componen el informativo, no encontró configurada infracción alguna de carácter penal.

"A la misma conclusión llegó el señor Juez de primera instancia, y por eso pronunció sentencia absolutoria, después de un análisis formal de los elementos del proceso...".

"Como no obran en el proceso los elementos necesarios para establecer la plena prueba de la infracción y menos aún existe demostración de responsabilidad por parte del procesado, es procedente la absolución".

Octavo.—El denuncio presentado por José Rivera alcanzó estos resultados:

El denunciante, que se encontraba en la Cárcel Modelo sindicado por homicidio, imputó al doctor X. X. el haberlo inducido a retirar el poder que le otorgara antes a otro abogado, diciéndole que éste era civilista y que no entendía de derecho

penal, y haberle exigido $ 2.000.00 por la defensa explicándole que de ese dinero le daría $ 1.000.00 al Juez y $ 500.00 al Secretario para así obtener pronto su libertad. Afirma en el denuncio que la suma exigida le fue entregada a X. X. y que éste nada hizo por su defensa. Agrega que posteriormente con motivo de un viaje de su esposa a Bucaramanga, ésta le dio a guardar al abogado unas escrituras y un radio; que al regreso, le fueron reclamados tales objetos y X. X. con evasivas eludió la entrega; que llegó al extremo de hacerle a la esposa de Rivera propuestas indecorosas, halagándola con el informe de que Rivera se "podría" en la cárcel, que lo olvidara y se fuera a vivir con él, que le pondría un buen apartamento y la vestiría muy bien".

En la ratificación del denuncio manifiesta que no tiene comprobante de la entrega del dinero a X. X. porque quien se lo dio fue su padre sin que sepa dónde ni cuándo.

Concluído el proceso, el Juez 8º Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia absolutoria de primera instancia que fundamentó en las siguientes consideraciones: ninguno de los declarantes testificó sobre que al doctor X. X. le hubieran sido entregados los $ 2.000.00. Al contrario, todos afirman que nada les consta sobre la entrega. Solamente se halla establecido por propia confesión del procesado que Rivera le dio al rededor de $ 500.00 para atender al pago de sus honorarios y a los gastos que el juicio ocasionara.

Con respecto al cargo de las propuestas formuladas a la esposa de Rivera, dice:

"Todas estas afirmaciones de la esposa del denunciante carecen de respaldo probatorio, es decir, no se encuentran confirmadas por ninguno de los elementos de prueba que obran en el expediente. Antes bien, la cuestión referente al aparato de radio, las escrituras y otros papeles que dice le entregó al abogado denunciado, se halla desvirtuada expresamente por la misma señora Navas de Rivera, quien posteriormente puso en conocimiento del funcionario instructor que el doctor X. X. le devolvió tales objetos, categóricamente declara que dicho doctor "está libre con relación con lo que acaba de exponer".

"El denunciado por su parte acepta que recibió poder del denunciante Rivera para defender a éste como sindicado que era de la muerte de Vicente Ramírez: que recibió al rededor de $ 500.00 en total junto con dos letras en blanco aceptadas por el mismo Rivera, como pago de honorarios profesionales, y al mismo tiempo para atender a los gastos que la defensa habría de ocasionar, y niega rotundamente lo relativo a los dichos de que el dinero lo emplearía para pagar al Juez y al Secretario y demás funcionarios, como niega también el cargo referente a las propuestas que dice Ela Navas de Rivera le hizo de que se fuera a vivir con él.

"De conformidad con certificación expedida por el señor Fiscal del Juzgado 1º Superior de Bogotá (fls. 14 v. y 15), el abogado X. X. actuó como apoderado-defensor de José Leonidas Rivera, procesado como autor del homicidio de Vicente Ramírez, 'con constancia y asiduidad poco comunes; durante todo el tiempo que el proceso estuvo en este despacho, vigiló su marcha y ejecutó las funciones propias del mandato que se le confirió, desplegando gran actividad intelectual comoquiera que en ese proceso se debate un delicado aspecto de delincuencia en que figura como autor el procesado José Leonidas Rivera'.

"De las copias suministradas por el Juzgado 1º Superior de Bogotá (fls. 26 a 82), se destaca la actuación del abogado X. X. como apoderado de José L. Rivera, en calidad y volumen que confirma la certificación transcrita en el aparte que antecede, no solamente en cuanto a los memoriales y alegatos hechos y presentados por el mismo apoderado, sino también en cuanto a las diversas actuaciones o diligencias en que intervino como tal.

"Haciendo un balance entre lo que recibió el procesado por cuenta de su cliente y el valor que puedan tener las gestiones que profesionalmente realizó aquel como apoderado-defensor, es indudable que las cantidades de dinero recibidas no corresponden, y antes bien se quedan cortas, con la labor desarrollada como profesional, la cual mereció encomio por parte del señor Fiscal. Además, no hay constancia alguna de que el abogado X. X. hubiera abandonado la defensa de su cliente, y menos aún de que, por haberse negado a cumplir con su deber o haber incurrido en negligencia, hubiera tenido que verse requerido por el Juez".

El Tribunal al confirmar la sentencia anterior, expresó estos conceptos.

"Evidentemente, como lo dice el a-quo, no se allegó al proceso prueba de la materialidad del hecho delictuoso ni de la responsabilidad del acusado X. X.

"Si bien es cierto que se halla comprobado que por cuenta de José Leonidas Rivera se entregaron al abogado algunas sumas cuya cuantía exacta se desconoce pero se acerca a los $ 600.00, también lo es que consta plenamente que X. X. ejerció el poder que le confirió Rivera para su asistencia y representación dentro del proceso penal por ho-

micidio en Vicente Ramírez, y que desarrolló actividad profesional en defensa de aquel.

"En lo que toca con el radio y las escrituras públicas, ya se dijo en los resultandos que no se allegó comprobación bastante en cuanto a la materialidad; y, por otra parte, el dicho bajo juramento de Ela Navas de Rivera da cuenta de que tales elementos le fueron devueltos por X. X.".

Noveno.—Los hechos en que se fundó el denuncio presentado por José Gallego Meza fueron los siguientes:

Habiendo solicitado el denunciante los servicios profesionales del doctor X. X. para cobrar de Ana Julia Garzón la suma de $ 4.000.00, le otorgó poder. Días después el abogado le informó que había intentado la acción en el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá y que para obtener el inmediato embargo preventivo que había solicitado, necesitaba $ 600.00 para constituir la respectiva caución, suma que el denunciante le entregó en dos cheques contra el Banco de Colombia, uno por $ 200.00 y otro por $ 400.00. La acción no fue instaurada por X. X. ni depositado el dinero dado para la caución del embargo. El Banco certificó que habían sido pagados los cheques debidamente firmados y endosados por X. X. El Juzgado 4º Civil del Circuito informó no haberse iniciado allí por X. X. juicio contra Ana Julia Garzón ni haberse gestionado diligencias preventivas de embargo contra la misma.

Indagatoriado X. X. confesó haber recibido los cheques, agregando que le había atendido a Gallego Meza varios negocios sin que hubieran arreglado cuentas de honorarios; entre tales asuntos relaciona un contrato ficticio entre Gallego Meza y su padre para evitar un embargo. Aclara que los $ 600.00 se los entregó Gallego porque se iba a ausentar de Bogotá y por tanto le dejó ese dinero para atender a los gastos que se presentaran en los juicios que le gestionaba.

Ignacio Castro González y Luis Porras Rodríguez declaran haber presenciado la entrega de los cheques, de los cuales el segundo fue posdatado porque Gallego dijo no tener en el momento fondos suficientes y afirman que se los dio a X. X. a cuenta de honorarios en los negocios que éste le atendía y para cubrir los gastos que pudieran presentarse en ellos.

Otros testigos, José Avelino Copabana y Kurt Bruhl sostuvieron lo dicho por el demandante.

El Juzgado 5º Penal del Circuito al decidir en octubre de 1954 la apelación interpuesta contra el auto proferido por el Juez 1º Penal Municipal de Bogotá en que se enjuició al doctor X. X. por el delito de abuso de confianza, calificó el ilícito como estafa; revocó el auto apelado y declaró nula la actuación a partir del que declaró cerrada la investigación, ordenando imprimir al proceso la tramitación señalada en la ley 48 de 1938. En este estado se halla la causa.

Como se ve, faltan elementos de juicio para afirmar con exactitud y certeza no solo si los actos ejecutados por X. X. lo muestran responsable del resto porque se le acusó, sino si tales actuaciones lo hacen acreedor a las sanciones de que trata la ley 69.

Décimo.—En cuanto al denuncio por estafa presentado por María Alfonso Gacharná Palacios, solo consta que el sumario fue iniciado en el Juzgado 5º de Instrucción Criminal el 1º de agosto de 1953 y que en septiembre 30 del mismo año pasó al Juzgado 4º Penal del Circuito en donde se encuentra el expediente.

Tampoco es dable saber de qué hechos se trata y si hay bases para sancionarlo.

La sentencia del Tribunal

El estudio detenido de esta providencia muestra que se fundamentó en las siguientes bases:

a) El concepto emitido por el Visitador de la Procuraduría en oficio número 1149 de 10 de agosto de 1954 en el cual calificó el caso del doctor X. X. "como uno de los más graves", fundándose principalmente para tal apreciación en el número de los denuncios.

Este documento fue producido cuando apenas se iniciaba el proceso.

b) El concepto dado por el Fiscal 4º del Tribunal con fecha 28 de mayo de 1956. Tal pieza se limita a expresar lo siguiente:

"Basta leer las copias y constancias que obran en los autos sobre los antecedentes del denunciado doctor X. X. en relación con delitos contra la propiedad para apreciar las graves faltas cometidas por éste en ejercicio de la profesión de abogado. Entre dichas constancias aparece que el doctor X. X. fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá a la pena de diez años de presidio".

"El señor Visitador de la Procuraduría General de la Nación, doctor Acevedo Ortiz, considera el caso del doctor X. X. como uno de los más graves entre los abogados violadores de la ética profesional.

"El H. Tribunal, de acuerdo con el artículo 9º de la ley 69 de 1945 tiene facultad para imponer

sanciones hasta la cancelación de la matrícula por faltas graves cometidas por los abogados en ejercicio de su profesión.

"En presencia de estos documentos y pruebas, considera el suscrito Agente del Ministerio Público que el Tribunal tendrá razones poderosas para proceder a ordenar la cancelación de la matrícula de abogado del doctor X. X. y, en consecuencia, así lo solicita atentamente al H. Tribunal".

Como se ve, allí no se hizo ningún análisis de los cargos y en cuanto a la sentencia que cita como razón primordial y que condenó a X. X. a diez años de presidio, ya se anotó que no puede tomarse en cuenta para dictar la decisión, por ser anterior al grado del profesional acusado;

c) El informe rendido por el Secretario de la Sección Técnica Científica del Servicio de Inteligencia Colombiano, según el cual en la reseña de X. X. aparece que fue condenado a diez años de presidio. Se refiere a la misma sentencia aludida en el punto anterior;

d) El sumario que se le adelantó por denuncio de Jorge E. Salazar Silva. Al efecto relata los hechos y el desarrollo que tuvo el proceso hasta el momento en que emitió concepto el Fiscal del Juzgado 2º Superior de Bogotá con fecha 1º de febrero de 1954, en que pidió que X. X. fuera llamado a responder en juicio por el delito de falsedad en documentos.

En el análisis hecho por la Corte en capítulo anterior de esta providencia, se anotó cómo al adquirir esta entidad nuevos elementos de información, pudo conocer el segundo concepto que rindió el Fiscal del mismo Juzgado el 27 de febrero de 1956 en el cual, además de observar que había prescrito la acción por cuanto los certificados de paz y salvo tachados de falsos se expidieron con fecha 28 de abril de 1947, agrega que no llegó a evidenciarse la falsedad del certificado expedido por el Tesorero Municipal de Pasca.

Dice allí el Fiscal que estudiado cuidadosamente por segunda vez el proceso, no se encuentra con relación a la falsedad que se dice fue cometida, ningún cargo grave, ni siquiera un indicio en contra del doctor X. X. Consecuentemente pide que se dicte sobreseimiento definitivo a su favor;

e) Los denuncios formulados por el Presbítero doctor Alberto Otálora y por la señora Ana Elvira Rodríguez v. de Vásquez.

Hasta el momento de dictar el Tribunal su fallo, tales sumarios no habían sido calificados.

La Corte repite sobre este particular que ni siquiera es posible conocer los hechos que motivaron los denuncios, siendo por tanto inadmisible deducir consecuencia alguna desfavorable para el acusado;

f) El juicio adelantado por denuncio de José Gallego Meza. A este respecto el Tribunal anota que el Juzgado 1º Penal Municipal calificó el ilícito como abuso de confianza y llamó al sindicado a responder en juicio, pero que el Juzgado 5º Penal del Circuito, al conocer de la apelación de auto, se apartó de aquella calificación considerando que se trataba del delito de estafa y declaró nulo lo actuado.

Ya se vio cómo la Corte al estudiar el caso, solo halló un grupo de dos testigos que uniformemente sostuvieron que el valor de los cheques girados por Gallego a favor de X. X. fue dado a cuenta de honorarios por los distintos negocios que le atendía a aquel y para sufragar los gastos que en ellos pudieran presentarse porque Gallego se iba a ausentar de Bogotá; y otro grupo de igual número de declarantes que se enfrenta al anterior y que sostiene las afirmaciones del denunciante. Tanto unos como otros estuvieron presentes en el momento en que fueron girados los cheques y oyeron la conversación sostenida entre Gallego y X. X. Por eso no halla la Corte prueba suficiente para responsabilizar al acusado de los hechos y por tanto para aplicarle las sanciones que se demandan;

g) El denuncio que presentó José Leonidas Rivera por estafa. En este proceso, como ya se anotó, se dictó sentencia absolutoria para X. X. que fue confirmada por el Tribunal.

Más adelante se ocupará la Corte de los actos ejecutados en tal ocasión por el abogado que se acusa, indicativos de faltas contra la moral profesional;

h) El juicio adelantado por Pedro A. Quiroga por estafa.

Al hacer la Corte el estudio de las copias que se trajeron a los autos, llegó a las mismas conclusiones que dedujeron los juzgadores de 1ª y 2ª instancias, que profirieron sentencia absolutoria, fundados entre otros elementos, en el reconocimiento explícito que hizo el propio denunciante de la corrección con que procedió el doctor X. X. y en la confesión de los motivos que lo llevaron a formular el denuncio, en los cuales se advierte el propósito no de obtener la tutela de sus derechos y la justa sanción de un acto reprobable, sino la dañina intención de causarle perjuicio al denunciado porque no le devolvía un dinero que pretendía cobrarle;

i) Los denuncios de María Alfonso Gacharná Palacios y Joaquín Serón Rodríguez, sobre los

cuales ya se anotó que sólo se indica el hecho de haber sido presentados, pero sin que ni siquiera se expresen los actos que los motivaron, de suerte que son ineficaces para sustentar una providencia sancionatoria.

La ética profesional

En el balance de cargos y descargos hasta aquí analizados, encuentra la Sala documentos que señalan al doctor X. X. como autor de hechos que no pueden pasar inadvertidos ni indiferentes en la calificación de un honesto ejercicio profesional.

A diferencia de las legislaciones de otros países que, como la francesa, en su organización "Le Barreau", otorga a las órdenes o colegios de abogados la facultad de calificar y sancionar las faltas profesionales, la ley colombiana radicó en los jueces tal atribución, definió lo que ha de entenderse por falta grave (artículo 16, ley 69 de 1945) y señaló las sanciones imponibles (artículo 9º de la misma ley).

Habiéndose reservado a los jueces la facultad de aplicar la sanción, se procedió armónicamente con tal régimen de derecho al indicar ejemplarmente los hechos con su correspondiente jerarquía, capaces de constituir la falta sancionable como grave.

Es al legislador, no propiamente a los moralistas, a quien compete hacer la crítica legal de los actos humanos y mediante la ley reprimir los que contradicen la organización social.

Sancionar actos sin que la ley lo haya dicho al ciudadano previamente que constituyen infracción, es desoír el precepto que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional. Por eso, en el presente estudio, al indagar si el acusado se hizo acreedor a las sanciones de la ley 69, precisa calificar los actos que se le imputan, a la luz del artículo 16 de la citada ley.

Del acervo probatorio traído a los autos aparecen como ejecutados por el doctor X. X. algunos de los hechos que señala la ley como constitutivos de faltas graves, tales como haber intervenido en los contratos simulados a que alude en los casos de Rivera y Gallego. Pero no encuentra la Sala la razón para que se aplique en semejantes casos la máxima de las tres sanciones que establece el artículo 9º para las faltas graves. Al contrario, al conocimiento de los hechos se llega solo por la propia confesión de X. X. quien presenta causas explicativas de su intervención.

También encajan dentro de los "actos notoriamente atentatorios de la moral profesional" de que habla el artículo 16º de la ley 21 de 1931 el hecho demostrado de prometer a un defendido su pronta libertad con la sugerencia de que habría de obtenerse mediante sumas de dineros pagadas a a los jueces y subalternos que conocían del negocio.

Como lo anota el Tribunal, tales actos delictuosos no fueron consumados, ni la atrevida insinuación se alcanzó a utilizar como artificio con el cual se engañara al defendido, pues ni siquiera se comprobó que éste hubiera entregado la suma de dinero que se le exigió; pero el solo hecho de formular tales propuestas y plantear la posibilidad de semejantes procedimientos, que baldonan la administración de justicia, demuestran la ausencia de aquella sólida formación moral exigible al abogado que, por razón de sus funciones, lleva ordinariamente la delicada representación y la defensa de intereses ajenos.

Ahora bien: si tales antecedentes pudieran reclamar un riguroso criterio en la aplicación de las sanciones, obran para atenuarlo otras consideraciones que influyen forzosamente en el mantenimiento del equilibrio social, meta de la justicia humana.

En el ordenamiento que relaciona y enlaza los actos del hombre, la lógica inexorable que los rige, ha hecho pesar sobre el doctor X. X. tremendas consecuencias de sus procedimientos. Consta en el expediente que a raíz del pronunciamiento del Tribunal que ordenó cancelar la matrícula del abogado, uno de sus hijos, N. N., de veinte años, que cursaba ventajosamente estudios universitarios de cuarto año en la Facultad de Arquitectura, dotado con los más altos dones de la inteligencia y del espíritu, cortó el hilo de su vida agobiado por honda decepción.

Por otro aspecto, considera la Sala que la suspensión del derecho a ejercer la abogacía por término hasta de dos años, que también autoriza el artículo 9º de la ley 69 para las faltas graves cometidas en el desempeño de la profesión, alcanza en muchos casos efectos semejantes a los de la cancelación de la matrícula, porque el abogado

que tal pena afronta, aniquila todo prestigio profesional, consecuencia tanto más grave cuando, como en el presente caso, una avanzada edad cierra el campo para intentar restaurar el estrago moral del sentenciado.

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, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar DISPONE suspender al doctor X. X. por el término de dos (2) años contados desde la ejecutoria de esta providencia en el ejercicio de la profesión de abogado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y transcríbase a todos los Tribunales del país.

Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Pedro Arturo Sanabria, Conjuez. — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Alberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

EXTINCION DE LA ACCION PENAL. — LA IMPUTABILIDAD COMO LA CONDENA PENALES SON O TIENEN EL CARACTER DE PERSONALES. — COMPROBADA EN FORMA LEGAL LA DEFUNCION DEL PROCESADO CUANDO ESTA PENDIENTE LA DECISION DEL RECURSO DE CASACION, INTERPUESTO EXCLUSIVAMENTE EN RELACION CON LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, LA CORTE DEBE ABSTENERSE DE RESOLVERLO. — NO ASI CUANDO SE RECURRE EN CASACION POR PERJUICIOS, CASO EN EL CUAL SI ESTA OBLIGADA A AVOCAR SU ESTUDIO, PESE AL FALLECIMIENTO DEL PROCESADO

La Corte, ha considerado en presencia del art. 100 del C Penal, que su fundamento nacional estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que al morir 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.

Esto lleva a la lógica conclusión de que en el caso de que un procesado fallezca estando pendiente la decisión del recurso extraordinario de casación interpuesto exclusivamente en relación con la pena privativa de la libertad, que toca sólo con problemas referentes a la responsabilidad penal del delincuente, la Sala debe abstenerse de resolverlo al aparecer la comprobación plena de tal hecho, pues es obvio que al quedar extinguidos los efectos de la sentencia y todas las consecuencias penales de la condenación carece de objeto su confrontación con la ley.

Distinto es cuando se recurre en casación por perjuicios, ya que este recurso versa única y exclusivamente sobre la cuantía, monto o valor de la indemnización —según se ha sostenido en reiterada jurisprudencia—, caso en el cual sí está obligada la Corte a avocar su estudio, pese al fallecimiento del procesado, porque la que establuye la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción (artículo 25 inciso 1º del C de PP) cuando éstos o sus herederos han ejercido dentro del proceso penal la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios, constituyéndose parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del ministerio público y del funcionario de instrucción (artículos 24, 112 y 294 del mismo Código Procesal y 93 del ordenamiento penal).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El Tribunal Superior de San Gil, en sentencia de fecha cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a GRATINIANO PINTO ROJAS a la pena principal de doce años de presidio y accesorias correlativas, como responsable de los delitos de homicidio y hurto.

Contra esa sentencia recurrió en casación el defensor del procesado. Habiendo sido admitido y tramitado el recurso hasta ingresar el negocio a despacho para el fallo definitivo, se obtuvo el informe y la comprobación legal de la muerte del condenado, ocurrida el 9 de julio de 1956 en el Hospital de San Juan de Dios de Bucaramanga, como puede verse de folios 25 a 28 de este último cuaderno.

Pasado el negocio al señor Agente del Ministerio Público éste fué de opinión que la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre la situación jurídica creada por el fallecimiento del procesado y que ello corresponde al juez de primera instancia.

Se considera:

El artículo 100 de nuestro estatuto punitivo establece lo siguiente:

"La muerte del procesado extinguirá la acción penal.

"La muerte del condenado extinguirá los efectos de la sentencia, y todas las consecuencias penales de la condenación; pero no impedirá que se lleve a cabo el comiso, ni que se haga efectiva la indemnización de perjuicios sobre los bienes del causante".

La Corte ha considerado, en presencia de este precepto, que su fundamento racional estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que al morir 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.

Este lleva a la lógica conclusión de que en el caso de que un procesado fallezca estando pendiente la decisión del recurso extraordinario de casación interpuesto exclusivamente en relación con la pena privativa de la libertad, como es el que aquí se contempla, que toca sólo con problemas referentes a la responsabilidad penal del delincuente, la Sala debe abstenerse de resolverlo al aparecer la comprobación plena de tal hecho, pues es obvio que al quedar extinguidos los efectos de la sentencia y todas las consecuencias penales de la condenación carece de objeto su confrontación final con la Ley.

Distinto es cuando se recurre en casación por perjuicios, ya que este recurso versa única y exclusivamente sobre la cuantía, monto o valor de la indemnización —según se ha sostenido en reiterada jurisprudencia—, caso en el cual sí está obligada la Corte a avocar su estudio, pese al fallecimiento del procesado, porque lo que estatuye la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción (artículo 25, inciso 1º del C de PP) cuando éstos o sus herederos han ejercido dentro del proceso penal la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios, constituyéndose parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del ministerio público y del funcionario de instrucción (Arts. 24, 112 y 294 del mismo código procesal y 93 del ordenamiento penal).

De consiguiente, la Sala va a declararse inhibida de conocer del asunto y a ordenar su inmediata devolución por conducto del Tribunal al juzgado del conocimiento, para que proceda a dictar, con arreglo a la Ley, la medida que el caso demanda y que en manera alguna podría adoptarse por esta Superioridad sin pretermitir las instancias y violar, por ende, el artículo 42 del código de procedimiento penal.

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 recurso de casación interpuesto contra la referida sentencia del Tribunal Superior de San Gil y dispone la devolución, por su conducto, del negocio al Juzgado del conocimiento, para los fines a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández Peñaloza — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Armadeu Rey, Oficial Mayor.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD. — JURISDICCION Y COMPETENCIA

Los funcionarios públicos no solamente son responsables por infracciones de la Constitución y Leyes de la República, sino también, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas, lo que equivale a decir que los delitos de responsabilidad u oficiales sólo pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos por motivos inherentes al ejercicio del cargo que desempeñan. En estos delitos, a diferencia de los comunes, la ley consagra un fuero especial para el juzgamiento, no en consideración a la persona que lo ejerce sino en relación a la investidura que lleva por motivo del cargo que desempeña y es la suma de estas relaciones, delito y persona investida de funciones públicas, lo que, propiamente, configura el delito de responsabilidad.

La jurisdicción y competencia que otorga la Ley para conocer de los delitos de responsabilidad u oficiales la vincula directamente a la calidad de funcionario o empleado público, hecho que debe acreditarse plenamente en el proceso mediante el Decreto o Acuerdo de nombramiento, con el Acta de posesión y el ejercicio del cargo. Es obvio que en muchos casos el desempeño de la función hace presumir el acto de la posesión, pero el nombramiento, para efectos de fijar la competencia, debe previamente acreditarse. Mientras esto no ocurra, ni el Tribunal en primera instancia, ni la Corte en segunda, tienen jurisdicción y competencia para conocer del negocio y como esto no se ha hecho la providencia debe revocarse para que se alleguen estos requisitos indispensables para el juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente Dr Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, consulta la providencia de treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis por la cual se "declara que la acción penal no puede proseguirse por estar prescrita, y en consecuencia ordena la cesación de todo procedimiento contra el inculpado".

HECHOS

Al celebrarse la audiencia pública en la causa seguida contra Mario Quintero Carrillo como presunto responsable de la muerte de Eugenio Rincón, el Jurado por unanimidad contestó a la pregunta del cuestionario así: "Si es responsable, pero sin acuerdo de voluntades con Aníbal Mariño o Nariño para ejecutar el crimen". El Juez del conocimiento pidió a los miembros del Jurado "explicaran la aparente pero notoria contradicción y ante esta solicitud "uno de los jurados, previo acuerdo con sus compañeros, escribió de su puño y letra lo siguiente: 'Se aclara el veredicto en el sentido de expresar que el acusado sí es responsable de haber prestado el arma, pero sin que esté demostrado que hubo acuerdo de voluntades con Aníbal Mariño o Nariño para ejecutar el crimen'".

Esta aclaración dio lugar a que el Fiscal del Juzgado Rafael Díaz Herrera expresara que tanto el Juez Superior y defensor del procesado, sugirieron la forma de aclaración que redactó el jurado Pedro Bustos y con él suscribieron los demás, produciéndose así la segunda declaración del Jurado que, en mi concepto, modifica el veredicto". Posteriormente el Fiscal dirigió un memorial al Tribunal en el que expresa que si esa entidad considera que este hecho es constitutivo de delito, está "dispuesto a ratificar bajo la gravedad del juramento la afirmación anterior".

La corte al resolver sobre la denuncia presentada por el doctor Rafael Díaz Herrera contra el doctor Alfonso García Rangel, ex Juez Tercero Superior, en la parte resolutiva de esa providencia que "como aparece que el denuncio fué temerario se ordena investigar el presunto delito de

falsas imputaciones" y es éste el origen de la presente investigación.

Concepto del Ministerio Público

"Antes de entrar al estudio de la cuestión de fondo —dice la Procuraduría— materia de la consulta, preciso es señalar que en el proceso no aparece la prueba de las condiciones de Fiscal del Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga atribuida al sindicado".

"Tal condición debe acreditarse plenamente con el objeto de determinar el fuero que ampara a los Fiscales de los Juzgados Superiores para ser juzgados en primera instancia por el Tribunal (Art. 44 del C de PP en armonía con el Art 142 de la C N) y por la R Corte en segunda (Art 42 del C de PP) lo mismo que la naturaleza del delito mismo: oficial o de responsabilidad".

"La prueba de la condición de Fiscal atribuida al doctor Rafael Díaz Herrera, consiste en la copia del nombramiento expedido por la Procuraduría General de la Nación; copia de la diligencia de posesión ante el Alcalde de Bucaramanga y certificado del ejercicio del cargo para los meses de julio a septiembre de 1949, época posible del delito".

"Sólo mediante esta comprobación, será posible definir la situación jurídica en este proceso (Artículo 7º del CJ)".

SE CONSIDERA:

Los funcionarios públicos no solamente son responsables por infracciones de la Constitución y Leyes de la República, sino también, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas, lo que equivale a decir que los delitos de responsabilidad u oficiales sólo pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos por motivos inherentes al ejercicio del cargo que desempeñan. En estos delitos, a diferencia de los comunes, la ley consagra un fuero especial para el juzgamiento, no en consideración a la persona que lo ejerce sino en relación a la investidura que lleva por motivo del cargo que desempeña y es la suma de estas relaciones, delito y persona investida de funciones públicas, lo que, propiamente configura el delito de responsabilidad.

La jurisdicción y competencia que otorga la Ley para conocer de los delitos de responsabilidad u oficiales la vincula directamente a la calidad de funcionario o empleado público, hecho que debe acreditarse plenamente en el proceso mediante el Decreto o Acuerdo de nombramiento, con el Acta de posesión y el ejercicio del cargo. Es obvio que en muchos casos el desempeño de la función hace presumir el acto de la posesión pero el nombramiento, para efectos de fijar la competencia, debe previamente acreditarse. Mientras esto no ocurra, ni el Tribunal en primera instancia, ni la Corte en segunda, tiene jurisdicción y competencia para conocer del negocio y como éste no se ha hecho la providencia debe revocarse para que se alleguen estos requisitos indispensables para el juzgamiento.

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 REVOCA la providencia consultada para que se cumpla con lo dispuesto en 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.

QUIEBRA. — COMO SE ACREDITAN ALGUNAS OBLIGACIONES. — POSICIONES Y DECLARACIONES. — EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE ESTAS Y AQUELLAS. DIFERENCIA

Si durante el curso del juicio alguna de las partes o litigantes pretende acreditar hechos materia de la controversia, el trámite procedimental para conseguir esa finalidad no es el de pedir declaración a las partes, sino el de absolución de posiciones, sistema autorizado por la ley (artículo 610 del CJ), porque las posiciones son una confesión, de ser ciertos los hechos que le perjudican; y por esto es por lo que "se dice que una parte confiesa cuando da testimonio de sí, de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. De estos principios se infiere que la confesión debe provenir de una parte a quien su dicho perjudique". En cambio la declaración —por regla general es el testimonio que sirve para comprobar hechos relativos a terceros o sea a personas distintas de quien declara; personalmente no le afectan por no ser una confesión, pero sirven de base para demostrar la verdad de los hechos que vio y observó.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente Dr. Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en providencia de veintiuno de enero de mil novecientos cincuenta y siete, en su parte resolutiva dispuso:

"Sobresee definitivamente en favor del procesado doctor JAIME ANGULO BOSSA, de los cargos que le fueron formulados por el denunciante doctor Clodomiro Herrera Meñaca".

"b) Por la Secretaría sáquese copia de lo conducente, para que por el funcionario de la competencia, se inicien las diligencias indispensables para averiguar la responsabilidad en que pudo haber incurrido el Secretario y los demás empleados subalternos del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, en la época en que se consumaron las irregularidades que se han anotado en el juicio de quiebra de Colombian Sugar Company, S. A."

Antecedentes

El doctor Herrera Meñaca, dentro del juicio de quiebra solicitó se reconociera como acreedor a Orlando Vélez González, expresando que "antes de todo procedimiento.... se sirva llamar a su despacho al señor Eduardo Lemaitre Román para que declare sobre determinados puntos".

El Juzgado, en auto de vintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y tres reconoció como parte a Orlando Vélez González, pero el apoderado de "Colombian Sugar Company S. A —en liquidación— interpuso recurso de reposición el cual fué resuelto favorablemente revocando la providencia anterior y no accediendo a citar a los liquidadores para que declaren, porque teniendo el carácter de partes en el juicio y no siendo terceros, deben absolver posiciones.

Posteriormente, el apoderado de Orlando Vélez González pidió se tuviera como parte a su representado. El Juzgado, previo examen de los documentos exhibidos afirmó que la obligación no tenía el carácter de exigible, por lo cual en auto de seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, no accedió a reconocer como parte a Orlando Vélez González. Contra esta determinación y en escritos separados los doctores Herrera Meñaca y Jiménez pidieron reposición; y el Juzgado ordenó tramitar legalmente los recursos, pero ocurre que la providencia recaída a la petición del doctor Jiménez "no aparece notificada a ninguna de las partes" (Diligencia de inspección ocular).

"Esta providencia reclamada —dice el demandante— no ha sido aún resuelta. Estorbó así a un acreedor legítimo; legitimidad tanta, que el mismo quebrado lo relaciona como acreedor en sus defensas, no ya por la suma fijada en la solicitud y comprobante acompañado, sino por otra,

pero de todos modos debía ser admitido como parte, con cuya providencia, no le daba el carácter de acreedor por determinada cantidad".

En providencia de tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, el Juzgado después de hacer algunas consideraciones sobre el juicio de quiebra, condena en costas, pago de acreedores y forma de efectuarlo, en el considerando 6 de las conclusiones, dice: "Todos los acreedores restantes han pedido, basados en que coadyuvan al pago de la deuda del señor Vélez Torres, el levantamiento de la quiebra". "En consecuencia, ...decrétase la restitución de 'Colombian Sugar Company S A. a su estado de comerciante".

El Tribunal, al revisar la providencia anterior, —auto de julio 13 de 1954— dice:

"Restitúyese a su estado de comerciante a la Sociedad Colombian Sugar Company S. A. —en liquidación— y declara concluido el proceso civil de la quiebra".

Sin embargo, aun cuando no hubo sentencia que fenecierá el juicio de quiebra por haber sido la compañía restituída a su estado de comerciante por pago a los acreedores, el denunciante afirma que en el auto en que se ordena la restitución, "el Juzgado no hizo la calificación de partes" y "dio el carácter de acreedores a unos con detrimento de otros a quienes excluyó totalmente, que instituyó una forma de pago distinta a la reglamentada en el propio juicio" y que "con ello quebrantó la ley y obró en perjuicio de los demás acreedores".

El veintidós de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, Roberto Cavelier por medio de apoderado, pide se le tenga como parte en el juicio de liquidación de la Empresa Colombian Sugar Company S. A, Solicita que previamente, se cite a los liquidadores de la empresa en quiebra para que reconozcan las firmas de los créditos presentados, con el objeto de darle a su título el carácter de ejecutivo; así se resolvió; "la providencia fué notificada legalmente pero los liquidadores nunca se presentaron" por lo tanto el señor Roberto Cavelier no fué aceptado como acreedor" (Concepto pericial). Sin embargo el denunciante expresa que: "el juzgado dejó de considerar la solicitud del señor Roberto Cavelier, la cual está aún en el estado de su presentación".

Leopoldo Saravia dentro del juicio de quiebra fué reconocido como parte —auto agosto 18 de 1953—. La solicitud tuvo como fundamento un cheque girado dos días después de hecha la declaración de quiebra de Colombian Sugar Company S A El apoderado de los giradores pidió reposición de la providencia por no contener el cheque la nota de protesto y por haber solicitado el apoderado de Saravia que se citara al Gerente del Banco de Bogotá para que explicara las razones por las cuales no fué pagado el cheque. El Juzgado revocó la providencia, negó a Saravia el carácter de parte y ordenó citar al Gerente del Banco para que expresara los motivos para no pagar el cheque. Posteriormente el apoderado del demandante solicitó el desglose del cheque y el doce de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro formuló nueva petición presentando el cheque con la nota de protesto —escritura 2079 de 10 de diciembre de 1953—. El Juzgado declaró "nulo el contrato de cambio que había originado el cheque, por haberse girado después de la declaratoria de quiebra, ya que así lo dispone el Decreto Ley 750 de 1940; y contra esta providencia los interesados interpusieron recurso de apelación y tanto Saravia como su apodrado —ante el Tribunal— desistieron de la acción y esta Entidad aceptó el desistimiento por auto de 3 de julio de 1953 (Inspección ocular folios 58 vto). Sin embargo, el denunciante expresa que el Juzgado desconoció un cheque girado por los liquidadores de Colombian Sugar Company SA. a favor de Leopoldo Saravia, por impugnación del mismo quebrado, solo en cuando a que no estaba protestado".

INVESTIGACION

Al sumario se allegaron estos elementos probatorios:

a) Copia del Acuerdo de nombramiento y Acta de posesión, documentos con los cuales se acredita el carácter de funcionario público que el sindicado tenía como Juez Tercero del Circuito de Cartagena.

b) Copias de las diversas diligencias y actuaciones seguidas en el juicio que por quiebra se adelantó contra la Colombian Sugar Company S. A. con las cuales se demuestra la actuación del Juez acusado.

c) Conceptos periciales practicados en el mismo juicio para comprobar los hechos a que hace referencia el memorial denuncia.

d) Dentro de la investigación se recibió indagatoria al doctor Jaime Angulo Bóssa.

Se considera:

Es cierto que dentro del juicio de quiebra contra la Empresa "Colombian Sugar Company" el doctor Angulo Bossa reconoció como parte al

señor Orlando Vélez, pero también es evidente que esa providencia fué revocada porque el apoderado de Vélez, previamente, pidió se citara por el Juzgado a Eduardo Lemaitre Román, para que declare sobre ciertos puntos. Por este motivo se revocó el auto que reconocía como parte a Orlando Vélez y se negó la citación de las personas mencionadas porque —en concepto del Juzgado— el punto objeto de la declaración no podía cumplirse por este sistema sino por el de citación a los liquidadores para que absolvieran posiciones.

Esta providencia fué reclamada por las partes y el Juzgado ordenó tramitarla legalmente, pero, en la Secretaría del Juzgado no se cumplió la notificación. Entonces era natural que el Juzgado no pudiera resolver el incidente mientras el auto no estuviera notificado legalmente, y este hecho, si fuera generador de algún posible delito, no le sería imputable al Juez acusado sino al Secretario por haber omitido el cumplimiento de sus deberes. Por esto es por lo que los peritos dicen "no aparece notificada ninguna de las partes" y la notificación no es deber que incumbe cumplir al Juez sino al personal subalterno del Juzgado.

Si durante el curso del juicio alguna de las partes o litigantes pretende acreditar hechos materia de la controversia, el trámite procedimental para conseguir esa finalidad no es el de pedir declaración a las partes, sino el de absolución de posiciones, sistema autorizado por la Ley (artículo 610 del CJ) porque las posiciones son una confesión, de ser ciertos los hechos que le perjudican; y por esto es por lo que "se dice que una parte confiesa cuando da testimonio de sí, de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. De estos principios se infiere que la confesión debe provenir de una parte a quien su dicho perjudique". En cambio la declaración —por regla general— es el testimonio que sirve para comprobar hechos relativos a terceros o sea a personas distintas de quien declara; personalmente no le afectan por no ser una confesión, pero sirven de base para demostrar la verdad de los hechos que vio y observó.

De manera que la negación por parte del Juez para que comparecieran los liquidadores a declarar, no es constitutiva de delito.

El Juzgado no hizo "calificación de partes" (graduación de créditos aclara la Corte); no dió el carácter de acreedores a unos con detrimento de otros, ni introdujo una institución de pagos distinta a la contemplada en el juicio de quiebra, como lo afirma el denunciante, por la obvia razón de que no hubo sentencia en el juicio de quiebra. Hubo sí, restitución de la empresa quebrada a su carácter de comerciante, porque se había puesto al corriente de sus obligaciones mercantiles y, porque así lo pidieron los acreedores —reconocidos dentro del juicio— al Juez del conocimiento. Por esto es por lo que el Tribunal al confirmar la providencia del inferior, expresó: "restitúyese a su estado de comerciante a la sociedad Colombian Sugar Company SA en liquidación y declara concluído el proceso civil de la quiebra". Si esto es así, los hechos denunciados como delitos no tienen razón de ser.

En cuanto al cargo atinente a la tramitación del crédito de Roberto Cavelier, el Juzgado cumplió con lo pedido; es decir, citando a los liquidadores para el reconocimiento de los documentos presentados. "La providencia fué notificada legalmente pero los liquidadores nunca se presentaron". La ley fué cumplida por parte del doctor Angulo Bossa, y si sobre este particular existe alguna irregularidad ella se debe a los empleados de la Secretaría y no al Juez del conocimiento, lo que equivale a decir que el cargo no tiene ningún fundamento legal.

La tramitación seguida en el crédito de Leopoldo Saravia quedó relatada en la parte de los antecedentes de esta providencia. Lo que allí ocurrió fué que el Juzgado, de acuerdo con disposiciones legales, declaró nulo el contrato origen del cheque, por haber sido girado días después de la declaratoria de quiebra; y de acuerdo con el Decreto 750 de 1940 son anulables todo acto de disposición y administración que ejecute el quebrado sobre cualquiera especie y porción de sus bienes, después de la declaración de quiebra (artículo 36); y si bien es verdad que contra esta determinación los interesados interpusieron recurso de apelación, también es cierto que ante el Tribunal Saravia y su apoderado desistieron de la acción y así se declaró por auto de tres de julio de mil novecientos cincuenta y tres, de donde se deduce que el cargo imputado sobre desconocimiento del cheque girado por la entidad quebrada, no tuvo otras consecuencias sino aquellas que determina la ley, y el cumplimiento de las normas legales no entraña la comisión de un delito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nom-

bre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de veintiuno de enero de mil novecientos cincuenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Jaime Angulo Bossa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — **Santiago Cadena Copete** — **Jesús Estrada Monsalve** — **Luis Sandoval Valcárcel** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Eliseo Téllez Camacho** — **José Amadeo Rey**, Oficial Mayor.

D

INJURIA. — EL EXAMEN DE LAS ACTUACIONES DE LOS LITIGANTES POR PARTE DEL JUEX, NO CONSTITUYE DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

En las afirmaciones del Juzgado expresadas en auto de diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, no existe ningún ataque al honor, reputación o dignidad del denunciante, ni se dan a conocer sus faltas o vicios puramente privados o domésticos, ni se rememoran o divulgan hechos delictuosos ejecutados por alguna de las personas a que hace referencia el art. 337 del Código Penal, pues la crítica del funcionario a las actuaciones de los litigantes o de las partes que intervienen en un juicio, escapan al control de la jurisdicción penal, máxime cuando esos actos no están animados de la intención, propósito y voluntad de cometer con ellos un acto injurioso que menoscabe el honor, reputación y dignidad de la persona.

Si la actuación del denunciante al asumir la personería del demandado y la representación de la esposa de éste como opositora en la diligencia de lanzamiento fué un tanto equívoca, y si por esta razón el Juez la criticó no con el pretexto de deducir la existencia de un delito sino con el de poner en claro una actuación "por algo que no consideró reñido a las exigencias del principio de exclusividad en la defensa de los intereses de las partes", ese procedimiento no significa que la crítica justa, severa, ceñida a derecho sea constitutiva de un delito contra la integridad moral, porque de ser así, ello equivaldría a suponer que el legislador quiso sancionar como infracción penal el simple concepto u opinión del funcionario expresado en sus providencias. No las opiniones, conceptos o censuras vertidas por los funcionarios de la rama jurisdiccional en los autos o sentencias, no son fuentes de delito mientras no tengan la capacidad o virtud suficiente para herir la honra, reputación o dignidad de las personas que intervienen en el juicio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente doctor Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

En providencia de veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, sobresee definitivamente en favor del doctor LISANDRO MARTINEZ ZUNIGA, por los cargos materiales de la presente investigación.

Antecedentes

Ante el Juzgado Civil del Municipio de Tuluá, Pedro J. Osorio en representación de Benilda Cruz v de Lozano, promovió demanda de lanzamiento contra Ernesto Ochoa. En este juicio, el denunciante Bonilla fué apoderado del demandado. Al practicarse la diligencia de lanzamiento y al verificarse la entrega del inmueble, Angelina Bustamante de Ochoa —esposa del demandado— se opuso a la entrega, alegando derechos de comunera sobre el bien objeto del lanzamiento. En esta diligencia, José María Bonilla apoderado del demandado, sirvió el cargo de vocero de la opositora.

El Juzgado Municipal —auto de 12 de febrero de 1952— declaró fundada la oposición, providencia que al ser revisada por recurso de apelación, fué revocada. Pedro J Osorio apoderado de la demandante, ante el Juzgado hizo la sugerencia de que el doctor Bonilla "estaba desempeñando dos mandatos opuestos; el del señor Ochoa y el de la señora Bustamante de Ochoa". El Juzgado al considerar el punto expuesto por uno de los litigantes y de manera concreta la solicitud del apoderado del demandante, expresa:

"Violación de la ley penal. El señor José María Bonilla aparece como representante del demandado señor Ernesto Ochoa. Posteriormente en la diligencia apareció también como vocero de la opositora señora Angelina Bustamante de Ochoa,

quien después le dio poder para representarla en juicio. De tal circunstancia dedujo en el acto de la diligencia el señor Osorio que Bonilla está representado dos mandatos perfectamente opuestos Como tal hecho de representar dos mandatos opuestos constituye un grave ilícito sancionado por el artículo 196 del código penal, así lo puso en conocimiento del inferior. Para el Juez 1o Municipal no existen en este caso intereses encontrados y consecuencialmente no ordenó la apertura de la investigación penal".

Y más adelante expresa:

"Puede la actuación del doctor Bonilla encajar dentro de la violación de normas de delicadeza profesional o de los postulados de la antología jurídica pero no alcanza a encajar en el delito tipificado en el Art. 196 del Código Penal En todo caso en sentir del Juzgado tal actitud asumida por el abogado Bonilla no es recomendable desde ningún punto de vista, ya que de admitir tal práctica sería quitarle a la profesión de abogado su carácter de defensa exclusiva de los intereses de una sola de las partes en un asunto contencioso, prodigando generosamente y sin tino los servicios, so pena de exponerse a que en algún momento los diversos intereses lleguen a encontrarse". ....

Estima el denunciante que el Juzgado al emitir los conceptos anteriores cometió un delito de injuria y por este motivo denunció al Juez doctor Lisandro Martínez Zúñiga, para que se averigüe la responsabilidad en que hubiere incurrido.

También expresa el denunciante que al solicitar unas copias, el Juez ordenó adicionarlas con otras diligencias que ni él ni el opositor pidieron. Afirma que el funcionario carecía de facultad legal para hacer esa ampliación o adición de copias, y esta actitud —en sentir del denunciante— constituye un abuso de autoridad por ser constitutivo de un acto arbitrario e injusto.

Investigación

Mediante el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente Acta de posesión, se acredita la calidad de funcionario público que como Juez Civil del Circuito de Tuluá —en ese entonces— tenía el doctor Lisandro Martínez Zúñiga.

En la investigación reposa copia de la actuación cumplida en el juicio de lanzamiento y que sirve de base para la demostración de los hechos imputados por el denunciante señor Bonilla.

Declaraciones de los señores Marco A. Bojas García, Ramón E. Potes Posse y Humberto Quintero Millán, con las cuales se demuestra que las copias que se dice fueron adicionadas sin petición, fueron solicitadas por uno de los litigantes.

En el curso de la investigación se recibió declaración indagatoria al doctor Martínez Zúñiga.

Se considera:

En las afirmaciones del Juzgado expresadas en auto de diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, no existe ningún ataque al honor, reputación o dignidad del denunciante, ni se dan a conocer sus faltas o vicios puramente privados o domésticos, ni se rememoran o divulgan hechos delictuosos ejecutados por alguna de las personas a que hace referencia el artículo 337 del Código Penal, pues la crítica del funcionario a las actuaciones de los litigantes o de las partes que intervienen en un juicio, escapan al control de la jurisdicción penal, máxime cuando esos actos no están animados de la intención, propósito y voluntad de cometer con ellos un acto injurioso que menoscabe el honor, reputación y dignidad de la persona.

Si la actuación del denunciante al asumir la personería del demandado y la representación de la esposa de éste como opositora en la diligencia de lanzamiento fué un tanto equívoca, y si por esta razón el Juez la criticó no con el pretexto de deducir la existencia de un delito sino con el de poner en claro una actuación "por algo que no consideró reñido a las exigencias del principio de exclusividad en la defensa de los intereses de las partes", ese procedimiento no significa que la crítica justa, severa, ceñida a derecho sea constitutiva de un delito contra la integridad moral, porque de ser así, ello equivaldría a suponer que el legislador quiso sancionar como infracción penal el simple concepto u opinión del funcionario expresado en sus providencias. No. Las opiniones, conceptos o censuras vertidas por los funcionarios de la rama jurisdiccional en los autos o sentencias, no son fuentes de delito mientras no tengan la capacidad o virtud suficiente para herir la honra, reputación o dignidad de las personas que intervienen en el juicio.

"Si se admitiera esa clase de responsabilidades —dice la Procuraduría— el fallador o falladores de instancia a quienes el superior, inclusive la H. Corte por razón de casación, revocare la sentencia o sentencias en que una de las partes hubiese sido calificada, vr. gr. como poseedora de mala fe, detentadora de dominio, temeraria en sus acciones o excepciones, contumaz, o algo por el estilo" quedaría "como un delincuente, indudable-

nente. Y en esta forma nadie querría administrar justicia".

En cuanto al abuso de autoridad consistente en la adición o ampliación de unas copias no solicitadas por el denunciante y ordenadas verbalmente por el Juez, basta observar que el mismo denunciante en memorial de veintitrés de mayo, expresó:

"...pido a usted ordene que también se me le copia de la respectiva demanda y de los poderes que yo haya desempeñado en ese juicio".

Por esto es por lo que el funcionario acusado dice:

"...El oficial mayor encargado de compulsar las anheladas copias, olvidó dar copia de los poderes, y al darnos cuenta en el Juzgado de tal omisión, yo como Jefe de la Oficina, le recordé que el señor Bonilla también pedía copia de los poderes que hubiera desempeñado en el juicio y la Secretaría expidió tales copias. Puede verse en el expediente y se encontrará que efectivamente el señor Bonilla pidió copia de los poderes y que el Juzgado no hizo más que acatar su solicitud expidiéndose por la Secretaría las citadas copias. Como es sabido que los poderes no solo pueden ser escritos sino verbales para las diligencias, también se dió copia del poder verbal al señor Bonilla conferido en la diligencia de lanzamiento tantas veces citada por la señora Angelina Buslamante de Ochoa".

La simple transcripción de la declaración del doctor Martínez Zúñiga, demuestra que el cargo es infundado. Si el denunciante solicitó se le expidieran copias de la demanda y de los poderes a él conferidos, el auto o providencia que tal cosa dispone no constituye abuso de autoridad sino el cumplimiento de los deberes a los cuales estaba obligado el funcionario por ministerio de la ley; es decir, no existió ningún acto violatorio de la la ley 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, de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia de veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Lisandro Martínez Zúñiga, por los hechos materia de la presente investigación.

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 AMISTAD COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO Y RECUSACION

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal Bogotá, veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Han venido a la Corte las presentes diligencias a fin de que se califique el impedimento manifestado por el doctor Jorge Eduardo Giraldo Vanegas cuando el negocio subió del Juzgado Segundo Superior de Manizáles al Tribunal del mismo Distrito Judicial, en virtud de las apelaciones que el apoderado de la parte civil interpuso contra las providencias en que se sobreseyó definitivamente a favor de Roberto Paedes Rubio y otros, sindicados de peculado en intereses de la Federación Nacional de Cafeteros, y se denegó el mantenimiento de las medidas dictadas en orden a la indemnización de los perjuicios causados con la infracción.

Para separarse del conocimiento adujo el Magistrado los lazos de amistad "más que fraternal o íntima" que lo vinculan desde hace más de ocho años al señor Paeres Rubio, de quien fue compañero de todas las horas en Santa Rosa de Cabal cuando aquél desempeñaba un alto cargo en la Federación de Cafeteros y el doctor Giraldo Vanegas ejercía las funciones de Juez de Circuito por el año de 1949, y cuando la triple circunstancia de ser ambos forasteros en esa localidad, carecer de hogar allí y pertenecer al mismo Departamento, contribuyó poderosamente a estrechar aquellas relaciones tanto en el campo familiar como en el de las actividades ordinarias. Relata el Magistrado cómo él y el señor Paeres Rubio fueron fundadores, primero en la referida ciudad y posteriormente en Manizales de dos Clubes de Tejo, deporte que han practicado asiduamente y ha sido factor de esa amistad que cada vez "siguió cultivándose y haciéndose más firme"; y agrega: "...hasta hace poco estuvimos departiendo en la más estrecha camaradería como lo podrían atestiguar algunos de mis ilustres compañeros de este Tribunal a quienes tuve oportunidad de relacionar con el citado señor Paeres Rubio y quienes fueron y son testigos de la forma deferente, cordial, amplia y franca como Roberto y yo nos tratábamos, objetivando así un aprecio y estimación mutuos que no son patrimonio de una amistad cualquiera. De otro lado, como la generosidad, ha sido la virtud predilecta del amigo Paéres Rubio, y conmigo y con mi familia, la ha ejercitado pródigamente, esto ha dado lugar a un muy natural y noble motivo de gratitud que no solamente ha de tener vigencia en las horas de prosperidad sino que se acentúa en las adversas. En éstas, que han sido muchas para Roberto Paéres, ya ha sido bastante para el suscrito Magistrado el impacto moral recibido en razón del necesario alejamiento que del amigo me ha impuesto mi calidad de funcionario con el más claro concepto de la augusta y sagrada misión de administrar justicia".

Estimó, por su parte, el Tribunal que tales razones no constituyen fundamento suficiente para afirmar que entre el doctor Giraldo Vanegas y el sindicado Paéres Rubio exista la "amistad íntima" a que se refiere la causal 5ª de recusación consagrada en el artículo 73 del Estatuto Procesal.

Se considera:

La decisión del Tribunal se fundó en algunas transcripciones de la jurisprudencia de la Corte relacionadas con el carácter íntimo de la amistad como causal de recusación o impedimento; con las dificultades para determinarlo en cada caso sub judice por la falta de una norma general aplicable en tratándose de un afecto predominantemente subjetivo, no siempre exteriorizado en actos susceptibles de plena comprobación y con la consiguiente posibilidad de darlo por establecido muchas veces con base en las explicaciones que el mismo funcionario que se dice impedido suministra sobre los elementos o factores que lo hacen manifiesto o presumible.

En el presente caso, el Magistrado doctor Giraldo Vanegas ha relatado las diversas circunstancias que lo han ligado con lazos de amistad desde hace varios años, a la persona del señor Paeres Rubio, uno de los sindicados en este negocio; pero se hace innecesario entrar a examinar-

as para afirmar o negar la intimidad de aquélla, porque son suficientes para el primer efecto, a juicio de la Corte, las declaraciones rendidas, en forma de certificación jurada, por los doctores Adolfo Vélez Echeverri y Hernando Gómez Mejía.

Dice el primero que le consta "de manera personal y directa la existencia de una estrecha amistad" entre el doctor Giraldo Vanegas y el señor Paeres Rubio, que nació desde que ambos dirigieron en Santa Rosa de Cabal centros sociales en común y orientaron allí "otras manifestaciones de la vida en sociedad", y que se acrecentó después cuando, trasladado a Manizales Paeres Rubio, como empleado de la Federación Nacional de Cafeteros, "el Dr. Giraldo V fue el encargado de proporcionarle las facilidades del paso a él y a su familia para su establecimiento en esta ciudad y a través del doctor Giraldo, el señor Paeres creó los vínculos sociales y de amistad de que hoy goza en Manizales". Agrega el testigo que igualmente le consta "la forma en que mutuamente se prestaban servicios de todo orden y hacían vida social común y en forma más o menos intensa" y que "estas relaciones de amistad subsisten aún".

A su vez, el doctor Gómez Mejía habla de los "estrechos vínculos de amistad" entre el funcionario y el sindicado; y después de referirse a las distintas ocasiones que ha tenido, desde mediados de mil novecientos cincuenta y tres para evidenciarlos, expresa que con motivo de la detención de Paeres Rubio como presunto responsable del peculado que se investiga, "una persona de toda consideración" se acercó al testigo para manifestarle "cierta extrañeza por el hecho de que el doctor Jorge Eduardo Giraldo fuera a conocer de la investigación de tal delito, teniendo en cuenta la íntima amistad que existía entre él y el sindicado".

Las anteriores declaraciones le ofrecen a la Sala especial credibilidad, por proceder de dos ciudadanos que conocían, al rendirlas en su condición de Magistrados, el objeto que se trataba de demostrar, o sea la existencia de la amistad íntima entre el doctor Giraldo Vanegas y el sindicado Paeres Rubio. Ellas le dan, por lo demás, pleno respaldo a la sincera insistencia del funcionario para que se le separe del conocimiento de este negocio, con lo cual no sólo quedará preservado su ánimo de un factor de perturbación que la Ley misma ha reconocido como contrario a los intereses de la justicia, sino disipadas las sospechas de parcialidad que su intervención pudiera acarrearle, con mengua de la propia reputación y de la respetuosa confianza con que la misión de los jueces debe, en todo momento, rodearse por parte de la sociedad en que actúan.

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 Magistrado doctor Jorge Eduardo Giraldo Vanegas está impedido para conocer del proceso contra Roberto Paeres Rubio y otros por peculado.

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 ERRONEA ESTIMACION DE LA PERSONALIDAD O EL DESCONOCIMIENTO DE ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O DE MENOR PELIGROSIDAD, ACREDITADA EN EL PROCESO, O LA ACEPTACION DE OTRA SIN RESPALDO EN EL, NO SE PUEDEN ALEGAREN CASACION DENTRO DE LA SEGUNDA CAUSAL DEL ARTICULO 567 DEL C. P. P., SINO DENTRO DE LA QUE LE PRECEDE. — EL RECONOCIMIENTO DE LA BUENA CONDUCTA ANTERIOR DE UN PROCESADO PUEDE COEXISTIR CON EL DE PERSONALIDAD PELIGROSA. — ASPECTOS DE LA 4ª CIRCUNSTANCIA CONTENIDA EN EL ARTICULO 37 DEL C. P. LA 9ª DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD, A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 38 DEL C. P. IMPLICA LA EXISTENCIA DE DOS ELEMENTOS: PRESENTACION ANTE LA AUTORIDAD Y CONFESION

1—La personalidad del procesado y las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad influyen en la determinación de la pena, y su apreciación compete al Juez de derecho, pero la errónea estimación de la personalidad o el desconocimiento de alguna de aquellas circunstancias, acreditada en el proceso, o la aceptación de otra sin respaldo en él, según ha venido sosteniendo la Corte expresamente respecto de dichas circunstancias, no se pueden alegar en casación dentro de la segunda causal del artículo 567 del C. P. P., sino dentro de la que le precede, porque aún apreciadas en cuanto hechos y básicas para que el Juez gradúe la pena, el ejercicio indebido de esta facultad por parte de aquel configura más claramente una violación de la ley penal, en el sentido propio de la causal primera, que una interpretación o apreciación errónea de los hechos, materia de la segunda.

2.—No existe antinomia entre el reconocimiento de una personalidad peligrosa, "de instintos morbosos y violentos", y el reconocimiento de la buena conducta anterior. La última puede encubrir una personalidad peligrosa: mediante frenos inhibitorios se puede mantener buena conducta general, pero sobrevenida la ruptura de aquellos se revela verdaderamente la personalidad, hasta entonces latente, y quedan al descubierto todos sus factores —sicológicos, morales, etc.—. La buena conducta concretada a determinadas fases y aspectos de la vida —caballerosidad, amor al trabajo, cumplimiento de deberes de hijo, etc.—, no son el total de la personalidad ni implican la negación de otros, por ejemplo, el de ser sujeto de violentas reacciones la misma persona en quien concurren las otras calidades. La buena conducta a que se refiere el artículo 38 del C. P., no cabe compararse con la personalidad íntegra del procesado de que trata el artículo 36 del mismo Código, que se encarga de establecer nítidamente la diferencia entre las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad y las calidades que componen la personalidad del agente, para referirse a ésta no como un compuesto exclusivo de aquellas sino como a algo distinto.

3.—La 4ª circunstancia contenida en el artículo 37 del C. P. tiene dos aspectos diversos: el de los deberes surgidos de relaciones sociales y el de los emanados del parentesco, ambos con fundamento en la estrecha vinculación de personas, por sentimientos afectivos profundos. Si no hasta la prueba del parentesco, sino que es necesario saber si se traduce en el hecho, con mayor razón ha de exigirse que se demuestre la existencia de vínculos engendrados en deberes sociales, por lo general de contenido menos definitivo, de menor fuerza afectiva. Las relaciones entre empleado y empleador, para que puedan tenerse como constitutivas de circunstancias de mayor peligrosidad, deben ser, si no totalmente actuales, en cuanto a la dependencia de un sujeto respecto del otro, por lo menos subsistentes en cuanto a la gratitud, a la amistad o al afecto en la época en que se consuman los hechos delictivos, aunque no subsista el contrato de trabajo; vigente

éste, son mayores las probabilidades de que las relaciones recíprocas estén produciendo la vinculación en referencia, pero no es indispensable que todavía persista el contrato ya que lo esencial está en que lo afectivo sobreviva aún; el quebrantamiento de los nexos es, en efecto, lo que constituye la circunstancia de mayor peligrosidad porque, en el consenso común, se tiene precisamente como no deseable y, por tanto, como rechazable, todo conato de violar los deberes de allí emanados. La actualidad debe referirse al nexo afectivo, no a la causa de éste. Pero, además, es evidente que, desaparecido el contrato de trabajo, la vinculación iniciada en él, tiende a debilitarse y aun a extinguirse, y por esto no es razonable exigir una indefinida duración de sentimientos, y deba, en cambio, pedirse la prueba de su existencia. Si se tratara sola de la vinculación por el contrato de trabajo, necesariamente habría de tenerse en cuenta la vigencia de éste y, dentro de esta situación, que considera como existentes vínculos que en realidad no hay, como cuando se levanta antipatía o animadversión del que emplea hacia el empleado o viceversa y aún en el caso de que tales sentimientos sean mutuos: si no se mirase más que la materialidad del contrato, también habría de tenerse como productor de esta circunstancia de mayor peligrosidad aunque se hubiese roto precisamente por aquellos disturbios en las relaciones, lo que contradice el sentido general que solo ve peligrosidad en quien está obligado por algún aspecto afectivo o de lealtad, al menos, a guardar determinadas consideraciones al patrón.

4.—La 9ª de las circunstancias de menor peligrosidad, a que se refiere el artículo 38 del C. P. implica la existencia de dos elementos: presentación ante la autoridad y confesión. El primero está condicionado a que sea voluntario, no efecto de coerción emanada, por ejemplo, de actividad legítima de algún agente de la autoridad. Sobre el segundo de aquellos elementos, debe recordarse que se trata, no simplemente de rendir cualquier clase de indagatoria, sino una con los requisitos que estructuran la confesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Surtidos los trámites legales, debe decidir la Corte acerca del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de **Joaquín Díaz Garzón**, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante cuya providencia, condenando al procesado a la pena principal de cinco años de presidio, como autor de homicidio en Florentino Márquez Gómez, reformó la de primer grado, apelada tanto por el defensor como por el agente del Ministerio Público, en que se había graduado la sanción en solo dos años de aquella pena privativa de libertad. En lo demás, el Tribunal confirmó la sentencia del inferior, con la necesaria modificación en lo tocante al ejercicio de derechos y funciones públicas. El Tribunal, además, negó el beneficio de libertad provisional.

Hechos

El 6 de junio de 1954, entre cinco y seis de la tarde, en el punto denominado "Concentración", de la "vereda" de "Soapaga", en el municipio de Paz del Río, se encontraba bebiendo cerveza Joaquín Díaz Garzón en compañía de varios sujetos, armado y lanzando expresiones que denotaban su ánimo bélico. Florentino Márquez Gómez, antiguo empleado de Díaz Garzón, le pidió una cerveza, a lo cual, éste replicó que él no daba cerveza "sino plomo" y ultrajó a Márquez Gómez, por lo que llegaron a asirse fuertemente hasta que Díaz, desenfundando su revólver, hizo un disparo, cuyo proyectil fue a incrustarse en el cielo raso de la tienda, debido a la intervención de uno de los presentes; Díaz, sin embargo, hizo otro disparo que dio de lleno en la cara de Márquez, quien falleció instantáneamente.

El veredicto

Preguntados los miembros del tribunal popular acerca de la responsabilidad de Joaquín Díaz Garzón, en la muerte de Florentino Márquez Gómez, la mayoría la afirmó con la siguiente respuesta: "Sí, excediéndose en la legítima defensa"; el miembro disidente contestó: "No, por haber obrado en legítima defensa".

La sentencia acusada

Rechazada la correspondiente solicitud de su Fiscal, que consideraba notoriamente injusto el veredicto, y dada la libertad de apreciación que tienen los jueces de hecho, el Tribunal procedió a estudiar la legítima defensa y el exceso en ella, para concluir que, existía este última modalidad, por lo cual había de aceptarse el veredicto.

De otro lado, el Tribunal dijo, acerca de la personalidad del procesado: "Cierto es que hay testimonios que abonan su buena conducta anterior, pero ello no desvirtúa que en los momentos anteriores hizo manifestaciones que revelan una personalidad bastante peligrosa, hecho muy importante que debe ser tenido en cuenta al aplicar la sanción".

Estimó existente el juzgador de segundo grado la circunstancia de mayor peligrosidad contenida en el artículo 37 del C. P., en su ordinal 4º, "ya que hay constancia en el expediente de que la víctima había sido trabajador de Díaz Garzón, tiempo antes, como ayudante de un carro (declaración de Leonardo Martínez, f. 4)". Halló igualmente el Tribunal una circunstancia de menor peligrosidad, la constituida por la buena conducta anterior. "La Sala considera —continúa después— que en atención a que obra una circunstancia de mayor peligrosidad por una de menor y que la personalidad del agente, por razón de su conducta inmediatamente anterior al delito, sí se revela bastante peligrosa, se impone un aumento de la pena privativa de la libertad, la que debe quedar fijada en cinco (5) años de presidio".

Para negar la libertad provisional se hicieron diversos cálculos, en los que se hizo jugar un hipotético derecho a rebaja de un año de pena por el decreto con que se conmemoró determinado acontecimiento, para sumarlo al tiempo que, por los demás preceptos legales y con base en la pena impuesta, corresponderia haber cumplido al procesado para obtener la libertad condicional.

La demanda

Primera causal invocada. — Inicia el recurrente la crítica de la sentencia, en orden a demostrar la existencia de la segunda causal de casación, de que trata el artículo 567 del C. P. P.

Recuerda, en primer término, que es procedente invocar dicha causal cuando se trata del error en la interpretación o apreciación de las circunstancias que influyeron para determinar la sanción, en los juicios en que interviene el jurado, ya que no son sometidas a la consideración de l jueces de conciencia, sino apreciadas y calificad por el Juez de derecho, de conformidad con el a tículo 499 del C. P. P.

Entra luego el recurrente a demostrar el err en que incurrió la sentencia acerca de la pers nalidad de Díaz Garzón. Indica cómo, habien declaraciones que desmienten las actitudes vi lentas atribuidas a éste en otras probanzas, ve dría al menos la duda, "que impide cometer error de afirmar la peligrosidad con base en u de los elementos de este equilibrio inestable la mente y que sólo es y debe ser base para a desatada a favor del procesado". Si solo se tuvi ran en cuenta aquellos testimonios desfavorable de ellos no podría inferirse la peligrosidad con certeza exigida por el artículo 203 del C. P. P.; apreciarse erróneamente el estado de ánimo d procesado, se violó tanto este artículo como el del C. P., porque el móvil determinante en el pr cesado fue la agresión que sufrió, que le obligó defenderse y que es enteramente "social". La a titud agresiva anterior a los hechos tampoco es s ficiente para acreditar la peligrosidad, que requi re condiciones mínimas de estabilidad; de l pruebas del informativo se infiere que aquella a titud, la tarde de autos, era episodio fugaz, y ha error al establecer la preponderancia de aqu episodio sobre la conducta anterior de Díaz Ga zón, error con el cual se violan los artículos 36, y 39 del C. P. Por otro lado, como la conducta es más que el reflejo de la personalidad, al r conocer la buena conducta anterior como lo hi el Tribunal, "implícitamente se está reconocien que la tal animosidad antecedente no alcanza desdecir de esa bondad, o que la animosidad considera incorporada en la unidad histórica d hecho juzgado": la contradicción debe resolver a favor del procesado pero, al no hacerlo, se qu brantaron los artículos 203 y 204 del C. P. P., és por no haber sido aplicado y aquél por haber sido indebidamente. Además, si la provocación Díaz, que tiene como causa antecedente la anim sidad referida, ésta, sicológica y jurídicament determinó y conformó la responsabilidad, o se que se está en presencia de un elemento constit tivo del delito de homicidio cometido en legíti defensa excesiva, sancionable según el artículo del C. P. y, a tenor del 37, no se puede catalog esa circunstancia ni como de mayor peligrosid ni como factor de aumento, y la sentencia rec rrida "ha cometido error al apreciar el hecho dá dole el valor probatorio de circunstancia que i fluyo en la determinación aumentadora de la su

ción, que no tiene, y negándole el que tiene: ser modificador de la responsabilidad y base de la sanción, su única razón de ser. Se ha incurrido en una aplicación indebida del artículo 37 del C. P.".

Después, la demanda estudia la circunstancia de mayor peligrosidad deducida por el Tribunal, que consideró quebrantados los especiales deberes sociales que ligaban a Díaz Garzón con Márquez. Leonardo Martínez, se asoció a Márquez para agredir al procesado; por tanto, se violó el artículo 203 del C. P. P. en cuanto además se condenó por un hecho no plenamente probado, según las reglas del artículo 224 del mismo Código, dado que Martínez es el único testigo que habla de Florentino como antiguo ayudante de Díaz. Pero aunque tal hecho estuviera comprobado, no impone deberes especiales, porque no hay norma que lo diga y porque no tiene entidad e intensidad suficientes para crear situaciones de elevado orden moral o afectivo; "acaso circunstancias como la anotada sean oportunas procesalmente cuando las relaciones son de dependencia, cuando el hecho se produzca en el trabajo o por razón de él, porque fuera de las labores el trabajador es un hombre igual a su patrón o a su compañero y ni la ley ni la sociedad imponen deber especial de uno sobre el otro"; se ha dado, pues, al hecho un valor que no tiene y se ha incurrido en error al apreciarlo como prueba de deberes especiales, con lo que se violó el artículo 37 del C. P. en su numeral 4º. Supuesta la relación de trabajo entre Díaz y Márquez, si aquel violó un deber especial hacia éste, ha debido precisarse cuál era y cómo fue violado; como esto no sucedió, se interpretó erróneamente y se aplicó indebidamente el aludido ordinal del artículo en referencia. Finalmente, el quebrantamiento de los deberes especiales, para que configure circunstancia de mayor peligrosidad, debe reunir estas dos características: la de ser actuales esos deberes respecto del hecho que se juzga, porque deberes pretéritos, radicando en la memoria, no pueden influir en la inteligencia y la voluntad; y la de que el hecho principal revista caracteres de voluntariedad plena, no borrada por el influjo de pasiones vehementes o de profundas emociones y menos bajo temor ante ataque grave e inevitable; así nuevamente se encuentra violado el numeral 4º del artículo 37 citado, por interpretación errónea.

Prosigue el examen de la sentencia en cuanto habla de una sola circunstancia de menor peligrosidad, cuando, a juicio del recurrente, existe otra más probada en autos: la del numeral 9º del artículo 38 del C. P. Afirmé erróneamente, pues, el Tribunal la existencia de una sola de estas circunstancias y aplicó indebidamente el citado artículo y el 39.

Segunda causal presentada.—Es la primera del artículo 567 del C. P. P. El recurrente sustenta su alegato con brevedad en esta parte y se remite a los fundamentos ya dados. Se violaron los artículos 203 y 204 del C. P. P. en cuanto la duda sobre la personalidad del agente no se desató a favor suyo; el 36 del C. P., porque dicha personalidad se juzgó mediante un rasgo episódico, cuando la auténtica está demostrada en forma contraria, y por lo mismo, también se violó el artículo 39 del mismo código; la sentencia quebrantó el artículo 38 de esa obra, en cuanto juzgó compatible la buena conducta anterior con la peligrosidad del agente; y aplicó indebidamente el artículo 37, e interpretó y aplicó indebidamente el 27 porque el estado de agresividad del procesado es elemento modificador de la responsabilidad y no circunstancia de mayor peligrosidad. En lo referente a los deberes especiales de que trata el juzgador de instancia, se violaron estas normas: el artículo 203 del C. P. P., por no haber plena prueba, el 224 por no haberse aplicado la debida crítica al testimonio correspondiente, y el 37 por extender desmesuradamente el sentido de los deberes sociales. Por último, en cuanto hace a la presentación voluntaria y a la consiguiente confesión, la sentencia violó el artículo 38 del C. P., por prescindir de esta circunstancia de menor peligrosidad, o sea, por no aplicar la antedicha norma.

Concepto de la Procuraduría

En su minucioso análisis de la demanda, anota primeramente el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en lo atinente a la personalidad del procesado, que en la sentencia se tuvieron en cuenta y se justipreciaron las dos versiones acerca de la conducta que, inmediatamente antecedente a los hechos, tuvo el procesado, dado que el pacifismo que se le atribuyo no se encuentra determinado explícitamente por los testigos que se toman como declarantes a su favor, en tanto que los hechos de agresividad sí lo están por el otro grupo de testimonios, lo que es suficiente para tener en cuenta dicha conducta agresiva entre los factores que influyeron en la apreciación de la personalidad del procesado; éste no fue sin embargo factor único en el aumento de pena sino uno de los índices de agravación junto con el de la circunstancia de mayor peligrosidad que se consideró establecida,

por lo cual el motivo en referencia no puede prosperar: y menos aún por lo que respecta a la apreciación de las pruebas citadas como violación del artículo 204 del C. P. P. Tampoco es atendible el segundo motivo, complemento del anterior, en que se afirma además la violación de los artículos 36 del C. P. y 203 del de procedimiento penal, dado que, si hay algo determinado en el fallo es la insistencia con que se refiere a los varios elementos del artículo 36 para efectos de graduación de la pena. En lo tocante al tercer motivo de la demanda, sobre esta causal, replica la Procuraduría, para rechazarlo, que no existe injusta preponderancia de factor episódico para desvirtuar la buena conducta anterior del procesado, porque el recurrente parte de la base de que respecto de la personalidad sólo se analizó aquel episodio, cuando se tuvieron en cuenta todos los factores a que se refiere el artículo 36 del C. P. En cuanto al cuarto motivo, o sea, a la pretendida antinomia entre la buena conducta anterior al hecho y la animosidad como prueba de personalidad peligrosa, "queda aclarado con la elemental observación de que el reconocer explícitamente la circunstancia de menor peligrosidad mencionada de la buena conducta anterior, no se opone en modo alguno al juego que equilibra el aumento de la pena al tener en cuenta la circunstancia de mayor peligrosidad y los demás factores de personalidad y peligrosidad, los que a pesar de aparecer tan claramente delimitados en la sentencia se presentan involucrados y confundidos en su alcance y sentido al hacer referencia a ellos en la demanda", y así, no habiéndose demostrado la antinomia, y como los elementos de juicio de que se dispuso para la graduación de la pena no se oponen, este motivo queda sin valor. En cuanto al quinto motivo, según el cual se violó el principio "non bis in idem", por cuanto la animosidad viene a ser elemento constitutivo del delito y no circunstancia que influya "en la determinación aumentadora de la sanción", replica la Procuraduría que el juzgador de derecho debía atenerse al veredicto y tomar el derrotero jurídico exigido por la figura delictiva contemplada, sin perjuicio de la apreciación de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad ni de los factores del artículo 36, con lo que pudo entrar a considerar unas y otros sin violar el susodicho principio, ni confundir un elemento constitutivo del delito, o una circunstancia modificadora de la responsabilidad, con las que le correspondía apreciar en lo relativo al aumento o disminución de la pena.

En lo referente a la circunstancia de mayor peligrosidad que halló el Tribunal y que rechaza el demandante, se expresa así la vista del colaborador de la Sala: "Al referirse el numeral cuarto del artículo 37 del Código Penal a los deberes especiales que las relaciones sociales impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado, como circunstancia de mayor peligrosidad, ciertamente se requiere como presupuesto imprescindible que dichas relaciones tiendan a reforzar los vínculos del aprecio o de las especiales consideraciones que un sujeto tenga para con otro, a lo cual contribuye en no escaso influjo la actualidad de las mismas y sobre todo el carácter especial de los miramientos que la subordinación o la jerarquía superior imponen recíprocamente. Pero cuando se trata simplemente de una relación social accidental o perteneciente a época pasada sin lazos indestructibles de afecto y sin motivos suficientes para seguirla estimando como vinculación económica o con interés de alguna clase o simplemente sentimental, es evidente que ya esa anterior situación se ha modificado sustancialmente hasta el punto de pasar a ser indiferente para ambas partes el mismo trato permanente y cordial surgido del vínculo contractual o de las exigencias sociales impuestas por su ejercicio". El fallo interpretó erróneamente hechos y pruebas que configuran la circunstancia del numeral 4º del artículo 37 del C. P.

Anota igualmente la Procuraduría que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta la circunstancia del numeral 9º del artículo citado.

En lo tocante a la causal presentada como subsidiaria, los cargos de la demanda en su primera parte, por no prosperar allí, tampoco pueden prosperar en ésta, no así en lo que se refería a las circunstancias últimamente examinadas. Sí puede prosperar la causal, ha de darse aplicación adecuada al inciso a) del artículo 570 del C. P. P.

Debe modificarse la sentencia porque no es posible adicionar la base con la circunstancia de mayor peligrosidad del referido numeral 4º del artículo 37 del C. P., por lo que, reduciéndose el aumento a la mitad de lo previsto en el proveído, solo cabe el de año y medio. Y como, además, por la presencia de las circunstancias de los numerales 1º y 9º del art. 38 del C. P., debe haber disminución al menos en seis meses, el total sería simplemente de un año de presidio. Así, la pena que, según la Procuraduría, debe imponerse al procesado es la de tres años de presidio, en lugar de los cinco que fijó el Tribunal.

Consideraciones de la Corte

La personalidad del procesado y las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad influyen en la determinación de la pena, y las apreciaciones correspondientes competen al juez de derecho. Ello es muy cierto, pero la errónea estimación de la personalidad o el desconocimiento de alguna de aquellas circunstancias, acreditada en el proceso, o la aceptación de otra sin respaldo en él, según ha venido sosteniendo la Corte expresamente respecto de dichas circunstancias, no se pueden alegar en casación dentro de la segunda causal del artículo 567 del C. P. P., sino dentro de la que le precede, porque aun apreciadas en cuanto hechos y básicas para que el juez gradúe la pena, el ejercicio indebido de esta facultad por parte de aquel configura más claramente una violación de la ley penal, en el sentido propio de la causal primera, que una interpretación o apreciación errónea de los hechos, materia de la segunda.

Por esto, debe rechazarse lo alegado sobre la causal presentada en primer término en la demanda, y entrar a estudiar lo referente a la subsidiaria.

En cuanto hace a la personalidad del procesado, la sentencia, por modo expreso, claro y directo, se refiere a ella, antes de distinguir la existencia de circunstancias de mayor y de menor peligrosidad y, por tanto, antes y aparte del estudio que a éstas dedica. Esto supuesto, existe antinomia entre el reconocimiento de una personalidad peligrosa, "de instintos morbosos y violentos", para copiar la frase del juzgador de primera instancia, repetida por el de segunda, y el reconocimiento de la buena conducta anterior? La última puede encubrir una personalidad peligrosa: mediante frenos inhibitorios se puede mantener buena conducta general, pero sobrevenida la ruptura de aquellos se revela verdaderamente la personalidad, hasta entonces latente, y quedan al descubierto todos sus factores —sicológicos, morales, etc.—. Se ha perdido de vista, para enjuiciar la sentencia, el que la buena conducta concretada a determinadas frases y aspectos de la vida —caballerosidad, amor al trabajo, cumplimiento de deberes de hijo, etc.—, no son el total de la personalidad ni implican la negación de otros, por ejemplo, el de ser sujeto de violentas reacciones la misma persona en quien concurren las otras calidades. La buena conducta a que se refiere el artículo 38 del C. P., no cabe compararse con la personalidad integra del procesado, de que trata el artículo 36 del mismo código, que se encarga de establecer nítidamente la diferencia entre las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad y las calidades que componen la personalidad del agente, para referirse a ésta no como a un compuesto exclusivo de aquellas sino como a algo distinto. No erró el Tribunal cuando tomó en cuenta la circunstancia de menor peligrosidad, aparentemente antinómica a la personalidad peligrosa, como tampoco erró al apreciar la prueba en lo tocante a personalidad del procesado. La actitud agresiva de éste, momentos antes de los hechos, que sirvió para inferir la existencia de personalidad peligrosa, surge de la prueba sin que pueda alegarse duda que deba resolverse en sentido favorable: después de revisar las piezas procesales respectivas, se concluye que, como lo anota la Procuraduría, los testimonios pertinentes son afirmativos y concretos, en tanto que los testigos que se invocan como favorables no se refieren a estos momentos antecedentes; solo uno podría tenerse como indicador de ánimo pacífico en el procesado, en cuanto afirma que, ante la frase de alguno, provocadora sin duda en aquella época, el procesado la contestó "como sonriéndose y en voz baja"; pero éste, queda sin valor ante el resto de pruebas.

No hubo, pues, violación de los artículos 36, 37 ni 39 del C. P., como tampoco la hubo en lo que respecta a los artículos 203 y siguientes del estatuto procesal, en este aparte de la sentencia recurrida.

Corresponde, pues, examinar si con igual acierto se procedió al deducir circunstancias de mayor peligrosidad, por deberes especiales generados en relaciones sociales entre victima y victimario. La 4ª circunstancia contenida en el artículo 37 del C. P. tiene dos aspectos diversos: el de los deberes surgidos de relaciones sociales y el de los emanados del parentesco, ambos con fundamento en la estrecha vinculación de personas, por sentimientos afectivos profundos. Si no basta la prueba del parentesco, sino que es necesario saber si se traduce en el hecho, con mayor razón ha de exigirse que se demuestre la existencia de vínculos engendrados en deberes sociales, por lo general de contenido menos definitivo, de menor fuerza afectiva. Las relaciones entre empleado y empleador, para que puedan tenerse como constitutivas de circunstancias de mayor peligrosidad, deben ser, si no totalmente actuales, en cuanto a la dependencia de un sujeto respecto del otro, por lo menos subsistentes en cuanto a la gratitud, a la amistad o al afecto en la época en que se consuman los hechos delictivos, aunque no subsista el contrato de trabajo; vigente éste, son mayores las probabilidades

de que las relaciones recíprocas estén produciendo la vinculación en referencia, pero no es indispensable que todavía persista el contrato, ya que lo esencial está en que lo afectivo sobreviva aún; el quebrantamiento de los nexos es, en efecto, lo que constituye la circunstancia de mayor peligrosidad porque, en el consenso común, se tiene precisamente como no deseable y, por tanto, como rechazable, todo conato de violar los deberes de allí emanados. La actualidad debe referirse al nexo afectivo, no a la causa de éste. Pero, además, es evidente que, desaparecido el contrato de trabajo, la vinculación iniciada en él, tiende a debilitarse y aún a extinguirse, y por esto no es razonable exigir una indefinida duración de sentimientos, y debe, en cambio, pedirse la prueba de su existencia. Si se tratara solo de la vinculación por el contrato de trabajo, necesariamente habría de tenerse en cuenta la vigencia de éste y, dentro de esta situación, que considera como existentes vínculos que en realidad no hay, como cuando se levanta antipatía o animadversión del que emplea hacia el empleado o viceversa y aun en el caso de que tales sentimientos sean mutuos; si no se mirase más que la materialidad del contrato, también habría de tenerse como productor de esta circunstancia de mayor peligrosidad, aunque se hubiese roto precisamente por aquellos disturbios en las relaciones, lo que contradice el sentido general, que solo ve peligrosidad en quien está obligado por algún aspecto afectivo o de lealtad, al menos, a guardar determinadas consideraciones al patrón.

No hay prueba suficiente para considerar la circunstancia de mayor peligrosidad en estudio. Se ignoran las condiciones de la prestación de servicios, su duración, los motivos por los cuales se terminó el respectivo contrato, etc., es decir, se ignoran todos los factores que pudieran llevar a tener como debidamente probados los especiales deberes que aquella relación social imponía al procesado respecto de la víctima. Por tanto, la demanda ha de prosperar en este sentido.

Por lo que respecta a la 9ª de las circunstancias de menor peligrosidad, a que se refiere el artículo 38 del C. P., y cuya existencia no reconoce el proveído que se recurrió, motivo por el cual se le ataca, debe observarse que implica la existencia de dos elementos: presentación ante la autoridad y confesión. El primero está condicionado a que sea voluntario, no efecto de coerción emanada, por ejemplo, de actividad legítima de algún agente de la autoridad. Sobre el segundo de aquellos elementos, debe recordarse que se trata, no simplemente de rendir cualquier clase de indagatoría, sino una con los requisitos que estructuren la confesión. Ahora bien, aparece de autos que hubo presentación del procesado, que ella fue voluntaria y que hubo confesión; el certificado respectivo acredita el primer hecho y, por otra parte, se ha admitido tanto lo explicado por Díaz Garzón acerca de la demora en hacerse presente como acerca de los hechos, una de las bases precisamente para que se reconociese el exceso en la legítima defensa, vale decir, se aceptó su dicho como confesión. Por tanto, ha debido ser tomada en cuenta esta circunstancia y, al no hacerse así, vino a incurrirse en violación del antedicho artículo del C. P. y, por tanto, debe también prosperar lo demandado.

Si pues la demanda tiene éxito en los puntos indicados, debe invalidarse el fallo recurrido y pronunciarse el que ha de reemplazarlo (C. P. P., artículo 570, ord. 1º).

Para decidir sobre la pena privativa de la libertad, ha de partirse del artículo 362 del C. P., relacionado con el 27 del mismo cuerpo legal, o sea, de un mínimo de dieciseis meses hasta un máximo de siete años de presidio. Al tenerse en cuenta la personalidad peligrosa del procesado, por aplicación del artículo 36 del C. P., no puede imponerse el mínimo, aunque no se llegue al límite superior; en consecuencia, la pena básica será la de dos años de presidio. Eliminada la circunstancia de mayor peligrosidad, a que se refiere la sentencia recurrida, es aceptable el aumento propuesto por el Colaborador de la Corte, o sea, el de año y medio, que a su turno debe ser reducido por la existencia de dos circunstancias de menor peligrosidad. La pena será, pues, de tres años de presidio, a la cual deben agregarse las condenaciones accesorias y demás de rigor.

Como se observa que el procesado ha estado detenido desde el 6 de agosto de 1954, debe ordenarse su libertad, por pena cumplida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— acorde con el concepto del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia materia del recurso, y en su lugar ordena:

1º—Condénase a Joaquín Díaz Garzón, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, a la pena principal de tres años de presidio, de la que se deducirá el tiempo que ha llevado en detención preventiva, en razón del delito de homicidio consumado en Florentino Márquez Gómez, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar de que da cuenta el informativo;

2º—Condénase al mismo Joaquín Díaz Garzón a las siguientes penas accesorias: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad; pérdida de todo empleo público, pensión o jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad, si la tuviere, y publicación especial de la sentencia;

3º—Condénase a Joaquín Díaz Garzón al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con la infracción;

4º—Ordénase la libertad inmediata del procesado, para cuyo cumplimiento se librarán los órdenes del caso.

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 Monenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DIFERENCIAS ENTRE LAS SOCIEDADES ANONIMAS COMUNES Y AQUELLAS QUE, COMO LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, NACEN POR OBRA DE UNA LEY PARA FOMENTAR LA ECONOMIA NACIONAL. — EL OBJETO DEL DECRETO 1858 DE 1951, ES EL DE DAR SEGURIDAD A LOS BIENES DE LAS EMPRESAS O INSTITUCIONES EN QUE TENGA PARTE EL ESTADO Y EVITAR QUE SUS EMPLEADOS, AL APROPIARSELOS O DISPONER DE ELLOS INDEBIDAMENTE, QUEDEN SUJETOS A PENALIDAD MAS BENIGNA

1 — Es verdad que una sociedad anónima tiene persona y patrimonio diversos de las personas y patrimonios de los socios. Pero existen diferencias notorias entre las sociedades anónimas comunes y aquellas que, como la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, nacen por obra de la Ley con determinados fines, no de lucro como una sociedad comercial, sino específicamente dirigidos a obtener utilidad común, que tampoco se puede interpretar como ganancia en especulación mercantil, sino como servicio a la comunidad. Al establecer la diferencia no se parte de un criterio puramente económico, como si la sociedad anónima, creada por el Estado con aquél fin, se estableciese para obtener ganancia como un particular sino, por el contrario, en el sentido de que esta clase de sociedades ha sido creada para beneficio económico general, aunque pueda favorecer más a determinados gremios, porque a través de éstos resulta favorecida la economía nacional. No se puede sostener pues, que el criterio aludido sea base errada y que pueda verse al Estado como simple capitalista privilegiado. De otra parte, como lo enseñan los modernos tratadistas de derecho público, aunque el Estado obre en determinados casos bajo las apariencias de persona de derecho privado, no puede asimilársele por todo respecto, porque sus actividades son esencialmente diversas. Si aquél coloca parte del patrimonio nacional en una sociedad anónima, ese aporte se hace, no con la inmediata finalidad de lucro, sino de fomento a la economía nacional; de ahí que no pueda equipararse su situación a la de los demás accionistas, así sean personas jurídicas como los municipios, puesto que si éstos toman acciones en una sociedad anónima común, lo hacen con móviles totalmente distintos del que ha guiado en la creación de las otras entidades en referencia es indudable que, cuando un municipio, grande o pequeño no funda una sociedad anónima con el directo propósito del bien general, sino que se hace accionista de una sociedad anónima fundada ya con capital privado, por lo regular tiende a hacer una inversión segura; así se acentúa la diferencia respecto del Estado en la creación de las sociedades encaminadas directamente al fomento de ciertas actividades. Si el municipio en cualquier momento se puede desprender de las acciones que obtuvo como fuente de simple inversión lucrativa, no sucede lo propio con las acciones de la entidad pública —nación, departamento o municipio— que, al hacer su aporte en sociedad con aquél fin específico atrás señalado, hace emitir acciones especiales, de las que no dispone en la misma forma que un particular lo efectúa con las suyas, con vista a la estabilidad de la institución o empresa, vale decir que en cierto sentido se hace intangible dicho aporte. Y en el caso concreto de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero los aportes de particulares se han venido reduciendo al mínimo, en tanto que el Estado en vez de disponer de sus acciones por medio de la venta a particulares, ha ido aumentando los suyos.

2 — Que por la finalidad de fomento que presidió la creación de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el Estado ponga determinadas condiciones al manejo de esos fondos en la sociedad por él creada, no significa otra cosa que exceptuar de las normas comunes dicho manejo; tratándose de fondos públicos, hay que proveer con normas especiales a su seguridad sin que

cilo implique el que se lleven de calle las disposiciones del CC o del C de Co. Y entonces nada tiene de extraño que el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 expresamente hubiese incluido "al empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado", junto con "el funcionario o empleado público", entre los sujetos punibles por el ilícito allí contemplado; que no sean empleados públicos los de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, no es base para afirmar que estén por fuera de una norma que precisamente los cobija. Con la explicación que antecede, se establece que no se trata de una sociedad anónima común, con capitales aportados por personas comunes, ni con un fin igual de lucro al de sociedades comerciales, aunque tenga tipo comercial. El decreto ni está mal redactado ni peor aplicado; al hacer notar la diferencia entre empleado público y el que no lo es, pero pertenece a institución o empresa en que tiene interés el Estado, para cobijarlos a todos con la misma disposición, quiso evitar que el fraude quede sujeto a normas más benignas, en vista de la procedencia y finalidad de aquella institución o empresa, y con ello disipó cualquier interpretación equívoca, que tendiese a sustraer de sus normas a los defraudadores. El objeto del decreto fue el de asegurar aquellos dineros, no como pertenecientes a la persona jurídica particular, a fin de evitar que los empleados que se los apropiaren o dispusieren de ellos quedasen sujetos a penalidad más benigna, si se aplica la correspondiente al simple abuso de confianza.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: Doctor Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Cumplidos los trámites legales, ha de ser decidido el recurso de casación, interpuesto por el defensor del procesado, contra la sentencia dictada, el 8 de marzo de 1955, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y por cuyo medio se confirmó la de primer grado, en la cual se había condenado a LUIS FELIPE ARTEAGA PEÑA, como responsable de peculado, a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes.

HECHOS:

Al practicarse visita en el Almacén de Provisión Agrícola, dependencia de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Túquerres, el 15 de febrero de 1952 se encontró un faltante, que consistía en 231 rollos de alambre de púa, por valor de $ 7.125,60. El responsable del Almacén, Luis Felipe Arteaga Peña, sugirió que la mercancía habría podido ser sustraída o robada, pero no dio explicación suficiente.

La sentencia recurrida:

Apelada la providencia del inferior, el Tribunal, para decidir hizo las consideraciones que a continuación se sintetizan:

Halló probado que Luis Felipe Arteaga había recibido, en su carácter de Almacenista, en la sucursal de Túquerres de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, una cantidad determinada de rollos de alambre de púa, de la que al practicarse la visita del 15 de febrero de 1952, faltaban 231 rollos, por valor de $ 7.125,60 sin que el mencionado almacenista hubiese podido justificar el faltante.

El Tribunal fijó la fecha de consumación del delito para tiempo posterior al 29 de enero de 1952, en que se había verificado el inventario físico de las mercancías a cargo del procesado sin que apareciese faltante alguno, infiriendo que el ilícito tuvo consumación con fecha posterior a la indicada, o sea dentro de la vigencia del Decreto Nº 1858 de 1951, que encuentra aplicable al caso de autos, a virtud del artículo 3º Continúa la sentencia: "No cabe la menor discusión sobre el hecho de que en la Caja de Crédito Agrario tiene parte el Estado, pues según el artículo 21 de la Ley 57 de 1931, que fue la que creó tal institución, el Gobierno Nacional suscribió dos millones y medio en acciones de la Caja, siendo de consiguiente dueña de la cuarta parte. Hay que entender que al emplear el Decreto ley la expresión "en que tenga parte el Estado", no quiso significar otra cosa distinta bajo la terminología comercial, a la de que el Estado sea accionista". Como al tiempo de cometerse el delito ya se hallaba vigente el Decreto Nº 1858, y no se encontraron circunstancias de mayor peligrosidad, la pena mínima imponible era la de cuatro años de presidio, que fue precisamente la seña-

tada en la sentencia que se apeló para ante el Tribunal.

La demanda:

En ella se alega la primera causal de casación, del artículo 567 del CPP, en dos oportunidades distintas y con aspectos diversos; también se invoca la causal cuarta.

En esta síntesis se conservará el orden propuesto por el recurrente.

Primera causal — Es la del numeral 1º del artículo 567, por cuanto "en las sentencias del Juzgado Superior y del H. Tribunal se ha dado indebida aplicación al artículo 3º del Decreto Extraordinario 1858 de 1951, cuando debió aplicarse el artículo 412 del CP".

Es sustentada así: Arteaga no es funcionario ni empleado público, "ya que su puesto no ha sido creado por Ley, ni por Ordenanza, ni por acuerdo ni tampoco la Caja Agraria es una entidad oficial La Caja Agraria es una institución sui generis, es un Banco, del cual es accionista el Estado, en la misma forma en que lo puede ser de otro banco cualquiera".

En desarrollo de lo anterior, afirma el recurrente que la ley 57 de 1931 dio a la Caja el carácter de sociedad anónima, o sea que se trata de una sociedad de capitales. Si la persona de la sociedad y su patrimonio son totalmente distintos de las personas y patrimonios de los socios, la Caja Agraria no se confunde con los accionistas. "Es decir, que la Caja Agraria no es el Estado de Colombia, a pesar de ser éste el mayor y casi único accionista de la Caja", que es única dueña de su patrimonio: los socios "cuando más, tendrán un derecho de acreencia por los dividendos, y un derecho personal a la devolución de sus aportes, en caso de disolución o liquidación de la sociedad". A pesar del Art 3º del Decreto Nº 1858 de 1951, Arteaga, que no es empleado público porque la Caja Agraria no forma parte del Estado, no es "responsable de lo enunciado en ese artículo" porque el Estado no tiene parte en dicha Caja, ya que sólo es un simple accionista, individualmente distinto a ella y con patrimonio también distinto; es sólo un simple acreedor de la Caja. "De establecerse lo contrario este Decreto mal redactado y peor aplicado, sancionaría al empleado de Coltejer o de Fabricato, que defraudaron estas empresas, ya que en ellas, mi municipio, el de Imués, tiene una acción en cada empresa (sic). Esas acciones las adquirió este pequeño Municipio en la Bolsa de Bogotá una y en la de Medellín otra. Y por esto no se va a decir que el Estado tiene parte en Fabricato y en Coltejer. Y tan Estado es el Municipio de Imués como el de Colombia". Encuentra el recurrente absurdo el que se recurra al simple criterio económico para saber si el Estado tiene parte en una empresa, porque con ello se desconocen las reglas sobre personas jurídicas y sobre todo las relativas a sociedades anónimas. "Y siendo Arteaga empleado de esta Caja, que es una persona totalmente distinta del Estado y cuyo capital le es propio sin que en él tenga parte sino ella misma, no puede ser sancionado como persona que cae en este Decreto, sino como persona que ha cometido un abuso de confianza de los establecidos en el artículo 412 del CP", sin que le sean aplicables ni el 413 ni el 414.

Segunda Causal — Es la del numeral 4º del artículo 567 del C. P. P. que el recurrente fundamenta así: Luis Felipe Arteaga fué llamado a responder en juicio criminal por la infracción genéricamente denominada peculado, prevista en el CP en su Capítulo I del Título III del Libro II pero el delito realmente imputado a Arteaga es el que se encuentra en el mismo Libro II de aquel Código, en el Capítulo V del Título XVI.

Aunque peculado y abuso de confianza tuviesen la misma pena, no son lo mismo. Aquél, como delito contra la administración pública, exige que el sujeto sea empleado público, y Arteaga no lo era. El decreto equiparó sinembargo la pena del peculado con la del abuso de confianza cometido en perjuicio de empresas o instituciones en que tiene parte el Estado. Pero ambas figuras delictivas siguen siendo distintas; el decreto no las confundió en su esencia. Y si se llamó a juicio por peculado, se incidió en la nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 del C P P y la sentencia es casable conforme al numeral 4º del artículo 567 del mismo Código.

La demanda, después de enumerar los elementos configurativos del ilícito de peculado, hace la siguiente aplicación: "1º Ni Arteaga es empleado público; 2º Ni ha defraudado al fisco, sino a la Caja Agraria, entidad totalmente distinta; 3º Ni se ha defraudado ejerciendo las funciones de empleado público, pues no lo es Arteaga; y 4º Los fondos entregados en custodia a Arteaga, no lo son públicos ni Arteaga guardaba el alambre en calidad de empleado público". Luego su delito es de abuso de confianza y se está en presencia de nulidad sustancial expresamente contemplada en la Ley.

Tercera causal — Nuevamente es la del numeral 1º del artículo 567 del C P P pero esta vez por haberse dado aplicación indebida al decreto Nº 1858 de 1951, "con expresa violación del artículo 1º del CP".

Se sustenta de la manera que sigue: El decreto fue expedido el 4 de septiembre de 1951. "El alambre se perdió, fue apropiado, o mal administrado, antes o después del mes de septiembre de 1951?" Para el Juzgado y el Tribunal ello sucedió después del mes citado, porque fué entonces descubierto el delito. Arguye el recurrente que sólo en la visita del 16 de febrero de 1952 se supo la existencia del faltante pero, como no hubo visita ni comprobación de existencias el 29 de enero de 1952, no se puede fijar la pérdida entre estas dos fechas. Y dice que no hubo aquella comprobación por cuanto, si bien los peritos afirman que en ese día encontraron correctos los libros, no se sabe si las existencias estaban de acuerdo con éstos, además de que la diligencia que aparece al folio 55 del cuaderno 1º es "apócrifa", es sin firmas ni responsables. Pudo haber sido hecha sobre medidas y el amaño de cualquier funcionario".

Trata de demostrar la demanda que el 29 de enero no se contaron los artículos, trayendo a cuento los testimonios de Carlos Pantoja, Enrique Estrada Erazo, José Calderón Patiño, Fernando Ceballos, y que sólo de junio de 1951 existe acta de visita auténtica e inventario físico. Por tanto, no se sabe cuando se produjo el faltante, si antes o después de septiembre de 1951, y debe estarse a la ley más favorable, es decir, a las disposiciones del CP. que no a las del decreto 1858 de 1951.

Por último, el recurrente hace una síntesis de sus propias conclusiones, según las cuales "la sentencia es casable: 1º Porque da aplicación al artículo 3º del Decreto Extraordinario 1858 de 1951, aduciendo que la Caja Agraria es una empresa en la que tiene parte el Estado. Y la Caja Agraria es una persona jurídica, una sociedad anónima, de creación legal, en la cual nadie sino ella sola tiene parte en su propia persona y en su capital; 2º Se ha llamado a juicio equivocadamente por un delito de peculado, cuando el decreto lo único que ha hecho es equiparar las penas del abuso de confianza, específico, con las del peculado; a pesar de esta equiparación, los delitos siguen siendo distintos; 3º Porque se aplica el decreto a hechos que no se sabe si se cometieron antes o después de su vigencia".

El concepto fiscal:

La Procuraduría General de la Nación, por medio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, con base en que el problema jurídico propuesto en la demanda es único, lo examina por el aspecto que afecta más radicalmente el proceso, vale decir, por el de la cuarta de las causales de casación.

Resumida la realidad procesal, el concepto puntualiza el tema de este modo: si por haber sido cometida la infracción penal contra el patrimonio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se configura un delito de peculado o el de abuso de confianza y, primeramente, si el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 es aplicable al procesado.

De acuerdo con los testimonios de Gonzalo Benavides Alvarez y Carlos Pantoja —contra lo afirmado por el demandante— el inventario físico del alambre de púa se realizó el 29 de enero de 1952 con la sola presencia del Director de la sucursal en referencia, del Almacenista Arteaga y de Carlos Pantoja. Erazo, Calderón y Ceballos, citados por el recurrente para desvirtuar la confección de dicho inventario entonces, no lo presenciaron, aunque hubiesen intervenido en el de junio de 1951 y quizá en aquel que practicaron los visitadores de la auditoría de la Caja cuando comprobaron el faltante; este último se infiere de que los mencionados testigos, aunque se refieran al mes de enero de 1952, sin precisar día, sinembargo concretamente señalan categoría de visitadores a las personas que actuaron en aquella diligencia, pero los visitadores sólo intervinieron el 15 de febrero de 1952. A más de estas pruebas existen otras, como la de inspección ocular, de donde se desprende que "es verdad legal el hecho de que el alambre materia de investigación desapareció de los depósitos del Almacén de Provisión Agrícola entre el 29 de enero al 15 de febrero de 1952". Si, de acuerdo con el artículo 4º del decreto 1858, comenzaba éste a regir desde su publicación, y si ella se surtió el 14 de septiembre de 1951, debía tramitarse el juicio y aplicarse la pena, según lo estatuido en ese Decreto, de conformidad con el artículo 26 de la Constitución Nacional, el 1º del Código Penal y el 1º de de Procedimiento Penal.

Si es aplicable el decreto 1858 de 1951, cuál es la denominación jurídica correspondiente a las figuras delictivas en él comprendidas? El Decreto no dice qué disposiciones deroga o modifica, porque en ejercicio de las facultades que confiere el artículo 121 de la Constitución, sólo hay suspen-

sión de normas incompatibles con las que se dicten para restablecer la normalidad pública; sinembargo la hermenéutica "enseña que una ley queda subrogada por otra que regule íntegramente la materia, como sucedió aquí con los artículos 151, 152 y 153 del Código Pena., cuyos casos comprende, corrige y amplía el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. No se requiere, pues, mayor esfuerzo de interpretación para concluir que el mencionado artículo 3º debe considerarse incorporado dentro del Libro 2º Título III, Capítulo I del Código Penal, en lugar de los artículos 151 a 153 de la misma obra, y por tanto, que constituye formas del delito que el Código de las Penas denomina Peculado".

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por otra parte, no es sólo institución en que tenga parte el Estado, sino establecimiento público persona administrativa descentralizada, cuyos aspectos desarrolla el señor Procurador Delegado Primero en lo Penal con ilustrativas transcripciones, después de las cuales continúa: "Todas estas razones se han traído para demostrar cómo la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero presta un servicio de administración pública con bienes y determinaciones del Estado en su función de soberanía. Y cómo el delito que se comete contra el patrimonio de esta institución por las personas encargadas de administrarlo guardarlo, recaudarlo o pagarlo, es un "delito contra la administración pública" y más concretamente un delito de Peculado". Si las sucesivas transformaciones de este ilícito han llevado a concretar los dos elementos de que autor no puede ser más que el funcionario público en razón de su oficio, y objeto sólo bienes del Estado, sinembargo se tiende ahora a considerar principalmente el último aspecto en cuanto se mira allí "a la cosa de propiedad pública, a los bienes de la generalidad, no importa que los tengan organismos descentralizados y que no sean estrictamente funcionarios públicos las personas que los manejen. También respecto de éstos funciona el concepto de la fe trafelonada porque tales empleados saben que manejan bienes del Estado en función de servicio público". Y refuerza lo anterior con la doctrina de Carrara, porque, en el fondo, son malversadores los que indebidamente utilizan patrimonios destinados al beneficio público, atendidos la índole y el fin de las cajas privadas que puedan tenerlos. El mismo legislador, añade la Procuraduría, ha extendido la noción de peculado aun a casos en que no sean públicos ni el agente del delito ni los fondos, rentas o efectos, de que indebidamente se ha dispuesto, como sucede con el artículo 155 del CP.

Termina su concepto el colaborador de la Corte con las siguientes palabras: "Este Despacho considera suficiente lo dicho hasta aquí para concluir: 1º Que las figuras delictivas comprendidas en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, por haber subrogado los artículos 151, 152 y 153 del Código Penal, reciben la denominación jurídica de Peculado; 2º Que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es una institución en que tiene parte el Estado y, por tanto, según la disposición citada, capaz de ser agente pasivo del delito de peculado; 3º Que, en consecuencia, no hubo equivocación en la denominación jurídica del delito en este proceso, ni indebida aplicación de la Ley al señalar la pena; y 4º Que el decreto 1858 de 1951 está bien aplicado a los hechos procesales porque éstos acontecieron durante su vigencia". Por tanto, la sentencia recurrida no debe ser casada.

o

Análisis de la Corte

Lógicamente debería seguirse el camino señalado por el concepto fiscal en el examen del libelo. Sinembargo la Corte sigue la demanda, a fin de que más claramente, con relación a ésta, aparezcan los argumentos que lleven a la solución final.

Primera causal presentada. — La demanda dice que se trata de violación de la Ley por indebida aplicación del artículo 3º del decreto Nº 1858 de 1951, cuando ha debido aplicarse el 412 del CP.

Es verdad que una sociedad anónima tiene persona y patrimonio diversos de las personas y patrimonios de los socios. Pero no debe olvidarse que existen diferencias notorias entre las sociedades anónimas comunes y aquellas que, como la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, nacen por obra de la Ley, con determinados fines, no de lucro como una sociedad comercial, sino específicamente dirigidos a obtener utilidad común, que tampoco se puede interpretar como ganancia en especulación mercantil, sino como servicio a la comunidad. Al establecer la diferencia, no se parte de un criterio puramente económico, como si la sociedad anónima, creada por el Estado con aquél fin, se estableciese para obtener ganancia como un particular sino, por el contrario, en el sentido de que esta clase de sociedades ha sido creada para beneficio económico general, aunque pueda favorecer más a determinados gremios, porque a través de éstos resulta

favorecida la economía nacional. No se puede sostener, pues, que el criterio aludido sea base cerrada y que pueda verse al Estado como simple capitalista privilegiado. De otra parte, se ha hecho caso omiso de que, como lo enseñan los modernos tratadistas de derecho público, aunque el Estado obre en determinados casos bajo las apariencias de las personas de derecho privado, no puede asimilarse a éstas por todo respecto, porque sus actividades son esencialmente diversas. Si coloca parte del patrimonio nacional en una sociedad anónima, ese aporte se hace, no con la inmediata finalidad de lucro, sino de fomento a la economía nacional; de ahí que no pueda equipararse su situación a la de los demás accionistas, así sean personas jurídicas como los municipios, puesto que, si éstos toman acciones en una sociedad anónima común, lo hacen con móviles totalmente distintos del que ha guiado en la creación de las otras entidades en referencia: es indudable que cuando un municipio, grande o pequeño, no funda una sociedad anónima con el directo propósito del bien general sino que se hace accionista de una sociedad anónima fundada ya con capital privado, por lo regular tiende a hacer una inversión segura; así se acentúa la diferencia respecto del Estado en la creación de las sociedades encaminadas directamente al fomento de ciertas actividades. Si el municipio en cualquier momento se puede desprender de las acciones que obtuvo como fuente de simple inversión lucrativa, no sucede lo propio con las acciones de la entidad pública —Nación, Departamento o Municipio— que, al hacer su aporte en sociedad con aquel fin específico atrás señalado, hace emitir acciones especiales, de las que no dispone en la misma forma que un particular lo efectúa con las suyas, con vista a la estabilidad de la institución o empresa, vale decir, que en cierto sentido se hace intangible dicho aporte. Y en el caso concreto de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero los aportes de particulares se han venido reduciendo al mínimo, en tanto que el Estado, en vez de disponer de sus acciones por medio de la venta a particulares, ha ido aumentando los suyos.

Que, en vista de la mencionada finalidad, el Estado ponga determinadas condiciones al manejo de esos fondos en la sociedad por él creada, no significa otra cosa que exceptuar de las normas comunes dicho manejo de dineros; tratándose de fondos públicos, hay que proveer con normas especiales a su seguridad sin que ello implique el que se lleven de calle las disposiciones de CC o del C Co. Y entonces nada tiene de extraño que el artículo 3º del decreto Nº 1858 de 1951 expresamente hubiese incluído "al empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado", junto con "el funcionario o empleado público", entre los sujetos punibles por el ilícito allí contemplado: que no sean empleados públicos los de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, no es base para afirmar que están por fuera de una norma que precisamente los cobija. Con la explicación que antecede, se establece que no se trata de una sociedad anónima común, con capitales aportados por personas comunes, ni con un fin igual de lucro al de sociedades comerciales, aunque tenga tipo comercial. El decreto ni está mal redactado ni peor aplicado; precisamente al hacer notar la diferencia entre empleado público y el que no lo es pero pertenece a institución o empresa en que tiene interés el Estado, para cobijarlos a todos con la misma disposición, quiso evitar que el fraude quede sujeto a normas más benignas en vista de la procedencia y finalidad de aquellas institución o empresa, y con ello disipó cualquier interpretación equívoca, que tendiese a sustraer de sus normas a los defraudadores. El objeto del decreto fue el de asegurar aquellos dineros, no como pertenecientes a la persona jurídica particular, a fin de evitar que los empleados que se los apropiasen o dispusiesen de ellos quedasen sujetos a penalidad más benigna que la correspondiente al simple abuso de confianza.

Si, pues, Arteaga no es empleado público y sí lo es de una institución en que tiene interés el Estado, y éste no es un simple accionista igual a cualquiera otro, y existe una norma clara que impide que a dicho procesado se le tenga comprendido entre quienes infringen el CP por abuso de confianza, no puede ser otra la conclusión sino la de que incurrió, con su conducta, en un ilícito de los contemplados en el decreto tantas veces citado. De tal suerte que el artículo 3º de él estuvo bien aplicado, en vez del 412 del CP.

Segunda causal planteada — Según el recurrente, por fundarse la sentencia en juicio viciado de nulidad, se ha incidido en la causal 4ª del artículo 567 del C de PP.

Citando también a Carrara, respecto de que, aunque el peculado y el abuso de confianza tengan la misma pena, sinembargo no pueden confundirse los dos ilícitos, recalca sobre el carácter de empleado público que debe tener en el peculado el infractor, y sobre la falta de dicho carácter en el procesado Arteaga.

Por lo que se acaba de decir, se ve cómo el decreto aplicado reúne expresamente a los emplea-

dos de empresas e instituciones en que tenga parte el Estado con los empleados públicos, para definir el delito e imponer la sanción. Si existe en la ley positiva esta similación, no puede afirmarse que el infractor cometa abuso de confianza; en virtud de ella, quedan a la par de los empleados públicos aquellos infractores, y no puede bajarse de grado para considerar el ilícito como abuso de confianza, sino precisamente lo contrario. Por lo demás, estando probados los elementos que concurren en Arteaga para hacerle incurrir en la sanción señalada en el Decreto, y si existe aquella norma perentoria, no puede decirse que le cobijen las atinentes a otro ilícito, ni que la asimilación de los empleados no oficiales, en estricto rigor técnico, a los oficiales sea siempre imposible.

Por tanto, no existe nulidad por errónea denominación jurídica y la causal no prospera.

Tercera causal planteada — Es otra vez, como atrás se indicó, la del numeral 1º del artículo 567 del C P P pero ahora por haber sido aplicado indebidamente el decreto, con violación del artículo 1º del C P por el concepto de que, ignorándose la fecha de la sustracción, no podía hacerse dicha aplicación.

Se desmintió al denunciante en cuanto éste afirma que hubo inventario físico el 29 de enero? No. Carlos Pantoja explica perfectamente cómo en esa fecha se hizo el recuento de las existencias, con la intervención del Director de la Caja, o sea del denunciante; de Arteaga, el procesado; y del propio declarante Pantoja. No existe motivo alguno para dudar del testimonio de Pantoja, ni se ha aducido razón para quitar valor a esas manifestaciones claras, precisas, dicientes, que coinciden para reforzarlo, con el denuncio debidamente juramentado; si éste no es de por sí plena prueba, sino más bien base de investigación, con todo, no se le puede restar valor en cuanto no ha sido contradicho sino confirmado por otro medio como en el caso presente. Por otro lado, Enrique Estrada Erazo no puede referirse a la misma diligencia, porque aunque anote que intervino en una, en los "últimos días del mes de enero de 1952", aclara que no puede recordar el día, y manifiesta que recibió órdenes de los visitadores de la Caja y del propio procesado, sin incluir a Benavides Alvarez ni a Pantoja, como asistentes del acto, por una parte; por otra, como se acaba de ver, alude a personas que no intervinieron en el recuento que Benavides Alvarez, Pantoja y Arteaga hicieron; si se tiene en cuenta que, con posterioridad a enero fue cuando hubo visita, entonces puede comprenderse fácilmente que es a ésta a la que el declarante se refiere y no a la otra diligencia. Iguales observaciones cabe hacer a los testimonios de José Calderón Patiño y Fernando Ceballos. Y si esto es así, la conclusión que se impone es la de que el alambre se perdió del Almacén entre el 29 de enero de 1952 y el 15 de febrero del mismo año, vale decir, en plena vigencia del Decreto, que había entrado a regir el 14 de septiembre de 1951.

De esta manera, se despeja toda duda encuanto a la fecha de comisión del delito y, por consiguiente, acerca de la aplicabilidad del Decreto 1858 de 1951, o sea que la causal tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— en armonía con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese e 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.

FIN PRIMORDIAL DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.—LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE SE ADUZCAN PARA OBTENER LA REVISION, DEBEN SER DISTINTOS DE AQUELLOS QUE SIRVIERON DE FUNDAMENTO PARA EDIFICAR LA SENTENCIA DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA. — QUIEN ALEGA LA CAUSAL 5ª COMO FUNDAMENTO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISON, ESTA OBLICADO A PRESENTAR LAS PRUEBAS NO CONOCIDAS EN LOS DEBATES O LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LOS HECHOS NUEVOS QUE SE PRETENDE ACREDITAR. — EL ESTADO DE PELIGROSIDAD Y EL DELITO NO CORRESPONDEN, EN LO PENAL, A UN MISMO CONCEPTO

1 — El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la Ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso. El recurso tiene como fin primordial la revisión de la investigación y la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada en los casos en que se demuestre que alguno está cumpliendo condena producida por un testimonio falso, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase, o cuando la sentencia —a juicio de la Corte— se haya obtenido con base en documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan indicios de la inocencia o irresponsabilidad de quien injustamente sufre una condena.

2 — Los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. La fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción si no de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates.

3 — Quien alega la causal 5ª como fundamento del recurso extraordinario de revisión, está en la obligación de presentar las pruebas no conocidas en los debates o los elementos que estructuran los hechos nuevos que se pretende acreditar. El simple enunciado de la causal sin demostración alguna, no es motivo suficiente para que ella prospere. El argumento, raciocinio o crítica de la prueba que se tuvo en cuenta para condenar en primera o segunda instancia, no constituye el hecho nuevo que se pretende acreditar ni el análisis de los elementos probatorios con criterio diferente, demuestra la existencia de hechos no conocidos al tiempo de los debates. Esa crítica puede servir para modificar o reemplazar la sentencia en el juicio, pero ella es improcedente y carece de importancia dentro del recurso extraordinario de revisión.

El error en la "apreciación de las pruebas y aún la aparente injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante no es objeto del recurso de revisión"; ella sería —se repite— objeto de un recurso de segunda instancia o de casación en los fallos que lo admitan, pero el descuido de la parte interesada o la omisión en alegar esos derechos, ante las autoridades competentes, no son objeto de recurso de revisión.

4 — Si el estado de peligrosidad y el delito correspondieran —en lo penal— a un mismo concepto, no habría diferencia de sanciones ni de procedimiento para imponerlas; pero el estado peligroso respecto de las personas, es la capacidad latente del individuo que traducida en hechos exteriores revelan una tendencia permanente a la co-

misión del delito, y éste - el delito— entraña la violación de una norma jurídica por un acto real, no potencial, producto de la intención y voluntad de la persona humana, o simplemente, como acto de imprevisión, negligencia-culpa.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente: Dr Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

En sentencia de doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco, el Juzgado Superior de Policía de Bogotá impuso a FRANCISCO PLINIO TORRES SILVA la medida represiva de dos a ocho años de relegación a Colonia Agrícola Penal, como infractor de las disposiciones de los artículos 7º ordinal 25, y 30 del Decreto Extraordinario N' 0014 de 1955.

Antecedentes

Plinio Torres Silva fué acusado de haber vendido a la señora Carola Calle de Gaviria la cantidad de seiscientos noventa (U S 690) dólares, correspondiente a dos mil quinientos pesos ($ 2.500,00) colombianos, por intermedio de Héctor Murillo y Alfonso Bohórquez. Los dólares estaban representados en "Travelers cheque" que al tratar de hacerlos efectivos —en la ciudad de Nueva York - resultaron corresponder a cheques robadas, por lo cual no fueron pagados. La compradora Carola Calle de Gaviria, por consecuencia de esta negociación perdió los valores entregados a Plinio Torres Silva.

El procedimiento se adelantó de conformidad con las normas del Decreto 0014 de 1955, y contra el sindicado se dictó auto de detención con fundamento en lo dispuesto por el artículo 7º ordinal 25 del mencionado estatuto que prevee esta modalidad de estado antisocial.

En el curso de las diligencias se demostró con las declaraciones de Héctor Murillo y Alfonso Bohorquez, que la persona que dio en venta los cheques que, posteriormente, fueron entregados a Carola de Gaviria, fué Plinio Torres, quien no niega el hecho sino al contrario, lo afirma en su declaración indagatoria, con la explicación de que ellos —los travelers cheque— le fueron entregados por Fabio Melo. La modalidad que califica su confesión no fué probada en la investigación.

"Plinio Torres —dice el Juez de instancia— indagado diez días después de muerto en Girardo el gran maleante Fabio Melo, pretende hacer incidir en el occiso la responsabilidad del ilícito diciendo que fué él quien le dio para la venta los cheques; pero, como se dijo en el auto de detención preventiva de fecha siete de octubre próximo pasado, folio 54 'ESTA EXCEPCION DEBE SER APROBADA POR QUIEN LA ALEGA'. Y no se probó ni antes ni después del término probatorio".

Sobre estos antecedentes se dictaron las sentencias de veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, y doce de diciembre del mismo año.

DEMANDA

El recurrente en su demanda, hace una historia de los hechos, transcribe las sentencias de primera y segunda instancia, analiza la denuncia presentada por Luis Alfonso Bohórquez y la ampliación de ella formulada por la señora Carola de Gaviria, la indagatoria y antecedentes personales de Plinio Torres Silva, y expresa como fundamento de derecho la causal 5ª del Art. 571 del C de PP que dice:

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad, habrá lugar a la revisión".

"Para comentar con brillo o mejor darle la interpretación teológica al numeral transcrito —dice el recurrente— cito una parte de una sentencia de la Corte que expresa":

"El hecho nuevo a que se refiere la ley es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar que se ha pronunciado una condena injusta, bien porque el delito no se cometió o porque la responsabilidad deducida proviene de un flagrante error judicial".

Después de transcribir el artículo 30 del Decreto 0014 de 1955, argumenta así:

"La interpretación teológica de la parte que me he permitido subrayar, igualmente —dice el demandante— la dejo a vuestro concepto, limitándome para terminar este ya largo escrito a sostener: que con la orden establecida en la sentencia por el Juzgado Superior de Policía en el sentido de que 'por tratarse de un caso de estafa

en cuantía superior a dos mil pesos, se deben remitir las diligencias originales a la justicia ordinaria (reparto) para que prosiga la investigación por el delito común denunciado' tenemos la plena prueba del flagrante error judicial concebido en la sentencia condenatoria de dos a ocho años que viene sufriendo en todo su rigor —injustamente— el señor Francisco Plinio Torres S."

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de analizar los hechos y el contenido de la demanda afirma:

"Las causales de revisión previstas por el Decreto 0014 para los asuntos fallados de acuerdo con dicho estatuto, son las contempladas en los numerales 3º, 4º y 5º del Art. 571 del Código de Procedimiento Penal (Art 76 del mismo Decreto 0014), a saber: que la condena se basó en una falsa prueba; o en una secreta que no existía en el proceso, o que después de la condenación aparezcan pruebas o hechos nuevos no conocidos al tiempo de los debates".

"Se ve que las alegaciones del doctor Mejía Gallo, alimentes a la carencia de la prueba para condenar, a la falta en el proceso de elementos de juicio que considera indispensables como espaldera de la sentencia, tal argumentación no encaja dentro de ninguna de aquellas causales de revisión, pues ni siquiera encamina su razonamiento a mostrar en donde está la falsedad de los testimonios, de las declaraciones, de los documentos que determinaron el fallo, o cómo éste se profirió por alguna probanza ausente del debate".

"Y en cuanto a hechos o pruebas nuevos, no se adujo sino el referido oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores, comunicación que bien puede acreditar que dicho Ministerio no ha expedido pasaporte a Francisco Plinio Torres; y esa circunstancia puede ser indicio de que este sujeto no ha estado en el lugar en donde le fueron sustraídos a su legítimo propietario los dólares materia del expediente, pero no demuestra, es obvio, la irresponsabilidad o inocencia del mentado Torres en la venta de esos valores".

"Por lo expuesto, la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, solicita respetuosamente a la H. Corte Suprema, que NIEGUE la revisión del proceso en referencia".

Se considera:

El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la Ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas den lugar a una revisión del proceso. El recurso tiene como fin primordial la revisión de la investigación y la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada en los casos en que se demuestre que alguno está cumpliendo condena producida por un testimonio falso, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase, o cuando la sentencia —a juicio de la Corte— se haya obtenido con base en documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan indicios de la inocencia o irresponsabilidad de quien injustamente sufre una condena.

Así pues, los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. La fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción si no de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates.

"De donde se concluye —ha dicho la Corte— que siendo la cosa juzgada lo que se ataca con este recurso extraordinario, no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la Ley".

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante nada de ello configura en las causales de revisión, limitadas a los objetivos que ya se puntualizaron".

Invoca el recurrente como causal de revisión la del ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal; es decir, la modalidad de que después de la condena aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas en los debates, que establezcan la inocencia o la irresponsabilidad del condenado. Pero es lo cier-

to que dentro del término probatorio del recurso, ningún documento con carácter de nuevo se ha presentado como base de sustentación de la causal.

Quien alega la causal 5ª como fundamento del recurso extraordinario de revisión, está en la obligación de presentar las pruebas no conocidas en los debates o los elementos que estructuran los hechos nuevos que se pretende acreditar. El simple enunciado de la causal sin demostración alguna, no es motivo suficiente para que ella prospere. El argumento, raciocinio o crítica de la prueba que se tuvo en cuenta para condenar en primera o segunda instancia, no constituye el hecho nuevo que se pretende acreditar ni el análisis de los elementos probatorios con criterio diferente, demuestra la existencia de hechos no conocidos al tiempo de los debates. Esa crítica puede servir para modificar o reemplazar la sentencia en el juicio, pero ella es improcedente y carece de importancia dentro del recurso extraordinario de revisión.

La demanda tiene un solo argumento a la crítica de la prueba y de las sentencias de primera y segunda instancia; por esto es por lo que el recurrente después del examen dice: "tenemos la plena prueba del flagrante error judicial concebido en la sentencia condenatoria de 2 a 8 años que viene sufriendo en todo su rigor injustamente el señor Francisco Plinio Torres S." Pero olvida el recurrente que el error en la "apreciación de las pruebas y aún la aparente injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante no es objeto del recurso de revisión"; ello sería —se repite— objeto de un recurso de segunda instancia o de casación en los fallos que lo admiten, pero el descuido de la parte interesada o la omisión en alegar esos derechos, ante las autoridades competentes, no son objeto del presente recurso.

En el proceso cuya revisión se demanda, el Juzgado Superior de Policía expresó que: "por tratarse de un caso de estafa en cuantía superior a dos mil pesos ($ 2.000,00) se deben remitir las diligencias a la justicia ordinaria (reparto) para que prosiga la investigación por el delito común denunciado". Afirmación que la toma el demandante como la plena prueba del error judicial, y por consiguiente, de la injusticia de la condena.

Estima la Corte que no hay ninguna contradicción entre las conclusiones de la sentencia y esta afirmación; porque la autoridad administrativa, Juzgado Superior de Policía, únicamente sancionó un estado de especial peligrosidad y no un delito —estafa—; aquél configurado "por la existencia de antecedentes delictivos o de policía por infracciones contra la propiedad y a quien se dicte auto de detención preventiva por uno de esos delitos, o se le sindique del mismo con prueba suficiente para detener preventivamente" (Arts. 7º ordinal 2º y 30 del Decreto 0014 de 1955); y éste delito de estafa— de conocimiento de la justicia ordinaria, tipificado por elementos objetivos y subjetivos determinados en el Código Penal.

En otros términos, la peligrosidad predelictual independiente e inconfundible del hecho delito fué objeto de la investigación y ésta la razón para ordenar el envío de las diligencias a la autoridad competente para que se investigue el delito. Si el estado de peligrosidad y el delito correspondieran —en lo penal— a un mismo concepto no habría diferencia de sanciones ni de procedimiento para imponerlas; pero el estado peligroso respecto de las personas, es la capacidad latente del individuo que traducida en hechos exteriores revelan una tendencia permanente a la comisión del delito, y éste —el dilo— entraña la violación de una norma jurídica por un acto real, no potencial, producto de la intención y voluntad de la persona humana o simplemente, como acto de imprevisión, negligencia —culpa— y esta diferencia de conceptos seguramente motivó la determinación del Juzgado que ha sido objeto de crítica por parte del demandante.

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 la Procuraduría de acuerdo con él NIEGA la revisión del proceso seguido contra Francisco Plinio Torres Silva en el Juzgado Superior de Policía de Bogotá, por infracciones al Decreto 0014 de 1955, por el cual fué sancionado en sentencia de veintitrés de noviembre y doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco respectivamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Ordeña Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Elente negro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

PROCEDIMIENTO QUE DEBE OBSERVARSE EN LA TRAMITACION DEL INCIDENTE DE COLISION DE DE COMPETENCIAS

Cuando se plantea un incidente sobre colisión de competencias, el funcionario ante quien se promueve debe expresar en forma precisa, clara y terminante las razones que le asisten para aceptar o rechazar la colisión. Si los motivos aducidos por quien provoca la competencia son aceptados por la entidad o funcionario a quien se provoca, habrá acuerdo o conformidad de pensamiento, disipándose toda posibilidad sobre colisión de competencias, y el superior nada tiene que resolver. Pero si existe desacuerdo sobre el tema planteado, si no hay conformidad de pensamiento o unidad de ideas entre lo expuesto por la entidad o funcionario que promueve la competencia y el funcionario o entidad provocada, entonces surge el incidente y en tal evento se dará cuenta al inmediato superior para que resuelva de plano la colisión.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente, Dr. Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

En ejercicio de la facultad conferida por los artículos 42, inciso 4º, 65 y 67 del Código de Procedimiento Penal, procede la Corte a resolver el incidente sobre colisión de competencias provocada por la justicia penal militar —Comando de la Brigada de Institutos Militares— a la justicia penal ordinaria —Juzgado 4º Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Antecedentes:

En providencia de veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, el Juzgado 4º Superior llamó a responder en juicio a TULIO REYES ORTIZ, por el delito "Del Homicidio", cometido en la persona de Martiniano Parra Parra. La determinación del Juzgado, al ser revisada por recurso de apelación, fué confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Abierta la causa a prueba —en el término de ella— el defensor del procesado Dr Iván Arévalo en memorial de seis de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, pidió al Juzgado remitiera el expediente a la justicia penal militar. Así lo hizo el funcionario, sin estudio previo, sin argumentos ni razones que expresen su concepto sobre afirmación o negación de la jurisdicción y competencia para conocer del negocio. (Auto de febrero 6 de 1957).

La Brigada de Institutos Militares, en providencia de veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, expresa:

"El sindicado señor Reyes Ortiz, por la época que tuvieron lugar los hechos investigados, pertenecía a la Policía Nacional en su calidad de agente de esa Institución, de la cual fue dado de baja, según consta en la copia del extracto de su hoja de vida enviada a esta oficina, el día 16 de abril de 1953 teniendo en cuenta lo dispuesto en resolución No 929 de 17 de abril del citado año".

"De acuerdo con la interpretación que se le ha dado al Decreto No 1814 de 10 de julio de 1953, que incorporó a la Policía dentro de las Fuerzas Armadas; gozan de fuero especial únicamente aquellos miembros de la Institución que hubieran pertenecido a ésta en la fecha de la incorporación o posteriormente a ella, no teniendo efecto retroactivo; para aquellas personas que fueron retiradas del servicio antes del 10 de julio de 1953, ya que en ningún momento han gozado de fuero alguno, como sucede en el presente caso".

"Este mismo criterio ya fué compartido por el H Tribunal Superior del Distrito, en providencia de fecha siete de noviembre de 1956 por medio de la cual confirma el enjuiciamiento recaído en contra del procesado Reyes Ortiz por el Juzgado Cuarto Superior".

"Teniendo en cuenta las anteriores razones acordes con el sentido y criterio de las normas vigentes sobre competencia de la justicia penal

militar, es procedente devolver las diligencias al Juzgado Cuarto Superior (autoridad que estaba conociendo del presente negocio) para que continúe su tramitación, proponiéndole la colisión de competencia negativa, en caso de que dicho funcionario no comparta el anterior punto de vista".

El Juzgado 4º Superior, en auto de nueve de julio del presente año, siguiendo el procedimiento anterior, es decir, sin expresar los motivos que le asistan para afirmar o negar la competencia, ordenó remitir las presentes diligencias a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Penal— para que resuelva el incidente.

Se considera:

Cuando se plantea un incidente de esta naturaleza, el funcionario ante quien se promueve debe expresar en forma precisa, clara y terminante las razones que le asisten para aceptar o rechazar la colisión. Si los motivos aducidos por quien provoca la competencia son aceptados por la entidad o funcionario a quien se provoca, habrá acuerdo o conformidad de pensamiento, disipándose toda posibilidad sobre colisión de competencias, y el superior —en este caso— nada tiene que resolver. Pero si existe desacuerdo sobre el tema planteado, si no hay conformidad de pensamiento o unidad de ideas entre lo expuesto por la entidad o funcionario que promueve la competencia y el funcionario o entidad provocada, entonces surge el incidente y en tal evento se dará cuenta al inmediato superior para que resuelva de plano la colisión.

Este es el procedimiento que debe observarse en la tramitación del incidente, según mandato del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, siendo por ello necesario e indispensable que el funcionario provocado —Juzgado 4º Superior— emita concepto u opinión en relación con la colisión de competencias suscitada por la justicia penal militar, ya que el conocimiento externo de las razones que asisten al funcionario sirven de base para orientar el criterio del Superior para afirmar o negar la existencia de la colisión, bien sea para la entidad que la provoca o para el funcionario provocado.

Mientras esto no ocurra, la Corte —Sala de Casación Penal— carece de jurisdicción y competencia para decidir, de acuerdo con lo dispuesto por los Arts. 42 ordinal 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 —colisión de competencias— propuesta por el Comando de la Brigada de Institutos Militares a la justicia penal ordinaria —Juzgado 4º Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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 COBRO DE UN CHEQUE EXTRAVIADO, ES UN DELITO QUE SE COMETE EN EL LUGAR DONDE SE HACE EFECTIVO EL PAGO DE SU CORRESPONDIENTE VALOR

El delito cometido por medio de cheque se agota en el lugar donde se hace efectivo su cobro y se percibe el correspondiente valor, porque sólo en ese instante y en ese lugar el proceso volitivo queda consumado por el acto externo y material.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo criminal — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

Resulta que al señor David Cárdenas, Sub Oficial Técnico de Aviación quien presta sus servicios en la Base Aérea de Palenquero, jurisdicción de Puerto Salgar (Cundinamarca), le fué remitido desde Bogotá por el señor Gilberto Jaramillo en sobre cerrado y por correo de Avianca un cheque cruzado por la suma de $ 1.196,48 a su favor y a cargo del Banco Comercial Antioqueño, sucursal de la carrera 10ª de esta capital, girado el 24 de julio de 1956.

Tal instrumento fué presentado el 26 del mismo mes por Carlos Arteaga Caneco en el Almacén "El Sombrero Rojo" de propiedad de Carlos Marín, en la Dorada (Caldas), y a mucha insistencia logró se le cambiara, previa consulta que el contador de tal firma comercial Lino Sánchez hizo en el Banco de Colombia de esa localidad, recibiendo parte en mercancías ($ 114,80) y el saldo en dos cheques a favor de "David Cárdenas" por las sumas de $ 986,48 y $ 85,20 contra el citado Banco de Colombia, fuera de un descuento de $ 10,00 de comisión por la consulta bancaria. El 16 de agosto siguiente recibió aviso el señor Marín de que su cuenta había sido debitada con la suma de $ 1.196,48 correspondiente al cheque negociado el 27 de julio, por haber sido "devuelto por el Banco girado debido a ser falso su endoso".

Ya por el día 2 de agosto había formulado denuncia criminal el señor David Cárdenas ante el Alcalde de La Dorada por la sustracción del sobre contentivo del cheque y por el cobro de éste, advirtiendo que no le había sido posible conseguir ningún dato sobre la persona que lo reclamó en Avianca.

En realidad, no se pudo esclarecer en el informativo quién había recibido el sobre en la oficina de correo. Arteaga manifestó lisa y llanamente en su indagatoria que él se había encontrado el sobre roto en la Base de Palenquero y con el cheque adentro ya firmado por Cárdenas al cual no conocía, por lo que, hallándose supremamente urgido de dinero, resolvió cambiarlo en el almacén del señor Marín. Los cheques recibidos de éste los cobró por intermedio de terceros.

Inexplicablemente se ha pasado por alto confrontar en la investigación quién estampó la firma de "David Cárdenas" tanto en el cheque de $ 1.196,48 girado por Jaramillo de Bogotá, como en los de $ 986,48 y $ 85,20 expedidos por Marín de La Dorada y entregados al sindicado Arteaga.

Ahora bien:

Del proceso conoció en primer término el Juez Promiscuo Municipal de La Dorada, quien por considerar que se trataba de la comisión de los delitos de violación de correspondencia y estafa condenó al sindicado a la pena de treinta meses de prisión y accesorias pertinentes, en fallo del 8 de octubre de 1956.

Pero aconteció que al conocer de tal sentencia por vía de alzada el Juzgado Promiscuo de ese Circuito el 5 de diciembre observó que lo realizado en el caso era un delito de abuso de confianza en jurisdicción de Puerto Salgar (apropiación indebida de un cheque extraviado), y por ello declaró nula la actuación del a quo para que el asunto fuera remitido al funcionario competente.

Al recibir el negocio el Juez Promiscuo Municipal de Puerto Salgar fué de parecer (auto de 7 de febrero último) que los hechos ejecutados por Arteaga generaban solamente el delito de estafa y así decidió "provocar la colisión de com-

petencia ante la Corte Suprema de Justicia, ya que se trata de municipios de distinto departamento (Puerto Salgar, Cundinamarca — La Dorada, Caldas)...."

Llegó entonces el asunto al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, oficina que, manifestándose completamente de acuerdo con lo dicho por su superior en el auto que declaró la nulidad atrás referida, o sea que el delito cometido era el de abuso de confianza, se declaró incompetente para avocar su conocimiento.

Ha surgido así pues, una colisión de competencia entre dos jueces de distintos distritos que debe ser resuelta de plano por esta Superioridad, tal como lo previene el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el numeral 4º del artículo 42 ibidem.

Al efecto, SE CONSIDERA:

La disparidad de criterios que ha dado lugar al incidente radica en que al paso que el señor Juez de La Dorada estima que lo único que aquí entra en juego para la apreciación del reato atribuído a Carlos Arteaga Canedo es el hecho de la apropiación que hizo de un cheque extraviado en la Base de Palanquero sin cumplir los requisitos de ley, pues que todo lo demás es complementario de esto como quiera que se trataba de un cheque válido o corriente que podía hacerse efectivo sin necesidad de engañar a nadie, el de Puerto Salgar considera que precisamente en el acto de hacerse pasar como el beneficiario del instrumento está manifiesto el fraude o engaño, que unido a la obtención del provecho ilícito con perjuicio del señor Marín configura el delito de estafa.

Prima facie, la razon está de parte del funcionario últimamente mencionado, puesto que lo único cierto que aparece hasta el momento es que el procesado, haciéndose pasar como el propio David Cárdenas, indujo en error al propietario del almacén "El Sombrero Rojo" para que le cambiara el cheque, recibiendo parte en mercancías y parte en otros cheques expedidos por Marín a favor de "David Cárdenas", prueba evidente del convencimiento que tenía el girador de que en realidad trataba con éste. La lesión de un bien patrimonial y la obtención del provecho ilícito no dejan duda de ninguna naturaleza.

El delito cometido por medio de cheques se agota en el lugar donde se hace efectivo su cobro y se percibe el correspondiente valor, porque sólo en ese instante y en ese lugar el proceso volitivo queda consumado por el acto externo y material, cosa que en el caso sub judice ocurrió en La Dorada (Caldas).

De manera que hasta el momento y para los fines que interesan a la dilucidación del problema en estudio, hay que convenir que la competencia del negocio está en manos del señor Juez Municipal de dicho lugar, que fué donde se realizó el cambio del cheque, y así habrá de dirimirse el incidente.

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 competencia suscitada entre el Juez Promiscuo Municipal de La Dorada y el Juez Promiscuo Municipal de Puerto Salgar afirmando que es aquél y no éste quien debe conocer del presente asunto.

Devuélvanse las diligencias al Despacho de origen para los efectos legales pertinentes.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

MAXIMO DE PENA QUE DEBE TENERSE EN CUENTA PARA DECIDIR DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION, CUANDO DEL PROCESO CONOCIO EN PRIMERA INSTANCIA UN JUEZ DE CIRCUITO

Al tenor del artículo 557 del C. de P. P., 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 Corte 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".

Sobre el particular se ha pronunciado la Corte en reiteradas oportunidades, como puede verse en 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 y 29 de marzo y 21 de junio de este año.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. Bogotá, nueve de septiembre de mil setecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete)

Vistos:

Contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Ibagué el dos de mayo del corriente año, en la cual condenó a Gustavo Aranzázu Aristizábal a la pena principal de seis meses de arresto y accesorias de rigor como responsable del delito de falso testimonio, interpuso recurso de casación el defensor del procesado, doctor Pedro Luis Alvarez Ocampo, el que le fue negado por improcedente en auto de veintiocho de ese mismo mes.

Inconforme con tal negativa, el recurrente pidió reposición y, en su defecto, copia de lo pertinente para recurrir de hecho, lo que efectivamente hizo al no acceder el Tribunal a su principal pedimento.

Se procede, pues, a desatar el recurso en vista de lo alegado y probado, a cuyo efecto,

Se considera:

Para admitir el recurso de hecho se requiere —según lo establece el artículo 516 del C. J.— que la apelación sea procedente, conforme a la ley, y haya sido interpuesta en tiempo, y en tiempo también se haya pedido la reposición e introducido el de hecho.

Es manifiesta aquí la oportunidad con que ha procedido el recurrente en la presentación de sus peticiones; solo queda, pues, por examinar la procedencia del recurso impetrado.

Se pretende recurrir en casación contra una sentencia de segunda instancia dictada por tribunal superior en causa de que conoció un juez de circuito y en la cual se aplicó como norma infringida la del artículo 193 del C. P., que señala un máximo de sanción privativa de la libertad de dos años, que fue dosificada en seis meses, según se dijo ya, habida cuenta a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que lo acompañaron y la personalidad del agente.

El Tribunal ha fundamentado su negativa en que, precisamente por ser solo de dos años el máximo de pena que fija la disposición infringida, no hay lugar al recurso que se impetra, ya que para que éste proceda, de conformidad con el art. 557 del C. de P. P., es necesario que la sanción máxima señalada en la respectiva disposición sea o exceda de cinco años.

Por su parte el recurrente alega "que el artículo 557 citado no se refiere a la pena impuesta sino a la **máxima imponible**, que en el delito del falso testimonio es de cinco años, según el artículo 191

del C. P.". Al sustentar el recurso ante esta Superioridad el doctor Pedro E. del Río añade que "El Código Procesal determina que, el otorgamiento del recurso extraordinario de casación, debe condicionarse al DELITO PORQUE SE PROCEDE: homicidio, hurto, lesiones, FALSO TESTIMONIO, etc., etc., no a la disposición violada, o MODALIDAD del delito juzgado", y que, por consiguiente, como a Gustavo Aranzázu Aristizábal se le juzgó por falso testimonio, "En este delito el que debe considerarse para determinar si el recurso de casación es o no viable; no la modalidad contemplada en los artículos 193 y 194 del C. Penal, que son atenuantes del delito tipo".

Considera la Corte que las razones en que el Tribunal funda su decisión son jurídicas e interpretan fielmente lo que sobre el particular ha sostenido esta Sala en reiteradas oportunidades, como puede verse en los 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 y 29 de marzo y 21 de junio de este año, que se condensa así:

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 el 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 Corte 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".

"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 solo 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 solo 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 disposición 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".

De modo que de acuerdo con la anterior doctrina, que de por sí aclara suficientemente las confusiones en que se halla el recurrente y que tiene perfecta aplicación en el caso de autos, se concluye que no puede admitirse el recurso interpuesto y que la denegación hecha por el inferior es a todas luces inobjetable.

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 bien denegado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el recurso de apelación en referencia, y DISPONE que así se le haga saber, para los efectos del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Ofl. Mayor.

LA INSCRIPCION DE UN PROFESIONAL EN LAS OFICINAS JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS, ES SUFICIENTE, POR SI SOLA, PARA DEMOSTRAR LA CALIDAD DE ABOGADO EN EJERCICIO. — LA NO ASISTENCIA DEL APODERADO A LAS DILIGENCIAS DE INDAGATORIA Y CAREO, NO CONSTITUYE FALTA CONTRA LA ETICA Y LA MORAL PROFESIONAL

1 — La Ley 69 de 1945, en su artículo 9o sanciona las faltas graves contra la moral profesional de "los abogados en ejercicio de la profesión", lo que quiere decir que en relación con el sujeto activo de faltas de esta naturaleza deben aparecer comprobados los requisitos que exige la ley para el desempeño de la abogacía, a saber: el acta de grado, el título correspondiente y el Acuerdo del Tribunal respectivo que lo haya recibido como abogado. Pero es obvio que si la inscripción en las oficinas judiciales o administrativas supone el cumplimiento de esos requisitos, ella sola es suficiente para demostrar la calidad de abogado en ejercicio.

2 — Sabido es que múltiples diligencias de la etapa sumarial se llevan a término por el funcionario instructor sin que sea necesaria la presencia de los apoderados de las partes, sindicado o sindicados y representante del sujeto pasivo de la infracción o de sus herederos. Otras hay, como la indagatoria y los careos, en que dicha presencia se requiere. Pero la no asistencia del apoderado a tales actos, implicaría, a lo sumo, falta de diligencia, en manera alguna de moral profesional.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal. Bogotá, nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

La Corte entra a revisar, en grado de consulta, la providencia de fecha 13 de noviembre de 1956 por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva declara que "no es el caso de imponerle ninguna sanción al doctor Leonidas Cantillo Ordóñez por faltas contra la ética profesional".

Las respectivas diligencias se adelantaron a virtud de queja que el 23 de octubre de 1954 presentó ante aquella Corporación el señor Salustiano Méndez Cachaya, donde afirma que, con fecha 28 de julio de ese año, el querellante buscó los servicios profesionales del abogado doctor Cantillo Ordóñez para que le defendiera a su hijo Julio César Méndez Corredor, sindicado de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, de que estaba conociendo el Juez Primero Departamental de Policía y, al efecto, se comprometió a hacer la defensa total por novecientos pesos, de los cuales le dió anticipadamente la suma de trescientos firmándole una letra por el resto, que le iría pagando en cuotas de cincuenta pesos; pero que los días y los meses transcurrieron sin que el doctor Cantillo Ordóñez hiciera nada en el sumario, pues el mismo Juez Instructor le informó que el abogado no había estudiado el expediente ni presentado alegato o prueba en favor de Méndez Corredor.

Practicadas algunas pruebas y oídos los descargos del sindicado, el Ministerio Público de la primera instancia conceptuó que no había lugar a sancionar al doctor Cantillo Ordóñez por esas imputaciones y que contra el autor o autores de la denuncia debía averiguarse, en cambio, el posible delito de calumnia. Desechando esta segunda petición, por cuanto la queja tuvo origen en informaciones del Juez Primero Departamental de Policía del Huila, el Tribunal se pronunció en los términos indicados.

Opina la Procuraduría que el fallo materia de la consulta debe revocarse con el fin de que el Tribunal allegue a los autos la prueba relativa a la calidad de abogado en ejercicio del incriminado doctor Leonidas Cantillo Ordóñez, pues la sola constancia de la inscripción de aquél en el Tribunal Superior de Neiva no es suficiente al respecto.

"...Esta comprobación —dice el Colaborador de la Sala— se efectúa, como lo ha prescrito en

diversas ocasiones la H Corte, con las copias del respectivo Acuerdo de matrícula y de las correspondientes inscripciones en las oficinas jurisdiccionales o administrativas en las cuales hubieren ocurrido los hechos materia de la queja, si de ellos se tratare.

"En los otros casos vr gr actividades de bufete o estudios de abogado en general que no sean presentados ante ninguna autoridad del Estado bastará la copia de la matrícula de abogado aceptado, y si fuere titulado y no matriculado, la copia de la respectiva acta de grado o de la inscripción o registro del diploma en el Ministerio de Educación Nacional.

"La H Corte ha insistido en que aquella prueba es imprescindible en estos procesos por cuanto la calidad de abogado constituye cardinal base para el ejercicio de la acción establecida por la ley 69 de 1945 que desarrolla el artículo 40 de la Constitución Nacional, sobre ejercicio de la Abogacía".

Cuestión previa y elementos probatorios

A folio 12 del Cuaderno 1º obra copia —tomada de su original— de la inscripción del doctor Leonidas Cantillo Ordóñez como abogado, hecha en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, donde consta que es abogado titulado de la Universidad Nacional, según certificado del mismo Tribunal, de fecha 11 de marzo de 1951 y Acuerdo Nº 17 de 18 de abril del mismo año.

La Ley 69 de 1945, en su artículo 9º, sanciona las faltas graves contra la moral profesional de "los abogados en ejercicio de la profesión", lo que quiere decir que en relación con el sujeto activo de faltas de esta naturaleza deben aparecer comprobados los requisitos que exige la ley para el desempeño de la abogacía, a saber: el acta de grado, el título correspondiente y el Acuerdo del Tribunal respectivo que lo haya recibido como abogado. Pero es obvio que si la inscripción en las oficinas judiciales o administrativas supone el cumplimiento de esos requisitos, ella sola es suficiente para demostrar la calidad de abogado en ejercicio.

En el presente caso la Secretaría del Tribunal Superior de Neiva expidió copia de la inscripción o matrícula del doctor Leonidas Cantillo Ordóñez, con la constancia de que es abogado titulado de la Universidad Nacional y, en consecuencia, la Sala entra a revisar en el fondo la providencia materia de la consulta.

Consta de autos que el doctor Leonidas Cantillo Ordóñez, apoderado de Julio César Méndez Corredor en el sumario por homicidio y lesiones personales a que la denuncia se refiere, ejerció su mandato del 2 de agosto al 18 de octubre de 1954 y que, por ese tiempo, intervino en la diligencia de careo practicada entre uno de los testigos y el procesado.

Según dictamen del perito unien que asistió a la diligencia de inspección ocular llevada a cabo en el proceso, ninguna de las diligencias practicadas dentro del sumario requería la presencia en ellas del doctor Cantillo Ordóñez, a excepción de la de confrontación aludida; "no puede afirmarse que el doctor Cantillo Ordóñez abandonara su gestión como apoderado de Julio César Méndez C. ya que su separación del cargo de apoderado obedeció a que le fue revocado el poder por su mandante", y "técnicamente su gestión estaba reducida a vigilar la marcha de la investigación", (20, 23 y 24).

A petición del sindicado, se recibieron las declaraciones del doctor Alberto Cabrera Gutiérrez y de la señora Estela Vargas de Rivera. Negó el primero que su no aceptación del poder que los herederos del occiso —doctor Jaime Rodríguez— le ofrecieran para representarlos como parte civil en la sumaria contra Méndez Corredor se hubiera debido a insinuaciones hechas en tal sentido por el inculpado. "La razón que tuve —dice— para no aceptar el encargo de mis presuntos clientes, fue una muy clara, lógica y moralmente respetable, la que le hice saber a los herederos del Dr. Rodríguez, y que es la siguiente: la Empresa Transféderal, aparece como una compañía de Transportes que tiene un capital social muy exiguo" (folios 24 a 25). La segunda manifiesta que efectivamente, el doctor Cantillo Ordóñez estuvo presente en la diligencia de confrontación que se practicó entre la testigo y Méndez Corredor, en la cual dejó aquél la constancia de que lo afirmado allí por la señora Vargas de Rivera no era sino el resultado del "estado nervioso" producido en élla por la muerte de su hija Fanny Rivera Vargas, acaecida en el accidente de tránsito objeto de la investigación (f 27 v).

También a solicitud del sindicado, se oyó en estas diligencias al doctor Isidro Calderón Rojas, Juez Primero Departamental de Policía del Huila, quien declara que Salustiano Méndez, al pedir boleta para visitar en el Panóptico a su hijo, averiguaba por las gestiones que el abogado de éste adelantaba en su defensa; y que el doctor Cantillo Ordóñez no iba al Juzgado a estudiar el expediente, pues sólo había concurrido a la diligencia de careo antes referida. "No es verdad —agrega— que el suscrito Juez le hubiera dicho

al señor Méndez Cachaya que el doctor Cantillo Ordóñez no sacaría libre a su hijo Julio César Méndez porque él no sacaba sino a los presos liberales. Esto es falso El señor Méndez Cachaya me dijo alguna vez que cuando había ido a hacer las gestiones con el doctor Cantillo Ordóñez, para la defensa de su hijo, el mencionado abogado le había preguntado por su filiación política y que no tuvo inconveniente ninguno en decirle que eran conservadores;... No me consta que el señor Luis Duque Gómez, secretario de mi Juzgado, le hubiera hecho esa misma afirmación al señor Salustiano Méndez Cachaya" (f 34).

Reconoció el sindicado haber sido apoderado de Méndez Corredor en el proceso aludido, y luego de relievar los gravísimos resultados del accidente ocurrido en el trayecto de carretera que conduce de Campoalegre a Neiva, cuando su cliente conducía, en estado de embriaguez, el bus en que numerosos pasajeros regresaban de un paseo, y de expresar que se siente relevado de indicar cuáles fueron las gestiones por él adelantadas para mejorar la situación jurídica de su patrocinado, porque "ellas pertenecen al sigilo profesional", pondera la labor realizada en su provecho para ilustrarlo en el camino de su defensa y alejar la posibilidad de constitución de parte civil. Añade que tanto al chofer inculpado como a su padre les explicó cómo, dada la legislación vigente, no podía aspirarse al beneficio de libertad de Méndez Corredor mientras no se hubiera calificado la instrucción o celebrado la respectiva audiencia; que su voluntad estuvo siempre lista al mejor servicio de aquél en la forma aconsejada por las circunstancias; que, no obstante, el padre del sindicado se acercó a su oficina el 14 de septiembre de 1954 a manifestarle que no podía continuar pagándole la cuota de $ 50,00 mensuales que se había comprometido a entregarle hasta completar la suma de $ 600,00 adeudada, por lo cual —y porque en el Juzgado le habían dicho que el doctor Cantillo Ordóñez "no le trabajaría a su hijo porque éste era conservador"— le fue retirado el poder que se le había conferido el 2 de agosto anterior; y que el exponente aceptó esa determinación, sin pretender hacer efectiva la letra que, por la referida suma de $ 600,00 había aceptado a su favor don Salustiano Méndez Cachaya, padre del autor del ilícito ($ a 9).

SE CONSIDERA:

Por un tiempo relativamente corto —mes y medio aproximadamente— representó el doctor Cantillo Ordóñez al sindicado Méndez Corredor en la sumaria seguida contra el segundo por homicidio y lesiones personales, sin que se haya demostrado que el primero incurriera en alguna de las faltas que la ley prevé como lesivas de la moral profesional.

Sabido es que múltiples diligencias de la etapa sumarial se llevan a término por el funcionario instructor sin que sea necesaria la presencia de los apoderados de las partes, sindicado o sindicados y representante del sujeto pasivo de la infracción o de sus herederos. Otras hay, como la indagatoria y los careos, en que dicha presencia se requiere; pero de autos no aparece que alguna de ellas se hubiese practicado con la ausencia del doctor Cantillo Ordóñez mientras estuvo a su cargo la defensa de Méndez Corredor. Consta, por el contrario, que él intervino en la única diligencia de confrontación cumplida en el transcurso de ese tiempo.

A fin de establecer "si el doctor Cantillo Ordóñez figuró como apoderado de Julio César Méndez en un sumario contra éste por homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito; cuál fue su actuación y a ser posible por qué causa abandonó su gestión", se ordenó por el Tribunal Superior de Neiva la inspección ocular visible a folio 20 del informativo. De esa prueba se infiere que la referida causa subió al Superior en consulta de la sentencia que le impuso al procesado la pena principal de ocho años de prisión; que el reo tuvo allí tres apoderados sucesivos, los doctores Leonidas Cantillo Ordóñez, Pedro Paredes Cleves y Efraín Rojas Trujillo "para terminar quedándose definitivamente con el Dr Paredes Cleves", y que con tales cambios el propio sindicado interfería la actuación de sus defensores en el momento mismo de ser ella eficaz. Al respecto es pertinente tener en cuenta las conclusiones del perito que concurrió a la inspección de que se hace mérito, a saber: que ninguna de las diligencias practicadas en el respectivo sumario durante el lapso en que el doctor Cantillo Ordóñez figuró como apoderado del sindicado, requería la asistencia de aquél, con excepción del careo con la testigo Estela Vargas de Rivera; que no puede afirmarse que el mismo abogado abandonara su gestión, pues su retiro del cargo obedeció a la revocatoria del poder por su mandante; que durante la etapa sumarial en que dicho apoderado tuvo la responsabilidad de la defensa, técnicamente su gestión estuba reducida a vigilar la marcha de la investigación; y que cualquier pedimento dirigido a obtener la libertad del inculpado en esa época habría resultado prema-

tura y antitécnico, porque el auto de denuncia aparecía invulnerable (25 y 26).

El Tribunal a quo dijo sobre las anteriores apreciaciones por demás en los siguientes términos:

"a) Que la causa aducible para que el Dr Cantillo Ordóñez no siguiera actuando en el sumario contra Julio César Méndez Cornelio por ausentarse de trabajo de acuerdo con el contrato celebrado entre el profesional y el padre del sindicado, fue la revocatoria del mandato al cabo más o menos de dos meses de haber tomado posesión del cargo cuando el sumario aún no había sido calificado por el funcionario competente;

"b) Que por esa causa no se le puede imputar al doctor Cantillo Ordóñez abandono de su gestión como apoderado del sindicado Méndez Correcor porque sí, como lo dice el querellante, el contrato se refería a la defensa total, el período de su cumplimiento no había precluído aun cuando se le retiró la confianza, y quedaba muy consiguiente mucho tiempo y mucha oportunidad a la defensa para hacer valer sus derechos antes de que el sindicado se fastidiase o cayera por impaciencia o por chiscas;

"c) Tampoco puede imputársele negligencia al abogado pues, según el dictamen pericial, sí actuó al menos en una diligencia de ratificación, y en las demás que se practicaron durante el lapso en que el doctor Cantillo figuró como apoderado, no era necesaria su intervención;

"d) En cuanto a una posible deslealtad del señor abogado para con su cliente en el sentido de que el querellado se hubiese comprometido a tener éxito en su gestión, abusando de la ignorancia del querellante, o que le hubiese ocultado la situación real irremediable quizá para sacarle dinero, eso no se demostró y por su parte el doctor Cantillo Ordóñez niega enfáticamente dicho cargo" (41 v. v).

De la prueba analizada se concluye que es jurídica la decisión sometida a consulta y debe, por tanto, confirmarse. Igualmente habrán de mantenerse la Resolución de no investigar el cargo de calumnia a que se refirió el Fiscal de primera instancia, por la misma razón que la entidad sentenciadora aduce y que la Corte prohija: no haberse basado la acusación contra el doctor Cantillo Ordóñez en falsas imputaciones del querellante Salustiano Méndez Cachaya, sino en los informes que a éste le suministró, con ligereza, el Juez Primero Departamental de Policía del Huila.

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, previa audiencia del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cañón Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Liberio Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor

Impreso en los
TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA
B O G O T A

LA CIRCUNSTANCIA QUE MODIFICA LA RESPONSABILIDAD Y ATENUA LA SANCION EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO O LESIONES PERSONALES, ES LA DE QUE ESOS HECHOS SE COMETAN "EN RIÑA QUE SE SUSCITE DE UN MODO IMPREVISTO"—FINALIDAD Y ALCANCE. — QUE CONFIGURA LA MODALIDAD DE LA RIÑA IMPREVISTA.—INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO.—PROVOCACION E IMPREVISION

1 — La circunstancia que modifica la responsabilidad y atenúa la sanción en los delitos de homicidio o lesiones personales, es la de que esos hechos se cometan "en riña que se suscite de un modo imprevisto". Su finalidad no tiene otro alcance que aquél fijado por los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal, cuando expresan que "es necesario sí prever el caso de homicidio y lesiones verificados en riña, para disminuir la pena en algunos casos, pues la inhibición sin limitación alguna sería injusta, como en el caso de la riña que se busca o se provoca con el pensamiento o resolución de causarle la muerte al provocado, pues entonces en vez de una atenuante sería el caso de estimarla como un agravante". Dentro de esta modalidad no emplearon el término "riña casual" por inadecuado, por no reflejar esa expresión el pensamiento de la Comisión "porque tal situación podrá ser repentina en su iniciación pero no fruto de la casualidad, pues siempre tiene que haber una persona o un agente que la provoque; por tanto, sería más apropiado decir riña repentina o imprevista, o una expresión semejante", pensamiento que se concretó en la disposición del art 21 del Proyecto, correspondiente al art 384 del Código Penal.

2 — La modificación de la responsabilidad y consiguiente atenuación de pena para los delitos cometidos en riña, está condicionada al hecho esencial e imprescindible de que sea "imprevista"; es decir, que la lucha o contienda surja súbitamente, de improviso, por instantánea exacerbación de los ánimos, sin prever sin conocer de antemano o con antelación los daños o perjuicios que de ella se puedan derivar, pues sólo la contienda imprevista e inesperada, producto de ofensas o reclamos mutuos o provocada por alguna de las partes, es lo que configura la modalidad de la riña imprevista. Por consiguiente, no hay lugar a invocar la disposición del art 384 del Código Penal, cuando la riña es casual, preordenada, a propósito de un lance, de un reto o desafío, porque si bien es verdad que esas expresiones llevan consigo el concepto de provocación, quien acepta la riña en estas condiciones no tiene al ánimo desprevenido sino prevenido, y el hecho no sería imprevisto sino pensado —probablemente— calculado en los sistemas de ataque y defensa y aún en sus consecuencias. En estos casos, el elemento esencial de la imprevisión no existe ni puede alegarse por quien provoca la riña ni por quien habiendo podido evitarla la propició o la aceptó.

Si la provocación o sea el hecho de iniciar, estimular o irritar a una persona con palabras ofensivas es el medio que propicia de súbito el encuentro o lucha entre los contendientes, la riña será imprevista; pero si la provocación no conduce de inmediato a la realización del lance personal, sino a la invitación para que él se produzca, el encuentro posterior carece del elemento esencial imprevisto que caracteriza la riña. Entonces esa modalidad sólo alcanza a constituir una circunstancia de menor peligrosidad, pero en ningún caso, modificadora de la responsabilidad.

3 — Es evidente que el Jurado —en su respuesta— no tiene obligación de consignar términos o fórmulas sacramentales de aquellas que emplean los juristas o personas versadas en la ciencia del derecho, pero también es cierto que no puede —en su veredicto— omitir las expresiones fundamentales que den al juzgador un criterio seguro de orientación para interpretar el veredicto y acomodarlo a las disposiciones de la ley. Si el Jurado es la entidad que en-

tifica los hechos y pruebas del proceso para deducir la responsabilidad, la respuesta tiene que ser clara, precisa y terminante en cuanto a la afirmación o negación de ella o de las circunstancias que la modifican.

Si el veredicto no afirma el fenómeno jurídico de la "imprevisión" ello quiere decir que el Jurado deliberadamente omitió pronunciarse sobre esa circunstancia modificadora de la responsabilidad, bien porque las pruebas no le dieron base para allegar a ésa conclusión, ora porque aún en el caso de haberse propuesto esa modalidad, ellos en su criterio de íntima convicción para apreciar los hechos y pruebas del proceso encontraron que esa formalidad "riña imprevista" no se estructuraba sobre la verdad material de los hechos investigados. De allí que, la incertidumbre, oscuridad u omisión en pronunciarse sobre una circunstancia modificadora de la responsabilidad que por derecho propio debió calificarla el Jurado, no puede suplirse o llenarse por los juzgadores de instancia, porque entonces fallarían en derecho sobre puntos para los cuales no tienen autorización legal; es decir, dictarían una sentencia en desacuerdo con el veredicto, incurriendo en la causal 3ª del art 567 del Código de Procedimiento Penal.

El veredicto "sí es responsable pero en riña provocada por el occiso" no es equivalente ni igual al de "sí es responsable pero en riña suscitada de modo imprevisto"; en el primero, no se contempla el fenómeno de la imprevisión que es la circunstancia modificadora de la responsabilidad, y aun cuando se expresa que el delito se realizó en riña provocada por el occiso, el término PROVOCACION no sustituye ni es equivalente al hacer IMPREVISION; en el segundo, se omite la provocación para hacer una declaración expresa del fenómeno de la imprevisión, reconocimiento indispensable para la aplicación del artículo 384 del Código Penal; pero el Juez de derecho al aplicar la Ley, en desarrollo del veredicto, no puede llenar los vacíos o deficiencias que voluntaria o involuntariamente hayan dejado de expresar los Jueces de conciencia al emitir su veredicto, ni para adicionar la respuesta, ni para buscar declaraciones implícitas que no están contenidas en ella, ni para reemplazar un veredicto por otro de contenido y alcance diferente al emitido, porque la sentencia —artículo 486 del C de PP— se pronuncia de acuerdo con la calificación que los Jueces de conciencia den a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente Dr Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia de diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y seis, condenó a Francisco Lemos Gordillo a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de la muerte de Marcelino Mejía Marmolejo.

Contra esta sentencia el defensor del procesado interpuso recurso de casación, y como se hallan cumplidos los trámites procesales, la Corte procede a su estudio.

Antecedentes

En providencia de diez y siete de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, el Juzgado Segundo Superior de Buga llamó a responder en juicio —con intervención de Jurado— a Francisco Antonio Lemos Gordillo por un delito de homicidio previsto y sancionado en el Título XV, Capítulo I Libro II del Código Penal. Como esta providencia no fué apelada se declaró ejecutoriada en auto de treinta y uno de mayo del referido año.

En la parte motiva de esa providencia, al individualizar el hecho y las circunstancias que lo tipifican, se lo cataloga como "un homicidio simplemente doloso" sin atenuantes ni agravantes, porque no hay en el proceso nada que justifique una calidad distinta, porque hasta en las causas que lo originaron se advierte que no hubo ninguna que viniera a supeditar o colocar al sindicado en condiciones distintas a las que se dejan expresadas".

CUESTIONARIO

A la consideración de los miembros del jurado se sometió el siguiente interrogatorio:

"¿El acusado, FRANCISCO ANTONIO LEMOS

GORDILLO, de las condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, es responsable penalmente conforme a éste, de haber dado muerte, con el propósito de matar, a MARCELINO MEJIA MARMOLEJO, causándole con arma de fuego de corto alcance (revólver), una herida que lesionó mortalmente regiones vitales de la masa encefálica, conforme a la descripción que en el acta de autopsia hacen los señores médicos legistas (fs 15); hecho cometido entre las seis y siete y media de la noche del día DOMINGO, veintiuno (21) de NOVIEMBRE de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), en la cantina de JONAS ESCALANTE, situada en el corregimiento de HOLGUIN, jurisdicción del Municipio de LA VICTORIA, en comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó:

"Si es responsable en riña provocada por el occiso".

En desarrollo de este veredicto, el Juzgado, en sentencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó a Lemos Gordillo a la pena de cuatro años de presidio, con aplicación de los artículos 362 y 384 del C P es decir, dió aplicación a la circunstancia modificadora de la responsabilidad —riña imprevista— a pesar de que en la parte motiva de esa providencia se afirma que, previamente al hecho hubo una discusión, un lance, un desafío que se desconoce a ciencia cierta quién lo hizo, porque "no es posible —dice el Juzgado— aceptar que hubiera aceptado el desafío de los Lemos, si fue que éstos en realidad lo desafiaron, sin tener arma o sin proveerse de ella antes de salir a la riña; o por el contrario, si Mejía, se acepta que fué él quien desafió a los Lemos, con mayor razón hay que concluir que Mejía estaba armado y exhibirla (sic) al tiempo de la riña".

Las anteriores afirmaciones que implican contradicción, fueron corregidas por el Superior en la sentencia que hoy se demanda.

"El Juez de primera instancia —dice el Tribunal— apartándose de los términos del veredicto, aplicó la pena privativa de la libertad de cuatro años de presidio, atenuándola de acuerdo con la circunstancia del artículo 384 del Código Penal, que trata de la riña imprevista, suponiendo, equivocadamente, que una riña provocada por el occiso, como lo dijo el Jurado, equivale necesariamente a la riña imprevista de que trata el citado artículo, incurriendo de esta manera en la lamentable equivocación de confundir la 'imprevisibilidad' de la riña, que es lo que legalmente atenúa los delitos de 'homicidio' y 'lesiones personales' con la 'provocación' de la riña".

"De lo dicho se deduce, que para interpretar en forma adecuada el veredicto del Jurado, es necesario reformar el fallo de primera instancia, sin darle aplicación a la atenuante de que trata el artículo 384 del Código Penal, y aplicando al reo el mínimo de la sanción privativa de la libertad prevista en el artículo 362 del mismo Código, que sanciona el delito de 'homicidio' simplemente voluntario con una pena de OCHO A CATORCE AÑOS DE PRESIDIO, ya que el veredicto tiene amplio respaldo probatorio en cuanto afirma la responsabilidad de Lemos Gordillo, según se analizó en el auto de proceder".

Demanda

Se impugna el fallo por la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

El recurrente fundamenta su causal, así:

"Considero que la sentencia acusada no está de acuerdo con el veredicto del Jurado, porque la auténtica intención de éste fue la de reconocer en favor de Lemos Gordillo la atenuante de la riña suscitada de un modo imprevisto".

Después de hacer algunas consideraciones sobre la petición hecha por el Fiscal del Juzgado, para que los miembros del Jurado contestaran que el hecho se cometió en riña y de expresar que se opuso a esa declaración por inútil, después de explicar al jurado el alcance de la circunstancia modificadora de la responsabilidad cuando el homicidio se comete en riña imprevista, expresa:

"De tal manera que cuando el Jurado no se limitó a atender la petición del Fiscal, sino que agregó la modalidad de la provocación por parte del occiso, tácitamente estaba indicando que su verdadera intención era la de reconocer la atenuante establecida por la Ley. No empleó los términos precisos, precisamente por su alejamiento total de las disciplinas jurídicas (dos de los jurados, señores Victoria y Carvajal son comerciantes y el tercero, o sea el señor Ruiz, es comisionista); y tan cierto es lo afirmado anteriormente que el Juez del conocimiento, quien presidió la audiencia, por haber estado atento a las alegaciones de las partes, llegó a la conclusión de que el Jurado no había querido otra co-

sa que colocar al procesado dentro de una riña suscitada de manera imprevista".

"En el caso presente, el aspecto objetivo de la riña, o sea el combate singular, fué admitido por el Ministerio Público; porque aun cuando no existió en verdad el cambio de golpes, sí era el ánimo de Mejía y el de Lemos Gordillo iniciar ese combate que no llegó a tener efectividad por la supremacía del arma que portaba el segundo. La defensa sostuvo una causal de justificación en beneficio del procesado, que no fué admitida".

"De manera que si el Jurado quiso con su respuesta reconocer la atenuante de la riña imprevista al procesado, tal como se desprende de los antecedentes procesales, la sentencia que desconoció ese hecho está en abierta pugna con el veredicto y es consecuencialmente impugnable en casación".

Se considera:

La circunstancia que modifica la responsabilidad y atenúa la sanción en los delitos de homicidio o lesiones personales, es la de que esos hechos se cometan "en riña que se suscite de un modo imprevisto". Su finalidad no tiene otro alcance que aquél fijado por los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal, cuando expresan que "es necesario si prever el caso de homicidio y lesiones verificados en riña, para disminuir la pena en algunos casos, pues la disminución sin limitación alguna sería injusta, como en el caso de la riña que se busca o se provoca con el pensamiento o resolución de causarle la muerte al provocado, pues entonces en vez de una atenuante sería el caso de estimarla como un agravante". Dentro de esta modalidad no emplearon el término "riña casual" por inadecuado, por no reflejar esa expresión el pensamiento de la comisión "porque tal situación podrá ser repentina en su iniciación pero no fruto de la casualidad, pues siempre tiene que haber una persona o un agente que la provoque; por tanto, sería más apropiado decir riña repentina o imprevista, o una expresión semejante", pensamiento que se concretó en la disposición del artículo 21 del proyecto correspondiente al Art 384 del Código Penal.

La modificación de la responsabilidad y consiguiente atenuación de pena para los delitos cometidos en riña, está condicionada al hecho esencial e imprescindible de que sea "imprevista"; es decir, que la lucha o combate surja súbitamente, de improviso, por instantánea exacerbación de los ánimos, sin prever sin conocer de antemano o con antelación los daños o perjuicios que de ella se puedan derivar, pues solo la contienda imprevista e inesperada, producto de ofensas o reclamos mutuos o provocada por alguna de las partes, es lo que configura la modalidad de la riña imprevista. Por consiguiente, no hay lugar a invocar la disposición del artículo 384 del Código Penal, cuando la riña es causal, preordenada, o producto de un lance, de un reto o desafío, porque si bien es verdad que estas expresiones llevan consigo el concepto de provocación, quien acepta la riña en estas condiciones no tiene el ánimo desprevenido sino prevenido, y el hecho no sería imprevisto sino pensado probablemente— calculado en los sistemas de ataque y defensa y aún en sus conclusiones. En estos casos, el elemento esencial de la imprevisión no existe ni puede alegarse por quien provoca la riña ni por quien habiendo podido evitarla la propició o la aceptó.

Se afirma que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, porque la intención del Jurado fué la de reconocer la atenuante de la riña imprevista, pues al "agregar la modalidad de la provocación por parte del occiso, tácitamente estaba indicando que su verdadera intención era la de reconocer la atenuante establecida por la Ley". Pero este concepto no se ajusta al espíritu de la ley – Art 348 ni a la interpretación jurídica del precepto, porque si la provocación o sea el hecho de incitar, estimular o irritar a una persona con palabras ofensivas es el medio que propicia de súbito el encuentro o lucha entre los contendientes, la riña será imprevista; pero si la provocación —como en el caso sub judice— no conduce de inmediato a la realización del lance personal sino a la invitación para que él se produzca, el encuentro posterior carece del elemento esencial imprevisto que caracteriza la riña. Entonces esa modalidad solo alcanza a constituir una circunstancia de menor peligrosidad, pero en ningún caso, modificadora de la responsabilidad.

Es evidente que el Jurado —en su respuesta— no tiene obligación de consignar términos o fórmulas sacramentales de aquellas que emplean los juristas o personas versadas en la ciencia del derecho, pero también es cierto que no puede —en su veredicto— omitir las expresiones fundamentales que den al juzgador un criterio seguro de orientación para interpretar el veredicto y acomodarlo a las disposiciones de la Ley. Si el Jurado es la entidad que califica los hechos y pruebas del proceso para deducir la responsabilidad la respuesta tiene que ser clara, precisa y termi

nante en cuanto a la afirmación o negación de ella o de las circunstancias que la modifican.

Si el veredicto no afirma el fenómeno jurídico de la "imprevisión" ello quiere decir que el Jurado deliberadamente omitió pronunciarse sobre esa circunstancia modificadora de la responsabilidad, bien porque las pruebas no le dieron base para llegar a esa conclusión, ora porque aún en el caso de haberse propuesto esa modalidad, ellos en su criterio de íntima convicción para apreciar los hechos y pruebas del proceso encontraron que esa formalidad "riña imprevista" no se estructuraba sobre la verdad material de los hechos investigados. De allí que, la incertidumbre, oscuridad u omisión en pronunciarse sobre una circunstancia modificadora de la responsabilidad que por derecho propio debió calificarla el Jurado, no puede suplirse o llenarse por los juzgadores de instancia, porque entonces fallarían en derecho sobre puntos para los cuales no tienen autorización legal; es decir, dictarían una sentencia en desacuerdo con el veredicto, incurriendo, precisamente, en la causal de casación que invoca el recurrente.

El veredicto "sí es responsable pero en riña provocada por el occiso" no es equivalente ni igual al de "sí es responsable pero en riña suscitada de modo imprevisto": en el primero, no se contempla el fenómeno de la imprevisión que es la circunstancia modificadora de la responsabilidad, y aun cuando se expresa que el delito se realizó en riña provocada por el occiso, el término **provocación** no sustituye ni es equivalente al factor **imprevisión**: en el segundo, se omite la provocación para hacer una declaración expresa del fenómeno de la imprevisión, reconocimiento indispensable para la aplicación del artículo 384 del Código Penal; pero el juez de derecho al aplicar la ley, en desarrollo del veredicto, no puede llenar los vacíos o deficiencias que voluntaria o involuntariamente hayan dejado de expresar los jueces de conciencia al emitir su veredicto, ni para adicionar la respuesta, ni para buscar declaraciones implícitas que no están contenidas en ella, ni para reemplazar un veredicto por otro de contenido y alcance diferente al emitido, porque la sentencia —Art 480 del C de PP— se pronuncia de acuerdo con la calificación que los jueces de conciencia dén a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

Por otra parte, de las pruebas allegadas al juicio no se deduce la configuración de la "riña imprevista"; tan cierta es esta afirmación, que el mismo recurrente dice que: "aun cuando no existió en verdad el cambio de golpes, sí era el ánimo de Mejía y el de Lemos Gordillo iniciar ese combate que no llegó a tener efectividad por la supremacía del arma que portaba el segundo". Esta aseveración lleva a la conclusión de que la riña no fué "imprevista" porque sí hubo el ánimo de iniciar un combate, el suceso no era inesperado, súbito o repentino; el hecho de aplazarlo para iniciarlo después, por lógica consecuencia descarta el fenómeno de la "imprevisión", quien acepta en estas condiciones un lance, no puede alegar posteriormente en su favor la imprevisión del hecho y sus consecuencias.

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 Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, NO INVALIDA el fallo de diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y seis, dictado por el Tribunal Superior de Buga, por el cual se condenó a Francisco Lemos Gordillo a la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Marcelino Mejía Marmolejo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Eliberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

SI AL COMETER EL HECHO, EL PROCESADO ERA PARTICULAR Y NO COMETIO DELITO MILITAR, NO LE AMPARA FUERO. — EL SOLO PASO DE UNA SITUACION A OTRA — DE PARTICULAR A MILITAR— NO ES SUFICIENTE PARA CREAR EL FUERO. — EL TEMOR DEL PROCESADO DE NO HALLAR IMPARCIALIDAD EN EL JUEZ ORDINARIO NO ES SUFICIENTE PARA QUE LA COLISION SE DECIDA A FAVOR DE LA JUSTICIA MILITAR

1.—Si la situación del sindicado era, en la época de los hechos, la de PARTICULAR según la definición del código castrense, y no cometió delito MILITAR, es precisamente a la justicia ordinaria a la que corresponde su juzgamiento, en virtud de que ningún fuero le ampara.

2.—Es fundamentalmente erróneo afirmar que, como el fuero está establecido principalmente para el juzgamiento, debe reconocerse por la posterior adquisición de determinada calidad, aunque ni el ilícito ni la calidad del agente el consumado den lugar a crear la excepcional situación que implica el privilegio, establecido, no por razón de la persona individualmente considerada, sino del cargo o posición de esa persona, y no ampara respecto de cualquier clase de infracciones, vale decir, al imponerse un fuero se tiene en mira la salvaguardia de la dignidad del empleo o profesión, y, por regla general, se establece para hechos en que la calidad oficial es halle envuelta, esencialmente condicionada a que tales hechos hayan sido cometidos cuando se tiene la posición que se trata de poner a salvo. De ahí que el solo paso de una situación a otra no sea suficiente para crear el fuero o para que éste cese. Así, por ejemplo, cuando se ocupa un cargo, en razón del cual se comete una infracción penal, el agente debe juzgarse de acuerdo con las normas especiales, que le sustraen de las aplicables a los demás carentes de fuero; si la infracción penal es de otra índole, se le juzgará por el juez ordinario, como se juzga a cualquiera de estas otras personas; si el mismo autor de alguno de los delitos llamados OFICIALES deja de desempeñar el cargo, sin embargo seguirá sometido al juez o tribunal especial, y no a los demás, y si el delito no es de aquella índole, aunque ejerza aún el cargo, será juzgado también de la manera ordinaria.

3.—No es motivo para que la colisión se decida a favor de la justicia militar, el que se tema, por parte del procesado, que no hallará la debida imparcialidad en el juez ordinario. Esta razón, como es obvio, debe alegarse en forma y oportunidad distintas de la presente, ya que implica un incidente procesal de otro orden, como es el referente a la recusación del juez, o a la declaratoria de impedimento de éste.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

o

Debe decidirse la colisión de competencia positiva, provocada por el Comando de la 4ª Brigada al Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Medellín, en esta causa que, por homicidio en Pedro Julio Avendaño y robo en objetos de propiedad del occiso, se sigue contra Jesús Barrera o Sepúlveda y otros.

Antecedentes

El 30 de abril del corriente año, el comandante de la brigada en referencia pidió al Juez Quinto Superior de aquel Distrito el envío del "sumario o copia de él, que cursa en su Despacho por el delito de homicidio en el cual figura sindicado entre otros el Cabo 1º del Ejército J. Humberto Yepes Roldán". Como fundamento de la solicitud se trascribe un concepto del Procurador General de las fuerzas armadas, según el cual "el fuero militar que tiene el personal perteneciente a las Fuerzas Armadas es especialmente para efectos del juzgamiento del mismo, lo cual quiere decir que quienes gozan del fuero no pueden ser juzgados sino

por la Justicia Penal Militar, aun a pesar de haber cometido el delito de que se les sindica no siendo miembros de las Fuerzas Armadas".

El Juzgado, para negar la solicitud, después de anotar cómo, en el día de los hechos, el procesado Julio Humberto Yepes Roldán tenía una cantina allí donde aquellos se desarrollaron y solo posteriormente ingresó al ejército, se basa en que el decreto número 1125 de 1950, "que dice relación al fuero especial de. sindicado al tiempo de cometer el hecho, no es aplicable, por lo mismo, en el caso presente. Menos aún tratándose de un asesinato, calificado de atroz por la misma Corte Militar de Casación y Revisión".

Consideraciones de la Corte:

El punto esencial, para resolver en uno u otro sentido, es el de saber si el fuero cobija a Yepes Roldán, antiguo propietario de una cantina y militar solo con posterioridad a la consumación de los hechos.

La competencia para juzgar a una persona depende en términos generales de la calidad del agente, de la índole de la infracción y del lugar en donde ésta se cometa: estos elementos se contemplan en el art. 7º del Decreto Nº 1125 de 1950 para definir la competencia de los tribunales militares. En cuanto a la primera condición, por el artículo 8º de este Decreto se sabe que es **particular** "el personal civil que no forma parte de las fuerzas militares", y que no está sometido a la jurisdicción penal militar sino en los casos comprendidos en los numerales 5º, 6º y 7º del mismo artículo, aparte del 4º, que se relaciona con prisioneros de guerra y espías, sin especificación de la calidad del agente. En ninguno de tales casos encaja el de Yepes Roldán. Menos puede entenderse comprendido dentro del numeral 1º, por cuanto éste exige perentoriamente que se trate de personal militar en **servicio activo**, se entiende que no por el hecho de tener la calidad en el momento del juicio sino en aquel en que se cometió el ilícito, cuestión que se aclara con solo leer el numeral 3º, según el cual se halla sometido a la justicia castrense el militar en situación de reserva o de retiro solo cuando se trata de delitos contra la disciplina militar o asimilados a los particulares, cuando según las normas del código de justicia penal militar, estos estén sujetos a aquella jurisdicción. Y, por lo que hace al delito militar de homicidio, definido en el artículo 148 de la misma obra, siempre es el cometido por el militar, con ocasión del servicio o por su causa; en cuanto se refiere al delito militar de robo, se halla definido en el artículo 192, y allí se exige que lo robado esté afecto al servicio de las fuerzas armadas.

Si pues la situación de Julio Humberto Yepes Roldán era, en la época de los hechos, la de **particular** según la definición del código castrense, y no cometió delito **militar**, es precisamente a la justicia ordinaria a la que corresponde su juzgamiento, en virtud de que ningún fuero le ampara. Es fundamentalmente errónea afirmar que, como el fuero está establecido principalmente para el juzgamiento, debe reconocerse por la posterior adquisición de determinada calidad, aunque ni el ilícito ni la calidad del agente al consumarlo den lugar a crear la excepcional situación que implica el privilegio, establecido, no por razón de la persona individualmente considerada, sino del cargo o posición de esa persona, y no ampara respecto de cualquier clase de infracciones, vale decir, al imponerse un fuero se tiene en mira la salvaguardia de la dignidad del empleo o profesión, y, por regla general, se establece para hechos en que la calidad oficial se halle envuelta, esencialmente condicionado a que tales hechos hayan sido cometidos cuando se tiene la posición que se trata de poner a salvo. De ahí que el solo paso de una situación a otra no sea suficiente para crear el fuero o para que éste cese. Así, por ejemplo, cuando se ocupa un cargo, en razón del cual se comete una infracción penal, el agente debe juzgarse de acuerdo con las normas especiales, que le sustraen de las aplicables a los demás carentes de fuero; si la infracción penal es de otra índole, se le juzgará por el juez ordinario, como se juzga a cualesquiera de estas otras personas: si el mismo autor de alguno de los delitos llamados oficiales deja de desempeñar el cargo, sin embargo seguirá sometido al juez o tribunal especial, y no a los demás, y si el delito no es de aquella índole, aunque ejerza aún el cargo, será juzgado también de la manera ordinaria.

Tampoco es motivo, para que la relación se decida a favor de la justicia militar, el que se tema, por parte del procesado, que no hallará la debida imparcialidad en el juez ordinario. Esta razón, como es obvio, debe alegarse en forma y oportunidad distintas de la presente, ya que implica un incidente procesal de otro orden, como es el referente a la recusación del Juez, o a la declaratoria de impedimento de éste.

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 provocada en este proceso en el sentido de declarar que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria en cuanto se relaciona con Julio Humberto Yepes Roldán, y no a la justicia penal militar; y que, en consecuencia, debe proseguir la causa ante el Juez Quinto Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Póngase en conocimiento del Comando de la 4ª Brigada con sede en Medellín, lo resuelto en esta providencia.

Cópiese. Notifíquese. Devuélvese.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Ospela — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Remigio González Gooding, Conjuez. — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

EN LA PARTE RESOLUTIVA DE LA PROVIDENCIA EN QUE SE DA APLICACION AL ARTICULO 153 DEL C. P. P., DEBE INDICARSE CON PRECISION, LA CAUSA POR LA CUAL ES PERTINENTE

El artículo 153 del C. P. P., contiene hechos de diversa índole y calidad por cuya existencia deben hacerse declaraciones también diferentes, en orden a hacer cesar el procedimiento. Por tanto, en la providencia en que se resuelva aplicar aquella norma legal, debe indicarse con precisión, principalmente en la parte resolutiva, la causa por la cual se decreta la cesación del procedimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán consulta su providencia, fechada el 26 de julio de 1956, mediante la cual declara "que la acción penal iniciada aquí contra el doctor Neftalí Narváez, Juez del Circuito Promiscuo de Silvia, en virtud de la denuncia cabeza del proceso, no puede proseguirse y ordena, en consecuencia, la cesación de todo procedimiento contra él".

El Procurador Delegado en lo Penal da concepto favorable al provcído y solicita que, si la Corte lo estima conveniente, se ordene abrir investigación penal contra el Director de la Cárcel del Circuito de Silvia y contra el abogado Otoniel Fernández, o al menos que se investiguen las posibles faltas contra la ética profesional en que el último haya podido incurrir.

Surtidos los trámites, y no observándose causal de nulidad, se procede a resolver.

En memorial, dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 14 de septiembre de 1955, con las firmas del Director de la Cárcel del Circuito de Silvia (Cauca), Juan de J. Montoya Cano, del abogado Otoniel Fernández, y de nueve detenidos en dicho establecimiento, se hicieron al Juez Promiscuo de aquel Circuito, doctor Neftalí Narváez, gravísimos cargos, que van desde injurias proferidas en estado de embriaguez, hurto de objetos tales como fotografías, e inmoralidad, hasta "prevaricato" porque, con abuso de su autoridad obligó al indígena Vicente Yalanda a formular denuncio criminal "contra un conocido abogado de esta localidad cuando dicho señor no había procedido en forma contraria a la rectitud profesional".

Llamados a declarar los detenidos, unánimemente manifestaron no constarles ninguno de los hechos atribuidos al Juez del Circuito. Varios explicaron que su firma aparecía al pie del documento en referencia porque el Director de la Cárcel lo había solicitado, sin que se hubieren dado cuenta del contenido; otros, que la habían hecho por presión de este funcionario. Arquímedes Morales afirma que Alvaro Rodríguez e Ildefonso Velasco, al conocer el contenido del memorial, se negaron a suscribirlo, y acusa al Director por la venta de fotografías obscenas (f. 10 vto.) que el Personero se vio obligado a destruir. Rodríguez dice que se negó a firmar porque sabía que se trataba de memorial para acusar al doctor Narváez, ya que había oído decir al Director de la Cárcel, al abogado Fernández, que lo hiciera para acusar al juez de embriaguez, de haber injuriado a los detenidos y penetrado hasta la tienda del declarante con atropello para éste. Velasco dice que leyó el memorial por curiosidad, aunque no le llamaron para su firma, pero agrega que tal escrito fue confeccionado por el Director de la Cárcel "en compañía del doctor Otoniel Fernández".

Juan de J. Montoya Cano se negó a ratificarse en los cargos, por no constarle nada. Explicó que el abogado Fernández, como en otras ocasiones, había solicitado el préstamo de la máquina de escribir del establecimiento; que aquel había escrito el memorial; que lo había leído en alta voz a algunos de los detenidos, y que así el declarante, antes de firmar, se había dado cuenta del contenido solo de manera ligera, como por ejemplo de lo referente a "denuncio de un indígena".

Aunque no se allegó a los autos la prueba atinente al denuncio, que parece haber sido hecho contra el abogado Fernández, por Vicente Yalanda, el indígena a que se refiere el anterior decla-

rante, sin embargo Abel Camayo También manifiesta que el doctor Narváez no obligó a aquel a formular tal denuncio.

Otoniel Fernández se negó a la ratificación "con el fin de no perjudicar al doctor Narváez". Dice, con todo, que Abel Camayo le entregó trescientos pesos para que los guardara, para ir completando la suma a que se refería una letra de cambio suscrita como resultado de transacción en la causa mortuoria de Jacinta Camayo, cónyuge de Vicente Yalanda; que Abel Camayo le afirmó a Fernández que Vicente Yalanda le había pedido parecer al Juez Narváez, y que éste le había dicho que, como el abogado se había retirado de Silvia, le denunciara; que de regreso, entregó la suma cuando Camayo se la exigió; que al manifestarle Yalanda ser cierto lo que Abel Camayo había narrado, convino en la denuncia contra el Juez pero que el mismo abogado prudentemente primero habló con el secretario del Juzgado, que se mostró incrédulo; sin embargo había resuelto proseguir porque consideró grave ofensa a su honor de caballero y ciudadano el que, por la intervención del Juez, se le tuviese como "ladrón"; afirma que, al encontrar a Yalanda y a Camayo tiempo después, y poner en su conocimiento el hecho de haber denunciado al doctor Narváez, y que, en consecuencia, les llamarían a declarar, se sorprendió al recibir la respuesta, dada "como si se hubieran puesto de acuerdo", de que "contra un juez no iban a declarar"; concluye que "consta entonces que una fuerte intervención había logrado que los testigos principales fueran a callar y confirmar (sic) lo que yo había denunciado"; agrega que también por eso denunció al doctor Narváez como prevaricador. Dice que, por virtud de lo que le había contado Arquímedes Morales, y como el Director de la Cárcel le hubiese asimismo informado, denunció la sustracción de las fotografías; y que aquel funcionario "en ese tiempo era enemigo del señor Juez"; que Morales era su informante sobre las injurias a los detenidos; que aquel, al igual del Director, conoció en su integridad el memorial; y que, al retirarse de Silvia, lo dejó en manos del último con solas tres firmas, hecho de que puede dar cuenta el entonces Personero Municipal, Gerardo Orozco. Finalmente, sobre los estupros atribuídos al Juez, informa el abogado Fernández que los conoció por un tercero, que le manifestó que no declararía por "bien de la honra de las personas ofendidas".

Estudiadas las pruebas, el Tribunal manifiesta: "Indica lo expresado que si ninguno de los firmantes del escrito cabeza de proceso, ni quienes lo elaboraron, se ratificaron jurisdiccionalmente en sus aseveraciones, no tiene objeto proseguir la investigación, por el desaparecimiento de las bases que la hubieran podido dar asidero, con mayor razón si, por lo demás, las personas que dieron privadamente al doctor Otoniel Fernández S. los datos que le sirvieron para denunciar, no los confirman ante el instructor. Se está, pues, frente a uno de los eventos previstos en el artículo 153 del C. de P. Penal para la declaración judicial de que la acción penal no puede proseguirse y para la orden consecuencial de cesación de todo procedimiento contra el acusado".

Hallándose plenamente probada la calidad del Juez amparado por el fuero, que fija la competencia de la Corte, estima ésta que la providencia consultada debe confirmarse, con algunas aclaraciones y adiciones.

Dentro del proveído consultado no se dijo expresamente en la parte motiva ni se precisó en la parte resolutiva por qué razón la acción penal no puede proseguirse. El artículo 153 del C. P. P. contiene hechos de diversa índole y calidad por cuya existencia deben hacerse declaraciones también diferentes en orden a hacer cesar el procedimiento. Por tanto, en la providencia en que se resuelva dar aplicación a aquella norma legal, debe indicarse con precisión, principalmente en la parte resolutiva, la causa por la cual es pertinente dicha aplicación. En el caso de autos, se encuentra que ninguno de los hechos denunciados fue cometido por el procesado, o sea, que la causa por la cual debe declararse que no puede proseguirse el procedimiento es por no haber existido aquellos.

De otra parte, estima la Corte que debe iniciarse investigación penal, no solo en el sentido en que la solicita el Ministerio Público, sino en lo referente a las imágenes pornográficas. Efectivamente, se justifica lo primero porque del expediente resulta que los promotores de la investigación contra el Juez le dieron impulso sin fundamento, como lo demuestran los hechos de haber insistido el abogado Fernández en que el Director de la Cárcel conocía el contenido del memorial, en tanto que éste lo niega; de que alguno de los declarantes diga expresamente cómo el funcionario en referencia dabo instrucciones al abogado sobre el contenido del memorial; de que el mismo abogado afirme que el Director de la Cárcel era por ese entonces enemigo del Juez y que solo había tres firmas cuando abandonó la población. Más claros son los hechos a que se refiere Arquímedes Morales, sobre comercio de imágenes obscenas, lo que constituye delito perseguible de oficio.

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, RESUELVE:

1º—Confirmar la providencia consultada, aclarándola en el sentido de que la acción penal no puede proseguirse por no existir los hechos imputados al doctor Neftalí Narváez en estas diligencias y que, por esta razón, debe cesar el procedimiento contra aquel; y

2º—Ordenar que, por la autoridad competente, se inicien las investigaciones de carácter penal a que se refiere la parte motiva de este proveído. Sáquese copia de lo pertinente.

Cópiese. Notifíquese. Devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

ES ANTITECNICO PEDIR LA CASACION DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERO Y SEGUNDO GRADO. — DEMOSTRADA LA AUSENCIA DE PRUEBA PRINCIPAL, DE ORIGEN CIVIL, DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIA DE CUALQUIER CLASE, SIN QUE LA FALTA DE LA PERICIAL EXCLUYA LA PARTIDA DE ORIGEN ECLESIASTICO. — PRESUNCION DE VERACIDAD A FAVOR DE QUIENES HACEN SENTAR UNA PARTIDA REFERENTE AL ESTADO CIVIL. — NO HAY CONTRADICCION ENTRE LOS DOS ORDENES DE LEGISLACION, CIVIL Y PENAL, EN CUANTO A EDAD BASICA PARA EL ILICITO DE VIOLENCIA CARNAL. — EN EL SUPUESTO DE QUE EL ARTICULO 316 DEL C. P. SIENTE PRESUNCION SIMPLEMENTE LEGAL, DEBE DEMOSTRARSE, PARA ALEGAR ERROR ESENCIAL DE HECHO, LA DISCREPANCIA ENTRE LA EDAD FISIOLOGICA Y LA CRONOLOGICA

1.—No es técnico pedir la casación de las sentencias de primera y segunda instancia, porque la índole de este recurso, como lo especifica el artículo 558 del C. P. P., implica el que se solicite en él exclusivamente la invalidación de la última, única que allí se enjuicia, ya que en el fondo lo que se busca es precisamente hacerla desaparecer para sustituirla por otra. Concentrándose legal y doctrinariamente el ataque y la decisión en la providencia de segunda instancia, y no versando sobre la de primera, no puede mencionarse ésta como materia de casación, aunque el superior se haya limitado a confirmar lo resuelto por el inferior. Discrepen o concuerden los fallos de instancia, no ha de reformarse simplemente a lo decidido por el juzgador de primer grado, sino que ha de invalidarse el fallo de segunda instancia, ya sea para dictar el que deba reemplazarlo (artículo 570, num. a), o para devolver el proceso a fin de que se dicte sentencia o se reponga el procedimiento (ib. num. b), o para que se convoque nuevo jurado (ib. num. c).

2.—Son nociones elementales las de que, acreditada la inexistencia de una prueba principal, debe acudirse a la supletoria, y de que ésta no se halla compuesta exclusivamente por la prueba pericial, sino que puede consistir en documentos de índole diversa de la que constituye la prueba principal, o en la prueba puramente testimonial, etc."

Para probar la edad de una persona, cuando la partida de nacimiento, de origen civil, no aparece, demostrado esto ha de acudirse a cualquiera de las pruebas supletorias, entre las cuales, por fuerza de mandato legal, se hallan las partidas de origen eclesiástico. No es cierto que, de acuerdo "con las normas civiles, estas partidas no constituyen prueba del estado civil", si menos si que tal cosa se desprenda "de las claras disposiciones de la ley 92 de 1938, artículos 18 y 53 especialmente", porque esta misma ley, en el artículo 19, con igual claridad, se refiere a las partidas de origen eclesiástico como a pruebas supletorias del estado civil. Es además equivocado argumentar que la partida de origen eclesiástico no es de nacimiento sino de bautizo, para inferir de allí que solo contiene declaraciones acerca de la entrada al seno de la iglesia católica: cuando se reconoce valor a los registros eclesiásticos, no es porque en estos se consignen constancias de haberse administrado un sacramento o sepultado a alguien, sino que, por los hechos que encierra y el señalamiento de personas que allí se efectúa, se desprenden elementos que la ley ha querido tener como equivalentes a los del registro civil, en orden a establecer, en general, el estado civil de la persona y, además, como es obvio su edad.

La conclusión de que, cuando se ignora la edad de alguien, por carencia de documentos auténticos, se deba llamar a los peritos, es errada en el sentido de que no se puede pasar por alto el que los documentos unas veces son prueba principal y otras supletoria, y porque no se puede confundir el carácter de autenticidad de un documento con el de

ser prueba principal o supletoria. Si se carece de prueba principal, habiendo otra prueba, supletoria, también documental y auténtica, no se ve por qué ha de exigirse que solo pueda establecerse el hecho por peritos. Si la prueba principal debe ser la partida de origen civil, queda, entre las supletorias, la de origen eclesiástico. Y si ésta es auténtica, entonces se tendrá una prueba supletoria equivalente, para el caso, a la pericia médica, sin que por fuerza haya de desestimarse aquella y echar de menos esta.

3.—La argumentación contra una partida de origen eclesiástico por presunta mendacidad, pero por exceso y es aplicable a cualquier partida, incluso de origen civil. Es evidente que quien pone en conocimiento, sea del notario, del alcalde o del párroco, el hecho de un nacimiento, aunque según los casos lo haga para diferentes fines, teniendo en cuenta que objetivamente se producen los mismos resultados —constancia de hechos, de fechas, de personas y sus características— el compareciente lo mismo mentiría ante uno que ante otro. Tanto el notario, como el alcalde o el párroco apenas registran lo que se les dice, no porque los hechos les consten personal y directamente. Y unos y otros hacen el asiento en los libros en fuerza de la presunción de veracidad que les merecen las aseveraciones. Pero no se pueden presumir mendaces para pedir la demostración de su veracidad, ya que por normas elementales de derecho y de crítica existe presunción contraria, o sea, que en tanto no se demuestre la falsedad de lo aseverado por alguien, ha de tenerse por verdadero. Otra cosa es que del estudio del dicho, con el de las pruebas que haya en su favor o contra él, según las normas de la crítica del testimonio, lleve a la conclusión de que hubo mutación de la verdad, porque entonces lo que se está atacando es la presunción de veracidad en ese caso concreto.

Al omitirse la prueba de la falsedad se está reforzando la partida de origen eclesiástico, porque se añade un motivo más a la certidumbre de que no solo es auténtica sino veraz en su contenido.

4.—Si la ley tomó la edad de catorce años como elemento constitutivo del delito de que había, en su inciso 2º del artículo 316 del C. P., no fue porque ese límite sea el del advenimiento de la pubertad, la aptitud creadora, la madurez sexual, para cuyo fenómeno la edad de catorce años es precisamente la fijada por la ley respecto del varón, no respecto de la mujer, para la cual existe el límite de doce años (C. C., artículos 34 y 140). Según la ley civil, una niña de doce años es apta para contraer matrimonio válido, porque desde esa edad es púber, tiene aptitud procreadora, ha llegado a la madurez sexual necesaria, pero el varón no, porque su límite de iniciación de la pubertad se ha fijado en catorce años. La nulidad del matrimonio contraído por quien no ha alcanzado la pubertad no puede solicitarse si la mujer, legalmente impúber, ha concebido. Según el artículo 316, la edad de catorce años es elemento constitutivo de un delito. Pero entre los dos órdenes de legislación, la civil y la penal, no hay contradicción, porque parten de distintos puntos de vista. No se puede pasar por alto el hecho de que el artículo 316 del C. P. no hace distinción de sexos, ni parte del supuesto de falta de madurez sexual, sino de falta de madurez intelectual y volitiva, y por eso si la víctima del delito, hombre o mujer, es menor de catorce años se presume la falta de consentimiento, sin que esto implique la afirmación ni la negación de que en esa edad haya una total madurez sexual; la ley civil también protege la falta de discernimiento, en el aspecto matrimonial, aunque autorice, ella sí con la base biológica del advenimiento de la pubertad, un matrimonio de menores de edad, mediante el permiso que debe solicitar el varón púber menor de veintiún años y la mujer también púber menor de dieciocho para poder casarse (C. C., artículos 117 y ss.), y aún aquí se puede ver cómo la ley atribuye una más rápida maduración intelectual y volitiva a la mujer, que, aún menor de edad puede casarse sin necesidad de permiso, puesto que puede hacerlo si tiene más de dieciocho años y menos de veintiuno.

5.—Aunque sea cierto que el varón normal busca mujer sexualmente desarrollada para usar normalmente de su apetito genésico y aunque se considere que este desarrollo lo alcanza ésta solo después de los catorce años —cosa que no es cierta ni biológica ni legalmente—, para poder atacar la sentencia lo que debe demostrarse es que la mujer tenía edad fisiológica superior a la cronológica, es decir, que para poder alegar

error esencial de hecho, en el supuesto de que el artículo 316 del C. P. no haya sentado una presunción de derecho sino una simplemente legal, por lo que debe comenzarse es por demostrar el error a que haya conducido la apariencia de la mujer, porque si SE REPRESENTA una mayor edad de la que realmente tiene, es decir, de la cronológica, entonces sí puede hablarse de que alguien fue inducido erróneamente a usar de ella por creerla sexualmente apta. Lo que no puede aceptarse es el razonamiento simple de que, como un hombre busca una mujer desarrollada, siempre se incurre en error, sin siquiera pretender la demostración de que la apariencia de la mujer es superior a la edad cronológica: de ahí que, además, se pueda argüir contra aquella tesis simplista el que, como aparece comprobada una edad, con prueba supletoria auténtica, que no se ha demostrado tampoco ser equivocada, no puede haber una diferencia de varios años entre la edad que señala la prueba y la de la menor a que se refiere, y, por tanto, la apariencia de la menor no podría ser, como atrás se dijo, la de la mujer bella o supradesarrollada en forma notoria, porque entonces el párroco habría hecho las pertinentes indagaciones, y no habiera tampoco consentido en aceptar un hecho notoriamente falso si no coincidiera el aspecto con la edad real.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Agotada la tramitación legal, debe ser decidido el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de Emiliano Sinisterra, en la causa que contra éste se siguió por el delito de violencia carnal en Pola Salas, que culminó con la sentencia, confirmatoria de la consultada por el inferior, que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 10 de julio de 1956.

Hechos

En el mes de enero de 1954, siendo corregidor de Cabo Manglares, en jurisdicción de Tumaco, dentro de la comprensión del Distrito Judicial referido, Emiliano Sinisterra solicitó de Dolores Salas la entrega de su hija Pola, de edad inferior a catorce años, con el pretexto de enviarla a la escuela: en realidad, la convirtió en su concubina.

La sentencia recurrida

En ella se manifiesta que la prueba pericial correspondiente había establecida la desfloración de la menor; que ésta tenía menos de once años cuando se la sometió al acceso carnal, y que la responsabilidad de Sinisterra había recibido demostración.

La demanda

Luego de un relato de hechos procesales, y después del epígrafe: "De estas sentencias condenatorias se pide su casación", para referirse a la del Juez de Circuito y a la del Tribunal, presenta el demandante como causal de casación, en primer lugar, la 2ª del artículo 567 del C. P. P., porque al dar por probado el Juez del Circuito y el Tribunal el hecho de ser menor de catorce años la víctima, "se ha dado valor de plena prueba a una partida de nacimiento, o mejor, de bautizo, existente en el expediente, partida que no acredita plenamente la edad de la ofendida", según el recurrente, esta partida solo prueba "el ingreso de la menor al seno de la Iglesia Católica, pero nada más"; con ella no se demuestra que la ofendida tenga menos de la edad citada, ni que la mujer que allí aparece como madre lo sea, ni que la menor nació, ni el lugar de su nacimiento, ni su estado civil. "Es decir no demuestra esa partida nada atañedero al derecho civil ni al derecho penal. Quien hizo esa manifestación al eclesiástico dice que la muchacha nació seis o cinco años antes de ser inscrita en el seno de la Iglesia Católica. De acuerdo con las normas civiles, estas partidas no constituyen prueba del estado civil, tal se desprende de las claras disposiciones de la ley 92 de 1938, artículos 18 y 13 especialmente. De suerte que técnicamente no está demostrada la edad de la ofendida". Después de hacer la afirmación de que, al carecerse de documentos auténticos para determinar la edad de una persona, ha de acudirse a la prueba pericial, y de reafirmar que no se sabe qué edad tenía la ofendida, concluye el recurrente: "De acuerdo con el C. C., artículo 1503, toda persona es capaz. Esto es una presunción.

Hay que demostrar lo contrario. Y en D. C. y en derecho en general son capaces los mayores de 21 años. De manera que mientras no se demuestre que una persona es menor de 21 años, hay que presumirla mayor de edad. Es al Estado, en nuestro caso, a quien le correspondía probar plenamente que la ofendida era menor de edad. Y esta prueba no corre en autos. Luego la sentencia ha dado por probados hechos no probados en el expediente y es casable".

En segundo lugar, presenta el recurrente la causal 1ª de casación, contenida en el artículo 567 del C. P. P., porque se violó la ley penal al dar indebida aplicación al inciso segundo del artículo 316 del C. P., desconociendo el 2º del artículo 23, ya que Sinisterra no sabía que la ofendida era menor de catorce años, y "el desconocimiento o el mal conocimiento de un hecho constitutivo de delito constituye error esencial de hecho"; el inciso 2º del artículo 316 "da como base para establecer el delito el hecho de que la ofendida sea menor de 14 años. El no saber que una mujer es menor de esta edad, constituye error de hecho que puede producir la irresponsabilidad por falta de culpabilidad"; si el procesado ignoraba la edad de la ofendida o estaba convencido plenamente de que tenía más de catorce años, su error es esencial y elimina el dolo; aquel error no era producto de negligencia, porque, como vivió maritalmente con ella, y ésta se le entregaba, no podía imaginar que fuese "impropia o incapaz de gozar sexualmente o de no saber qué hace". El inciso 2º del artículo 316 no envuelve presunción de derecho, y debe aplicarse de acuerdo con el artículo 23; la ley, en la creencia del recurrente, tomó la edad de catorce años porque "en esa época las mujeres devienen mujeres, en esa época termina su niñez y son aptas para la maternidad, y el ejercicio sexual". Termina diciendo que la actitud de la ofendida llevaba a Sinisterra al error, no proveniente de negligencia, porque "a nadie se le va a ocurrir en esos casos preguntar por la edad".

El concepto del Ministerio Público

Sobre la causal 2ª de casación y los argumentos presentados para sustentarla, el colaborador de la Sala, en su meditado concepto, analiza la prueba, haciendo ver cómo el demandante tacha la partida, no por falsa, sino por contener falsedades, o sea, que el documento es verdadero mas no verídico. Pero si respecto de acta del registro civil hay que partir de la presunción de veracidad que cobija a los dos testigos que la suscriben, al no hacerlo jamás el documento correspondiente sería elemento suficiente para probar los hechos, "lo que ha sido destinado para hacer fe de lo que testifica o atesta quedaría convertido en mero objeto de incertidumbre". Y si lo anterior es inconcuso respecto de aquellas actas, aparece también seguro cuando se trata, en defecto de ellas, de las extendidas por los párrocos, a que se refiere el artículo 19 de la ley 92 de 1938, porque, si se valora la credibilidad de la persona que testifica los hechos ante el párroco, ha de observarse que, en general, se trata de testimonio que no va en beneficio ni perjuicio del declarante, ni es fruto de venalidad o simpatía o antipatía, ni medio de lesionar un derecho; y más en particular, lo corriente es que el declarante, por el carácter sacerdotal que tiene aquel ante quien testifica, no se presente mintiendo, tanto más cuanto aquella investidura es la menos propicia a complicidad ante la alteración de la verdad. En el caso de autos no aparece prueba del interés en tergiversar los hechos. El sacerdote, por lo demás, no carecía de dotes comunes de observación que le hiciesen ver una discrepancia de varios años entre la criatura que se le presentaba y la edad que se le atribuía, "a no ser que fuera retrasada en su desarrollo físico, de lo cual tampoco hay indicio alguno en el expediente". Si se parte del supuesto del recurrente, de que a falta de la partida de origen civil, la eclesiástica no tiene valor, ha debido recurrir oportunamente a otros medios, ya que él tuvo varias oportunidades para disipar su duda; al no hacerlo, y no demostrar lo que arguye contra la prueba en referencia, "le sumaría a ésta, si fuese necesario, mayor valor probatorio, de acuerdo con los principios generales sobre la materia". No aparece que el fallo hubiese dado valor demostrativo que no tiene a la prueba, que produce la certeza acerca de la edad, elemento constitutivo de la infracción.

En cuanto a la causal primera, muestra la vista fiscal cómo la creencia del recurrente sobre la plena convicción del procesado, acerca de la "mayor edad" sexual de la ofendida, queda destruída con las propias palabras de la confesión. Como tema general podría ser interesante la discusión sobre si la modalidad delictiva en referencia debe catalogarse como violencia carnal o como seducción, y puede revestir interés, en cada caso concreto, el estudio de la ofendida para determinar la aptitud sexual según el clima, la raza, etc. "Pero el inciso 2º del artículo 316 de nuestro Código Penal presume, **juris et de jure**, que en un menor de catorce años de edad se comete el delito en mención aun cuando no concurra la violencia real (física o

moral), pues hasta la presunta, basada en la incapacidad deducida de la edad cronológica, de la edad legal, y no de la sexual, no del verdadero desarrollo fisiológico de la víctima". Así, la excusa del error es impertinente y, de aceptarla, se estaría agregando a la norma legal el elemento a sabiendas de que carece, lo que haría inoperante el precepto. "Solamente cuando una norma particular exija, expresa o implícitamente, para la imputabilidad y consiguiente responsabilidad de un hecho, la certeza por parte del agente, el dolo no existe si no se prueba esa certeza. Si así no fuese, quedaría al arbitrio de los particulares modificar o invalidar la mayor parte del Código Penal". Esta causal tampoco se encuentra justificada.

Termina el colaborador de la Sala, el Procurador Primero Delegado en lo Penal, pidiendo que no se case la sentencia recurrida.

Examen de la Corte

La técnica de casación y la solicitud.—No es técnico pedir la casación de las sentencias de primera y segunda instancia, porque la índole de este recurso, como lo especifica el artículo 556 del C. P. P., implica el que se solicite en él exclusivamente la invalidación de la sentencia de segunda instancia, única que allí se enjuicia, ya que en el fondo lo que se busca es precisamente hacerla desaparecer y sustituirla por otra. Aunque el superior se haya limitado a confirmar lo resuelto por el inferior, ya que el ataque y la decisión, concentrándose legal y doctrinariamente en la providencia de segunda instancia, no versan sobre la primera, con todo no puede mencionarse ésta como materia de casación. Discrepen o concuerden los fallos de instancia, no ha de retornarse simplemente a lo decidido por el juzgador de primer grado, sino que ha de invalidarse el fallo de segunda instancia, ya sea para dictar el que deba reemplazarlo (artículo 570, num. a), o para devolver el proceso a fin de que se dicte sentencia o se reponga el procedimiento (ib., num. b), o para que se convoque nuevo jurado (ib., num. c).

La causal segunda de casación y el caso de autos.

Son nociones elementales las de que, acreditada la inexistencia de una prueba principal, deba acudirse a la supletoria, y de que ésta no se halla compuesta exclusivamente por la prueba pericial, sino que puede consistir en documentos de otra índole de la que, como en el caso presente, constituye la prueba principal, o en la prueba paramente testimonial, etc.

Para probar la edad de una persona, cuando la partida de nacimiento, de origen civil, no aparece, demostrado esto, ha de acudirse a cualquiera de las pruebas supletorias, entre las cuales, por fuerza de mandato legal, olvidado en la demanda, se hallan las partidas de origen eclesiástico. No es cierto que, de acuerdo "con las normas civiles, estas partidas no constituyen prueba del estado civil", ni menos el que tal cosa se desprenda "de las claras disposiciones de la ley 92 de 1938, artículos 18 y 19 especialmente", porque esta misma ley, en el artículo 19, con igual claridad, se refiere a las partidas de origen eclesiástico como a pruebas supletorias del estado civil. Es además equivocado argumentar que la partida de origen eclesiástico no es de nacimiento sino de bautizo, para inferir de allí que solo contiene declaraciones acerca de la entrada al seno de la iglesia católica: cuando se reconoce valor a los registros eclesiásticos, no es porque en estos se contienen constancias de haberse administrado un sacramento o sepultado a alguien, sino que, por los hechos que encierra y el señalamiento de personas que allí se efectúa, se desprenden elementos que la ley ha querido tener como equivalentes a los del registro civil, en orden a establecer, en general, el estado civil de la persona, y, además, como es obvio, su edad.

La conclusión que saca el recurrente de que, cuando se ignora la edad de alguien, por carencia de documentos auténticos se deba llamar a los peritos, es errada en el sentido de que pasa por alto el que los documentos unas veces son prueba principal y otras supletoria y porque confunde el carácter de autenticidad de un documento con el de ser prueba principal o supletoria. Si se carece de prueba principal —un documento en el caso estudiado—, habiendo otra prueba, supletoria, también documental y auténtica, no se ve por qué ha de exigirse que solo pueda establecerse el hecho con intervención de peritos. Si la prueba principal debe ser la partida de origen civil, queda, entre las supletorias, la de origen eclesiástico. Y si ésta es auténtica, entonces se tendrá una prueba supletoria equivalente, para el caso, a la pericia médica, sin que por fuerza haya de desestimarse aquella y echar de menos esta.

La argumentación que contiene la demanda contra la partida de origen eclesiástico, en cuanto la ataca por una presunta mendacidad, peca por exceso y es aplicable a cualquier partida, incluso de origen civil. Es evidente que quien pone en co-

nocimiento, sea del notario, del alcalde o del párroco, el hecho de un nacimiento, aunque según los casos lo haga por diferentes fines, teniendo en cuenta que objetivamente se producen los mismos resultados —constancia de hechos, de fechas, de personas y sus características—, el comparecíente lo mismo mentiría ante uno que ante otro. El recurrente hace caso omiso de que tanto el notario, como el alcalde o el párroco apenas registran lo que se les dice, no porque los hechos les consten personal y directamente. Y unos y otros hacen el asiento en los libros en fuerza de la presunción exactamente inversa a la que pretende edificar el recurrente; para éste, con efecto, ha de partirse de que la atestación ante el párroco es mendaz y debe demostrarse la veracidad, cuando, por normas elementales de derecho y de crítica, se sabe que, en tanto no se demuestre la falsedad de lo aseverado por alguien, ha de tenerse por verdadero. Otra cosa es que el estudio del dicho, con el de las pruebas que haya en su favor o contra él, según las normas de la crítica del testimonio, lleve a la conclución que hubo mutación de la verdad, porque entonces lo que se está atacando es precisamente la presunción de veracidad en ese caso concreto, y esto es lo que no hizo el demandante.

Demostrada la ausencia de la prueba principal, si la partida de origen eclesiástico es prueba supletoria, aparte de la médico-legal y de la puramente testimonial o directa, y si la ampara la presunción de veracidad que también acompaña los hechos de que da cuenta, y si, además, es auténtica, porque ha sido expedida por quien correspondía y como debía hacerlo, falla por su base la argumentación del recurrente, quien estaba obligado a demostrar la falsedad de los hechos con los medios adecuados, no con la inversión de principios generales. Al omitirse la prueba de la falsedad se está reforzando la partida de origen eclesiástico, porque se añade un motivo más a la certidumbre de que no sólo es auténtica sino veraz en su contenido, además de que, como lo observa acertadamente la vista fiscal, al sacerdote que bautizó la pequeña que se le presentaba y cuyos eran los datos a que se refería la partida que aquel debía sentar, no se le pueden rebajar dotes comunes de observación, dado que, si no se trataba de una retrasada en su aspecto físico, era imposible no ver una diferencia de varios años; y esto sin contar con que es menos fácil engañarle por el respeto que comúnmente se tiene a su investidura, así como también ésta suele alejar la sospecha de hipotética complicidad.

No prospera, en consecuencia, la causal, demostrada como se halla la edad de la ofendida, lo que hace inútil entrar a comentar las disquisiciones de la demanda acerca del artículo 1503 del C. C., la capacidad y la mayor edad, bastando anotar que si se probó una edad determinada, elemento del delito que reconoce la sentencia recurrida.

La causal segunda de casación y el caso presente.—Contra la creencia del recurrente, si la ley tomó la edad de catorce años como elemento constitutivo del delito de que habla, en su inciso 2º, el artículo 316 del C. P., no fue porque ese límite sea el del advenimiento de la pubertad, la aptitud procreadora, la madurez sexual, para cuyo fenómeno la edad de catorce años es precisamente la fijada por la ley respecto del varón, no respecto de la mujer, para la cual se ha fijado el límite de doce años (C. C., artículos 34 y 140). Según la ley civil, una niña de doce años es apta para contraer matrimonio válido, porque desde esa edad es púber, tiene aptitud procreadora, ha llegado a la madurez sexual necesaria, pero el varón no, porque su límite de iniciación de la pubertad se ha fijado en catorce años; además, recuérdese que la nulidad del matrimonio contraído por quien no ha alcanzado la pubertad no puede solicitarse si la mujer, legalmente impúber, ha concebido. Según el artículo 316, la edad de catorce años es elemento constitutivo de un delito. Pero entre los dos órdenes de legislación, la civil y la penal, no hay contradicción, porque parten de distintos puntos de vista: la ley penal tiene base diversa de la que le atribuye el recurrente, quien, por lo demás, pasó por alto el hecho de que el artículo del C. P. por él citado no hace distinción de sexos, ni parte del supuesto de falta de madurez sexual, sino de falta de madurez intelectual y voliliva, y por eso si la víctima del delito, hombre o mujer, es menor de catorce años se presume la falta de consentimiento, sin que esto implique la afirmación ni la negación de que en esa edad haya una total madurez sexual; la ley civil también protege la falta de discernimiento, en el aspecto matrimonial, aunque autorice, ella sí con la base biológica del advenimiento de la pubertad, un matrimonio de menores de edad, mediante el permiso que debe solicitar el varón púber menor de veintiún años y la mujer también púber menor de dieciocho para poder casarse (C. C., artículos 117 y ss.), y aún aquí se puede ver cómo la ley atribuye una más rápida maduración intelectual y volitiva a la mujer, que, aun menor de edad puede casarse sin necesidad de permiso, puesto que puede hacerlo

si tiene más de dieciocho años y menos de veintiuno.

Además, aunque sea cierto que el varón normal busca mujer sexualmente desarrollada para usar normalmente de su apetito genésico, y aunque se considere que este desarrollo lo alcanza ésta solo después de los catorce años —cosa que no es cierta ni biológica ni legalmente— tampoco podría argumentarse contra la sentencia, porque precisamente para poder alegarla lo que debe demostrarse es que la mujer tenía edad fisiológica superior a la cronológica, es decir, que para que pudiera alegarse error esencial de hecho, en el supuesto de que el artículo 316 del C. P. no haya sentado una presunción de derecho sino una simplemente legal, lo que debía haberse comenzado era por demostrar el error a que hubiera conducido la apariencia de la mujer, porque si representa una mayor edad de la que realmente tiene, es decir, de la cronológica, entonces sí puede hablarse de que alguien fue inducido erróneamente a usar de ella por creerla sexualmente apta. Lo que no puede aceptarse es el razonamiento simple de que, como un hombre busca mujer desarrollada, siempre se incurre en error, no porque en tratándose de estos asuntos se quiera obligar a hacer la pregunta pueril a que se refiere la demanda, sino porque si se tiene en cuenta la apariencia de la mujer, debe probarse que tal apariencia es superior a la edad cronológica: de ahí que, además, se pueda argüir contra aquella tesis simplista el que, como aparece comprobada una edad, con prueba supletoria auténtica, que no se ha demostrado tampoco ser equivocada, no puede haber una diferencia de varios años entre la edad que señala esa partida y la de la menor a que se refiere, y, por tanto, la apariencia de la menor no podría ser, como atrás se dijo, la de mujer infra o supradesarrollada en forma notoria, porque entonces el párroco habría hecho las pertinentes indagaciones, y no hubiera tampoco consentido en aceptar un hecho notoriamente falso si no coincidiera el aspecto con la edad real.

Por no haberse demostrado, pues, el error no puede entrar a estudiarse el punto de si es pertinente alegarlo o no contra el contenido del inciso segundo del artículo 316 del C. P., o sea, si allí se contiene una presunción de derecho o simplemente legal, porque falta la base.

Tampoco prospera, pues, la causal.

FALLO:

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, NO CASA la sentencia recurrida.

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 Monfenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

TRATANDOSE DE AFECCIONES O DOLENCIAS DE LARGA DURACION, ES PROCEDENTE EL CAMBIO DE RADICACION DEL PROCESO, DE ACUERDO CON EL ARTICULO 58 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La audiencia pública debe celebrarse con la asistencia del procesado, de conformidad con lo estatuído en el artículo 465 del Código de Procedimiento Penal; y aunque el artículo 467 de la misma obra dispone que "cuando el enjuiciado se hallare enfermo, así lo hará saber al Juez en tiempo oportuno, y la audiencia se suspenderá mientras dure la enfermedad", no parece que esta norma haga procedente la denegación del traslado del respectivo proceso en tratándose de afecciones o dolencias de larga duración, con el consiguiente perjuicio que para la sociedad y para el reo implicaría el entorpecimiento indefinido de la prosecución del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal. Bogotá, diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve)

Para el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud que con fecha 28 de marzo de este año le dirigió el señor Juez Cuarto Superior de Cúcuta, tendiente a obtener el cambio de radicación del proceso que allí se adelanta a Jorge Tulio Gutiérrez Rolón por homicidio ocurrido en jurisdicción municipal de Gramalote el 11 de enero de 1948.

El procesado fue remitido a Bogotá el 27 de mayo de 1953 y hospitalizado en el Sanatorio de Santa Clara, de donde proceden las notas —allegadas a los autos— que a continuación se transcriben:

".....Bogotá, febrero 24 de 1956.

"Señor doctor Víctor J. Chaustre Ramírez, Juez 4º Superior—Cúcuta.

"En referencia a su oficio número 29 de fecha 8 de febrero del presente año, atentamente comunico a usted que el procesado Jorge Tulio Gutiérrez Rolón, quien actualmente se encuentra en tratamiento para el T. B. C. pulmonar, no debe viajar a esa ciudad en consideración a su actual estado de salud.

"Atto. S. S.,

"Francisco Muñoz Angel, Médico del Pabellón de Cárcel".

"Bogotá, D. E., diciembre 26 de 1956.

"Señor doctor Hugo Pacheco Quintero, Juez 4º Superior.—Cúcuta.

"Respondemos a su nota de fecha 27 de noviembre del presente año, número 319 y llegada a este despacho el 21 del presente mes.

"En el archivo de este Hospital figura Jorge Tulio Gutiérrez, ingresó en mayo 28 del 53 y actualmente está hospitalizado en el Pabellón Cárcel, anexo a este Sanatorio.

"Fue hospitalizado por padecer de una tuberculosis pulmonar bilateral úlcerocaseosa muy avanzada. En la fecha las lesiones del pulmón derecho han mejorado considerablemente, y en el izquierdo se observan lesiones fibrosas de aspecto residual.

"Atentamente,

"Dr. J. M. Borragán, Médico Jefe del Dispensario".

Se considera:

El inciso 1º del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal autoriza al Gobierno para disponer, de acuerdo con la Corte, que los sindicados o procesados por delitos de competencia de un Juez Superior sean juzgados en Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito, de oficio o a solicitud de parte, cuando no se haya dictado sentencia de segunda instancia y la medida se estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que se crean conducentes los motivos del traslado; y el inciso 2º de la misma disposición autoriza igualmente el cambio cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija cambio de clima o de residencia del inculpado.

Las comunicaciones de los señores médicos del Sanatorio de Santa Clara demuestran, de modo

evidente, que la enfermedad que padece Gutiérrez Rolón es grave y requiere el tratamiento adecuado de que se carece, por lo común, en otras secciones del país.

El señor Juez 4º Superior de Cúcuta anota que el negocio se encuentra en estado de hacer fijación de fecha para la audiencia pública, la cual debe celebrarse con la asistencia del procesado, de conformidad con lo estatuído en el artículo 465 del Código de Procedimiento Penal; y aunque el artículo 467 de la misma obra dispone que "cuando el enjuiciado se hallare enfermo, así lo hará saber al juez en tiempo oportuno, y la audiencia se suspenderá, mientras dure la enfermedad", no parece que esta norma haga procedente la denegación del traslado del respectivo proceso en tratándose de afecciones o dolencias de larga duración, con el consiguiente perjuicio que para la sociedad y para el reo implicaría el entorpecimiento indefinido de la prosecución del juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— EMITE CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación de que se ha hecho mérito.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Guillermo Hernández Peñalosa — **Santiago Cadena Capete** — **Jesús Estrada Monsalve** — **Luis Sandoval Valcárcel** — **Domingo Sarasty Montenegro** — **Elberto Téllez Camacho** — **José A. Rey**, Oft. Mayor.

DENTRO DE LAS CAUSALES DE RECUSACION EN LOS PROCESOS PENALES, NO SE HALLAN COMPRENDIDOS LOS CONSEJOS, OPINIONES O PRONUNCIAMIENTOS QUE NO ENTRAÑAN UNA VINCULACION DE LA MENTE DEL FUNCIONARIO A LO SUSTANTIVO O SUSTANCIAL DE LA MATERIA SUB-JUDICE

Los Magistrados, Jueces y Fiscales pueden llegar a verse interesados en las resultas de un determinado juicio, o colocados en situación de que así se los suponga, por tres clases de motivos previstos en la ley: materiales, morales o espirituales e intelectuales. A este último grupo corresponden, en lo pertinente, las causales 4ª y 7ª de recusación a que se refiere el artículo 73 del C de P Penal: haber dado consejo el funcionario o manifestado su opinión sobre el asunto objeto del proceso y haber dictado la providencia de cuya revisión se trata.

Alguna vez estimó la Corte que los Agentes del Ministerio Público no se hallan impedidos para conocer como Jueces o Magistrados de aquellos negocios en que emitieron concepto porque tales funcionarios "no sostienen intereses particulars, sino los de la Nación que representan" (XII 270 y XXXVI 492); pero posteriormente se ha rectificado ese parecer reñido con principios de psicología y de lógica, según los cuales la inteligencia, al percibir a través de los sentidos la realidad exterior, se une a ésta en forma poco menos que indisoluble, restringiendo casi completamente la libertad de criterio con que la cuestión controvertida se ha de apreciar en un segundo plano del razonamiento, para decidirla muchas veces de modo definitivo. Acaso por tal causa la buena disposición para rectificar los propios errores, tan indispensable al eficaz funcionamiento de la justicia, no suele ser virtud muy observada infortunadamente, entre los encargados de administrarla; y de ahí que el legislador hubiera instituido, en el orden intelectual, las causales de recusación en referencia, dentro de las cuales no se entienden comprendidos, naturalmente, aquellos consejos, opiniones o pronunciamientos que no entrañan una vinculación de la mente del funcionario a lo sustantivo o sustancial de la materia sub judice.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal — Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El H. Magistrado doctor Santiago Cadena Copete, en el proveído anterior, se manifiesta impedido para conocer de este negocio con base en la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, "dada la intervención que en el mismo tuvo cuando ejercía las funciones de Fiscal Primero del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali".

SE CONSIDERA:

Los Magistrados, Jueces y Fiscales pueden llegar a verse interesados en las resultas de un determinado juicio, o colocados en situación de que así se los suponga, por tres clases de motivos previstos en la ley: materiales, morales o espirituales e intelectuales. A este último grupo corresponden, en lo pertinente, las causales 4ª y 7ª de recusación a que se refiere el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal: haber dado consejo el funcionario o manifestado su opinión sobre el asunto objeto del proceso y haber dictado la providencia de cuya revisión se trata.

Alguna vez estimó la Corte que los Agentes del Ministerio Público no se hallan impedidos para conocer como Jueces o Magistrados de aquellos negocios en que emitieron concepto porque tales funcionarios "no sostienen intereses particulares, sino los de la Nación que representan" (XI 270 y XXXVI, 492); pero posteriormente se ha rectificado ese parecer reñido con principios de psicología y de lógica, según los cuales la inte-

ligencia, al percibir a través de los sentidos la realidad exterior, se une a ésta en forma poco menos que indisoluble, restringiendo casi completamente la libertad de criterio con que la cuestión controvertida se ha de apreciar en un segundo plano del razonamiento, para decidirla muchas veces de modo definitivo. Acaso por tal causa la buena disposición para rectificar los propios errores, tan indispensable al eficaz funcionamiento de la justicia, no suele ser virtud muy observada, infortunadamente entre los encargados de administrarla; y de ahí que el legislador hubiera instituido, en el orden intelectual, las causales de recusación en referencia, dentro de las cuales no se entienden comprendidos, naturalmente, aquellos consejos, opiniones o pronunciamientos que no entrañan una vinculación de la mente del funcionario a lo sustantivo o sustancial de la materia sub judice.

De acuerdo con la interpretación que precede, el H. Magistrado doctor Santiago Cadena Copete estaría realmente impedido para conocer de estas diligencias por haber emitido opinión de fondo al solicitar como Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali, la confirmación del auto por el cual el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito Judicial llamó a responder en juicio a Leovigildo Díaz y Víctor Torres por los delitos de homicidio y encubrimiento respectivamente y favoreció con sobreseimiento definitivo a Luis Eduardo Restrepo Serna y Jaime Jaramillo Buitrago (f.s. 175 a 178 del Cuaderno 1º).

Con todo, la Sala observa que la demanda de casación en el presente negocio se formuló por el procesado Leovigildo Díaz, que es único recurrente y no es abogado inscrito en la Corte, según el informe secretorial que obra al folio 8v del Cuaderno 2º de donde se infiere que el señor Magistrado sustanciador no tendrá oportunidad de entrar a calificar el mérito del recurso y que, por esa circunstancia, la aceptación de su impedimento carecería de finalidad jurídica y objetivo legal.

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 Santiago Cadena Copete no está impedido para conocer de este proceso, y ordena devolver a su mesa los autos para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Peñalosa — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Eiberto Téllez Lizcano — José A. Rey, Oficial Mayor

COMO LOS JUECES DE INSTRUCCION CRIMINAL CARECEN DE FUERO, SOLO PUEDEN SER JUZGADOS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIAS, POR LOS DE CIRCUITO Y POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES, EN SU ORDEN

El fuero ampara exclusivamente a las personas enumeradas en las pertinentes normas, taxativas, y por tanto, no extensivas por analogía. El artículo 44 del C PP. en su primer ordinal, indica las personas que, por su carácter de Juez Superior o del Circuito, en causas de responsabilidad, deben ser juzgadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; la segunda instancia, en consecuencia, corresponde en estos casos, a la Corte, de acuerdo con el numeral 2o del artículo 42 de la misma obra. Con estas normas se establece pues, la situación privilegiada constitutiva de fuero. Ahora bien, el artículo 40 del Código en cita atribuye categoría de Juez de Circuito al de Instrucción Criminal. Puede entonces entenderse que el artículo 44 protege al último, a la par de los Jueces Superiores y de Circuito, en la suposición de que el artículo 40 no se refiera con exclusividad a los Jueces de Instrucción Criminal creados por el mismo código procesal? No, porque señalar equivalencia de categorías no es indicar comunidad de privilegios: éstos, por excepcionales, deben ser expresos. El punto se aclara cuando se observa que a los Agentes del Ministerio Público, sin estar cobijados por disposición especial del C P P ni por otra alguna legal, se les reconoce fuero porque surge de norma constitucional; el artículo 44 del acto legislativo No 1o de 1945, correspondiente al 142 de la codificación, en su inciso 3o distingue entre categoría y privilegio: "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo". Si el artículo 60 del acto legislativo No 1o de 1945, que corresponde al 157 de la codificación constitucional, precisa las calidades que deben reunirse para ser Juez Superior, de Circuito, etc. de allí no puede inferirse ni indirectamente la existencia de fuero para los Jueces de Instrucción Criminal. Se desprende, como conclusión, que la Corte carece de competencia para juzgar en segunda instancia a dichos jueces, ya que, no estando comprendidos en disposiciones constitucionales ni legales expresas, que los sustraigan de las normas comunes, deben estar sometidos a las normas generales y, por tanto, ser juzgados en primera instancia por los del correspondiente Circuito.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, septiembre veintitres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva su providencia, fechada el 21 de septiembre de 1956, mediante la cual declara que la acción penal no puede proseguirse —sin indicar en la parte resolutiva la razón, aunque de la motiva se desprenda— que es por acaecimiento de la prescripción de la acción penal y ordena cesar el procedimiento contra el doctor MARCOS NIVIA GUZMAN, antiguo Juez 2i de Instrucción Criminal, por los delitos de falsedad y abuso de autoridad.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, colaborador de la Sala en este caso, pide a la Corte se inhiba de conocer de la consulta, por cuanto el procesado carece de fuero.

Suficientemente probada la calidad de Juez de Instrucción que, en la época de los hechos, tenía el doctor Nivia Guzmán, y agotados como se hallan los trámites, pasa a decidirse.

El fuero ampara exclusivamente a las personas enumeradas en las pertinentes normas, taxativas, y por tanto, no extensivas por analogía. El artículo 44 del C P P en su primer ordinal, indica las personas que, por su carácter de Juez Superior o del Circuito, en causas de responsabi-

lidad, deben ser juzgadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; la segunda instancia, en consecuencia, corresponde, en estos casos, a la Corte de acuerdo con el numeral 2º del artículo 42 de la misma obra. Con estas normas se establece pues, la situación privilegiada constitutiva de fuero. Ahora bien, el artículo 40 del Código en cita atribuye categoría de Juez de Circuito al de Instrucción Criminal. Puede entonces entenderse que el artículo 44 protege al último, a la par de los Jueces Superiores y de Circuito, en la suposición de que el artículo 40 no se refiere con exclusividad a los Jueces de Instrucción Criminal creados por el mismo código procesal? No, porque señalar equivalencia de categorías no es indicar comunidad de privilegios: éstos, por excepcionales, deben ser expresos. El punto se aclara cuando se observa que a los agentes del Ministrio Público, sin estar cobijados por disposición especial del C de P P ni por otra alguna legal, se les reconoce fuero porque surge de norma constitucional; el artículo 44 del acto legislativo Nº 1º de 1945, correspondiente al 142 de la codificación, en su inciso 3º distingue entre categoría y privilegio: "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo". Si el artículo 60 del acto legislativo Nº 1º de 1945, que corresponde al 157 de la codificación constitucional, precisa las calidades que deben reunirse para ser Juez Superior, de Circuito, etc. de allí no puede inferirse ni indirectamente la existencia de fuero para los Jueces de Instrucción Criminal. Se desprende, como conclusión, que la Corte carece de competencia para juzgar en segunda instancia a dichos Jueces, ya que, no estando comprendidos en disposiciones constitucionales ni legales expresas, que los sustraigan de las normas comunes, deben estar sometidos a las normas generales y, por tanto, ser juzgados en primera instancia por los del correspondiente Circuito.

La Corte debe pues, abstenerse de decidir acerca de la providencia consultada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— oído el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE ABSTIENE de conocer de la consulta de que trata la parte motiva de este auto, por carecer de competencia para ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Manchenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA PARA JUZGAR A LOS JUECES DE MENORES EN SEGUNDA INSTANCIA, POR NO ESTAR COMPRENDIDOS EN DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES NI LEGALES, QUE LOS SUSTRAIGAN DE LAS NORMAS COMUNES. — DEBEN SER JUZGADOS EN PRIMERA INSTANCIA POR LOS DEL CIRCUITO CORRESPONDIENTE

El fuero es excepcional y las disposiciones en que se establece son de carácter taxativo, de tal suerte que no pueden jamás ampliarse por analogía. El inciso 1º del artículo 44 del C P P dice que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por medio de las Salas Penales, conocen de la primera instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los Jueces Superiores y a los Jueces de Circuito; por tanto, la segunda instancia, en estos casos, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en virtud del numeral 2º del artículo 42 del mismo Código. El artículo 3º de la Ley 83 de 1946 indica las calidades que se requieren para ser Juez de Menores, iguales a las necesarias para ser Juez Superior, más otras especiales, pero no confiere a aquel las prerrogativas ni privilegios de éste; aunque el artículo 4º —modificado posteriormente— señale sueldo de Magistrado de Tribunal Superior tampoco hace comunes las preeminencias. No puede decirse que suceda lo mismo que con los Agentes del Ministerio Público que, sin estar cobijados por disposición especial en el C P P sinembargo se les reconoce fuero, porque éste surge de la Constitución Nacional, que en el inciso 3º de su artículo 142, correspondiente al 44 del acto legislativo Nº 1º de 1945, dice: "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo". El artículo 157 de la codificación constitucional, originado en el 60 del acto legislativo Nº 1º de 1945, enumera las calidades que se deben reunir para ser Juez Superior etc. pero de allí no puede desprenderse privilegio para los jueces de menores. Así, la Corte carece de competencia para juzgarlos en segunda instancia, ya que por no estar comprendidos en disposiciones constitucionales ni legales, que los sustraigan de las normas comunes, deben ser juzgados en primera instancia por los del Circuito correspondiente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos cincuenta y siete

(Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó consulta su providencia, del 17 de febrero de 1956, mediante la cual sobreseo definitivamente a favor del antiguo Juez de Menores de esa ciudad, doctor JULIO ALVAREZ CUESTA, por los delitos de falsedad y peculado. El colaborador de la Sala pide la confirmación de dicho proveído.

En vista de que se halla suficientemente probado el carácter de Juez de Menores que, para la época de los hechos, tenía el doctor Alvarez Cuesta, pasa a decidirse, agotados como se hallan los trámites.

El fuero es excepcional y las disposiciones en que se establece son de carácter taxativo, de tal suerte que no pueden jamás ampliarse por analogía. El inciso 1º del artículo 44 del C P P dice que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por medio de las Salas Penales, conocen de la primera instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los Jueces Superiores y a los Jueces de Circuito; por tanto, la segunda instancia, en estos casos, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en virtud del numeral 2º del artículo 42 del mismo Código. El artículo 3º de la Ley 83 de 1946 indica las calidades que se requieren para ser Juez de menores, iguales a las necesarias para ser Juez Superior, más otras especiales, pero no confiere a aquél las prerroga-

tivas ni privilegios de éste; aunque el artículo 4º —modificado posteriormente— señale sueldo de Magistrado de Tribunal Superior tampoco hace comunes las preeminencias. No puede decirse que suceda lo mismo que con los agentes del Ministerio Público que, sin estar cobijados por disposición especial en el C P P sinembargo se les reconoce fuero, porque éste surge de la Constitución Nacional, que en el inciso 3º de su artículo 142, correspondiente al 44 del acto legislativo Nº 1º de 1945, dice: "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo". El artículo 157 de la codificación constitucional, originado en el 60 del acto legislativo Nº 1º de 1945, enumera las calidades que se deben reunir para ser Juez Superior etc pero de allí no puede desprenderse privilegio para los Jueces de Menores. Así, la Corte carece de competencia para juzgarlos en segunda instancia, ya que por no estar comprendidos en disposiciones constitucionales ni legales, que los sustraigan de las normas comunes, deben ser juzgados en primera instancia por los del Circuito correspondiente.

Probada la calidad de Juez de Menores que tiene el procesado, la Corte debe abstenerse de decidir de la providencia consultada, y así habrá de declararlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— oído el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE ABSTIENE de conocer del presente negocio, por carecer de 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

EL AUTO CABEZA DE PROCESO, DE POR SI, NO ES EL QUE DA CALIDAD CONCRETA DE INSTRUCTOR, PUESTO QUE APENAS ES ACTO JURISDICCIONAL EN QUE SE RECONOCE LA NECESIDAD DE INVESTIGAR SI LOS HECHOS CONSTITUYEN O NO INFRACCION PENAL. Y LA SIMPLE DENUNCIA NO HACE OBLIGATORIO EN TODOS LOS CASOS INICIAR LAS DILIGENCIAS SUMARIAS, PORQUE PUEDE HALLARSE EVIDENTEMENTE DESPROVISTA DE FUNDAMENTO. AL PROCESO PERTENECEN DILIGENCIAS Y PROVEIDOS ANTERIORES AL AUTO CABEZA DE EL. — EL PARENTESCO LEJANO NO IMPLICA PRESUNCION CONTRARIA A LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ O FUNCIONARIO

1.—El hecho de dictar auto cabeza de proceso no es el que convierte al juez o funcionario en persona hábil para decretar la práctica de una prueba indispensable, dentro de la economía procesal, en que tiene papel primordial el fuero en orden a la fijación de competencia. El auto cabeza de proceso, de por sí, no es el que da calidad concreta de instructor, puesto que apenas es acto jurisdiccional en que se reconoce la necesidad de investigar si los hechos constituyen o no infracción penal, pero la simple denuncia no hace obligatorio en todos los casos iniciar las diligencias sumarias, porque puede hallarse evidentemente desprovista de fundamento.

2.—No puede decirse que solo a partir del auto inicial, el proceso existe en el sentido propio de diligencias y actuaciones tendientes a la averiguación del delito, y a la aplicación de las correspondientes sanciones a los responsables; a él pertenecen aún diligencias tales como la misma denuncia, como es obvio: y habría que considerar ilegal el auto en que, previamente a la apertura de investigación, se ordenara ratificar la denuncia, cuando ésta se presenta al Juez o funcionario ya escrita, y, por tanto, la ratificación misma sería de ningún valor, o sea, que esta providencia, como el escrito de denuncia y el acto de ratificarla hacen parte del proceso, aunque sean anteriores al auto cabeza de él. También a él son anteriores las providencias que, dentro de diligencias judiciales o administrativas, se dicten para cumplir lo ordenado en los artículos 10 y 11 del C. P. P., y las copias correspondientes; y las originadas por aplicación del artículo 51; en estos casos debería el Juez o Magistrado competente reiterar las providencias y cuanta diligencia se hubiese practicado dentro del expediente original. Si la investigación, por fuerza del fuero, corresponde privativamente al Magistrado ponente, como lo ordena el artículo 61 del C. P. P., éste se vería imposibilitado para negarse a abrirla si el denunciante no acompañó la prueba de la calidad oficial del denunciado, vale decir, que debería necesariamente abrirse una investigación aún en aquellos casos en que, por fuerza de las cosas, se ve que debe procederse en forma contraria porque, de no existir la prueba del fuero que, en términos generales, es la documental, se ignoraría si dicho Magistrado es competente para juzgar al denunciado y, por tanto, para hacer la declaración adversa a la apertura de investigación, o habría que concluir en que la simple afirmación del denunciante es la prueba del estado constitutivo de fuero.

Si, por economía procesal u otra causa análoga, pueden dictarse aquellos autos, no se ve la razón para que, pronunciado el de cabeza de proceso, perdieran su validez las piezas allegadas al informativo en virtud de providencia legalmente dictada. Porque si ésta tiene valor, aquellas no pueden carecer de él, máxime cuando ni durante el curso de la investigación ni posteriormente se ha demostrado que son falsas ni se ha puesto en duda su autenticidad. El punto fundamental es, pues, el de la legalidad o ilegalidad del auto anterior al de apertura de investigación, pero no se puede demostrar que sea contrario a la ley, en consecuencia, las piezas en él originadas son pruebas, que se estimarán de acuerdo con las normas pertinentes.

3. — El solo hecho del parentesco no es

prueba de la simpatía hacia una de las partes y menos de animadversión hacia la otra. Es racional pensar que el parentesco engendre simpatía pero debe demostrarse ésta, porque dentro del terreno sicológico no hay necesidad absoluta de que, dados los vínculos de familia, de estos se desprenda inexorablemente amor o simpatía que fuerza el criterio: además, a medida que dicha vinculación se hace más lejana y menos estrecha es menos fuerte el sentimiento surgido de aquella. De ahí que la misma ley la tenga en cuenta al establecer la respectiva causal de recusación o impedimento, fundada en que, por aquellos vínculos, puedan existir sentimientos en el Juez, que así carecería de la independencia de criterio con que debe actuar en todo momento; pero la ley señala los límites a esta presunción, porque considera también que más allá de ellos, los nexos de familia se debilitan de tal suerte que en sí mismo no pueden influir en el ánimo del Juez. Si la ley, pues, entiende que solo en un parentesco cercano se puede desviar el criterio, está indicando, por los fundamentos de aquella, que el puro hecho del parentesco lejano no implica presunción contraria a la imparcialidad del juez o funcionario. Aparte de esto, y ello es esencial, debe existir un nexo de causalidad entre el sentimiento de vinculación familiar, de amistad, solidaridad u otro semejante y la providencia dictada, porque, para que exista este elemento del prevaricato es indispensable que el acto haya sido producto de la desviación pasional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr Guillermo Hernández Peñalosa)

Vistos:

Agotados los trámites legales y mediante concepto favorable del Ministerio Público, debe decidirse acerca de la apelación interpuesta por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, contra el auto de sobreseimiento definitivo, dictado el 19 de abril de 1956, a favor del doctor Eduardo Hernández Malo, en su carácter de Juez 1º Civil del Circuito de aquella ciudad, en estas diligencias por prevaricato.

El denunciante, doctor Ramón Gómez Naar, hizo consistir los cargos en que ,siendo él apoderado en un juicio ejecutivo, el Juez Hernández Malo, pariente del apoderado de uno de los demandados, se negó a declarar el embargo, dentro del juicio, de los bienes precautelativamente trabados, cuya solicitud había hecho el denunciante a fin de que se le devolviese una caución; el Juez ordenó mantener en la Secretaría el memorial correspondiente "pretextando que el mandato de pago estaba pendiente de una reposición y apelación en subsidio", con lo que violó "deliberadamente la ley que es clara, categórica, y cuyo texto no ofrece la más leve sombra de duda. Y por sus lazos de parentesco con el doctor Pupo Villa actuando que ha cometido el delito de prevaricato".

Aunque acorde con el fondo de la providencia, el Fiscal del Tribunal apeló por considerar que la calidad oficial del acusado no se hallaba acreditada legalmente, dado que su prueba fue allegada al informativo antes de dictarse auto cabeza de proceso.

Como la competencia del Tribunal y la de la Corte descansan en la prueba del carácter de Juez del Circuito que el procesado tenía por la época de los hechos, debe comenzarse por su estudio.

Antes de abrir investigación, el Magistrado sustanciador ordenó lo necesario para demostrar la calidad de Juez que se atribuía al denunciado: de esta providencia recurrió en reposición el Fiscal, porque consideró que la técnica procesal se quebrantaba, pero su petición no fue acogida. Posteriormente dicho agente del Ministerio Público pidió la nulidad de lo actuado, lo que fue negado por el Tribunal, que sobreseyó definitivamente. En el escrito en que sustenta la reposición del sobreseimiento, esgrime el Fiscal otra vez los argumentos de que el instructor ha debido, tan pronto como recibió la denuncia, dictar el auto cabeza de proceso, por interpretación literal del artículo 284 del C. P. P.; de que, por el artículo 207, también en interpretación literal del recurrente, la referida prueba no tiene valor por no haberse producido dentro del proceso, "el cual comienza con el auto cabeza y no fuera de él, antes de él". Sostiene, además, que con la sola denuncia se plantea la relación jurídica que ha de ser objeto de proceso penal y ello basta para abrir la investigación. La competencia surge "solo del texto de dicha denuncia". Y si antes del auto de cabeza de proceso no hay instrucción, "no hay funcionario instructor en el sentido concreto".

El hecho de dictar auto cabeza de proceso no es el que convierte al Juez o funcionario en persona hábil para decretar la práctica de una prueba indispensable, dentro de la economía procesal, como la indicada en casos como el presente, en que tiene papel primordial el fuero en orden a la fijación de competencia. El auto cabeza de proceso, de por sí, no es el que da calidad concreta de instructor, puesto que apenas es acto jurisdiccional en que se reconoce la necesidad de investigar si los hechos constituyen o no infracción penal, pero la simple denuncia no hace obligatorio en todos los casos iniciar las diligencias sumarias, porque puede hallarse evidentemente desprovista de fundamento. Por otra parte, no puede decirse que sólo a partir del mencionado auto inicial, el proceso exista en el sentido propio de diligencias y actuaciones tendientes a la averiguación del delito, y a la aplicación de las correspondientes sanciones a los responsables; a él pertenecen aún diligencias tales como la misma denuncia, como es obvio; y habría que considerar ilegal el auto en que, previamente a la apertura de investigación, se ordenara ratificar la denuncia, cuando ésta se presenta al Juez o funcionario ya escrita, y, por tanto, la ratificación misma sería de ningún valor, o sea, que esta providencia, como el escrito de denuncia y el acto de ratificarla hacen parte del proceso, aunque sean anteriores al auto cabeza de él. También a él son anteriores las providencias que, dentro de diligencias judiciales o administrativas, se dicten para cumplir lo ordenado en los artículos 10 y 11 del C. P. P., y las copias correspondientes; y las originadas por aplicación del artículo 51; en estos casos debería el Juez o Magistrado competente reiterar las providencias y cuanta diligencia se hubiese practicado dentro del expediente original. Todos los ejemplos anteriores ilustran la tesis contraria a la sostenida por el recurrente, pero, para abundar en razones, si la investigación, por fuerza del fuero, corresponde privativamente al Magistrado ponente, como lo ordena el artículo 61 del C. P. P., éste se vería imposibilitado para negarse a abrirla si el denunciante no acompañó la prueba de la calidad oficial del denunciado, vale decir, que debería necesariamente abrirse una investigación aún en aquellos casos en que, por fuerza de las cosas, se ve que debe procederse en forma contraria porque, de no existir la prueba del fuero que, en términos generales, es la documental, se ignoraría si dicho Magistrado es competente para juzgar al denunciado y, por tanto, para hacer la declaración adversa a la apertura de investigación, o habría que concluir en que la simple afirmación del denunciante es la prueba del estado constitutivo de fuero.

Ahora bien. Si, por economía procesal u otra causa análoga, pueden dictarse aquellos autos, no se ve la razón para que, pronunciado el de cabeza de proceso, perdieran su validez las piezas allegadas al informativo en virtud de providencia legalmente dictada. Porque si ésta tiene valor, aquellas no pueden carecer de él, máxime cuando ni durante el curso de la investigación ni posteriormente se ha demostrado que son falsas ni se ha puesto en duda su autenticidad. El punto fundamental es, pues, el de la legalidad o ilegalidad del auto anterior al de apertura de investigación, pero no se puede demostrar que sea contrario a la ley y, en consecuencia, las piezas en él originadas son pruebas, que se estimarán de acuerdo con las normas pertinentes.

Esto supuesto, pasa a examinarse la situación jurídica del procesado. Este dictó un auto en que expone argumentos jurídicos, con cita de disposiciones legales y de expositores, en que no aparece la deliberada violación de la ley que apreció el denunciante, el cual, para dar alguna base a su afirmación atribuyó el sentido desfavorable de la providencia al hecho de que el apoderado de alguno de los ejecutados, era pariente del Juez. El procesado manifestó: "Sí soy pariente del doctor Roque Pupo Villa, como en quinto o sexto grado de consanguinidad, pues es primo segundo, aclarando que pese al parentesco que tengo con el doctor Pupo Villa siempre he estado, lo mismo que mi familia Hernández Malo, alejado de los Pupo Villa por razones de orden económico, de orden social y hasta de orden político, pues ellos han tenido una holgura económica distinta a la de mi familia y han intervenido en grupos políticos en donde yo no actúo". El solo hecho del parentesco no es prueba de la simpatía hacia una de las partes y menos de animadversión hacia la otra. Es racional pensar que el parentesco engendra simpatía pero debe demostrarse ésta, porque dentro del terreno sicológico no hay necesidad absoluta de que, dados los vínculos de familia, de estos se desprenda inexorablemente amor o simpatía que fuerza el criterio; además, a medida que dicha vinculación se hace más lejana y menos estrecha es menos fuerte el sentimiento surgido de aquella. De ahí que la misma ley lo tenga en cuenta al establecer la respectiva causal de recusación o impedimento, fundada en que, por aquellos vínculos, puedan existir sentimientos en el Juez, que así carecería de la independencia de

criterio con que debe actuar en todo momento; pero la ley señala los límites a esta presunción, porque considera también que más allá de ellos, los nexos de familia se debilitan de tal suerte que en sí mismos no podrían influir en el ánimo del Juez. Si la ley, pues, entiende que solo en un parentesco cercano se puede desviar el criterio, está indicando, por los fundamentos de aquella, que el puro hecho del parentesco lejano no implica presunción contraria a la imparcialidad del juez o funcionario. Aparte de esto, y ello es esencial, debe existir un nexo de causalidad entre el sentimiento de vinculación familiar, de amistad, solidaridad u otro semejante y la providencia dictada, porque, para que exista este elemento del prevaricato es indispensable que el acto haya sido producto de la desviación pasional. Ahora bien, dentro del proceso no aparece la prueba atinente, o sea, la de que, por una parte, el parentesco del Juez con uno de los apoderados le hubiese inclinado por simpatía hacia la respectiva parte ni engendrado animadversión hacia la contraria, ni por otro lado, y es evidente, que haya nexo de causalidad de un ánimo prevenido —que no existe— y la providencia dictada, que, además, no es contraria a la ley ni expresa o manifiestamente injusta, ni menos dictada a sabiendas de la ilicitud del acto.

Así, pues, desaparece uno de los elementos constitutivos del delito de prevaricato, el que hace relación al ánimo del Juez, así como también desaparece el otro elemento esencial de haberse dictado la providencia en contra de la ley. Se impone, pues, la confirmación de lo resuelto por el Tribunal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena de 19 de abril de 1955.

Cópiese. Notifíquese. Devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Alberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

SI UN FUNCIONARIO PRESCINDE DE LA DILIGENCIA DE INVENTARIOS Y AVALUOS SUCESORALES POR NO PRESENTARSE LOS TITULOS DE DOMINIO PARA LA DETERMINACION DE LOS INMUEBLES DEJADOS POR EL CAUSANTE, ESA IRREGULARIDAD NO IMPLICA FALTA GRAVE NI LEVE CONTRA LA MORAL PROFESIONAL DEL ABOGADO QUE REPRESENTA LOS INTERESES DE LAS PARTES. — LA INVESTIGACION DE QUE TRATA EL ARTICULO 12 DE LA LEY 69 DE 1945, SOLO ES PROCEDENTE CUANDO SE TRATA NO DE SOBREIMIENTO DEFINITIVO SINO DE SENTENCIA DEFINITIVA Y ABSOLUTORIA

1 — La relación de bienes que componen el activo y pasivo de la sucesión —Art 939 C J— se hace bajo la formalidad del juramento, pero no mediante la presentación y entrega de las escrituras en que constan los respectivos contratos; claro es que la determinación de inmuebles mediante títulos de dominio es pertinente para mayor claridad y precisión de los bienes que se denuncian, pero no es requisito esencial la presentación de las mismas para que la diligencia se realice. Si el funcionario prescinde de la diligencia —inventarios y avalúos— por no presentarse los respectivos documentos, esa irregularidad no implica falta grave ni leve contra la moral profesional del abogado que representa los intereses de las partes; si en ese acto hay negligencia o descuido no le es imputable a él sino al funcionario que no cumple con los deberes impuestos por la Ley.

2 — No hay lugar a ordenar la investigación de que trata el art 12 de la Ley 69 de 1945, cuando se trata de sobreseimiento definitivo, porque la investigación de oficio está condicionada a que la sentencia sea definitiva y absolutoria y, si bien es verdad que en algunos casos el sobreseimiento definitivo puede equipararse a una sentencia absolutoria en vigor jurídico —como lo ha sostenido la Corte— estas dos providencias no son equivalentes.

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

Magistrado Ponente doctor Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

Por consulta la Corte revisa la providencia de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor ERNESTO GALLO Q. por los cargos materia de la presente investigación.

HECHOS:

En memorial de mayo doce de mil novecientos cincuenta y seis, Rogelio Hernández expresa que el doctor Ernesto Gallo ante el Juzgado Municipal de Caldas, como apoderado de la señora María Correa v de Correa, inició un juicio reivindicatorio contra el querellante. El demandado fué absuelto en primera instancia, pero el Juzgado 4º Civil del Circuito al revisar la providencia la revocó declarando como dueña del inmueble a la señora Correa v de Correa.

Rogelio Hernández aprovechando la circunstancia de que la demanda no fué registrada, por escritura de diez de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro otorgada en la Notaría 4ª de Medellín, vendió el inmueble a su hijo Ignacio Hernández quien alegando su carácter de propietario se opuso a la entrega por lo cual el doctor Gallo Q. promovió contra éste juicio reivindicatorio, acción que no prosperó porque Ignacio Hernández hizo transferencia del inmueble a Marco Julio Hernández contra quien se inició nuevo juicio reivindicatorio.

Cuando se tramitaba el juicio reivindicatorio iniciado por María Correa v de Correa, Rogelio Hernández confirió poder al doctor Ernesto Gallo Q. para que iniciara el juicio de sucesión de su esposa Raquel Ochoa de Hernández el cual adelantó hasta practicarse la diligencia de inventarios y avalúos, pero parece que por la falta

de pago del impuesto de sucesiones, el juicio se halla paralizado.

Estos hechos dieron base para que Rogelio Hernández formulara la queja por omisión o descuido en la tramitación del juicio de sucesión de la señora Raquel Ochoa de Hernández; retención indebida del título de propiedad del inmueble que debía inventariarse, título que fué retirado del Juzgado Municipal de Caldas y representación simultánea en juicios en los cuales se discuten intereses antagónicos entre las partes a quienes apoderaba.

Investigación

En el curso de ella se allegaron los siguientes documentos:

a) Copia del Acuerdo Nº 90 de 18 de agosto de 1941 con el cual se comprueba la calidad de abogado titulado del doctor Ernesto Gallo Q.

b) Certificado del Juzgado Municipal de Caldas en el cual se comprueban las diversas actuaciones del doctor Gallo Q. en los juicios a que hace referencia el querellante.

c) Copias de las diligencias pertinentes cumplidas en los juicios reivindicatorios y de sucesión. Y,

d) Memoriales y pruebas de descargo presentadas por el doctor Ernesto Gallo Q.

Se considera:

No hay demoras, descuidos o negligencias imputables al acusado dentro del juicio de sucesión de Raquel Ochoa de Hernández, porque el negocio se tramitó hasta efectuarse la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes relictos; la circunstancia de que no se hubiera presentado "la escritura que demostraba el bien sobre el cual se practicaría el inventario y avalúo" no era motivo suficiente para que el juzgador suspendiera la diligencia, pues ni el Código Judicial —Arts 935 a 940— ni la Ley 63 de 1936, exigen tal requisito.

La relación de bienes que componen el activo y pasivo de la sucesión —Art 939 C J— se hace bajo la formalidad del juramento, pero no mediante la presentación y entrega de las escrituras en que constan los respectivos contratos; claro es que la determinación de inmuebles mediante títulos de dominio es pertinente para mayor claridad y precisión de los bienes que se denuncian, pero no es requisito esencial la presentación de las mismas para que la diligencia se realice. Si el funcionario prescinde de la diligencia —inventarios y avalúos— por no presentarse los respectivos documentos, esa irregularidad no implica falta grave ni leve contra la moral profesional del abogado que representa los intereses de las partes: si en ese acto hay negligencia o descuido no le es imputable a él sino al funcionario que no cumple con los deberes impuestos por la Ley.

La circunstancia de que el doctor Ernesto Gallo Q. no hubiera entregado al poderdante la escritura Nº 21 de 7 de febrero de 1939 otorgada ante el Secretario Municipal del Consejo de Caldas, no entraña ninguna falta contra la delicadeza o decoro profesional, bien porque como lo afirma la Procuraduría "Hernández jamás le exigió la entrega o devolución del citado título, en el sitio o lugar adecuado para ello, o sea en su bufete de abogado donde se lo habría dado inmediatamente, sino en la calle o en el Juzgado", ora porque la suspensión del juicio de sucesión no obedeció a falta de presentación de la escritura, sino probablemente a mora en el pago de impuestos y honorarios periciales (fl 41) y, seguramente porque el doctor Ernesto Gallo Q. esperaba continuar el juicio y en el momento oportuno hacer la presentación de ese documento ante el Juzgado, o la entrga del mismo al querellante, siendo, por otra parte evidente que con ello ningún perjuicio causó a su poderdante.

No hay intereses antagónicos ni representación indebida en los juicios de sucesión de la señora Raquel Ochoa de Hernández y reivindicatorios seguidos contra Ignacio Hernández y Marco Julio Hernández, adelantados por el abogado acusado, ora porque las acciones son diferentes, bien porque las partes no son las mismas o idénticas, ya porque los bienes objeto del juicio de sucesión y reivindicatorios son diferentes o porque las conclusiones jurídicas del uno no tienen ninguna influencia en las del otro y, finalmente, porque no hay intereses comunes para las partes que el doctor Ernesto Gallo representaba.

"Los ardides de don Rogelio —dice la Procuraduría— para evadir la entrega del lote que se reivindicaba, contiguo al lote de propiedad de la sucesión de su señora esposa, tienen su culminación en la presente actuación con la cual ha querido vengarse, más que todo, del abogado que los hizo fracasar después de larga y ardua tarea".

No hay lugar a ordenar la investigación pedida por el Agente del Ministerio Público porque la investigación de oficio está condicionada a que la sentencia sea definitiva y absolutoria y, si bien es verdad que en algunos casos el sobreseimiento definitivo puede equipararse a una sentencia

absolutoria en rigor jurídico —como lo ha sostenido la Corte— estas dos providencias no son equivalentes.

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, de acuerdo en parte con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada.

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.

OBLIGACIONES DEL DEFENSOR EN LO PENAL. — NOMBRAMIENTO DE NUEVO APODERADO. — EFECTOS QUE PRODUCE. — EL CUMPLIMIENTO DEL ART. 12 DE LA LEY 69 DE 1945 NO IMPLICA LA AFIRMACION DEL DELITO, SINO SIMPLEMENTE LA ORDEN DE INVESTIGARLO

1 — El cargo de defensar —en lo penal— es de forzosa aceptación; por consiguiente, tanto los nombrados por el procesado como los que designe el Juez o funcionario de instrucción están obligados a aceptar y desempeñar el mandato siempre que en ellos no concurra alguna causal de excusa o no sean sustituidos por quien hizo la designación.

Las obligaciones contraídas por el apoderado o defensor en virtud de la aceptación y posesión del cargo, son de orden público y no privado como en lo civil; en éste se atienden intereses económicos particulares, en aquél se defienden valores de superior jerarquía, como es la libertad del hombre, su inocencia o el reconocimiento de una responsabilidad en los términos de la ley. En el ejercicio del cargo el defensor debe asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley y lo representará en todos los demás actos del proceso; es decir, la defensa, única finalidad del mandato, no puede renunciarse ni sustituirse sino con expresa autorización del procesado (Art 109 del C de P P).

2 — Si bien es verdad que el cargo de defensor no puede renunciarse, también es evidente que dentro de las facultades emanadas del titular del derecho está la de poder sustituirle cuando a bien lo tenga y en cualquier momento del proceso. El nombramiento de nuevo apoderado o defensor "revoca el poder o la delegación anterior" (Art 268 del C J), en consecuencia, se lo releva voluntariamente del cumplimiento de todas las obligaciones y deberes inherentes al ejercicio del cargo. Roto el vínculo jurídico que une al procesado y al defensor, desaparecen las obligaciones provenientes del mandato y ellas no pueden cumplirse por una de las partes por carencia de representación legal.

3 — Dispone el art 12 de la Ley 69 de 1945 que "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia" norma de obligatorio cumplimiento cuando se está en presencia del caso en ella contemplado.

El cumplimiento del precepto no implica la afirmación del delito, sino simplemente, la orden de investigarlo. Es la autoridad con plena jurisdicción y competencia la que decide si hay lugar o no a iniciar la correspondiente investigación, o bien si como resultado de ella puede imponerse la respectiva sanción; pero la entidad que por uno u otro concepto conoce de un proceso que se adelanta con sujeción a las normas de la Ley 69 de 1945, está en la obligación de cumplir el ordenamiento de la ley disponiendo que se adelante la investigación en los casos en ella contemplados.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y seis.

Magistrado Ponente doctor Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en providencia de diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, resolvió:

"Absolver al doctor ALEJO VALENZUELA RAMIREZ de los cargos que se le hacen en la queja materia del presente juicio. — Notifíquese y consúltese a la H. Corte Suprema de Justicia.

Al notificarse el doctor Valenzuela Ramírez de la anterior determinación, interpuso recurso de apelación.

Antecedentes

Carlos Julio Urbina, en memorial de veintiuno

de enero de mil novecientos cincuenta y seis expresa que solicitó los servicios profesionales del doctor Alejo Valenzuela Ramírez para que actuara como defensor en el proceso que por un delito "del Homicidio" se adelantaba en el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Neiva. Como precio de estos servicios se estipuló la suma de quinientos pesos ($ 500,00) —según el denunciante— y mil ($ 1.000,00) de acuerdo con la afirmación del doctor Valenzuela Ramírez.

El trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco fué reconocido como defensor de Urbina el doctor Valenzuela Ramírez, y el veintiuno del mes y año citado tomó posesión del cargo. La posesión "tuvo lugar cuando el Juzgado Superior ya había dictado el auto que disponía el sorteo de los jurados que debían intervenir en la Audiencia Pública; es decir, cuando ya había pasado el término probatorio".

El cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, el denunciante confirió poder al doctor Eliécer Pinilla Rodríguez para que interviniera en el juicio como defensor, y el catorce del mismo mes tomó posesión del cargo.

Afirma el memorialista que el doctor Valenzuela Ramírez no hizo gestión alguna relativa a la defensa "por lo que cabe perfectamente acción penal contra el citado abogado sin perjuicio por ello de sufrir las sanciones de ley y que puedan aplicársele por infracciones al Código Moral Profesional", cargo que fue jurado por Urbina ante el funcionario que conoció del presente negocio, con fecha veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y seis.

Se advierte que con la copia del Acuerdo del Tribunal N° 24 de 1951 y con la certificación de inscripción expedida por la Secretaría del Tribunal, se halla plenamente acreditada la calidad de abogado titulado en la persona del doctor Alejo Valenzuela Ramírez.

Se considera:

El cargo de defensor —en lo penal— es de forzosa aceptación; por consiguiente, tanto los nombrados por el procesado como los que designe el Juez o funcionario de instrucción están obligados a aceptar y desempeñar el mandato siempre que en ellos no concurra alguna causal de excusa o no sean sustituídos por quien hizo la designación.

Las obligaciones contraídas por el apoderado o defensor en virtud de la aceptación y posesión del cargo, son de orden público y no privado como en lo civil; en éste se atienden intereses económicos particulares, en aquél se defienden valores de superior jerarquía, como es la libertad del hombre, su inocencia o el reconocimiento de una responsabilidad en los términos de la ley. En el ejercicio del cargo el defensor debe asistir al procesado en las diligencias en que la presencia de éste sea prescrita por la ley y lo representará en todos los demás actos del proceso; es decir, la defensa, única finalidad del mandato, no puede renunciarse ni sustituirse sino con expresa autorización del procesado (Art 109 del C de P P).

Pero si bien es verdad que el cargo de defensor no puede renunciarse, también es evidente que dentro de las facultades omnímodas del titular del derecho está la de poder sustituirlo cuando a bien lo tenga y en cualquier momento del proceso. El nombramiento de nuevo apoderado o defensor "revoca el poder o la delegación anterior" (Art 366 del C J), en consecuencia, se lo releva voluntariamente del cumplimiento de todas las obligaciones y deberes inherentes al ejercicio del cargo. Roto el vínculo jurídico que une al procesado y al defensor, desaparecen las obligaciones provenientes del mandato y ellas no pueden cumplirse por una de las partes por carencia de representación legal.

Si voluntariamente por designación de nuevo defensor el procesado reemplazó al doctor Valenzuela Ramírez, es obvio que no podía cumplir los deberes y obligaciones señalados por la ley en orden a la defensa de Carlos Julio Urbina, por la existencia de un obstáculo legal y por carecer de nombramiento que lo capacite para intervenir en el proceso, pues la constitución de nuevo defensor —se repite— tiene la virtud de revocar el poder o la delegación anterior. En tales condiciones, no se puede afirmar que el doctor Valenzuela Ramírez hubiera violado ni directa ni indirectamente las normas de la ética profesional.

Dispone el artículo 12 de la Ley 69 de 1945 que: "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia" norma de obligatorio cumplimiento cuando se está en presencia del caso en ella contemplado.

El cumplimiento del precepto no implica la afirmación del delito, sino simplemente, la orden de investigarlo. Es la autoridad con plena jurisdicción y competencia la que decide si hay lugar o no a iniciar la correspondiente investigación, o bien si como resultado de ella puede imponerse la respectiva sanción; pero la Entidad que por uno u otro concepto conoce de un proceso que se adelanta con sujeción a las normas de la Ley 69 de 1945, está en la obligación de cumplir el ordenamiento de la ley disponiendo que se adelante

la investigación en los casos en ella contemplados.

Es pertinente observar que si bien es verdad que la providencia del Tribunal no se ciñe en su forma a los mandatos de los artículos 159 del Código de Procedimiento Penal y 471 del Código Judicial, en el fondo y en su esencia es una verdadera sentencia, y no se podría sacrificar el espíritu de la Ley al contenido formal de la misma, preceptos que en lo sucesivo deben cumplirse por el Tribunal.

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, CONFIRMA la providencia consultada y ordena se adelante la investigación por un posible delito de calumnia contra el señor Carlos Julio Urbina.

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 SIMPLE NOMBRAMIENTO O DESIGNACION DE DEFENSOR NO IMPONE EL DEBER CORRELATIVO DEL EJERCICIO DEL CARGO. — QUE ES LO QUE IMPRIME TAL CARACTER. — CONDICIONES PARA LA SUSTITUCION Y EFECTOS DE ESTA. — LA PETICION DEL DEFENSOR PARA QUE SE CANCELE LA INSCRIPCION DE ABOGADO ANTE EL JUZGADO DEL CONOCIMIENTO, NO IMPLICA, NECESARIAMENTE, LA TERMINACION DEL CARGO

1 — El simple nombramiento o designación de defensor no impone el deber correlativo del ejercicio del cargo; es la posesión y el juramento prestado ante el respectivo funcionario lo que imprime el carácter de defensor y, por consiguiente el ejercicio de las funciones inherentes al cargo, como son las de asistir al procesado en todas las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y el de llevar la representación del acusado en todos los actos o diligencias del proceso.

2 — El nombramiento de apoderado o de defensor no puede sustituirse sino con expresa autorización del procesado o por disposición de la autoridad que hizo el nombramiento, porque estos cargos —a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil— son de orden público; ya que en la defensa del procesado, por una parte existe un interés público-social para que la ley sea correctamente aplicada como tutela de los intereses del Estado y la sociedad y, por otra, un interés privado, cual es la defensa de los intereses del procesado, para que la sanción corresponda a la verdad material de los hechos investigados, pues solo cuando estos postulados se cumplen se puede hacer la afirmación de que la justicia ha sido correctamente aplicada.

Cuando en el curso de un juicio penal, el procesado voluntariamente revoca el poder, las obligaciones contraídas en virtud de ese mandato cesan por imperio de la ley (art 266 C P), porque se rompe el vínculo jurídico que ata al procesado y al defensor en relación con el ejercicio del cargo; en tal evento, el defensor, ya no es parte dentro del proceso penal ni persona que con facultad legal pueda intervenir en él, por consiguiente ninguna imputación válida puede hacérsele contra la delicadeza o decoro profesional por haber perdido el carácter de apoderado o defensor. Lo mismo ocurre cuando la persona que sustituye o revoca el poder es el funcionario o Juez del conocimiento. El cargo de defensor de oficio sólo impone deberes y obligaciones morales y legales cuando existe el vínculo jurídico creado por la Ley, mediante el nombramiento y posesión del cargo para actuar en el proceso. Pero cuando el Juez voluntariamente o a petición de parte sustituye la defensa, es obvio que los deberes inherentes al ejercicio del cargo no pueden cumplirse por la existencia de un obstáculo legal; en este caso, tampoco existe falta imputable al defensor por violación de normas relativas a la ética y decoro profesionales.

3 — La petición del defensor para que se cancele la inscripción de abogado ante el Juzgado del conocimiento, no implica, necesariamente, la terminación del cargo, porque el mandato se confiere para llevar la defensa hasta la culminación del juicio y no se concluye caprichosamente por voluntad del apoderado o defensor, sino por la exhibición de excusas legales o por determinación del Juez previo conocimiento de causa. Si el funcionario no decreta la cancelación de la inscripción, con facultades legales y mediante el procedimiento contemplado en el art 107 del C de P P puede obligar al defensor a cumplir los deberes y obligaciones adquiridos por la aceptación y posesión del cargo de defensor (art 108 ibidem); pero si la decreta, las obligaciones inherentes al cargo terminan, ora por no ser abogado inscrito, bien por el nombramiento de nuevo defensor para que asista al procesado.

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

Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

En providencia de primero de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil absuelve al doctor RAUL RUEDA DURAN por los cargos objeto de la presente investigación y ordena que la decisión sea consultada con esta Entidad.

HECHOS

En el proceso que por un delito "del homicidio" se adelantaba contra Nicanor Higuera, el Juzgado Segundo Superior de El Socorro, en providencia de nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco nombró como defensor de oficio al doctor Raúl Rueda Durán. El auto fué notificado a las partes y posteriormente, el diez del mes y año citado, el defensor del procesado prometió bajo la gravedad del juramento cumplir con lealtad y honradez los deberes del cargo para el cual había sido nombrado; es decir, se posesionó legalmente. El veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y seis —día de la audiencia pública— se consideró la petición del doctor Raúl Rueda Durán, en virtud de la cual solicita se cancele "la matrícula de abogado que tengo inscrita en su despacho", por lo cual se suspendió la diligencia de audiencia transfiriéndola para otra oportunidad.

El ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, el Juzgado ordenó dar cuenta de "la actitud asumida por el doctor Raúl Rueda Durán como defensor del procesado Nicanor Higuera en la causa que se le sigue por el delito de homicidio en Marcos Hernández, para que allí se resuelva si es el caso de aplicarle las sanciones de que trata la ley 69 de 1945 para los abogados en ejercicio. Envíese a aquella superioridad copia de lo conducente. Notifíquese (fdo) Salomón Sarmiento". (fdo) L. J. Galvis G. Secretario"

INVESTIGACION

El Tribunal ordenó adelantar la investigación y dispuso correr traslado de la queja tanto al Agente del Ministerio Público como al doctor Raúl Rueda Durán.

La calidad de abogado titulado se halla comprobada mediante el Acuerdo Nº 26 de 22 de agosto de 1955, expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en virtud del cual "se recibe al doctor Rueda Durán como abogado titulado con facultades para ejercer su profesión en todo el territorio de la República".

Al contestar el traslado el doctor Rueda Durán, después de analizar los hechos ocurridos en el Juzgado, dice:

"Yo cancelé mi inscripción de abogado, pues no es mi deseo litigar en asuntos penales, ya que mi modesta especialización se refiere a asuntos civiles y laborales y es preciso dedicarles a éstos toda mi actividad... la ley de abogacía permite que en cualquier momento un abogado como tal se inscriba en un Juzgado. Existe plena libertad para aquello siempre y cuando que el peticionario reúna los requisitos legales. Pero así como existe libertad para hacerlo, existe para dejar de hacerlo y para cancelar la inscripción cuantas veces al inscrito le provoque. No veo en esto infracción alguna".

Posteriormente expresa:

"No encuentro el perjuicio, porque si así fuera, todos los abogados que por uno u otro motivo han cancelado sus inscripciones teniendo asuntos pendientes, habrían sido infractores a la Ley que el señor Juez cree violada. Habría infracciones si la ley dijese que era punible el hecho de que un abogado teniendo asuntos pendientes en un Juzgado, cancelase su inscripción. De otra parte, yo no tenía compromiso alguno con el procesado Higuera. No había sido designado por éste, ni recibido dinero, ni mucho menos comprometido. Fué una designación del Juzgado, que por lo forzosa, me vi en la necesidad de aceptar".

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delgado en lo Penal al referirse concretamente a los hechos expresa:

"Considera la Procuraduría que en realidad, la cancelación de la inscripción hecha por el doctor Rueda Durán en el Juzgado 2º Superior de El Socorro, no puede considerarse como una falta grave ni leve contra la ética en el ejercicio de la profesión de abogado, por cuanto no encaja dentro de las prescripciones de la Ley 69 de 1945".

"No obstante tal circunstancia, es obvio que la conducta del doctor Rueda Durán es censurable por cuanto —si no deseaba ejercer en asuntos penales— demoró cerca de un año para evadir la defensa de Higuera, tiempo durante el cual hubiera podido renunciar a la designación hecha, pero prefirió esperar hasta la iniciación de la vista pública para hacerlo, cancelando, en forma inusitada su inscripción, —a manera de renuncia— presentándose en esta forma una demo

en la administración de justicia; ciertamente no había ocurrido si el doctor Rueda, hubiera formulado una excusa oportuna (Art 107 del C de PP) con fundamento en el grave perjuicio a sus intereses profesionales en materia civil y laboral excusa que hoy se alega".

Se considera:

Dice el Art 107 del C de P P que el cargo de defensor es de forzosa aceptación y que tanto los que nombre el procesado como los que designe el Juez, están en la obligación de aceptar y desempeñar el cargo. El principio general consagrado en la norma, tiene como excepciones para no servir el cargo "la enfermedad grave habitual, el grave perjuicio de sus intereses, el de ser empleado público o el de ser mayor de sesenta años o menor de veintiuno no habilitado de edad, o el de tener a su cargo cuatro o más defensas de oficio. Fuera de estas excusas legales, no hay ningún motivo que justifique —para el abogado— el cumplimiento de ese deber y obligación impuestos por la ley.

Es natural que el simple nombramiento o designación no impone el deber correlativo del ejercicio del cargo; es la posesión y el juramento prestado ante el respectivo funcionario lo que imprime el carácter de defensor y, por consiguiente el ejercicio de las funciones inherentes al cargo, como son las de asistir al procesado en todas las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y el de llevar la representación del acusado en todos los actos o diligencias del proceso.

El nombramiento de apoderado o de defensor no puede sustituirse sino con expresa autorización del procesado o por disposición de la autoridad que hizo el nombramiento, porque estos cargos —a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil— son de orden público, ya que en la defensa del procesado, por una parte, existe un interés público social para que la ley sea correctamente aplicada como tutela de los intereses del Estado y la sociedad y, por otra un interés privado, cual es la defensa de los intereses del procesado, para que la sanción corresponda a la verdad material de los hechos investigados, pues solo cuando estos postulados se cumplen se puede hacer la afirmación de que la justicia ha sido correctamente aplicada.

Cuando en el curso de un juicio penal, el procesado voluntariamente revoca el poder, las obligaciones contraídas en virtud de ese mandato cesan por imperio de la ley (Art 266 C J), porque se rompe el vínculo jurídico que ata al procesado y al defensor en relación con el ejercicio de cargo, en tal evento, el defensor ya no es parte dentro del proceso penal ni persona que con facultad legal pueda intervenir en él, por consiguiente ninguna imputación válida puede hacérsele contra la delicadeza o decoro profesional por haber perdido el carácter de apoderado o defensor. Lo mismo ocurre cuando la persona que sustituye o revoca el poder es el funcionario o Juez del conocimiento. El cargo de defensor de oficio solo impone deberes y obligaciones morales y legales cuando existe el vínculo jurídico creado por la Ley, mediante el nombramiento y posesión del cargo para actuar en el proceso. Pero cuando el Juez voluntariamente o a petición de parte sustituye la defensa, es obvio que los deberes inherentes al ejercicio del cargo no pueden cumplirse por la existencia de un obstáculo legal: en este caso, tampoco existe falta imputable al defensor por violación de normas relativas a la ética y decoro profesionales.

La petición del defensor para que se cancele la inscripción de abogado ante el Juzgado 2º Superior, no implica, necesariamente, la terminación del cargo, porque el mandato se confiere para llevar la defensa hasta la culminación del juicio y no se concluye caprichosamente por voluntad del apoderado o defensor, sino por la exhibición de excusas legales o por determinación del Juez previo conocimiento de causa. Si el funcionario no hubiera decretado la cancelación de la inscripción, con facultades legales y mediante el procedimiento contemplado en el Art 107 del C de PP. pudo obligar al defensor a cumplir los deberes y obligaciones adquiridos por la aceptación y posesión del cargo de defensor (art 108 ibidem); pero ante la determinación del Juez —cancelación de la inscripción— las obligaciones inherentes al cargo habían terminado, ora por no ser abogado inscrito, bien por el nombramiento de nuevo defensor para que asista al procesado.

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.

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.

A LOS FISCALES DE LOS JUZGADOS SUPERIORES SE LES ADSCRIBIO, POR MEDIO DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO 1231 DE 1951, LA FACULTAD DE INSTRUIR LOS SUMARIOS POR DELITOS DE COMPETENCIA DE LOS ULTIMOS, EN TANTO QUE A LOS JUECES MUNICIPALES SE LES DIO, POR EL ARTICULO 9º IBIDEM, EL CARACTER DE JEFES DE INSTRUCCION QUE HABIAN TENIDO LOS DE CIRCUITO, QUIENES CONSERVARON UNICAMENTE LA ATRIBUCION DE PODER INVESTIGAR, A SU VOLUNTAD, LAS INFRACCIONES DE SU CONOCIMIENTO

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal Bogotá, veintiseis de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior de Cali el auto de 30 de septiembre de 1954 por el cual resuelve "SOBRESEER DEFINITIVAMENTE, como en efecto sobresee, en favor del doctor ROGERIO PATIÑO GUERRERO" por los cargos que se le hicieron como Fiscal del Juzgado Primero Superior de ese Distrito Judicial.

Dió origen al informativo la Resolución de fecha 17 de enero de 1952 de la Procuraduría General de la Nación, donde se suspendió disciplinariamente al doctor Patiño Guerrero, durante el término de quince días, en el cargo que por entonces ejercía, y se ordenó enviar copia de lo resuelto al Tribunal respectivo "para que se inicie la investigación sobre las posibles infracciones penales en que haya podido incurrir el Fiscal del Juzgado Primero Superior de Cali".

Para dictar la aludida Resolución, la Procuraduría tuvo en cuenta los hechos que a continuación se enumeran:

1º Que la Secretaría del Ministerio de Correos y Telégrafos le remitió al Juez Penal del Circuito de Cali las diligencias que el Visitador General de ese Despacho Ejecutivo había seguido para esclarecer irregularidades ocurridas en la Agencia Postal de Buenaventura, en las cuales aparecía la comisión de varios delitos;

2º Que el Juez Primero Penal, a quien le fue repartido el negocio, dispuso pasarlo al repartimiento de las Fiscalías de los Juzgados Superiores por cuanto "aparecía para investigar un delito de falsedad en documentos públicos, cuyo conocimiento correspondía a estos funcionarios";

3º Que el conocimiento le correspondió al Fiscal del Juzgado Primero Superior, quien devolvió el expediente alegando, entre otras razones, que el Ministerio de Correos le había enviado las diligencias al Juez Penal del Circuito para que adelantara la investigación "y no para que la remita al funcionario competente para conocer de ellas";

4º Que el Juez de Circuito le hizo, de nuevo, remisión de aquéllas al Fiscal por no ser de su competencia los delitos que iban a investigarse y porque la mayor parte de éllos "se habían cometido dentro del Circuito de Buenaventura", haciéndole notar, además, al funcionario renuente que el Ministerio de Correos "no estaba comisionando a funcionario alguno del Organo Judicial, por carecer de facultades para ello"; y

5º Que entonces el Fiscal ordenó, con fecha 29 de octubre de 1951 devolverle al Ministerio de Correos la actuación "para que esa entidad designe el funcionario de Buenaventura que deba avocar el conocimiento de los hechos".

El carácter oficial del doctor Rogerio Patiño Guerrero, como Fiscal del Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Cali, se estableció con las constancias del nombramiento y posesión respectivos (fs. 25 y 28); y en la sumaria rindieron declaración los señores Armando Jaramillo, Marino Rentería y doctor Jaime Mondragón Gutiérrez. El primero en su condición de Secretario de la Fiscalía del Juzgado Primero Superior de Cali y el segundo en la de Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito, corroboran las incidencias a que dió lugar en esos despachos el envío por el Ministerio de Correos de las diligencias antes referidas. El tercero, en su carácter de Juez Primero Penal del Circuito de Cali, manifestó que había cultivado relaciones de cordial amistad con el Fiscal doctor Patiño Guerrero hasta el día en que, habiendo fallado contra

sus pretensiones un negocio penal en que él estaba interesado, se convirtió en su gratuito enemigo; que, una vez en vigencia el Decreto que dió a los Fiscales la calidad de investigadores, el Fiscal doctor Patiño Guerrero resolvió "por puro rencor" aprovechar esa circunstancia para no perderlo de vista y tenerlo "de blanco en materia de comisiones"; que al recibir del Ministerio de Correos las diligencias originadas en la Visita a la Agencia Postal de Buenaventura observó que los hechos eran de competencia del Juez Superior y se habían agotado fuera de su jurisdicción, por lo cual las envió a las Fiscalías de los Juzgados Superiores, donde le fueron repartidas al doctor Patiño Guerrero, quien se las devolvió al deponente; y que éste se las remitió de nuevo al Fiscal, funcionario que, desoyendo toda argumentación en contrario, terminó por ordenar que el expediente volviera al Ministerio de donde había procedido, "seguramente obsesionado por su manía de vivir creyendo que todo mundo lo persigue".

Dice, en su indagatoria, el Fiscal inriminado que ante el Tribunal Superior de Cali se le siguieron varios sumarios "por consecuencia del cargo de Juez, especialmente en Buenaventura, sin que esos sumarios tuvieran trascendencia por haber sido fruto de la temeridad"; niega que jamás sintiera animadversión alguna contra el Juez Primero Penal del Circuito doctor Mondragón Gutiérrez; reconoce que estuvo en desacuerdo con éste a propósito del curso que debía dársele a la investigación procedente del Ministerio de Correos por las razones expuestas en su auto de 20 de octubre de 1951; y al preguntársele si había leído o no la providencia en que el Juez se había abstenido de instruír el sumario por no tener jurisdicción, contestó: "Un día antes de una audiencia y al llegar a la oficina, el Secretario de la Fiscalía me habló de ese asunto diciéndome que el Juez 1º del Circuito lo devolvía; entonces lo estudié ligeramente y me formé la sensación que él rehuía la comisión, sin fijarme en el dato de que los hechos eran cometidos en la ciudad de Buenaventura, por esa circunstancia se lo devolví al señor Juez y éste a su turno lo devolvió después con un auto desconocido para la Fiscalía; pero al enterarme comprendí que el señor Juez tenía razón en lo sustancial, porque en realidad, él no podía conocer de un asunto de distinta jurisdicción; como se ve, no hubo de mi parte dolo alguno, pues en primer lugar ya sabía que la verdadera investigación estaba repartida, por lo que sólo me incomodaron los términos disonantes del señor Juez 1º del Circuito de Cali".

Estimó el Tribunal, a que —contra lo insinuado por la Procuraduría en la Resolución en que se sancionó disciplinariamente al doctor Patiño Guerrero— que a éste no le es aplicable ninguna de las tres disposiciones a que allí mismo se alude. Ni los artículos 174 y 175 del Código Penal, porque las obligaciones consignadas en los artículos 10 y 12 del Estatuto Procesal se refieren a investigaciones no iniciadas, y de la que el Fiscal devolvió al Ministerio de Correos ya había conocido el Juez 1º Penal del Circuito por remisión que inicialmente le hiciera el mismo Despacho Ejecutivo; ni el artículo 172 de la Obra primeramente citada, porque sólo se omite, rehusa o retarda la ejecución de actos a que los funcionarios o empleados públicos se hallan legalmente obligados, circunstancia que no concurre en el caso sub judice a configurar la infracción denunciada.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Colaborador Fiscal de la Sala se confirme el auto consultado, con la adición de que él se refiere a los hechos que dieron lugar a la investigación por aparecer que los mismos no alcanzan a constituír delito.

Dice al efecto que "la actitud y las providencias tomadas por el ex Fiscal doctor Patiño obedecieron más a su carácter —quizás un tanto demasiado vivo— y a su temperamento —tal vez algo susceptible— que a cualquiera otra circunstancia que pudiera calificarse de dolosa"; y añade que "Si el doctor Patiño hubiese observado para con la Procuraduría la misma conducta que empleó ante el señor Juez que lo indagó en el presente negocio, es decir, que si en vez de remitir al señor Procurador General de la Nación una respuesta que éste estimó, justificadamente, un documento irrespetuoso y agresivo, hubiese dado las mismas explicaciones que dió en la indagatoria, seguramente ni habría sido sancionado administrativamente como lo fue, ni la Procuraduría hubiera ordenado la iniciación de la presente investigación conforme lo establece el inciso primero del artículo segundo del Decreto Legislativo número 3665 de 1950".

Consideraciones de la Corte

A los autos se trajo copia de la Resolución por la cual la Procuraduría le impuso sanciones disciplinarias al doctor Patiño Guerrero, pero no de las diligencias originarias del Ministerio de Correos que motivaron el incidente entre el Fiscal

y al Juez doctor Jaime Mondragón Gutiérrez. Por ello no puede saberse si el mencionado Despacho Ejecutivo le envió aquéllas al Juez Primero Penal del Circuito de Cali "para que adelantara la investigación", como lo afirma el Fiscal acusado al decir que por esa razón le devolvió el expediente a dicho funcionario, o si a éste se le hizo tal envío "para que se adelantara la correspondiente investigación penal", como lo asevera la Procuraduría en el hecho 1º de la Resolución referida. De una o de otra manera, lo cierto es que ninguna relación de dependencia jerárquica existía entre el Fiscal Patiño Guerrero y el Ministerio de Correos ni entre el mismo Agente del Ministerio Público y el Juez Primero Penal del Circuito, para que pudiera decirse que el inculpado omitió o rehusó el cumplimiento de orden o mandato emanados de autoridad competente. Por otra parte, ninguna de estas dos modalidades del abuso de autoridad se estructuró en sus elementos materiales, pues el Fiscal le dió curso al informativo; y así, no cabe la afirmación de que omitiera (en el sentido pasivo de no hacer) o rehusara (en el sentido activo de negarse a obrar). Ni hubo jurídicamente actuación retardada, porque el tiempo transcurrido entre la fecha en que el Juez de Circuito recibió las diligencias (8 de octubre de 1951) y la fecha en que el Fiscal las devolvió al Ministerio de Correos (20 de los mismos) no fue excesivo para el desarrollo del debate contradictorio suscitado entre los dos funcionarios sobre un negocio que no era el único que tenían a su estudio. Fuera de que no sería equitativo atribuírle a uno solo de ellos —por haber tenido el otro razón— la solución de continuidad que, por causa de ambos, sufrió la investigación en su etapa inicial.

Otra cosa es que la conducta del sindicado fuera equivocada, como él mismo lo reconoce y la Procuraduría lo acepta al declarar que, si el doctor Patiño Guerrero le hubiese dado a su superior jerárquico las explicaciones que constan en la indagatoria, no se le habría sancionado administrativamente, ni las presentes diligencias se habrían adelantado. Palabras que, en buen romance, significan que en la iniciación de este proceso obró más el rigor de la potestad disciplinaria ofendida que el convencimiento de que se habían cometido ilícitos penales.

El Fiscal no advirtió que de los hechos les correspondía conocer, por razón del territorio, a las autoridades de Buenaventura; y le devolvió el expediente al Juez de Circuito de Cali considerando que este funcionario se hallaba "en el deber de instruir no solamente los sumarios cuya competencia falladora le incumban sino también los casos atribuídos a los Jueces Superiores", devolución que comportaba, a su juicio, "la orden implícita de adelantar la investigación". La interpretación fue errada, porque la facultad de instruir los sumarios por delitos de competencia de los Juzgados Superiores se adscribió a los Fiscales de esos despachos a virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1231 de 1951, en tanto que a los Jueces Municipales en la Rama Penal se les dió, por el artículo 9º ibidem, el carácter de jefes de instrucción que habían tenido los de Circuito, quienes conservaron únicamente la atribución de poder investigar, a su voluntad, las infracciones de su conocimiento.

Si se pedía la averiguación de un delito de falsedad en documentos públicos, de competencia de los Jueces Superiores, y si los hechos se habían agotado dentro del Circuito de Buenaventura, lo procedente era —a falta de investigador especial designado por el Ministerio de Justicia— remitir las diligencias a los Jueces Municipales en lo Penal de esa jurisdicción, de donde se concluye que no sólo el Fiscal acusado sino también —en primer término— el Juez Primero Penal del Circuito de Cali, le dieron una tramitación irregular al expediente enviado por el Ministerio de Correos y Telégrafos. Pero esa actuación no revistió carácter delictuoso, porque —según jurisprudencia de la Corte, igualmente aplicable a los Agentes del Ministerio Público— "los errores que sufran los Jueces o Magistrados en la apreciación de un determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis no constituyen de por sí abuso de funciones si, por otra parte, no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos, es decir, aquel dolo genérico que debe concurrir para que sea reprensible su conducta".

En relación con la demora de un año, seis meses y veintiseis días, observada por el Colaborador de la Sala en este informativo (fols 19v y 22 del Cuaderno Principal) se dispondrá la investigación correspondiente.

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, acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia consultada, ADICIONÁNDOLA en el sentido de que el sobreseimiento alude a los cargos que en las presentes diligencias se le formularon al doctor Rogerio Patiño Guerrero, en su condición de Fiscal del Juzgado Primero Superior de Cali y obedece a la

circunstancia de que los hechos imputados no constituyen delito.

Por el Tribunal de instancia sáquese copia de lo pertinente y remítase a quien corresponda, a fin de que se investigue la demora a que se hace referencia en la motivación de este proveído.

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

LOS SALARIOS INDEMNIZATORIOS POR MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES PARA EFECTOS DE FIJACION DE LA CUANTIA, FRENTE AL RECURSO DE CASACION

Ha sido reiterada jurisprudencia de la Corte, la de que los salarios indemnizatorios por mora en el pago de las deudas laborales, no pueden computarse, para efectos de fijar la cuantía del juicio frente al recurso de casación, sino los causados desde la fecha del despido hasta aquella en que se presente la demanda, porque dichos salarios no son en el fondo otra cosa, que un medio legal y específico de sancionar al patrono moroso, sin que puedan contabilizarse los que se causen con posterioridad a esta fecha, ya que estos no existen en el momento de constituirse la relación jurídico-procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano)

Tiénese al doctor Blas Herrera Anzoátegui como apoderado de Antonio José Meneses, en los términos y para los efectos del memorial-poder que obra al folio 5 de este cuaderno.

Se va a decidir acerca de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el apoderado de Alejandro López Prieto en el juicio seguido por éste contra Antonio José Meneses.

En la demanda inicial el procurador judicial del actor solicitó que el demandado fuera condenado a pagarle lo siguiente:

"**Primero.** — La suma de trescientos sesenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 367.50) m. l. por concepto de cesantía en el lapso de 9 meses y 24 días;

"**Segundo.**—El valor de ciento cincuenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 152.50) m. l., por concepto de prima de servicios, proporcionada en el segundo semestre de 1954, por el tiempo de 4 meses y 10 días de dicho lapso;

"**Tercero.**—La suma de novecientos ochenta pesos ($ 980.00) m. l., por concepto de salarios faltantes para completar el término presuntivo del contrato de trabajo, es decir, los salarios correspondientes a dos meses y seis días que le faltaban a mi representado para completar el segundo período de seis (6) meses:

"**Cuarto**.-La cantidad de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) m. l., valor del excedente para completar el término del preaviso, conforme al período actualmente vigente de cuarenta y cinco (45) días;

"**Quinto.**—La suma que resulte deber el demandado por concepto de salarios caídos, por el no pago oportuno de prestaciones sociales, contados a partir del 11 de noviembre de 1954 en que quedó cesante mi representado;

"**Sexto.**—El valor que resulte de toda otra prestación que se adeude a mi patrocinado, y que no fuere expresamente pedida, en virtud de la facultad de condenar extra y ultra petita: y

"**Séptimo.**—Las costas del juicio y los honorarios de abogado, de acuerdo a la tarifa del Colegio de Abogados de Nariño".

Se considera:

Como se ve, por la transcripción que que se acaba de hacer, las súplicas discriminadas en el libelo ascienden a la cantidad de $ 1 950.00. Sumando ésta a la que arrojan los salarios caídos, o sea, los correspondientes a un lapso de dos meses y 21 días, corridos desde la fecha del despido hasta la presentación de la demanda, se tiene una cuantía de $ 3.105.00, inferior a la requerida para que haya lugar al recurso de casación, como bien lo anota el procurador judicial de la parte demandada en el escrito que antecede.

En efecto, ha sido reiterada jurisprudencia de la Corte, la de que los salarios indemnizatorios por mora en el pago de las deudas laborales, no pueden computarse, para efectos de fijar la cuantía del juicio frente al recurso de casacin, sino los

causados desde la fecha del despido hasta aquella en que se presente la demanda, porque dichos salarios no son en el fondo otra cosa, que un medio legal y específico de sancionar al patrono moroso, sin que puedan contabilizarse los que se causen con posterioridad a esta fecha, ya que estos no existen en el momento de constituirse la relación jurídico procesal.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la valoración dada por el Tribunal a la cuantía del juicio no está de acuerdo con la doctrina sentada al respecto por esta Superioridad y, en consecuencia, no es procedente el recurso de casación impetrado.

En mérito de las breves consideraciones expuestas, NO SE ADMITE el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Alejandro López contra la sentencia de fecha 22 de mayo del año en curso, proferido por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio seguido por el recurrente contra Antonio José Meneses.

Una vez ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Antonio Constain — Enrique Arámbula Burán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJO OCASIONAL. — SUBORDINACION. —LA LIBRE APRECIACION PROBATORIA EN MATERIA LABORAL. — LA ENFERMEDAD NO INTERRUMPE EL VINCULO CONTRACTUAL

1. — La ocasionalidad o transitoriedad del servicio se caracteriza, como lo expresa el Código, por su corta duración, circunstancia que se opone a la idea de permanencia o continuidad de la labor. Mas si ésta se ejecuta en largo lapso, aunque ocurran interrupciones de breve duración, no debe estimarse como un trabajo ocasional.

2.—Existe abundante doctrina sobre la libertad que en el proceso laboral tienen los juzgadores de instancia en la apreciación probatoria, pero también es obvio que esa libertad tiene su límite y en consecuencia no puede conducir al silencio o inadvertencia respecto de pruebas que demuestren claramente los hechos discutidos, de modo que se llegue al desconocimiento de ellos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E., trece de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Marino Rivas Asprilla demandó por medio de apoderado ante el Juez del Trabajo de Buenaventura a la "Empresa Transportadora S. A.", representada por su gerente William H. Goebertus, para que por los trámites de un juicio ordinario, fuera condenada a pagar al demandante o a quien sus derechos represente, lo siguiente: 1) Por concepto de cesantía correspondiente al tiempo comprendido entre el mes de enero de 1952 y el 20 de febrero de 1955 con base en un sueldo de $ 350.00 mensuales, la suma de $ 1.050.00 m. cte.; 2) Por concepto de vacaciones, la suma de $ 525.00; 3) Por concepto de primas semestrales, $ 700.00; 4) Por concepto de enfermedad no profesional, la suma que aparezca comprobada en juicio, y 5) Por salarios faltantes o caídos (sic), la suma que apareza comprobada, teniendo en cuenta que el sueldo promedio del trabajador era de $ 350.00 mensuales y que esta prestación debe ser cubierta a partir del día 1º de marzo de 1955 hasta el día en que la empresa demandada satisfaga todas las prestaciones legales a que tiene derecho el trabajador.

Fundamentó su demanda en los siguientes hechos: 1º Que por escrito de fecha 12 de julio de 1955 confirió poder especial a su apoderado para demandar a la Empresa Transportadora S. A. representada por su gerente William H. Goebertus, para el pago de jornales y demás prestaciones sociales que se le adeudan. — 2º Que el trabajador prestó sus servicios personales a la referida empresa aproximadamente desde el 10 de enero de 1952 hasta el 1º de marzo de 1955, fecha en que se retiró por causa de enfermedad no profesional que le impidió continuar en sus labores. — 3º Que los mencionados servicios los prestó en forma directa y permanente y bajo la continuada dependencia de la misma y que su labor consistía en "retirar" de los recintos del Muelle Nacional de este Puerto los vehículos o automotores que venían del Exterior destinados a la citada Empresa, y que ésta se encarga aún previos los trámites aduaneros de rigor de introducir al interior del país, a los respectivos importadores".

El demandante estaba "obligado a trasladarlos de los garages propios de la Empresa, según instrucciones permanentes que tenía sobre este particular". — 4º Que el trabajador estaba obligado a "chequear o revisar cada vehículo" para que "por el conducto de él la dicha compañía tuviera la seguridad de que estos llegaban al país en excelentes condiciones técnicas. En las oficinas de la Aduana Nacional obtenía igualmente los documentos del caso para el retiro de tales automotores de los patios del Muelle local o los garages de la aludida empresa". — 5º Que Marino Rivas no fue en ningún momento un empleado ocasional ni transitorio sino por el contrario permanente ya que "tenía que asistir a la compañía, es decir a sus oficinas, a recibir órdenes sobre el ejercicio de sus labores, aunque por cualquier causa no hubiese vehículos que sacar del Muelle".—6º Que por tales razones el trabajador se encontraba bajo la continuada dependencia y subordinación de la empresa, la cual le exigía el cumplimiento de órdenes, le señalaba la forma de realizar sus tareas y se le impuso el cumplimiento de los reglamentos

de la entidad, existiendo una subordinación jurídica permanente del trabajador para con la empresa por más de tres años continuos. — 7º Que la labor del trabajador como antes se dijo consistía en el transporte de los vehículos de los patios del muelle a los garages de la empresa y la de contribuir a ventilar ante las autoridades pertinentes su traslado a las ciudades del interior de la República. — 8º Que el trabajador desempeñaba su labor por un precio determinado que era la suma de $ 5.00 m. cte. por cada pieza o vehículo retirado de los recintos del muelle: que tal actividad no era espontánea ni ocasional sino debida a órdenes expresas y permanentes, y que cuando no había vehículos qué transportar "Rivas se presentaba normalmente a la Empresa en busca de órdenes". Que en tales ocasiones la compañía no lo despedía sino que "esperaba nuevas remesas de vehículos para que continuara su habitual faena". — 9º Que Marino Rivas ganaba un sueldo aproximado de $ 350.00, advirtiendo que el movimiento de vehículos no era uniforme todos los días y que en varias ocasiones no ejercía tal labor. — 10º Que la Empresa Transportadora en ninguna época le concedió al trabajador vacaciones anuales remuneradas, ni le pagó las primas de rigor, ni la cesantía, estando por ley obligada a hacerlo, y que Rivas ha reclamado directamente y en muchas ocasiones tales prestaciones sin resultado alguno. 11º Que el trabajador estuvo gravemente enfermo por más de cuatro meses, de lo cual tuvo conocimiento la Empresa, pero éste le abandonó sin prestarle ninguna especie de auxilio. Ya repuesto de sus dolencias regresó a continuar sus habituales labores pero la compañía lo despidió sin consideraciones, negándole el reintegro a su antiguo trabajo y todas las prestaciones a que tenía derecho.

Fundamentó la demanda en las siguientes disposiciones de derecho: artículos 1º 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 10º, 13, 14, 18, 19, 22, 23, 27, 29, 39, 45, 46, 54, 55 y ss., 193 y ss. 249 y ss., 306 y ss. del C. S. del T. y en el Decreto Ley número 2158 de 1948 sobre Procedimiento Laboral.

La demandada al contestar manifestó no ser ciertos los hechos 4º y 6º y dijo de los demás que ni los afirma ni los niega, reclamando su prueba por el actor. Propuso las siguientes excepciones: petición de lo no debido, carencia de causa, inexistencia de la obligación, la inominada y la de inepta demanda sustantiva en la parte demandada.

El Juzgado de primera instancia en sentencia de fecha 27 de junio de 1956 resolvió la litis rechazando todas las excepciones propuestas por el apoderado y condenando a la Compañía Transportadora S. A. de Buenaventura, representada por su gerente William H. Coobertus a pagar al actor o a quien sus derechos represente, la suma de $ 1.698.91 por concepto de cesantía, vacaciones y prima de servicios y a todos los salarios caídos dejados de percibir por el demandante a partir del 1º de marzo de 1955 y a razón de $ 3.05 m. cte. diarios.

Apelada la anterior providencia, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali la revocó en su totalidad, absolviendo en su lugar de todos los cargos a la empresa demandada. No condenó en costas.

Contra esta providencia interpuso recurso de casación la parte demandante y habiéndose tramitado en legal forma pasa a resolverse mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito de oposición.

El recurso

Aspira "a que dicha sentencia sea casada totalmente y a que la H. Corte, como sentenciador de instancia, confirme el fallo de primer grado y condene a la demandada en las costas de la instancia y del recurso.

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L., presenta dos cargos que pasan a estudiarse.

Primer cargo

Acusa violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 22, 23 y 24 del C. S. del T. y consecuencialmente de los artículos 65, 186, 193, 249, 253 y 306 del mismo Código y de los artículos 7º y 8º del Decreto número 617 de 1954. Dice el recurrente: "A esta infracción fue conducido el sentenciador por equivocada apreciación de las posiciones absueltas por el actor (f. 25 v. a 27 v. cuad. I) y por falta de apreciación de la contestación de la demanda y sus anexos (fs. 11 a 15 y 17 a 18 v.), del pliego de posiciones del f. 22; de las declaraciones de Roberto Zapata (f. 23), Luis Carlos Bonilla (f. 24), Nelly Silva (f. 24 v.), Buenaventura Ramírez (f. 29), Guillermo de la Cruz (f. 29 v.); Pablo Asprilla (f. 33), José Dolores Lozano (f. 34), Jesús Vaca (f. 35), Manuel Chunga (f. 35 v.), Baudelino Aguas (fs. 40 y 41), e Ignacio Montaño (fs. 49 y 50); del certificado del asilo (f. 38); de la inspección ocular (fs 41 a 42 v.); del dictamen pericial (fs. 47 a 48 y 55) y del comprobante anexo al mismo (f. 54), todo esto del

cuaderno 1, así como de la totalidad de las copias que integran el cuaderno 11.

Sostiene que el sentenciador se basó en las respuestas a las 10ª y 11ª preguntas del pliego de posiciones del actor para no dar por demostrada la prestación personal de servicios de éste: analizó las respuestas y la 8ª del referido pliego para afirmar que "desviado por esa errónea apreciación de las posiciones absueltas por Rivas, el sentenciador no creyó indispensable estudiar las demás probanzas del expediente"; manifiesta que todos los testimonios de autos "coinciden en relevar las actividades PERSONALES de Rivas, con lujo de detalles"; al efecto transcribe en parte y analiza las declaraciones de Baudelino Aguas, Buenaventura Ramírez, Manuel Chunga, Ignacio Montaña y otros, observando que el sentenciador ni siquiera alude a tales testimonios; dice que aunque los testigos de la empresa tratan de afirmar que la labor de Rivas era ocasional, sin embargo el cuaderno 2º contiene las copias de las solicitudes tramitadas por Rivas para la empresa y que según el peritaje el número de vehículos nacionalizados y sacados por el trabajador de los muelles asciende a 2.487; alude a las preguntas 4ª y 7ª del pliego de posiciones las cuales transcribe, para deducir que Rivas obedecía a un "jefe inmediato en la empresa, y tenía obligación de presentarse a la misma cuando hubiera barcos en puerto, según la propia confesión de la demandada"; refiérese a las pruebas de inspección ocular, dictamen pericial y comprobantes del cuaderno 2º, para concluir que ellas son suficientes "para acreditar la prestación personal de servicios que el sentenciador se obstinó en ignorar"; por último dice que de haberse aceptado esta prestación era forzoso aplicar la presunción del artículo 24 del C. S. del T. y los artículos 22 y 23 sin que hubiera podido eludirse la aplicación de las normas que consagran las prestaciones reclamadas por el actor.

Advierte el opositor que el recurrente ha olvidado un aspecto de fondo que determina la prosperidad del recurso: "Que el libre convencimiento que en determinado sentido adopta el juzgador mediante el estudio de la realidad probatoria, no puede ser modificado, y casada la sentencia, sino cuando de una manera ostensible clara y definitiva aparezca demostrado que el sentenciador ha apreciado las pruebas que ilustraron su convicción de una manera contraria al verdadero sentido de la prueba en que se haga consistir el error de hecho". Manifiesta que existe copiosa jurisprudencia al respecto en los fallos del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y al efecto transcribe apartes de esas providencias; refiriéndose a las pruebas relacionadas en el cargo y al concepto que de ellas emite el recurrente, cita las respuestas 10ª y 11ª del pliego de posiciones para afirmar que no es exacto que el Tribunal se basara exclusivamente en ellas para no dar por demostrada la prestación personal del servicio, ya que lo que hace es realizar "la crítica probatoria necesaria para adoptar conclusiones y fallar con acierto"; alude a la declaración de un testigo para deducir que Rivas no estaba encargado de nacionalizar los vehículos sino para sacarlos cuando podía, a razón de $ 5.00 por cada uno; cita algunos conceptos de Ellero y Dellepiane sobre cuestiones probatorias y, por último, observa que el cargo no singulariza "prueba alguna determinada por cuya errónea apreciación pueda desvirtuarse la justeza de la decisión del Tribunal".

Se considera:

El sentenciador dijo:

"En el caso sub-judice, Marino Rivas en la diligencia de absolución de posiciones verificada con el lleno de los requisitos legales por el señor Juez del Círculo Judicial del Trabajo de Buenaventura que fue el del conocimiento, y visible a los folios 25 vueltos a 27 vueltos, al contestar la pregunta décima del pliego de posiciones que textualmente dice: Diga usted cómo es cierto, sí o no, que usted en muchas ocasiones contrataba los servicios de otros choferes para que ellos sacaran los vehículos, y los cuales usted (sic) les pagaba un valor ya convenido, contestó que era cierto; y a la pregunta siguiente, en la cual se le afirma que la empresa jamás le exigió que trabajara personalmente ni tampoco que controlara determinadas personas, respondió que era cierto lo preguntado aclarando que cuando se trataba de cantidades pequeñas de vehículos los sacaba él solo y que cuando eran cantidades grandes buscaba ayudantes".

"Esta confesión del demandado acerca de un hecho fundamental, tiene el valor de plena prueba y así se le reconoce".

"Ahora bien, en el caso sub-judice no se trata de un contrato de trabajo por equipo, en que un trabajador en representación de un grupo de trabajadores contrata con el patrón, sino que Marino Rivas conducía los vehículos del patio del puerto hasta los garages de aquella mediante el pago de $ 5.00 por unidad transportada y, éste a su turno, al contratar los servicios de otros choferes, convenía con ellos el precio por su labor. Es más: en algunos casos Marino Rivas no transportaba ve-

hículos, pues la empresa contrataba con otros el transporte, como ocurría cuando se encontraba enfermo. De suerte que la labor no era prestada siempre personalmente por Rivas, a lo cual cabe agregar, en el caso hipotético de que se considerara o pudiera considerarse que sí hubo relaciones de trabajo en las ocasiones en que Rivas personalmente cumplía la labor de transportar un vehículo o varios desde los muelles hasta los garages, que existe en el expediente una deficiencia probatoria, cual es la de que no se sabe cuántos vehículos transportó Rivas mediante el empleo de sus fuerzas de trabajo, pues está admitido por él, que en muchas ocasiones, sin saberse cuántas, Rivas no podía por enfermedad transportar los vehículos, en otras utilizaba aún asistiendo él los servicios de terceros, sin que se sepa tampoco cuáles fueron esas ocasiones, por lo cual no se podría condenar computando, para obtener el salario, como viajes realizados por Rivas todos aquellos que en el proceso constan fueron hechos en total desde la iniciación de las relaciones hasta su terminación, por cuanto en las solicitudes de la empresa dirigidas a la Administración de la Aduana para que se le entreguen determinados vehículos cuyas características se especifican allí, no hay constancia alguna de que todos hubieran sido transportados por el demandante, como era necesario, en el supuesto de que se consideraran sus relaciones con la empresa como de trabajo, ya que se sabe por su propia confesión que él utilizó en muchas ocasiones los servicios de otras personas a las cuales pagaba".

Ciertamente el sentenciador funda de manera principal su decisión en las respuestas que da el actor a las preguntas 10ª y 11ª del respectivo interrogatorio asignándoles el carácter de plena prueba para acreditar que en muchas ocasiones el actor contrataba los servicios de ayudantes en el cumplimiento de su labor y que jamás se le exigió trabajara personalmente ni que controlara a sus colaboradores, descartando así la relación contractual laboral entre el demandante y la empresa.

El a-quo estimó que obraba en favor del demandante la presunción establecida por el artículo 24 del C. S. del T. y además sostuvo que Rivas, mediante las pruebas testimonial y documental, había demostrado los tres elementos que tipifican el contrato laboral según la ley.

De ahí que produjera condena por la mayoría de los extremos solicitados en el libelo.

En cambio el fallador de segundo grado al proferir la absolución descartó la prueba testimonial la documental. Habiendo sido ellas acusadas cabe examinar el respectivo haz probatorio para pasar luego a estimar el valor de la confesión del actor.

Roberto Zapata (fl. 23 v. y 24), dependiente de la empresa demandada, afirma que Rivas trabajó "en una forma eventual para la Compañía Transportadora S. A."; que "casi siempre era él —Rivas— a quien se buscaba para que sacara los vehículos"; que no estaba sujeto a horario fijo, que devengaba $ 5.00 por cada unidad que llevara de los muelles a los garages de la empresa, todo lo cual le consta por el lapso de dos años aproximadamente. Luis Carlos Bonilla (fl. 24 y 24 v.) y Nelly Silva (fl. 25 y 25 v.) dependientes de la empresa, deponen más o menos sobre las mismas circunstancias expresadas por el testigo anterior. Buenaventura Ramírez (fls. 29 y 29 v.) afirma que "casi siempre lo encontraba (se refiere a Rivas) retirando carros de dicha empresa, inclusive tramitando los memoriales a donde el Administrador de Aduana concedía tal solicitud"; dice no constarle nada sobre el contrato de trabajo, prestaciones, etc. Guillermo de la Cruz (fl. 30) es muy vago en su declaración. Pablo Asprilla (fl. 33 v.) manifiesta que Rivas fue trabajador al servicio de la Compañía Transportadora S. A., pues lo veía sacar vehículos de los muelles sin constarle más circunstancias. Lozano (fls. 34 y 34 v.) depone sobre condiciones del trabajo que le manifestara Rivas. Igualmente Jesús Vaca (fl. 35 v.), quien además lo veía llevando libretas y carros nuevos a los garages de Lara e Hijos. Manuel Chunga (fls. 36 y ss.) afirma que desde el año de 1952 conoció a Rivas trabajando en la Empresa Transportadora S. A., "pues a él le tocaba hacer las diligencias de nacionalización...". Continúa el testigo así: "Al señor Marino Rivas siempre le vi solo haciendo esa clase de diligencias, desde correr el memorial, de la Secretaría, almacenes y Reconocimiento y luego el retiro del (sic) vehículos que lo hacía él personalmente hasta los garages de la empresa". "Desconozco si había algún compromiso sobre trabajo con el señor Rivas, pero sí puedo decir que recibía órdenes directas de sus jefes superiores de la empresa por cuanto aquel señor Rivas tenía poder ante las dependencias de la aduana para obrar como un empleado de esa firma". "El poder que una empresa confiere a un empleado no fija ninguna clase de hora para el servicio pero sí lo establece como responsable directo de todo lo que ese funcionario haga ante la aduana, asumiendo la misma empresa también la responsabilidad de éste". Baudelino Aguas (fls. 40 a 41), Jefe de Importación de la Empresa, da amplia cuenta de las

funciones desempeñadas por Rivas como trabajador de ésta. Dice que su labor consistía en "Estudiar los sobordos de importación o libretas de Tarja de cada buque que llegaba a Puerto y ver si en ellos figuraban vehículos consignados a la Compañía Transportadora S. A. Suponiendo (sic) que sí figuraban tales vehículos el señor Rivas tomaba la numeración de los motores y me las llevaba a mí a fin de confeccionar el memorial a la aduana para poder retirar los vehículos del Muelle. En ocasiones cuando no disponía de empleado subalterno para confeccionar dicho memorial o que no podía hacerlo personalmente el señor Rivas se tomaba el trabajo de hacerlo él. Una vez firmado este memorial por el empleado competente de la empresa el señor Rivas lo "corría" en la aduana y procedía a sacar los vehículos del muelle a los garages particulares llenando el requisito de elaborar juntamente con el empleado de la aduana el respectivo inventario firmado por el vigilante del garage en donde se había metido los vehículos, él u otra persona procedían a confeccionar los comprobantes de Caja (vales) por el trabajo prestado a razón de $ 5.00 por cada vehículo. Yo ponía el visto bueno y él lo cobraba en la Caja. Este era el trabajo que el señor Rivas prestaba a la oficina en forma ocasional, pues solamente lo ejecutaba cuando llegaban los vehículos a nuestra consignación en algún buque". Ignacio Montaño (fls. 49 y 50), quien trabajó durante dos años y nueve meses como celador de los garages al servicio de la Compañía Transportadora S. A., dice que Rivas laboró "en forma permanente" para ésta en el retiro de vehículos de los muelles y conducción de estos a los garages de la empresa. El testigo, que estaba encargado de revisar los carros conducidos por Rivas y poner el visto bueno a los comprobantes que él traía, agregó: "Todos los meses se sacaban un número considerable de vehículos y eran llevados a los garages por el señor Rivas, pero había días que los garages quedaban vacíos".

El dictamen pericial (fls. 47 a 48 y 56) revela que a Rivas se le pagaba una remuneración de $ 5.00 "por concepto de vigilancia y conducción" de cada vehículo que transportaba de la aduana a los garages de la empresa y que el número de ellos durante el lapso trabajado por el actor, fue de 2.487, sin que aparezca persona distinta del demandante efectuando estas labores.

Todo el haz probatorio testimonial que acaba de examinarse, además de demostrar la prestación personal de servicios del actor a la empresa demandada, lo cual haría presumir al tenor del artículo 24 del C. S. T. una relación laboral contractual, acredita también que hubo remuneración. El elemento subordinación o dependencia se halla además establecido con los testimonios de Roberto Zapata, Baudelino Aguas, empleados de la empresa y de Manuel Churga, trabajador de la firma de importaciones Echeverri & Co.; dicen ellos en qué consistían las funciones de Rivas, qué era lo que la demandada le exigía en relación con los automotores que venían consignados a su nombre. Dichas pruebas acreditan que además de ser conductor de los vehículos era un gestor de la empresa en las diligencias de retiro y nacionalización de estos, para lo cual no se requieren órdenes sucesivas y constantes, en virtud del fenómeno moderno de la subdivisión del trabajo, mediante el cual cada trabajador puede tener asignada una tarea precisa y permanente, como ocurre en el caso sub-lite, en que Rivas sabía de antemano cuál era su obligación con el patrono respecto de los vehículos que a éste llegaban consignados. Además todo el cuaderno 2º está integrado por las solicitudes de retiro de tales automotores, lo que implica ciertamente el cumplimiento de órdenes patronales.

Empero como el actor acepta en posiciones que muchas veces dejaba de sacar vehículos por motivo de enfermedad y que en varias ocasiones contrataba los servicios de otros conductores para retirarlos, cuando había gran cantidad, cabe examinar si estas excepciones a su personal labor son suficientes para descartar el contrato de trabajo. No cree la Corte que tales circunstancias lo quebranten, pues la enfermedad no interrumpe el vínculo laboral y además, como lo expresa el recurrente, es obvio que buscara ayudantes en casos de abundancia de vehículos por retirar. Pero hay otra circunstancia no advertida por el Tribunal y es la de que aunque el actor se valiera de ayudantes, persistía en él su función de gestor en el examen, nacionalización y retiro de las mencionadas máquinas, labores estas que se hallan plenamente establecidas con los testimonios de Zapata, Aguas y Churga, ya citados.

Cuanto a la duración del contrato laboral, éste puede ser por tiempo determinado, indefinido o por el que se emplee en un trabajo transitorio o en la ejecución de una obra determinada.

La ocasionalidad o transitoriedad del servicio se caracteriza, como lo expresa el Código, por su corta duración, circunstancia que se opone a la idea de permanencia o continuidad de la labor. Mas si ésta se ejecuta en largo lapso, aunque ocu-

ran interrupciones de breve duración, no debe estimarse como un trabajo ocasional.

En el caso sub-lite está acreditada la permanencia de labor de Rivas, su disponibilidad para la tarea que le estaba asignada y aun cuando por motivos de enfermedad hubiese dejado de trabajar, no por ello puede estimarse que la prestación de sus servicios fuera ocasional o transitoria.

Resulta errónea la apreciación que da el ad-quem a las respuestas del actor en posiciones y aparece además, de modo manifiesto, que al tomar su decisión absolutoria dejó de estimar las probanzas acusadas, en las cuales se fundamentó el juez del conocimiento para producir sus condenas.

Ciertamente, como lo expresa el opositor, existe abundante doctrina sobre la libertad que en el proceso laboral tienen los juzgadores de instancia en la apreciación probatoria, pero también es obvio que esa libertad tiene su límite y en consecuencia no puede conducir al silencio o inadvertencia respecto de pruebas que demuestren claramente los hechos discutidos, de modo que se llegue al desconocimiento de ellos.

El cargo prospera y la sentencia habrá de casarse. Para dictar la decisión de instancia que haya de sustituir a la que se infirma, se considera:

Tanto la prueba testimonial como la documental demuestran que la Compañía Transportadora S. A. tenía como giro principal de sus negocios el retiro, depósito y nacionalización de vehículos que venían consignados a ella con destino a comerciantes importadores de otra plaza; en tales actividades trabajaba Rivas y, mediante el referido haz probatorio, el a-quo estableció que el demandante "prestó un servicio personal" a la demandada, "sin estar sujeto a horario fijo", remunerándosele con $ 5.00 por revisión y retiro de cada vehículo. El dictamen pericial estableció el lapso de servicios y las remuneraciones totales, de todo lo cual partió el juez para encontrar el sueldo promedio mensual en el último año de servicios y el salario medio devengado por el actor.

Cuanto al elemento subordinación considera el a-quo que la facultad de impartir órdenes a quien presta el servicio no es necesario ejercitarla continua y permanentemente en tratándose de trabajadores no sujetos a jornada completa, ya que en tal caso "basta la existencia potencial que tenga el patrono" respecto de tal facultad. Sin embargo la Corte estima que en el caso sub-lite, como se expresó antes, se halla configurada la dependencia de Rivas, por ser éste un trabajador especializado en determinada actividad, circunstancia que indudablemente conlleva al recibo y ejecución de órdenes, aunque no se expidan en forma permanente, ya que tal requisito no ha menester en estos casos.

Afirma el Tribunal que "la labor no era prestada siempre personalmente por Rivas" y agrega que en el caso de que se aceptara la existencia de relaciones laborales entre éste y la empresa, "existe en el expediente una deficiencia probatoria, cual es la de que no se sabe cuántos vehículos transportó Rivas mediante el empleo de sus fuerzas de trabajo, pues está admitido por él, que en muchas ocasiones sin saberse cuántas, Rivas no podía por enfermedad transportar los vehículos, en otras utilizaba sus asistiendo él los servicios de terceros, sin que se sepa tampoco cuáles fueron esas ocasiones, por lo cual no se podría condenar computando, para obtener el salario, como viajes realizados por Rivas todos aquellos que en el proceso constan fueron hechos en total desde la iniciación de las relaciones hasta su terminación, por cuanto en las solicitudes de la empresa dirigidas a la Administración de la Aduana para que se le entregaran determinados vehículos cuyas características se especifican allí, no hay constancia alguna de que todos hubieran sido transportados por el demandante, como era necesario ...".

Advierte la Corte que el ad-quem desconoce que la enfermedad no interrumpe el contrato laboral e incurre además en el error de considerar a Rivas desvinculado de la empresa en las ocasiones en que utilizaba ayudantes a causa de la gran cantidad de vehículos por retirar. Pero si él asistía a tales actividades, como se reconoce, esto es, si ellas se hacían bajo su única responsabilidad, es obvio que su servicio personal resulta cumplido y, por tanto, no caben esas consideraciones en la estimación del cómputo del salario. Además, con base en los testimonios de Jesús Vaca (fls. 35 a 36) y Manuel Chunga (fls. 36 a 37) se precisan los años laborados por Rivas a la Compañía, y con el dictamen pericial (fl. 47), basado en el examen del archivo de la empresa y no objetado por las partes, se establece ciertamente que el actor trabajó un lapso de 3 años, 1 mes y 20 días. Lo anterior es suficiente para que la Corte no comparta la providencia del Tribunal y respalde en cambio la decisión del a-quo en lo relacionado con la prueba del contrato de trabajo entre Rivas y la sociedad demandada y las condenas impartidas, cuyos montos, no obstante contener en su liquidación errores de orden legal en lo que atañe a primas de servicio y a compensación de dinero por vacaciones, no se revisan, pues tal rectificación conduci-

ria a agravar la situación procesal adquirida por el único apelante, incurriendo con ello en la prohibición de la reformatio in pejus.

Ha sido acusado además por falta de aplicación el artículo 65 del C. S. del T., que establece la pena moratoria por el no pago oportuno de prestaciones y salarios al trabajador. Como lo ha aceptado reiteradamente la jurisprudencia laboral, la exoneración de esta pena depende de la buena fe en el proceder del patrono, circunstancia que es de rigor examinar en el caso sub-lite.

Aunque la empresa insiste en negar toda vinculación de orden laboral con el actor, sin embargo las pruebas demuestran claramente que se configuró el contrato de trabajo entre las partes contendientes. Del interrogatorio a que fue sometido el actor y de los testimonios aportados por la empresa se desprende que entre ésta y Rivas hubo claras vinculaciones de carácter laboral que originaron derechos a favor del trabajador. El desconocimiento de esta situación por parte de patrono y la renuencia al pago de las prestaciones debidas indican la ausencia de buena fe y por tanto habrá de sostenerse la condena por indemnización moratoria impartida por el a-quo.

Segundo cargo

Por haberse presentado con carácter de subsidiario del anterior no precisa estudiarlo por cuanto, por distinta vía, persigue la misma finalidad del primero.

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 la sentencia recurrida y, procediendo en función de instancia, CONFIRMA la de primer grado.

Costas en el recurso y en la segunda instancia a cargo de la parte demandada.

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.

ES IMPROCEDENTE FORMULAR ACUSACION POR VIOLACION DIRECTA DE LA LEY, SIMULTANEAMENTE CON VIOLACION INDIRECTA POR ERRORES EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — INTERES JURIDICO PARA ALEGAR NULIDADES PROCESALES. — TECNICA DE CASACION

Repetidamente ha explicado la jurisprudencia de la Corte cómo los conceptos de la violación de la ley son caminos distintos que no pueden transitarse simultáneamente, en un solo cargo y respecto de unas mismas normas. Y la acusación propuesta es ejemplo de tal imposibilidad, ya que pretende, por una parte, que el sentenciador infringió directamente unos textos legales, esto es, los ignoró o se rebeló contra sus mandatos pese a que la situación de hecho reclamaba claramente la aplicación de ellos —que es en lo que consiste la violación indicada— y, por la otra, sostiene que la dicha situación no fue debidamente establecida por el AD-QUEM, señalando para ello la ocurrencia de un error de hecho que, de haber ocurrido, desvirtuaría el planteamiento primeramente indicado y que, en todo caso, con solo someterse a estudio impide el examen lógico de la acusación, por conceptos que no pueden armonizarse.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., dieciseis de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón)

Septimio Mosquera demandó, por medio de apoderado, a Abraham Rumié para que, por los trámites de un juicio laboral, se le condenara a pagarle el valor correspondiente al trabajo que le prestó en días domingos y de fiestas civiles y religiosas, desde el 1º de febrero de 1947 hasta el 5 de septiembre de 1953, el del trabajo nocturno realizado en el mismo lapso, las primas de servicios causadas, la compensación de sus vacaciones y el auxilio de cesantía. Solicitó, además, la condena en costas.

Los hechos los relató de la siguiente manera:

"1º—Fui trabajador en el cargo de chofer mecánico al servicio del señor Abraham Rumié, en una empresa de transportes de su propiedad, desde el primero de febrero de 1947 hasta el 5 de septiembre de 1953, de manera continua;

"2º—Por razón del servicio que se me ordenó y de las labores que debía cumplir, trabajé durante todos los días de ese extenso período, en forma agotadora, es decir tanto en los días comunes como en los festivos y religiosos;

"3º — Por las mismas razones apuntadas en el hecho anterior, me vi obligado a trabajar en horas nocturnas desde las seis de la tarde hasta las diez, doce de la noche;

"4º—El señor Rumié no me remuneró en forma especial esos servicios, sino que apenas me pagó el jornal ordinario concertado, que fue hasta el 31 de diciembre de 1948 de $ 4.00 al día y de allí en adelante, de cinco pesos hasta el día en que concluyeron mis labores;

"5º—Tampoco me reconoció ni pagó el demandado primas de servicios, vacaciones y cesantía".

En derecho invocó la Ley 6ª de 1945, sus decretos reglamentarios, y los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo.

El demandado se opuso a las pretensiones anteriores negando, en lo fundamental, los hechos en que reposan y manifestando haber cancelado las prestaciones debidas. Agregó que la liquidación respectiva dejó un saldo en contra del demandante, por suma de $ 383.50, que Rumié reclamó, en el mismo escrito de contestación, expresando que contrademandaba por ella.

Tramitada la controversia, el Juzgado de Istmina (Chocó) que fue el del conocimiento produjo decisión, en 11 de marzo de 1955, cuya parte resolutiva reza así:

"**Primero.** — CONDENASE, como en efecto se condena, al señor Abraham Rumié, mayor de edad y de aquí vecino, a pagar al señor **Septimio Mosquera**, también mayor de edad y vecino de esta ciudad, la suma de **dos mil setecientos ochenta y dos pesos con treinta centavos** ($ 2.782.30) m. c. por concepto de dominicales y días festivos trabajados en un lapso de **cuatro años, nueve meses**, a un jornal doble de diez pesos ($ 10.00) diarios como chofer de la empresa de transportes terrestres de que era propietario.

"**Segundo.** — CONDENASE, como en efecto se condena, al señor Abraham Rumié, de las condiciones civiles ya dichas, a pagar al señor **Septimio Mosquera**, la suma de **doscientos cuarenta y cuatro pesos con veinticinco centavos** ($ 244.25) por concepto de **prima de servicio** por el mismo tiempo de servicio anotado en la primera condenación y con una asignación mensual de $ 150.00 como chofer de la empresa de transportes terrestres de que era propietario.

"**Tercero.** — CONDENASE, como en efecto se condena al señor Abraham Rumié, a pagar a Septimio Mosquera, la suma de **doscientos once pesos con veintidós centavos** ($ 211.22) m. c. por concepto de vacaciones adquiridas y no disfrutadas por un lapso de cuatro años nueve meses de servicio como chofer de la empresa de transportes terrestres.

"**Cuarto.** — CONDENASE, como en efecto se condena, al señor Abraham Rumié, de las condiciones civiles anotadas, a pagar al señor Septimio Mosquera, la suma de **trescientos cincuenta y un pesos con cincuenta y dos centavos** ($ 351.52) por concepto de **CESANTIA** a que tiene derecho por haber prestado sus servicios como chofer a la empresa de transportes del señor Rumié durante un lapso de cuatro años, nueve meses y con asignación mensual de $ 150.00.

"**Quinto.**—Sin costas porque no se causaron".

El Tribunal Seccional del Trabajo de Quitdó al decidir la alzada, revocó el fallo de primera instancia absolviendo, en su lugar, al demandado de todos los cargos del libelo inicial.

Contra la sentencia anterior, proferida el 26 de octubre de 1955, interpuso el recurso de casación el apoderado del demandante y habiéndoselo concedido el **ad-quem** y admitido y tramitado en legal forma el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, cuyas funciones corresponden hoy a esta Sala de Casación Laboral, se va a resolver mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso

Persigue el quebrantamiento en todas sus partes, del fallo indicado, para que, en su lugar, se hagan las declaraciones del libelo inicial. A este efecto, formula seis cargos que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.—"Lo primero que compete al H. T. S. es estudiar si hay nulidad en el juicio. Es lo cierto que el demandado presentó demanda de reconvención, y esa contrademanda no fue rituada. Tan solo en las sentencias de 1ª y 2ª instancias los falladores se refieren a ella muy a lo ligero. Estimo que ha habido infracción directa del artículo 26 de la Codificación Constitucional, inciso 1º que reza:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

"El C. P. L. reglamenta la tramitación del juicio ordinario de trabajo, en sus artículos 70 y siguientes. En cuanto a la demanda de reconvención, no se dio cumplimiento al Capítulo XIV de ese Código Procesal".

El opositor, a su turno, anota que la demanda de reconvención no fue tenida en cuenta, en las sentencias de instancia, por no satisfacer los requisitos del artículo 743 del C. J. (sic); pero que si se hubiese estimado habría conducido al reconocimiento, en su favor, de la suma de $ 383.50 que, según comprobantes de folios 23, 24 y 25 del primer cuaderno, le quedó debiendo Septimio Mosquera.

Se considera:

El recurrente carece de interés jurídico para formular la acusación transcrita: pues llevando él la representación de la parte promotora del juicio, la falta procedimental indicada en nada afecta los derechos que persigue. Por el contrario, a quien correspondería reclamar contra dicha omisión —y no propiamente en la forma intentada— es a su demandante en reconvención. Y éste no lo ha intentado así.

La ausencia del interés mencionado se opone a todo examen del asunto. No prospera, por lo expuesto, el cargo.

Segundo cargo.— Acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa y por error de hecho, de los artículos 172, 173, 176, 177, 179, 180, 181 y 184 del C. S. T., relativos a la petición del libelo inicial sobre la labor en días domingos y demás feriados.

La primera violación se afirma en que tales disposiciones prescriben el pago especial del trabajo en los dichos días de descanso, a pesar de lo cual la sentencia acusada absuelve, al demandado en el juicio, del reconocimiento y pago de ese trabajo.

El error de hecho se hace consistir en que el fallador apreció mal el testimonio de Fidel Mosquera B. y dejó de apreciar las declaraciones de Agustín Rengifo de Porras, Nicolás y Antonio

Mosquera, Ventura Palacios, Armando Tamayo y F. D. Bradbury, todos los cuales "dan fe con algunos vacíos de detalle" del trabajo continuo de Septimio Mosquera al servicio de Abraham Rumié.

La acusación termina citando numerosas providencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo acerca del error de hecho.

Por su parte, el opositor alega que al demandante Mosquera le fueron pagados todos los domingos y demás feriados, según el recibo de folio 19 y el "recorte" de cuenta de folios 23, 24 y 25 del primer cuaderno; que el Tribunal, al analizar los testimonios de Rengifo, Palacios, Tamayo y Antonio y Nicolás Mosquera llegó a la conclusión de que "sus dichos no arrojan ninguna luz sobre el hecho del trabajo, por parte del actor, en los días domingos y feriados, ya que son imprecisos y vagos, y adolecen de estos mismos vicios en cuanto a la época en que el demandante entró a trabajar con el señor Rumié, lo mismo que en relación con la fecha de su retiro del trabajo" (f. 194); que la doctrina del Tribunal Supremo sobre el error de hecho, invocada por el recurrente, es tan clara y reiterada que también solicita se la tenga en cuenta al decidir esta acusación; y que no puede aceptarse que hubiese habido tal error en la apreciación de los testimonios destacados por el recurrente, pues basta la lectura de ellos para comprobar el acierto de las conclusiones del ad-quem.

Se considera:

Repetidamente ha explicado la jurisprudencia de la Corte cómo los conceptos de la violación de la ley son caminos distintos que no pueden transitarse simultáneamente, en un solo cargo y respecto de unas mismas normas. Y la acusación propuesta es ejemplo de tal imposibilidad, ya que pretende, por una parte, que el sentenciador infringió directamente unos textos legales, esto es, los ignoró o se rebeló contra sus mandatos pese a que la situación de hecho reclamaba claramente la aplicación de ellos —que es en lo que consiste la violación indicada—, y, por la otra, sostiene que la dicha situación no fue debidamente establecida por el ad-quem, señalando por ello la ocurrencia de un error de hecho que, de haber ocurrido, desvirtuaría el planteamiento primeramente indicado y que, en todo caso, con solo someterse a estudio impide el examen lógico de la acusación, por conceptos que no pueden armonizarse.

Se descartará, pues, el estudio primeramente propuesto por no conformarse con el raciocinio del ad-quem, es decir, con la manera como valoró la situación probatoria, lo que sitúa el asunto en el examen de los hechos, fuera de aquel concepto indicado; y se le concretará a lo que persigue el recurrente, en su segunda presentación.

Con todo, al adelantarse el examen de este último claro, se observa que la acusación, incompleta en su empeño demostrativo, no enfoca atinadamente los verdaderos soportes del fallo. Pues habiendo entendido el Tribunal que Rumié no debía el trabajo en los días de descanso a que se refiere el cargo, por haber pagado legalmente el valor que correspondía a los mismos —que tal fue en este punto su definición de fondo—, la impugnación necesitaba, para su prosperidad, destruir ese soporte de la absolución, refiriéndose a la apreciación probatoria sobre que se la edificó y señalando las normas del fenómeno jurídico indebidamente reconocido. No lo intentó siquiera y ningún examen procede acerca del documento de folio 19, en el cual vio el fallador la prueba de aquel pago, para el tiempo comprendido entre el 12 de julio de 1948 y el 3 de junio de 1951, según dijo a folios 196 y 197; como tampoco lo logró para el correspondiente al segundo período de relaciones, según su estimación de éstas, puesto que la referencia al testimonio de Fidel Mosquera B. no es suficiente para desvirtuar la apreciación probatoria relativa a la liquidación y pago que le fueron hechos al demandante, también para este lapso, conclusión que reposa en el dicho de Mosquera y en el comprobante de folio 36 a que tampoco alude el cargo.

De los testimonios de Rengifo, Palacios, Tamayo, Bradbury y los Mosqueras no cabe decir que dejaron de apreciarse, pues lo estimado por el ad-quem, respecto de ellos, fue que no arrojaban "ninguna luz sobre el hecho del trabajo, por parte del actor, en los días domingos y feriados, ya que son imprecisos y vagos, y adolecen de estos mismos vicios en cuanto a la época en que el demandante entró a trabajar con el señor Rumié, lo mismo que en relación con la fecha de su retiro del trabajo", apreciaciones esas que distan mucho de lo afirmado por el recurrente y que tampoco se rebaten, como es necesario para la prosperidad de un cargo de la naturaleza del propuesto, con solo contraponerles la opinión de que establecen el "trabajo continuo de Septimio Mosquera", formulada inclusive con aceptación de que los tales testimonios presentan "algunos vacíos de detalle".

No puede, en las condiciones expuestas, calificarse de eficaz la acusación, pues aparte del de-

fecto primeramente anotado, en lo que se mantuviera para el examen por error de hecho, el ataque carece de la presentación y del desarrollo debidos, además de que no se encamina a destruir las piezas que verdaderamente constituyen el fundamento del fallo del ad-quem.

Por lo expuesto ,el cargo no prospera.

Tercer cargo—TRABAJO NOCTURNO — Acusa la sentencia del Tribunal Seccional del Distrito Judicial del Trabajo de Quibdó de haber cometido error de hecho y haber infringido en forma directa las ya transcritas disposiciones sustantivas del C. del T. en relación con la remuneración por el trabajo nocturno.

"Infracción directa. — Hubo infracción directa, porque dejaron de aplicarse tales disposiciones siendo aplicables.

"Error de hecho. -Cometió el H. Tribunal error de hecho en este particular, porque dejó de apreciar los testimonios del doctor Agustín Rengifo de Porras, Nicolás y Antonio Mosquera, Ventura Palacios, Armando Tamayo y F. D. Bradbury, al mismo tiempo que apreció mal la atestación de Fidel Mosquera B., Administrador de la Empresa demandada. Tales testimonios dan fe de que Septimio Mosquera trabajó con jornada nocturna al servicio de Abraham Rumié; a pesar de lo cual, la sentencia acusada absolvió al demandado del cargo, haciendo caso omiso de esas pruebas".

El opositor replica que no habiéndose acreditado en el juicio que Septimio Mosquera hubiese servido horas nocturnas, no podía el Tribunal despachar favorablemente esta petición, recalcando, además, en que para un pronunciamiento de tal índole se requiere precisión acerca del número de horas trabajadas.

Se considera:

Los preceptos a que alude el cargo se encuentran en un capítulo especial que el recurrente dedica, en su demanda, a transcribir los textos legales que considera violados por los distintos conceptos que luego puntualiza. En realidad, se trata de una sola norma: el artículo 168 del CST. Y la forma como el recurrente lo señala infringido adolece del defecto censurado al resolver el cargo anterior, pues ahora propone también dos conceptos incompatibles de violación de la ley: la infracción directa y la que se produce a través del material probatorio, a consecuencia de error de hecho.

Mas al intentar la Sala el examen de esta acusación por el único camino posible observa también que su desarrollo no es suficiente para demostrar lo que pretende, ya que se limita a afirmar que las probanzas sí establecen el trabajo nocturno. Y es sabido que la dicha demostración no consiste en la sola contraposición de opiniones. Con todo, de la revisión adelantada sobre los testimonios a que alude el cargo no aparece lo que en él se afirma, pues ni Rengifo (f. 51), ni Nicolás Mosquera (f. 137), ni Antonio Mosquera (f. 114), ni Palacio (f. 60), ni Fidel Mosquera (f. 71), ni Bradbury (f. 46 v.) hablan en parte alguna de que el demandante hubiese trabajado en horas nocturnas y la única referencia a una labor "por las noches" se halla en el testimonio de Tamayo (f. 110), lo que ostensiblemente carece de eficacia para producir convicción sobre el tema en examen y muchísimo menos para determinar, como es necesario, el número de horas trabajadas. En las condiciones anteriores es imposible admitir la ocurrencia del error acusado.

Por lo expuesto no prospera esta impugnación.

Cargos cuarto, quinto y sexto.—Acusan la violación, por infracción directa y error de hecho, de los artículos 306, 186 y 189, y 249 y 253 del CST., relativos a las prestaciones de primas de servicio, compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas y auxilio de cesantía. Y se les estudia conjuntamente por cuanto cada uno de ellos propone, respecto del extremo que persigue, los mismos conceptos de violación de la ley, en la forma ya rechazada; y la comisión de un error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, de la manera incompleta y desacertada que mereció crítica también en la solución de los cargos anteriores.

Las conclusiones tienen que ser, por lo tanto, las mismas; pero, para abundar en la motivación, la Sala presenta sus razones adicionales:

El cargo sobre primas de servicio olvida que la decisión absolutoria reposa en consideraciones de pago; y éstas no pueden destruirse con solo afirmar que el administrador de la empresa reconoció la realidad de los servicios prestados por Mosquera, ya que si de tal hecho - no desconocido por el ad-quem— no se dedujo la obligación que se reclama, fue porque el fenómeno de pago mencionado extinguió aquel derecho. Y si hubo error en el reconocimiento de la excepción, necesario era demostrarlo, cosa que el recurso no intenta siquiera. Todavía conviene anotar que, para el opositor, la decisión es tan correcta que legalmente se apoya en la absolución de posiciones de Mosquera y en los documentos de folios 17 a 25, probanzas en las que no repara la acusación.

De manera semejante, la absolución por las súplicas de vacaciones y cesantía tiene fundamento en el pago efectuado por la empresa, según lo dedujo el fallador de documentos no impugnados y de manifestaciones del administrador de la empresa, acertadamente analizadas por el **ad-quem**, que no pueden rebatirse con solo oponerles, como se ha dicho, las opiniones distintas del impugnador.

Resta decir, en lo que se relaciona con los testimonios de Bradoury, Ariza y Carrasco, que aun si estableciera el tiempo continuo de que habla el recurrente, esto no modificaría las conclusiones debidas ya que el fenómeno exonerante de las prestaciones reclamadas es el de pago, que no ha podido examinarse por falta de acusación correcta sobre las probanzas respectivas. Como tampoco tiene incidencia la relación de cesantía a que alude el impugnador en la parte final de su último cargo, pues si "el pago de la prestación social no se hizo sino cuando Septimio Mosquera recibió el último contado", que es la conclusión que de todo ello deriva, ni siquiera eso desvirtúa el fenómeno reconocido, aunque de él pudieran desprenderse otras consecuencias jurídicas, de orden moratorio, no pretendidas en la litis.

Por todo lo expuesto, los cargos no merecen prosperidad.

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del 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.

EL ERROR DE HECHO EN CASACION LABOLRAL. — ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA. — LA PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO. — LA TACHA DEL TESTIMONIO EN EL PROCESO LABORAL

1 — La noción del ERROR DE HECHO ha sido claramente fijada por la Corte en constante y uniforme jurisprudencia, entre otras oportunidades, en fallo de 30 de mayo de 1956 (G J LXXXII, Nº 2187 página 600). En esta providencia, advierte la Corte que en la tarea estimativa de la prueba puede el juzgador equivocarse, pero que no toda equivocación en este terreno configura agravio generador de la infirmación de la providencia de instancia, sino que debe configurarse el error típico contemplado en el artículo 520 del C J

El ordinal 1º del artículo 87 del C de P del T exige también, como el ordinal 1º del artículo 520 del CJ que el error en la apreciación de las pruebas, que se alegue como motivo de la violación de la Ley, debe aparecer "manifiesto en los autos", por lo cual la precitada doctrina de la Sala Civil de la Corte sobre el error de hecho es estrictamente aplicable en casación laboral, tanto más, cuanto que en los litigios de trabajo la regla sobre LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO sin sujeción a la tarifa legal de pruebas, contenida en el artículo 61 del C de P del T cuando no se trata de pruebas AD-SOLEMNITATEM, defiere soberanamente a la conciencia del juez la valoración probatoria, sin más limitaciones que la subordinación de su criterio a los principios científicos que informan la crítica de la prueba, a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, según lo predica el mismo artículo, de tal suerte que la interpretación del juzgador solo puede impugnarse por error de hecho cuando ella ha sido tan absurda que contraríe con manifiesta evidencia la realidad procesal. Así lo entendió siempre la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo al sostener que la acusación por error de hecho no puede prosperar en este recurso extraordinario, sino cuando la equivocación estimativa de la prueba aparezca de manera ostensible, evidente, PRIMA FACIE.

2 — En cuanto a la prueba indiciaria la Corte ha dicho que la posibilidad de casar una sentencia por error o falta de apreciación de pruebas consistentes en indicios, no ocurre sino cuando se han dado por probados los respectivos hechos básicos sin estarlo, o absteniéndose de tener en cuenta los comprobantes cuya estimación imprimiría solución contraria a la de la sentencia, o dejando de relacionar los indicios entre sí cuando de esta labor precisamente habría de deducirse esta solución contraria, o estableciendo una relación reñida con la lógica en la vinculación entre causa y efecto (Casación, 17 mayo 1956 LX 463).

3 — Según el artículo 24 del C S del T "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo", pero tal presunción, como lo ha dicho la Corte, "no es de DERECHO sino JURISTANTUM, 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". (Casación LXXXIII, Nos 271 a 273, página 553).

4 — En materia laboral no es posible aplicar con absoluto rigurismo el rechazo del testimonio por el solo hecho de que quien lo rinda sea empleado del patrono, pues se correría el riesgo de hacer imposible la prueba de los hechos que precisamente, por sucederse en el momento o con oportunidad del trabajo, no pudieran ser presenciados sino por personal dependiente; la presunción de parcialidad de que habla el inciso 2º del artículo 669 del CJ no pesa en tales casos con la misma fuerza excluyente que en materia civil, por lo cual el juzgador debe relacionarla con los otros elementos probatorios del juicio y aceptarla o rechazarla como conclusión última de un proceso de razonamiento crítico.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, diez y nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Antonio Constain)

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el apoderado de CARLOS OCHOA contra la sentencia dictada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán el 12 de diciembre de 1955, en el juicio adelantado por el recurrente contra ALFONSO DUQUE ARANGO.

Antecedentes:

Por medio de apoderado, Carlos Ochoa demandó ante el Juez del Trabajo de Popayán a Alfonso Duque Arango, para que se condenara a éste a pagarle a aquél la suma de $ 84.218,00 por concepto de salarios insolutos, cesantía, primas de servicio, vacaciones, trabajo en domingos y festivos, trabajo en horas extras diurnas y nocturnas y "salarios caídos". Pidió, además, se condenara en costas a la parte demandada.

Como hechos refiere el libelo:

"1º Por acuerdo de voluntades realizado en esta ciudad de Popayán en el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno los señores Alfonso Duque Arango y Carlos Ochoa Maya, personas idóneas para contratar y obligarse, celebraron un contrato verbal de prestación de servicios, que por la índole misma de éstos, la subordinación económica y la dependencia de Ochoa M. hacia Duque Arango, conforma en su plenitud un verdadero contrato de trabajo.

"2º En este contrato de trabajo referido se estableció claramente la contratación de los servicios personales de Ochoa M. para la administración o mayordomía de las haciendas de propiedad del señor Duque denominadas "Versalles o El Rincón" y "Ulloa", situadas ambas en el Municipio de El Patía, Departamento del Cauca, teniendo la primera una extensión de seiscientas hectáreas y la segunda unas quinientas sesenta hectáreas aproximadamente, las cuales estaban destinadas y aún lo están a la cría y ceba de ganados.

"3º Igualmente y a virtud del mismo contrato se le impuso a Ochoa M. la obligación de dedicar todo su tiempo, conocimientos, experiencia y actividades en la administración o mayordomía a él confiada, lo que en otras palabras esté demostrando la dependencia y subordinación del trabajador Ochoa al patrono señor Duque A.

"4º En cumplimiento de esta convención contractual y con la dependencia y subordinación ya expresadas, el señor Ochoa M. entró en el desempeño de sus funciones de administrador o mayordomo de aquellos bienes del señor Duque A, atendiendo en forma permanente, continua e intensa a la hechura de potreros dentro del perímetro de los inmuebles indicados a la compra y venta de ganados y al rodeo y vigilancia permanente de éstos; a la consecución, distribución y vigilancia de los obreros o peones empleados en tales labores; al cerramiento de esos mismos inmuebles y sus potreros; a la siembra y recolección de semillas; al arreglo y reparación de las casas de habitación que había en aquellas heredades; y en general a todos los pormenores y servicios que demandaba la buena administración de las dos haciendas y los ganados a él encomendados.

"5º Igualmente y dentro de la prestación de estos servicios de administración o mayordomía el señor Ochoa M. procedió a la hechura de potreros para ganado, limpieza de los mismos potreros y acondicionamiento de éstos para tales fines. Estableció con siembras de pastos los que se precisan así:

"Hacienda Versalles o El Rincón"

"a) Potrero de Misiá Jacoba;
"b) Potrero de Monte Redondo;
"c) Potrero de La Vega;
"d) Potrero de Bella Vista;
"e) Potrero de Guali;
"f) Potrero de Laureán;
"g) Potrero de San José; y,
"h) Parte del potrero de San Antonio.

"Hacienda de Ulloa"

"Esta finca fué regada de pasto puntero haciendo en ella también los potreros correspondientes.

"6º El señor Ochoa M. empezaba a trabajar todos los días a las cinco (5 a m) de la mañana y continuaba su jornada de labor hasta las siete u ocho de la noche, y algunas veces hasta horas más avanzadas.

"7º De esta suerte el horario de trabajo era continuo y se prolongaba la labor siempre hasta la noche en las horas indicadas.

"8º Ochoa M. trabajaba igualmente y en tales

condiciones todos los días domingos y los días feriados.

"9º En la convención contractual a que se ha hecho mención no se estipuló expresamente sueldo determinado ni la duración del contrato de trabajo.

"10) Dada la intensidad (sic) del trabajo y la continua atención que él mismo demandaba, mi mandante señor Ochoa M. no pudo tener un día libre, pues la administración de esas dos fincas "Versalles o El Rincón" y "Ulloa" de perímetros y extensiones tan dilatadas, están separadas una de otra por largas distancias que era preciso recorrer unas veces a pié y otras en cabalgaduras y que con permanente esmero se cuidaban; la atención de las siembras de pastos en los potreros, las cercas de los mismos, el permanente y continuo rodeo y vigilancia del ganado que en esas fincas existía y que pertenecía también al señor Duque, la vigilancia sobre la labor de los obreros o peones que allí trabajaban, todo ello obligaba al señor Ochoa M. emplear todos los días incluyendo los domingos, los días feriados y los comunes en su función de administrador o mayordomo. Y es así como todos estos hechos, circunstancias y demás elementos han de apreciarse para considerar que el sueldo mínimo que debe asignársele al señor Carlos Ochoa M como administrador o mayordomo de los bienes del señor Alfonso Duque A. debe ser de Un Mil doscientos Pesos ($ 1.200,00) M cte mensuales. Con tal salario o con el que en subsidio señalen los peritos en diligencia posterior debe hacerse la liquidación de las prestaciones sociales, incluyendo los sueldos que se adeudan a mi mandante.

"11º Mi representado señor Carlos Ochoa M. trabajó al servicio del señor Alfonso Duque A. en la forma y condiciones ya expresadas y con el empleo ya indicado desde el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno hasta el mes de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro en que fué retirado por su patrón de tal empleo sin el pago de su sueldo, sin el preaviso y sin la cancelación de todas y cada una de las prestaciones sociales a que tiene derecho.

"12º Como habiendo terminado los primeros seis meses del contrato presuntivo de trabajo fué renovado tácitamente por aquiescencia de ambas partes, el patrono señor Alfonso Duque (demandado) debe pagar los sueldos correspondientes a los cuatro períodos siguientes presuntivos de trabajo, o sea veinticuatro (24) meses e igualmente los seis primeros meses del mismo contrato dando todo un total de treinta (30) meses de servicio.

"13º Mi poderdante no gozó de vacaciones remuneradas, no se le han pagado los salarios correspondientes a treinta (30) meses de trabajo continuo y permanente, ni liquidado sus primas o bonificaciones, ni pagado una sola hora extra: en una palabra, ha trabajado gratuitamente para el demandado señor Duque A. lo que constituye para éste un enriquecimiento sin causa. El señor Ochoa durante su permanencia como administrador o mayordomo al frente de las haciendas y ganados del señor Duque trabajó intensamente en su cultivo y mejoramiento y al ser retirado de su empleo dejó esas haciendas en magníficas condiciones teniendo ellas por tal labor una valorización de un ciento por ciento (100%) mayor al valor que tenían cuando fueron puestas a su cuidado".

El apoderado del demandado negó los hechos y se opuso a que se hicieran las condenaciones solicitadas, explicando que lo que existió entre las partes no fué un contrato de trabajo sino un negocio de participaciones ganaderas que constituyó una empresa para la compra, clasificación, lustre, ceba y venta de ganados en compañía, negocio del cual el actor obtuvo una utilidad de $ 28.640,00 suma que le fué íntegramente cancelada por el demandado Duque Arango; manifestó que sin que ello implicara aceptación de la calidad de trabajador que alega Ochoa, Duque había depositado en la Sucursal del Banco de la República la suma de $ 2.295,00 para atender al pago de los sueldos y prestaciones sociales del actor en el caso improbable de que la justicia encontrara establecida alguna relación jurídica de carácter laboral, consignación hecha con base en el salario mínimo legal; propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción total o parcial y carencia de acción y pidió se condenara en costas a la parte actora.

El Juez del conocimiento, en fallo de 5 de noviembre de 1955 condenó al demandado a pagar al demandante la suma de $ 8.848,32 por concepto de salarios insolutos, cesantía, vacaciones y primas de servicios; lo absolvió de los demás cargos de la demanda; declaró no probadas las excepciones propuestas en la contestación del libelo; y no condenó en costas.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán, al conocer en apelación interpuesta por las partes, revocó la providencia del inferior y, en su lugar, absolvió a la parte demandada, sobre la base de que entre los litigantes no había existido una relación de trabajo sino negocios de índole civil, cuya liquidación definitiva debía

ventilarse ante la justicia ordinaria. No hizo condenación en costas.

LA CASACION

A través de un solo cargo persigue el acusador que se infirme totalmente la sentencia indicada, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia, modifique la sentencia de primer grado y condene a Duque a pagar al demandante Ochoa los salarios, prestaciones ó indemnizaciones pedidas en el libelo inicial, en la cuantía allí mismo señalada ($ 84.218,00) o en la que resulte de las pruebas allegadas al juicio. En subsidio solicita que se confirme el fallo de primera instancia.

El cargo

Acusa infracción de los arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 65, 142, 144, 158, 160, 161, 176, 177, 179, 180, 186, 248, 306 y "concordantes" del C. S. del T., 608, 609, 661 y 664 del C. J. y las normas del CC. "sobre interpretación de los contratos", por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho en que incurrió el sentenciador por mala apreciación y falta de apreciación probatoria.

Afirma el recurrente que no obstante que el Seccional reconoce la existencia en los autos de una prueba superabundante sobre la prestación de servicios personales por parte del actor en las fincas del demandado y dá plena validez a la presunción que obra a favor de aquél en los términos del artículo 24 del C S del T la sentencia acepta que la prueba indiciaria destruye aquélla presunción; que en ninguno de los seis puntos en donde el Tribunal analiza dicha prueba indiciaria es acertada la libre formación del convencimiento, ni su examen crítico está de acuerdo con los datos que arrojan las actas del juicio. El acusador desarrolla así la demostración del cargo:

Inexistencia de un salario — Dice que incurrió el Tribunal en error de hecho manifiesto cuando cree ver un indicio de la inexistencia del contrato de trabajo en la falta de estipulación de salarios; que tal error de hecho consiste en la apreciación de la prueba de presunción del contrato laboral del artículo 24 del C S del T que quedó plenamente establecida en favor del demandante según lo reconoció el sentenciador que elevada por el propio Tribunal a la categoría de presunción legal la relación de trabajo entre las partes, dió por establecido los antecedentes en que se apoya tal presunción, por mandato del artículo 661 del C J y le reconoció el valor de plena prueba en favor del demandante, solo destruible si la otra parte la infirma probando lo contrario; que al tratar el fallo este punto de la inexistencia de los salarios, no cita una sola prueba del expediente sino las opiniones de los expositores que sientan puntos generales, por lo cual no puede cumplirse el requisito del artículo 661 del C J disposición que resulta violada; y que no puede admitirse que la libre formación del convencimiento llegue hasta el extremo arbitrario de suplir, con la doctrina general de los expositores, la prueba que por mandato legal está obligada a dar la parte que impugna la presunción.

Capacidad económica del demandante — Sostiene que el Tribunal dió el valor de plena prueba al certificado del Ingeniero Director de la Seccional de Catastro del Cauca (fls 79), conforme al cual el demandante Ochoa es propietario de varios predios en el Municipio del Patía por valor de $ 45.000,00; que ello hará posible a la Corte admitir sin reservas la calificación o explicación que dá Ochoa al absolver posiciones, sobre la existencia entre las mismas partes de este juicio de otros contratos diferentes al de trabajo, como son el de arrendamiento de pastos, venta de semillas, etc y corregir el error de hecho en que incurrió el Tribunal al haber apreciado esta prueba como un indicio contra la existencia de un salario, en lugar de tomarla como una posibilidad de concurrencia de contratos entre los litigantes, conforme al artículo 25 del C S del T.

Confesión extrajudicial — Arguye que el Seccional incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar la mal llamada confesión extra judicial de Ochoa que deduce de la declaración del Dr. Gerardo Bonilla Fernández (fls 120) y darle valor de indicio contra la presunción del Art 24 del Código Laboral, porque del contexto de dicho testimonio se desprende que la conversación a que alude fué únicamente entre el deponente y el doctor Peláez Márquez, quien propició la entrevista, estando Ochoa apenas presente, y siendo cierto que el Dr Peláez Márquez, en tal entrevista, no estaba ejecutando ninguno de los actos que determina el artículo 607 del C J y, por lo tanto, sus manifestaciones, aún en el supuesto de que hubieran sido fielmente reproducidas por el testigo Dr Bonilla F. jamás pueden calificarse de confesión extra judicial hecha por Ochoa o a su nombre; y que si a través de la mencionada declaración del Dr Bonilla F se dió por establecida una confesión extrajudicial, no hay razón para el que el Tribunal no la entendiera y valorara como dice el testigo que fué hecha, esto es,

como demostrativa de la existencia de tres o de varios contratos, todos ellos independientes entre las partes de este litigio, uno de los cuales, el principal, según dice recordar el mismo deponente, fué el de trabajo, por el cual reclamaba Ochoa sus prestaciones sociales.

Confesión judicial — Afirma que el recto sentido de lo expresado por Ochoa al contestar la pregunta tercera de las posiciones, es el de que la negación rotunda del absolvente se refiere al concepto por el cual le preguntan si recibió sumas de dinero como resultado del negocio de ganado al partido dado por Duque, y la aclaración confirma el recibo de dinero en varias partidas por valor del pastaje de 247 novillos, a razón de $ 120,00 cada uno, por el engorde, es decir, por otro concepto; que si el Tribunal hubiera relacionado el sentido exacto de la respuesta del absolvente con la casi totalidad de las declaraciones rendidas en el juicio, entre otras las de Matías Villa, Eugenio Ibarra y César Ernesto Muñoz, habría llegado sin esfuerzo a la conclusión contraria, apreciando así que entre Duque y Ochoa existían varios contratos o negocios, uno de ellos el de alquiler de pastos en la finca La Teresa, de propiedad de Ochoa, para engorde de ganados de Duque, arrendamiento éste que no excluye en forma alguna el contrato de trabajo que se cumplía entre las mismas partes en las propiedades del demandado; que el error anotado es más grave, si se tiene en cuenta que el fallo da valor de plena prueba al certificado de la Dirección de Catastro del Cauca, por lo que el sentenciador debió concluir lógicamente de que era atendible la explicación dada por el absolvente, de que las sumas de dinero recibidas no eran producto del negocio de ganado al partido sino que correspondían al valor del pastaje de los 247 novillos, ya que tal certificado catastral demuestra que en efecto Ochoa sí era dueño de varias fincas en el mismo Municipio, y un número plural de testigos da fé de que en la finca La Teresa, del demandante, se engordaban animales de Duque.

Que de igual vicio adolece el examen que hace el Tribunal de la respuesta dada por el absolvente a la pregunta cuarta, pues ella constituye una negación al comprobante sobre la existencia de los recibos por las sumas de $ 2.000,00 y $ 8.620,06; que la explicación dada allí por Ochoa debe relacionarse con la inspección ocular a los libros de contabilidad de la firma A. Aristizábal y Cía. Ltd, (fs. 122 vto. y 123) prueba que no consideró el Tribunal, y en la que se menciona el nombre de Duque como gerente en Popayán de la citada casa comercial y se transcriben algunos asientos de contabilidad de dicha casa y se declara que no aparecen los comprobantes originales que respaldan tales asientos y no se hace la menor alusión a las fincas llamadas Ulloa y Versalles o El Rincón, de propiedad de Duque, de lo cual es forzoso concluir que tal prueba de una contabilidad ajena, pero que se lleva bajo la dirección del gerente Duque, hace presumir una relación de negocios entre los mandantes de Duque y el señor Ochoa, relación que es extraña a este pleito, pero que sí revela la dualidad de Duque, unas veces como dueño de fincas rurales y otras como gerente de A. Aristizábal y Cía, en ambos casos en negocios con Ochoa.

Que por lo tánto, las posiciones, en la parte que las toca el Tribunal, solo demuestran el pago de unas sumas de dinero por concepto de pastaje de novillos en propiedades de Ochoa, y que fue grave error del ad quem el haber tomado las explicaciones del absolvente como confesión de un negocio de ganados al partido con Duque, cuando en verdad lo que ellas refieren es la existencia de un contrato distinto, como es el de arrendamiento de pastos y rechazan categóricamente el contrato de cuentas en participación y el otorganiento de un finiquito.

Que al contestar a la pregunta séptima del pliego de posiciones, el absolvente acepta que viajó con Duque a los Departamentos del Tolima y Bolívar con el fin de adquirir ganados para ser llevados a la hacienda de Versalles, pero advirtiendo que tales ganados no eran para sociedad sino exclusivamente para Duque, y que para acreditar su afirmación el absolvente presentó los documentos de fs. 129 y 130, el último de los cuales sí constituye una verdadera prueba extrajudicial de confesión, porque aparece firmado por el demandado Duque y está dirigido a un funcionario público para producir efectos patrimoniales; y que el Tribunal, por no apreciar dicha pregunta y sus respuestas, y por consiguiente los citados documentos, incurrió en el error de estimar que entre Duque y Ochoa había existido un contrato de ganados en participación que desvirtuó la presunción legal del artículo 24 del Código Laboral, que desde un principio obró a favor del demandante.

Declaración de Tancleri Durán — Sostiene que el ad quem incurrió en error de hecho al pretender deducir de este testimonio un indicio de la inexistencia de la relación laboral, porque tal testigo es sospechoso, ya que declara ser empleado de la parte demandada (fls 88) y manifiesta

que cuanto sabe del negocio de ganados le fué referido por Duque (fls 87), es decir, que su declaración es la voz del demandado, y finalmente porque aún en el caso de que tal testimonio fuera admisible, el contexto mismo de toda la declaración demostra que entre los litigantes existían varias relaciones de negocios, como el contrato de engorde de ganado de propiedad de Duque en una de las fincas de Ochoa; que el Tribunal califica de deficiente el testimonio de Durán, pero que al darle el valor de indicio, toma un sentido que la declaración no tiene, por cuanto el fallador deduce del hecho de que Durán vio "el ganado tánto en las fincas del demandado como en las del demandante" la existencia de una prueba del contrato de ganados en participación, cuando con igual derecho y lógica hubiera podido concluir en lo que está más acorde con las pruebas del proceso, es decir, en que la existencia de ganados de Duque en predios de éste y de Ochoa, prueba tánto el contrato de trabajo por el cual el demandante administraba las fincas de Versailles y Ulica del demandado, dedicadas a la ganadería, como el contrato de arrendamiento de pastos para ganado del demandado en la finca La Teresa de propiedad del actor.

La sentencia del Tribunal

Para indagar sobre la naturaleza del vínculo jurídico que ligó a las partes de esta litis, el Tribunal presenta tres hipótesis, que enuncia así: 1ª Existencia de un acuerdo verbal sobre el contrato de trabajo según lo afirma la demanda; 2ª Estructuración de un contrato de trabajo como consecuencia de la demostración en el juicio de los tres elementos indicados por el artículo 23 del C. S. del T.; y 3ª Deducción de la existencia de un contrato de trabajo por la presunción del artículo 24 del mismo Código.

El Seccional rechaza las hipótesis 1ª y 2ª porque no encuentra ninguna prueba en los autos que demuestre que hubiera existido acuerdo previo de voluntades sobre la celebración del contrato laboral que alega el demandante, ni sobre sus estipulaciones; y porque, si bien puede darse por "demostrada la actividad personal del actor en las fincas del demandado, no sucede lo mismo con relación a la subordinación o dependencia, y mucho menos con la existencia de un salario como retribución de tal actividad".

En cuanto a la tercera hipótesis, el sentenciador acepta que la simple prestación de servicios personales del actor en las fincas del demandado, sí está superabundantemente establecida tanto con las declaraciones de Tolentino Rodríguez, Matías Villa, Eliécer Torres, Alfonso Ruíz, Jorge Flórez Toro, Gerardo Paz Otero y Manuel Toro Gómez, como con la aceptación implícita que a este hecho dá Duque al contestar la demanda aún cuando atribuyéndole éste una significación diferente a la de vinculación laboral. Observa el Tribunal que de dicha prestación de servicios personales se deduce por presunción legal la existencia de un pacto laboral, pero advierte que como se trata de una presunción **juris tantum** admite prueba que la desvirtúe. Y concluye: "No encuentra el Tribunal en este proceso prueba directa alguna para la demostración de la existencia de una relación distinta a la protegida por el derecho del trabajo, entre demandante y demandado, pero sí aparece en el proceso una superabundante prueba indiciaria que, dentro del sistema de libre formación del convencimiento, le permite llegar a la conclusión de que entre don CARLOS OCHOA MAYA y don ALFONSO DUQUE ARANGO existieron relaciones de índole civil o comercial que hasta el presente no han podido ser solucionadas, y han producido entre ellos una situación de litigio".

Los indicios que le sirven al Seccional para decidir el pleito en forma adversa a las pretensiones del demandado, son: 1º **La inexistencia de un salario;** 2º **La capacidad económica del demandante;** 3º **La confesión extrajudicial;** 4º **La confesión judicial;** 5º **La declaración de Tancleri Durán;** y 6º **Los recibos de dinero.**

Respecto al primer indicio el Tribunal, luego de hacer algunas consideraciones doctrinarias sobre la función vital del salario, argumenta así: "No solamente como consecuencia de su no estipulación, como se confiesa en el hecho 9º del libelo, sino como cuestión objetivamente patente a través de todo el proceso, se presenta el caso insólito de que durante el tiempo de duración de su vinculación con el demandado, el demandante no recibió ni un solo centavo por concepto de retribución de servicios. Mas que la falta de una fijación cuantitativa se está frente a la realidad de una carencia absoluta de retribución de los pretendidos servicios personales, lo que lleva a pensar racionalmente que no se contempla aquí el caso de una relación laboral, que obligara al presunto patrono al pago periódico de una prestación efectiva del salario..." "La no demostración de la existencia del salario, ni de su pago periódico, ya que este juicio parte precisamente de la confesión de hechos contrarios, es sin duda alguna, un indicio vehemente de que las relaciones existentes entre don Carlos Ochoa M. y don Al-

fonso Duque estuvieron regidas por normas distintas a las del derecho laboral. No puede entenderse cómo es posible que durante más de dos años trabajara el señor Ochoa M. y en la forma pretendida de jornadas agotadoras de trabajo, sin hacer la más mínima gestión para obtener el pago periódico de una remuneración, y mucho menos entenderse cómo pudiera en tales condiciones proveer a su subsistencia".

Sobre el segundo indicio dice el ad quem: "No hay base legal alguna para limitar la capacidad económica del trabajador, pero la realidad social anuncia que el trabajo subordinado casi nunca ocurre cuando el prestador del servicio se encuentra en situación económica ventajosa o equiparable a la del dador del trabajo. De ahí que para muchos autores el derecho del trabajo haya sido considerado como derecho de clase o derecho económico, y que el trabajador sea mirado como la parte débil de la relación de trabajo, hipoperfiriente, en la terminología de Cesarino Junio, según cita de Deveali". A folios 79 del expediente obra una certificación del Ingeniero Director de la Seccional de Catastro del Cauca conforme a la cual CARLOS OCHOA M. es propietario de varios predios en el Municipio de Patía por valor total de $ 45.000,00 predios que precisamente están ubicados en las vecindades de aquellos en que se prestaron los servicios que han dado origen a este pleito, según parece de otras pruebas. "No es, repite el Tribunal, que haya imposibilidad legal de que el trabajador sea económicamente capaz, igualando o superando a quien se beneficia de sus servicios, pero esta situación no deja de ser un indicio, aunque sea débil, de la no vinculación laboral, en el caso de autos".

En cuanto al tercer indicio consistente en la confesión extrajudicial de Ochoa, advertida por el Tribunal a través de la declaración del Dr Gerardo Bonilla Fernández que refiere la conversación que el testigo tuvo con el doctor Peláez Márquez y con el demandante Ochoa, quienes le rogaron interviniera con Duque para ver de arreglar en forma amigable las diferencias entre Ochoa y Duque sobre "Negocio de ganado en compañía entre el señor Duque y el señor Ochoa; deuda proveniente de una semilla de pasto, y prestaciones sociales que reclamaba el señor Ochoa del señor Duque A. y que estimaba sobre un salario de $ 2.000,00 mensuales", el Tribunal expresa: "Lo fundamental de esta declaración es lo relativo a la manifestación de Ochoa al testigo de tener diferencias en relación con el negocio de ganado en compañía y con una semilla de pasto, porque la prueba que se produzca sobre estos contratos deja sin base la pretensión de prestaciones sociales, con un salario de $ 2.000,00...". Aunque la manifestación que se comenta solo aparece hecha ante un solo testigo, no rigiendo en los procesos laborales la tarifa probatoria del proceso civil, y tomándose en consideración las condiciones personales del testigo doctor Gerardo Bonilla Fernández, para el Tribunal no queda duda acerca de la verdad de haber sido hecha tal manifestación, que por lo menos, y de acuerdo con el artículo 608 del C. Judicial, constituye un indicio grave de que las verdaderas relaciones existentes entre don Carlos Ochoa y don Alfonso Duque, en la época a que se refiere este juicio, fueron de naturaleza civil o comercial. La prueba que resulta de esta confesión extrajudicial, en orden a acreditar la existencia de un contrato de participación de ganados, que excluiría la relación laboral alegada como la única existente, se ve reforzada por otros medios probatorios que se relacionan en seguida".

Acerca del cuarto indicio, el Tribunal sostiene que si bien es cierto que el demandante al absolver posiciones negó lo referente a la existencia de un contrato de participación ganadera con el demandado, aceptó un hecho que tiene mucha vinculación con la tesis sostenida por la defensa en este juicio, como fué el de haber reconocido que recibió en varias partidas el valor de $ 29.640,00 correspondiente al valor del pastaje de 247 novillos a razón de $ 120,00 por el engorde de cada novillo, administrando el absolvente por cuenta de Duque. Y agrega el Seccional: "De acuerdo con el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo puede estar involucrado o en concurrencia con otros contratos, pero en el caso de autos encuentra el Tribunal inexplicable que en la demanda se haya omitido un hecho tan protuberante como el de la existencia del contrato de arrendamiento a que se refiere el absolvente. Si se tiene en cuenta que los contratos son lo que indican sus efectos, independientemente del nombre que le hayan dado las partes, no podría el Tribunal menos que resolver a favor del demandado esa situación equívoca que surge de este hecho. Cómo puede entenderse en otra forma que como una participación en el negocio de ganados, la aceptación de haberse recibido una apreciable cantidad: $ 29.640,00 aunque se diga que es por concepto de pastaje, cuando ni siquiera se ha mencionado antes este contrato? Téngase en cuenta que conforme a las aseveraciones de los hechos 3º, 4º, 5º de la demanda, el señor Ochoa dedicaba todo su tiempo, desde las 5 de la mañana hasta las 7

y 8, y aún más tarde de la noche, en días hábiles y festivos, en la pretendida relación laboral que lo ligó a don Alfonso Duque, y relaciónese esto con el negocio de engorde de ganados en que según el absolvente administraba él **por cuenta de don Alfonso Duque**, y se tendrá casi la convicción de hallarse en presencia de la verdadera relación que vinculó a las partes".

Sobre el quinto indicio, o sea, el testimonio de Tancleri Durán, en la parte que afirma que por tener una propiedad en el Patía se ha dado cuenta de que entre Duque y Ochoa "ha existido un contrato relacionado con la participación de utilidades en la compra y venta de ganado, utilidades que se repartían en un tanto por ciento para cada uno," pero sin que sepa á cuánto ascendía ese tanto por ciento, y que le consta así mismo que a Duque le correspondió aportar el capital en el negocio y a Ochoa "comprar y vender el ganado, como administrarlo", y que cuando el testigo pasaba a su propiedad veía a Ochoa administrando el ganado en las fincas de Duque denominadas Versalles y San Antonio y en otras ocasiones en las fincas del mismo Ochoa, y que así mismo le consta, por haberlo visto, que tanto en la hacienda de Versalles perteneciente a Duque, "como en una de las de propiedad de don Carlos Ochoa engordaban ganado de propiedad de Alfonso Duque y era a don Carlos Ochoa a quien le correspondía cuidarlo y hacer los gastos de administración y explotación del negocio", el Tribunal anota: "No es suficientemente explícita esta declaración como para darse por establecido con ella el negocio de participación de ganados, ya que no da cuenta el testigo de hechos concretos que le hayan permitido fundar su aseveración y calificar el verdadero contrato existente entre las partes, pero el hecho de haber visto el ganado tanto en las fincas del demandado como en las del demandante, al cuidado del señor Ochoa, sí es un indicio bastante serio de la relación civil o comercial entre los pretendientes".

Finalmente, en cuanto al sexto indicio, el Tribunal observa que el demandado al contestar el hecho 13 de la demanda manifestó que con fechas 28 y 29 de marzo de 1954 firmó los comprobantes nos. 1953 y 1992, por las sumas de $ 2.600,00 y $ 8.620,06 respectivamente, por cuenta de saldos de participaciones en el negocio de ganados al partido, habiéndose declarado en el último de los comprobantes citados que Duque quedaba a paz y salvo con él por todo concepto; y que al ser interrogado el demandante Ochoa en posiciones, sobre este hecho, contestó: "No es cierto y aclaro: en el último de los comprobantes cuando lo leí y vi que tenía el término de paz y salvo por todo concepto, en presencia de Gustavo Porras y la señorita hermana de éste le dije que esa pena de muerte no se la firmaba yo y no lo quise firmar". Sobre lo anterior, argumenta el Seccional:

"En realidad lo único que el absolvente niega en relación con los hechos a que se refiere la pregunta es lo relativo al de quedar a **paz y salvo por todo concepto**, a lo que da un alcance de **pena de muerte**. Pero el hecho de haber recibido las cantidades a que se refiere la pregunta, y el que hace relación de que ellas eran **por concepto de saldos de participaciones en el negocio de ganados al partido con Duque A.** aparecen aceptados implícitamente. Es decir que la negativa del señor Ochoa se concretó a extender un finiquito general a favor del señor Duque A. por todo concepto. En ello obró el señor Ochoa prudentemente pues según aparece de las declaraciones del doctor Gerardo Bonilla Fernández (fls 120 v) con posterioridad a estos recibos el señor Alfonso Duque A, le dijo al testigo 'que en el asunto de pasto sí existía una diferencia que no recuerda el número de arrobas o bultos pero que en todo caso la semilla que el señor Duque debía entregar al señor Ochoa estaba a la disposición de éste para entregársela en cualquier momento'. Ante la respuesta del demandante no hay para qué insistir en la demostración del hecho de haber recibido estas cantidades de dinero, y con base en este hecho, con la calificación que le da la pregunta y la aceptación implícita en la respuesta, no queda para el Tribunal otra posibilidad que aceptar la vigencia de relaciones distintas a las protegidas por el derecho del trabajo".

Y concluye así el sentenciador: "El breve análisis que ha hecho el Tribunal de los elementos de juicio que se dejan indicados lo ha llevado a formarse la convicción racional de que la presunción de existencia de una relación laboral, por el simple hecho demostrado de la prestación de servicios personales, ha quedado en el caso de autos suficientemente desvirtuada, y que en realidad lo que existió entre las partes de este juicio fueron negocios de otra índole, cuya liquidación definitiva sólo pueden lograr a través de las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio. Desaparecido del litigio el contrato de trabajo, real, en el acuerdo de voluntades, o presunto en los hechos que lo suponen, carecen de base todas las pretensiones de la demanda, que no pueden nacer sino de tal contrato. Este conflicto jurídico

planteado entre las partes no ha logrado enmarcarse en el terreno que le es propio cual es el de la relación laboral surgida de la voluntad de las partes, expresa en la convención o latente en la aquiescencia a prestar un servicio dependiente y remunerado, y en recibirlo".

Consideraciones de la Corte

La noción del **error de hecho** ha sido claramente fijada por la Corte en constante y uniforme jurisprudencia, entre otras oportunidades, en fallo de 30 de mayo de 1956 en donde la Corporación dijo: "Si se trata de errores de hecho, deben aparecer con evidencia física, necesariamente producida por la percepción directa de la prueba, o sea que resulten de la sola confrontación del concepto del fallo, de haberse o no probado un hecho, con la realidad material del juicio, absolutamente opuesta a tal concepto: el artículo 520 del C.J. pide 'que aparezca de modo manifiesto en los autos'. En otros términos, que faltando materialmente una prueba, la sentencia da por probado el hecho, o haciendo parte material del juicio, no advierte su presencia en él, y niegue, por tanto, la existencia procesal del hecho". Y luego de extenderse en consideraciones sobre la naturaleza de la casación, que no es un grado más en el juicio donde pueda debatirse libremente sobre los hechos, ya que no es un recurso contra éstos sino contra el derecho aplicado en la sentencia, la Corte agrega: "Es axiomático el que con la instancia queda agotada la controversia en cuanto a la materia probatoria, que no puede agitarse de nuevo, y en cuanto a la jurisdicción, que queda limitada por el objeto primordial del recurso cual es la intangibilidad y el imperio de la ley. Este objeto primordial de la casación amputa el poder jurisdiccional sustrayendo de él lo concerniente a los hechos, y de allí la 'soberanía' de los Tribunales falladores para enjuiciarlos, soberanía que emana, por lo dicho, de tal objetivo fundamental de la casación y que constituye, por tanto, la posición normal del fallador frente a la prueba. De consiguiente, si la prueba puede llegar a interesar la esfera del recurso, es sencillamente porque puede llegar a afectar el ámbito de la ley. La 'autonomía' del juzgador restringe de manera tal el ingreso de los problemas de hecho a la casación que solo extraordinariamente se presentan. A esta presencia excepcional se refiere el artículo 520 cuando prescribe que si la violación de la ley proviene de apreciación de determinada prueba, es necesario que se demuestre 'haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos' (G J LXXXII, N° 2167, página 830).

En la misma providencia citada, advierte la Corte que en la tarea estimativa de la prueba puede el juzgador equivocarse, pero que no toda equivocación en este terreno configura agravio generador de la infirmación de la providencia de instancia, sino que debe configurarse el error típico contemplado en el artículo 520. Y ello es obvio, porque "Si no fuera así, no tendría ningún sentido el precepto legal que habla de mala apreciación de la prueba causada por un error de hecho evidente, pues si en todos los casos en que el Tribunal aprecia mal una prueba, este error de apreciación debiera considerarse como error de hecho, habría bastado al legislador conceder el recurso de casación por mala apreciación de los elementos probatorios sin más, y habría sobrado que agregara que esa mala apreciación debe tener como causa un error de hecho evidente. Y tampoco tendría sentido la insistente doctrina de la Corte según la cual en casación no puede cambiarse la estimación probatoria que hizo el Tribunal de instancia, por el solo motivo de que el criterio estimativo de la Corte no sea el mismo de aquel". (Casación: 23 marzo 1954, LXXVII, 119). Por último, la Corte en la sentencia indicada de 30 de mayo de 1956, extrae cuatro conclusiones, de las cuales es oportuno transcribir la segunda y la cuarta, que dicen así: "**Segunda** — Que con frecuencia ocurre que el examen de unas pruebas, efectuado más cuidadosamente por el sentenciador, habría podido conducir a distinta conclusión de la adoptada por él, conclusión que, empero, no puede ser afectada en casación, por no configurarse el error típico requerido..." Y "**Cuarta** — Que es proceder contrario a las normas de la casación, el de los recurrentes que ven errores de la calidad exigida, en todo juicio sobre las pruebas, en toda conclusión del Tribunal de instancia sobre el sentido y alcance de ellas, confundiendo el error caracterizado tal como lo predica el artículo 520, ordinal 1° del C.J. con simples y diversas valoraciones que pueden formularse sobre una prueba, posiblemente todas ellas razonables, pero muy lejos de imponerse ninguna como la única cierta, evidente e invulnerable".

El ordinal 1° del artículo 87 del C de P del T exige también, como el ordinal 1° del artículo 520 del C.J. que el error en la apreciación de las pruebas, que se alegue como motivo de la violación de la ley, debe aparecer "manifiesto en los autos", por lo cual la precitada doctrina de

Sala Civil de la Corte sobre el error de hecho es estrictamente aplicable en casación laboral, tanto más cuanto que en los litigios de trabajo la regla sobre **libre formación del convencimiento** sin sujeción a la tarifa legal de pruebas, contenida en el artículo 61 del C de P del T, cuando no se trata de pruebas **ad solemnitatem**, defiere soberanamente a la conciencia del juez la valoración probatoria, sin más limitaciones que la subordinación de su criterio a los principios científicos que informan la crítica de la prueba, a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, según lo prevé el mismo artículo, de tal suerte que la interpretación del juzgador solo puede impugnarse por error de hecho cuando ella ha sido tan absurda que contraríe con manifiesta evidencia la realidad procesal. Así lo entendió siempre la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo al sostener que la acusación por error de hecho no puede prosperar en este recurso extraordinario, sino cuando la equivocación estimativa de la prueba aparezca de manera ostensible, evidente, **prima facie.**

Y en cuanto a la prueba indiciaria, la Corte ha dicho: "En la prueba indicial la ley defiere al convencimiento del juzgador. De ahí que la posibilidad de casar una sentencia por quebranto de leyes sustantivas surgido por error o falta de apreciación de pruebas consistentes en indicios, no ocurra sino cuando el Tribunal ha dado por probados los respectivos hechos básicos sin estarlo, o absteniéndose de tomar en cuenta los comprobantes cuya estimación impondría solución contraria a la de su sentencia, o dejando de relacionar los indicios entre sí cuando de esta labor precisamente habría de deducirse esta solución contraria, o estableciendo una relación reñida con la lógica en la vinculación entre causa y efecto" (Casación, 17 mayo 1946, LX 464).

Según el artículo 24 del C S del T, "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo", pero tal presunción, como lo ha dicho la Corte y como bien lo advierte el Seccional, "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" (Casación: LXXXIII Nos 271 a 273, pág 553). En el caso **sub judice** el demandado Duque no desconoce que en fincas de su propiedad, el actor ejecutó labores personales de administración, pero afirma que ello no se hizo en razón de un contrato de trabajo, sino en virtud de un negocio de participaciones ganaderos, según el cual Duque aportaba el capital y Ochoa debía vigilar y cuidar los semovientes, hacer los gastos de administración y explotación del negocio, conservar y mejorar los potreros destinados al mantenimiento de los ganados, suministrarles sal y medicinas, constituyéndose así una empresa para la compra, clasificación, lustre y ceba, lo mismo que para la venta de los ganados en compañía, con la participación de utilidades para uno y otro, previa deducción a favor de Duque del costo de los ganados; que dicho ganado se mantenía durante el período de "desbabe", "lustre" y "selección" en la finca de Versalles de propiedad de Duque, y una vez clasificado y escogido por Ochoa el adecuado para engorde era trasladado a la finca "La Teresa" de propiedad del actor, inmueble colindante con la finca de "Versalles"; y que como resultado de este negocio, Duque liquidó y pagó a Ochoa la suma de $ 29.640,00 como participación de utilidades.

A falta de prueba directa para desvirtuar la presunción de contrato de trabajo que obraba inicialmente a favor del actor, en razón de estar suficientemente acreditado en los autos su actividad personal en las fincas de Duque, el Tribunal valoró una serie de indicios que lo llevaron a la convicción de que entre las partes de esta litis no existió vínculo de trabajo, sino relaciones de índole civil o comercial extrañas al ámbito laboral. A esta conclusión bien podía llegar el sentenciador por la vía indiciaria según el principio probatorio contenido en el artículo 665 del CJ. aplicable al proceso laboral de acuerdo con el artículo 51 del C de P del T conclusión que solo puede destruirse en este recurso extraordinario demostrando que ella contraría la manifiesta evidencia de los hechos.

Al responder a la tercera pregunta del pliego de posiciones sobre si el demandante recibió, como resultado del negocio del ganado al partido dado por Duque, una participación total de $ 29.640,00 el absolvente Ochoa dijo: "No es cierto y aclaro: Recibí en varias partidas del valor del pastaje de 247 novillos a razón de $ 120,00 por el engorde de cada novillo, administrando yo por cuenta de don Alfonso Duque. Debiéndome aún el pastaje de 56 novillos y que fueron retirados 31 en el mes de marzo cuando yo me fuí mandado por él a traer los ganados de la Costa, por el señor Gerardo Hoyos, y 25 retirados por él en el mes de mayo los cuales por un broche falso en compañía de Juan Cardona, Rafael Rebolledo é Isaías Ortiz le sorprendí sacando ese ganado". El Tribunal encuentra inexplicable que el absol-

vente vincule en esta oportunidad sus actividades de administración a un contrato de arrendamiento de pastos del que no habló para nada en la demanda inicial, y concluye que no puede entenderse sino que la dicha suma de $ 29.640,00 la recibió Ochoa como participación de utilidades en el negocio de ganados que él administraba.

El entendimiento que a esta prueba da el Seccional no contraría ninguna realidad del proceso y, al contrario, se ve robustecido por la propia afirmación que el demandante hace en dos escritos que dirigió al Juez Segundo Municipal de El Bordo, con fechas 10 de diciembre de 1954 y 21 de febrero de 1955, solicitándole la recepción de declaraciones extrajuicio a los señores Rafael Rebolledo, Juan Cardona, Ebécer Torres é Isaías Ortiz. En dichos memoriales, que diligenciados fueron acompañados como prueba a la demanda inicial (fls 2 y 18), Ochoa pregunta a los testigos citados, si es verdad que saben y les consta que ellos "fueron al potrero de 'La Isla' en la Hacienda 'La Teresa' de propiedad del suscrito y sacaron de allí en compañía del mismo señor Duque a fines de mayo de 1954, 25 novillos gordos que era el saldo que quedaba de un ganado que el mismo señor Duque A. había dado al suscrito a utilidad" (subraya la Sala). Es incuestionable que en esta ocasión Ochoa reveló inequívocamente la existencia de un negocio "a utilidad" con Duque sobre ganados que, por las circunstancias de modo y tiempo allí indicados, corresponden a los mismos sobre los que posteriormente en posiciones afirmó el contrato de arrendamiento de pastos. Y si es el mismo demandante quien se encarga de traer al juicio su propia afirmación de que en sus predios se desarrollaba aquel negocio "a utilidad", la sentencia que así lo entiende no puede, por ello, estar afectada de evidente error de hecho, como lo pretende demostrar el recurso alegando que la calidad de propictario que ostenta Ochoa, según el certificado catastral de fls 79 vto, debe conducir a declarar la existencia de un contrato de arrendamiento de pastos que no excluye en forma alguna el contrato laboral.

La interpretación del Seccional a la respuesta dada por el absolvente Ochoa al punto cuarto del pliego de peticiones, referente a los comprobantes o recibos por $ 2.000,00 y $ 8.620,06, que Duque afirma haber pagado a Ochoa "por concepto de saldos de participaciones en el negocio de ganados al partido", no aparece tampoco evidentemente errónea, porque en verdad, del contexto de dicha respuesta no puede deducirse que Ochoa no hubiese recibido ese dinero o que el concepto por el que se le pedían los recibos fuera otro. Además, sobre el particular obran los testimonios de Ramón Sandoval y Mely Porras, el primero de los cuales declara (fls 89) que como cajero contador de la firma "Aristizábal y Cía." y por orden de Duque, le correspondió expedir el 29 de marzo de 1954 un cheque contra el Banco del Estado a favor de Ochoa y a cargo de Duque, por la suma de $ 8.620,06, y también el respectivo recibo que explicaba que dicha suma era el saldo a favor de Ochoa por utilidades de ganados que tenían en compañía, comprobante que firmó Ochoa y que continuó utilizándose en la contabilidad de la oficina, habiéndole tocado al declarante legajar cuidadosamente este documento cuando en compañía de la señorita Mely Porras arregló el archivo, y agrega que el asiento de dicho comprobante consta en los libros de contabilidad de la firma "Aristizábal y Cía", porque allí se lleva la cuenta particular de Duque. Y Mely Porras (fs. 88 vto) declara que en su calidad de empleada de la referida firma le tocó en diciembre de 1954 archivar los comprobantes de ese mismo año y que entre ellos recuerda perfectamente haber archivado "el recibo Nº 1992 comprobante de caja por una suma de $ 8.000,00 u $ 8.000 y pico de pesos" y en el que constaba que Duque había pagado esa suma a Ochoa por participación de utilidades en ganado...." Es bien cierto que estos dos declarantes figuran bajo la dependencia de Duque por ser empleados de la firma "Aristizábal y Cía." de la que Duque es gerente en Popayán, pero tal circunstancia no es suficiente por sí sola, para desechar su testimonio, porque, como lo tenía definido el Tribunal Supremo del Trabajo (sentencia de 21 de marzo de 1955, Juicio de José María Peña contra Pedro Manuel Dávila), en materia laboral no es posible aplicar con absoluto rigorismo el rechazo del testimonio por el solo hecho de que quien lo rinda sea empleado del patrono, pues se correría el riesgo de hacer imposible la prueba de los hechos que precisamente, por sucederse en el momento o con oportunidad del trabajo, no pudieran ser presenciados sino por personal dependiente; la presunción de parcialidad de que habla el inciso 3º del artículo 669 del CJ, no pesa en tales casos con la misma fuerza excluyente que en materia civil, por lo cual el juzgador debe relacionarla con los otros elementos probatorios del juicio y aceptarla o rechazarla como conclusión última de un proceso de razonamiento crítico. Para la Sala los testimonios de Sandoval y de la señorita Porras merecen crédito, porque son suficientemente responsivos, declaran sobre hechos que

tienen concordancia con otras piezas del proceso y no hay nada que delate que se hallaran declarando con parcialidad.

Lo constatado en la inspección ocular antes que desvirtuar la apreciación del ad quem sobre la respuesta que se viene analizando, la confirma, pues en los libros de contabilidad que se examinaron están relacionados estos dos pagos en las fechas y por las cantidades y conceptos afirmados por el demandado, según puede leerse en el aparte del acta que dice (fls. 123): "En el libro Auxiliar de Caja Nº 12, al folio 260, con fecha 16 de marzo de 1954 y con alusión al comprobante 1953, aparece: 'Pagado a Carlos Ochoa, saldo a su favor por $ 10.620,06 en liquidación de ganado' $ 2.000,00. Este pago consta relacionado en el el libro mayor al folio 107 en la misma fecha marzo 16 de 1954 y con alusión al comprobante número 1953. En el mismo libro auxiliar de Caja al folio 261 con fecha 29 de marzo de 1954 y con alusión al comprobante Nº 1992 aparece: 'Pagado a Carlos Ochoa saldo a su favor por utilidades en la liquidación de ganados hasta hoy... $ 8.620.06. Este pago como el anterior de $ 2.000.- aparece registrado en el libro mayor al folio 112 y con fecha 29 de marzo de 1954 por la cantidad ya dicha de $ 8.620,06". Sin que pueda pensarse, como lo sugiere el recurrente que por el hecho de que tales asientos de contabilidad figuren en los libros de la firma "Aristizábal y Cía", se refieran a negocios que debieron existir entre aquella sociedad y Ochoa, porque el perito advierte que las partidas mencionadas "corresponden a la cuenta personal de don Alfonso Duque" que se lleva en los libros de dicha sociedad de la cual Duque es gerente, como también lo afirma el contador Ramón Sandoval (fls. 90), cuando dice que "Esa contabilización la registró en los libros de A. Aristizábal y Cía. porque allí se llevan cuentas particulares, inclusive la de don Alfonso.. " Concluye el perito que el texto de las partidas antes relacionadas indica lógicamente que "entre los señores Duque y Ochoa hubo un negocio de ganados en participación".

A folios 128, 129 y 130 obran los documentos que Ochoa acompañó para respaldar su respuesta al punto séptimo de las posiciones en la que acepta haber viajado con Duque a fines de 1953, a los Departamentos de El Tolima y Bolívar a comprar ganados, pero sin que sea cierto que los ganados comprados en la Costa hubieran sido para sociedad sino exclusivamente para Duque. Esos documentos no tienen el mérito probatorio que les atribuye el impugnador como para que sobre ellos pudiera configurarse el error manifiesto de hecho acusado, pues se refieren únicamente a un lote de 17 cabezas de ganado comprado en Sincelejo a los señores Aljure y sobre los cuales Duque afirmó, según la nota al auditor de impuestos nacionales de Popayán (fls. 130), que fueron comprados para él sin que Ochoa tuviera en dichos animales participación alguna. Tal prueba documental no indica que en ese viaje a la Costa solo se hubieran comprado esos 17 animales, ni si hubo o nó compras en el Tolima y si las hubo cómo fueron estas acordadas ni mucho menos demuestra que esa no participación de Ochoa en el concreto negocio con los Aljure hubiera existido también a través de todas las adquisiciones de ganados que debieron efectuarse durante los dos años y medio que aproximadamente duraron las relaciones entre Duque y Ochoa, tiempo en el que, según el propio demandante, recibió de Duque 303 cabezas de ganado en contrato de arrendamiento de pastos.

La prueba testimonial aportada para acreditar la labor administrativa de Ochoa en las fincas de Duque, y concretamente las declaraciones de Matías Villo, Eugenio Ibarra y César Ernesto Muñoz destacadas por el recurrente, en nada se oponen a la conclusión del Sentenciador, pues los testigos están acordes en afirmar que no les consta en razón de qué clase de compromiso Ochoa administraba lo de Duque, ni por qué se mantenían ganados de éste en potreros de propiedad de aquél.

El testigo, doctor Gerardo Bonilla Fernández (fls 120 vto a 121 vto) refiere que debido a la amistad que ha tenido con Duque, con Ochoa y con el doctor Peláez Márquez, aproximadamente en el mes de marzo de 1955 "estos dos últimos" le contaron en detalle las diferencias que se estaban presentando entre Ochoa y Duque y le rogaron que interviniera con éste para ver de arreglar amigablemente el diferendo que hacían consistir en: "Negocio de ganado en compañía entre el señor Duque y el señor Ochoa. Deuda proveniente de una semilla de pasto, y prestaciones sociales que reclamaba el señor Ochoa del señor Duque A. y que estimaba sobre un salario de $ 2.000,00 mensuales"; que de los tres puntos tratados en dicha conversación, "es claro que el más delicado por la cuantía era el de las prestaciones sociales que se reclamaban y que estaba presentado en forma ambigua é imprecisa" por lo que el testigo se empeñó en que se delimitara más este punto, pidiéndoles al doctor Peláez y a Ochoa le dijeran qué suma o cantidad exigía Ochoa por este concepto, porque consideraba que si algo podía arreglarse con Duque, era preciso

saber qué cantidad exacta se reclamaba, o que por lo menos se le dijera en cuánto estimaba Ochoa su salario mensual y que fué entonces cuando Ochoa le expresó que lo estimaba en no menos de $ 2.000,00 pero que no fue posible obtener que se le dijera cuál era el valor de tales prestaciones: que sobre estas bases procedió a hablar con Duque, pero que éste le manifestó que Ochoa no había sido en ningún momento su trabajador y que lo que entre ellos había existido era un negocio de participación en ganados y el asunto de una semilla, y que en cuanto al ganado tales operaciones estaban arregladas con Ochoa, según recibo de pago que le mostró al testigo y en el que se expresaba que Ochoa había recibido una suma de dinero y se declaraba a paz y salvo con Duque por concepto de este negocio, y que en cuanto al asunto de la semilla de pasto si existía una diferencia por algunas arrobas o bultos que Duque estaba listo a entregarle a Ochoa en cualquier momento; que posteriormente el testigo volvió a hablar con Ochoa y Peláez Márquez para informarles lo que había manifestado Duque, advirtiéndoles que respecto al pedimento de prestaciones consideraba prácticamente imposible llegar a cualquier arreglo porque Duque negaba que Ochoa hubiera sido su trabajador. El Tribunal, a través de este testimonio, ve una confesión extrajudicial de Ochoa, que aprecia como indicio de que las relaciones entre las partes fueron de naturaleza civil o comercial, porque al afirmar Ochoa que tenía diferencias con Duque por el negocio de ganados a utilidad y por una semilla de pastos, "la prueba que se produzca sobre estos contratos deja sin base la pretensión de prestaciones sociales, con un salario de $ 2.000,00". Para el recurrente, el Seccional se equivocó al calificar esta prueba, tanto porque la conversación referida fué únicamente entre el testigo y el doctor Peláez Márquez y éste no estaba ejecutando ninguno de los actos que determina el artículo 607 del CJ. como porque aún aceptando que se tratara de una confesión extrajudicial, el Tribunal debió entenderla como demostrativa de la existencia de tres o varios contratos, independientes, el principal de los cuales fué el de trabajo por el que Ochoa reclamaba prestaciones. En primer término, la Sala observa que no hay error en el Tribunal cuando entendió que Ochoa había informado personalmente al testigo sobre sus diferencias con Duque, pues el doctor Bonilla afirma que tanto el doctor Peláez como Ochoa le dieron la respectiva información. En segundo lugar, para que frente a las demás pruebas del proceso, resultara ostensiblemente equivocada la apreciación del Seccional sobre los hechos que refiere el declarante doctor Bonilla, era indispensable que este testimonio indicara, sin lugar a dudas, no simplemente que por parte de Ochoa se reclamaban prestaciones "en forma ambigua é imprecisa", sino que la causa para pedirlas (prestación de servicios personales) no tuviera relación alguna con el negocio de ganado en compañía que allí se enuncia, porque lo que reflejan los autos de acuerdo con toda la situación procesal indiciaria estudiada, a la que por último debe agregarse la circunstancia plenamente comprobada y que el Seccional analizó con acierto, de que no se pactara salario por los servicios de administración del actor, ni de que éste reclamara o recibiera suma alguna por tal concepto en todo el tiempo que duraron sus relaciones con Duque, es que los servicios personales de Ochoa se prestaron en función de dicho negocio de ganados en compañía, que ya dentro de la litis fué negado por Ochoa para afirmar, en cambio, un contrato de arrendamiento de pastajes que no logró acreditar en el juicio. Por todo lo anterior, no resulta demostrada tampoco la afirmación del recurrente sobre la equivocación del Tribunal respecto a la declaración de Tancleri Durán, porque el hecho de que ganados de Duque pastaran tanto en los predios del demandado como en los del demandante bajo el cuidado de Ochoa, no encuentra en los autos otra explicación distinta a la del contrato de ganados en participación.

Lo expuesto lleva a concluir que el sentenciador analizó la prueba indiciaria correctamente, dentro de una estricta lógica, y que la convicción que él se formó de que entre Ochoa y Duque no había existido un contrato de trabajo sino vinculaciones comerciales de naturaleza distinta, no se resiente de error de hecho manifiesto, porque según lo estudiado, no es una conclusión contraria la que surje del examen de las pruebas.

No prospera el cargo.

Como de lo afirmado por el testigo Eugenio Ibarra ante el Juez de primera instancia (fs 10 vto) sobre la forma como se obtuvo su declaración extrajuicio que aparece rindiendo ante el Juez Segundo Municipal de Patía y que fue acompañada a la demanda (fls 8 y 16), se desprende la posibilidad de que se haya incurrido en un ilícito de los perseguibles de oficio, situación sobre la cual guardaron inexplicable silencio tanto el a quo como el Tribunal, no obstante la advertencia que sobre el particular hicieron ambos juzgadores de instancia los apoderados de

la parte demandada (fs 107, 125 vto y 158), la Sala, en obedecimiento a lo dispuestó por el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, ordena informar al Juez Penal del Circuito de El Bordo sobre la circunstancia anotada y enviarle copia de las piezas procesales correspondientes para efectos de la investigación penal a que haya lugar.

Resolución

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, RESUELVE:

Primero — NO SE CASA la sentencia recurrida.

Segundo — Para efecto de lo dispuesto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, infórmese al señor Juez Penal del Circuito de El Bordo acerca de los hechos de que da cuenta la última parte considerativa del presente fallo, y para los fines de la investigación respectiva, expídase por la Secretaría de la Sala Laboral, con destino a dicho funcionario, copia de las siguientes piezas del proceso:

a) Del texto íntegro de esta providencia;

b) De la declaración extrajudicial rendida por el señor Eugenio Ibarra ante el Juez Segundo Municipal de Patía el 11 de diciembre de 1954 (fs. 9, 9 vto y 10 del cuaderno principal); y

c) De la declaración rendida por el mismo Ibarra ante el Juez del Trabajo de Popayán el 26 de septiembre de 1955, con la observación que sobre esta diligencia hizo el apoderado de la parte demandada (folios 106, 106 vto y 107 del mismo cuaderno).

Tercero — Costas a cargo del 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.

TRANSMISION DE LA CESANTIA POR CAUSA DE MUERTE DEL TRABAJADOR. EL ORDEN SUCESORAL ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 294 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO SE REFIERE A LOS BENEFICIARIOS DEL SEGURO DE VIDA, PERO NO A LA CESANTIA. — DERECHO DE LOS COLATERALES AL COBRO DE CESANTIA Y SEGURO DE VIDA.—PROCEDIMIENTO PARA EL PAGO DE CESANTIA EN CASO DE MUERTE. — CUANDO NO HAY BENEFICIARIOS FORZOSOS ESPECIALES, EL SEGURO DE VIDA NO APROVECHA AL PATRONO. COMO SE HA QUERIDO INTERPRETAR; SENCILLAMENTE, DESAPARECE EL DERECHO.—APLICACION DE LA LEY NUEVA

1.—El artículo 250 del C. S. del T. dispone que la cesantía es transmisible por causa de muerte conforme a las reglas del Código Civil, y cuando valga cinco mil pesos ($ 5.000) o menos, se pagará directamente por el patrono, de acuerdo con el PROCEDIMIENTO establecido en el artículo 212 de la misma obra. Es decir, hay que demostrar la calidad de heredero si las normas del Código Civil lo incluyen en la sucesión intestada, con la presentación de las partidas eclesiásticas o registros civiles, o de las pruebas supletorias que admite la ley, más una información sumaria de testigos que acredite, en este caso, que no hay otros herederos que lo antecedan en el orden sucesoral de conformidad con los artículos 35 de la Ley 153 de 1887, y 19 a 21 de la Ley 45 de 1936, disposiciones vinculadas al Código Civil.

Los colaterales no entrarían, pues, en calidad de beneficiarios, sino como simples herederos y sí les cabe el derecho dentro de una sucesión intestada, y es equivocada la interpretación del ad-quem cuando se remite al literal c) del artículo 234 del Código Sustantivo del Trabajo, porque este precepto dispone el orden de beneficiarios para el seguro, que es a lo que se refiere el artículo 318 de la misma obra; y cuando el artículo 250, remite a este último precepto, lo hace para acogerse al procedimiento, mas no al orden taxativo aplicable a los beneficiarios.

2.—El artículo 253 del C. S. del T., tal como regía antes de la reforma introducida por el Decreto Legislativo número 617 de 1954, no incluía entre los beneficiarios forzosos a los colaterales legítimos.

3.—No es valedera la tesis de que al no haber beneficiarios forzosos de los indicados en el artículo 293, viene a quedar favorecido el patrono con el seguro del trabajador, porque este supuesto acepta como real lo inexistente para dar base a la conclusión, si se observa que según los términos del artículo comentado, éste solo determina la extensión del beneficio hasta cierto grado de parentesco, pasado el cual, desaparece el derecho; si no existe, mal puede hablarse de que su valor en el caso de no tener el trabajador beneficiarios forzosos o especiales, vaya a engrosar los caudales del patrono. Que en la actualidad con la reforma introducida por el Decreto 617 de 1954, se llega a esa interpretación, es verdad, pero por el querer legal.

4.—Si bien es cierto que la nueva disposición puede extender su fuerza para regir situaciones que vienen del pasado como simples expectativas o para ubicar los efectos aún no realizados de situaciones jurídicas viejas, como pudiera ser el caso del asegurado con anterioridad al decreto, que mantenga la relación de trabajo y muera con posterioridad a la vigencia del Decreto, no puede, sin embargo, tener fuerza obligatoria sobre situaciones que fueron consolidadas en el pasado, o sobre situaciones jurídicas concretas ya en su vigencia, según lo entiende la doctrina, la jurisprudencia y la vinculación de los preceptos que así lo establecen en nuestra legislación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruseo)

Víctor Alonso Lozano por medio de apoderado como hermano legítimo del causante demandó para la sucesión ilíquida de Célimo Méndez, sus

el Juzgado del Trabajo de Palmira, a Alfredo Posada, para que mediante su citación y audiencia, se hicieran por dicho Juzgado las siguientes declaraciones:

a) Que el señor Alfredo Posada debe y está obligado a pagarle a la sucesión ilíquidada de Célimo Méndez, representada por el señor Víctor Alonso Lozano como hermano legítimo del causante, la cantidad de $ 136.00 por concepto de auxilio de cesantía en un año de servicios;

b) Que el mismo señor Alfredo Posada debe, y está obligado a pagarle a la misma sucesión ilíquida, la cantidad de $ 68.00 por concepto de vacaciones remuneradas en un año;

c) Que el demandado Alfredo Posada debe y está obligado a pagarle a la sucesión ilíquida representada por el mismo Lozano, la cantidad de $ 3.264.00, por concepto de seguro de vida del causante Célimo Méndez y,

d) Que el demandado sea condenado en costas si afronta el juicio.

Dio como hechos:

Que Célimo Méndez Lozano fue contratado el 11 de abril de 1951 por Alfredo Posada, para trabajar en las dependencias del ingenio "El Arado", de su propiedad, situado en la comprensión municipal de "Pradera", siendo destinado a prestar de inmediato sus servicios en la hacienda "Holanda", para labores de ordeño y distribución de la leche que allí se produce, y también para las de corte de caña o de cualquiera otra actividad agrícola, recibiendo como remuneración por su trabajo un jornal diario de $ 4.00, pero como trabajaba los días domingos, recibía semanalmente $ 32.00.

El día 16 de marzo de 1952 cuando el extinto Méndez Lozano se ocupaba en el reparto de la leche en un carro de tracción, se le rompió el pescante del vehículo lo que motivó que el animal se desbocara arrastrándolo, a consecuencia de lo cual murió el 2 de abril de 1952, no obstante haber sido atendido en el Hospital de Palmira por cuenta del ingenio "El Arado", pues, su dueño, Alfredo Posada, tiene contrato con el hospital para la atención de los enfermos de su empresa.

El causante trabajó bajo la dependencia, dirección y vigilancia de Alfredo Posada o de sus inmediatos colaboradores, desde el 11 de abril de 1951, hasta su fallecimiento, el día 2 de abril de 1952, adeudándole, por tanto, Posada, la cesantía de un año de servicios, vacaciones remuneradas correspondientes al mismo tiempo, y el seguro de vida equivalente a dos años de salarios. Todas estas prestaciones y auxilios, deben ser pagados a Víctor Alonso Lozano, por haber sido designado como beneficiario del seguro de vida por su hermano Célimo Méndez, cuando éste fue contratado para trabajar en la finca "El Arado" y, aunque esa institución especial no se hubiera hecho en su favor, por mandato del artículo 11 del Decreto Ejecutivo 617 de 1954 de 26 de febrero, son sus hermanos los herederos forzosos, ya que no dejó padre, esposa, hijos legítimos ni naturales.

El demandado Alfredo Posada contestó el traslado por medio de su apoderado, quien dijo:

No ser cierto lo afirmado en el punto primero del libelo; pues, su patrocinado arrendó a los herederos del doctor Francisco Sarria la hacienda "Holanda", que no tiene ninguna vinculación con el Ingenio "El Arado". Luego Célimo Méndez, quien trabajó algún tiempo en dicha hacienda como los demás trabajadores que allí se ocupan, nada tienen que ver con el Ingenio "El Arado".

Niega los demás hechos expuestos, y en relación con el sexto expresa, que tampoco es cierto que el actor fuera designado beneficiario de la cuota del seguro de vida, porque la hacienda "Holanda" no paga salarios por más de $ 120.00 semanales, por lo cual no está obligada a asegurar a sus trabajadores; además, el Decreto Ley 617 de 1954 es inoperante en negocios regidos por disposiciones anteriores y, por tales consideraciones, se opone a que se hagan las declaraciones y condenaciones solicitadas por el demandante. Objeta la cuantía, reservándose el derecho de proponer las excepciones que estime necesarias en la primera audiencia de trámite.

Agotada la tramitación, el Juzgado del conocimiento que lo fue el del Circuito Judicial del Trabajo de Palmira, declaró probadas las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, en relación con todas las peticiones consignadas en el libelo de demanda, por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones y seguro de vida y, absolvió en consecuencia al demandado. Condena en costas al actor.

Apelado el fallo por el demandante, fue reformado por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en sentencia de 8 de noviembre de 1955, al declarar probada la excepción perentoria de carencia de acción respecto de la demanda por auxilio de cesantía y compensación de vacaciones causadas y no disfrutadas, y la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte actora PARA DEMANDAR EL PAGO DEL SEGURO DE VIDA DEL TRABAJADOR Célimo Méndez, para absolver a la empresa demandada, de

los cargos formulados en el libelo inicial. Condenó en costas parciales.

Contra el fallo del ad-quem el representante del demandante interpuso el recurso de casación, que al ser otorgado, admitido por esta Corporación y luego de la tramitación de rigor, pasa a decidirse teniendo en cuenta la respectiva demanda de casación. No hubo escrito de oposición.

El recurso

Aspira a que la sentencia sea casada, para que la Corporación convertida en Tribunal de instancia, revoque la de primer grado y en su lugar acceda a las súplicas del escrito inicial. En subsidio, a que en la misma calidad de Tribunal de instancia, modifique la dicha providencia del a-quo, en el sentido de abstenerse de toda decisión sobre el fondo del asunto debatido.

En un solo cargo, y con apoyo de la causal primera de la casación laboral, acusa la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 293, 258 del C. S. del T., y 11 del Decreto 617 de 1954, en relación con el artículo 2º de la Ley 133 de 1931 y 19 del C. S. del T.: como consecuencia de la infracción anterior, también violó, por falta de aplicación, los artículos 289, 292 y 294 del C. S. del T., así como los artículos 249 y 253 de la misma obra.

Para sustentarlo, agrega, que independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador entiende, en el fallo acusado, que en los casos en que no haya beneficiarios forzosos del seguro de vida, ni beneficiario designado por el de cuius, ni persona dependiente económicamente del mismo, el valor del seguro beneficia al empresario y no a los demás herederos del difunto. De esa equivocada inteligencia de las normas citadas en el cargo (para lo cual no tuvo en cuenta la aplicación analógica del artículo 2º de la Ley 133 de 1931, que está vigente para el seguro de vida de los trabajadores oficiales, ni las reglas del artículo 19 del mismo Código del Trabajo), se deriva la falta de aplicación al caso de autos, siendo pertinentes, los artículos 289 y 292 del Código, sobre pago del seguro de vida, y del artículo 258 ibidem sobre pago de la cesantía menor de $ 5.000.00 en relación con los artículos 249 y 253 del Código, igualmente dejados de aplicar.

Se estudia:

El Tribunal Seccional estimó demostrada en los autos, la existencia de una relación de carácter contractual laboral y que el causante falleció estando al servicio del demandado. Mas al entrar a estudiar la procedencia de cada una de las prestaciones, encontró que en lo que se relaciona con AUXILIO DE CESANTIA, sobra la reclamación a nombre de la sucesión ilíquida porque ella "debe hacerse directamente por los beneficiarios", si se trata de un auxilio de cesantía inferior a $ 5.000.-; pero como Víctor Alonso Lozano, carece de acción para hacer reclamación directa por cuanto los colaterales no están comprendidos en el escalafón que establece el artículo 294 literal e), al cual es menester remitirse, para saber quienes tienen en este caso la calidad de beneficiarios, declaró probada para este extremo la excepción de carencia de acción para la demanda.

Para la Sala no es aceptado el razonamiento del ad-quem, porque el artículo 258 del C. S. del T. dispone que la cesantía es transmisible por causa de muerte conforme a las reglas del Código Civil, y cuando valga cinco mil pesos ($ 5.000.00) o menos, se pagará directamente por el patrono, de acuerdo con el procedimiento, establecido en el artículo 212 de la misma obra. Es decir, hay que demostrar la calidad de heredero si las normas del Código Civil lo incluyen en la sucesión intestada, con la presentación de las partidas eclesiásticas o registros civiles, o de las pruebas supletorias que admite la ley, más una información sumaria de testigos que acrediten, en este caso, que no hay otros herederos que le antecedan en el orden sucesoral de conformidad con los artículos 35 de la Ley 153 de 1887, y 10 a 21 de la Ley 45 de 1936, disposiciones vinculadas al Código Civil.

Los colaterales no entrarían, pues, en calidad de beneficiarios, sino como simples herederos y si les cabe el derecho dentro de una sucesión intestada, y es equivocada la interpretación del ad-quem cuando se remite al literal e) del artículo 294 del Código Sustantivo del Trabajo, porque este precepto dispone el orden de beneficiarios para el seguro, que es a lo que se refiere el artículo 212 de la misma obra: y cuando el artículo 258, remite a este último precepto, lo hace para acogerse al procedimiento, mas no al orden taxativo aplicable a los beneficiarios.

Pero si como lo dice el ad-quem, y lo acepta tomado del informativo la Sala, solo se pudo establecer el servicio de Célimo Méndez, con la inspección ocular, entre el 3 de enero de 1952 y el 2 de abril del mismo año, con un salario de $ 32.00 semanales, resulta que le corresponde a razón de $ 128.00 mensuales, la cuarta parte de un año como auxilio de cesantía o sea la suma de $ 32.00. La sentencia recurrida habrá de reformarse en tal aspecto para producir la condena por este valor. En cuanto a VACACIONES, si bien es cierto que el ad-quem aceptó acreditada la personería del

actor para pedir a nombre de la sucesión iliquida, no pudo condenar porque no se probó el año de servicio, del cual podría haberse derivado el pago en dinero para la sucesión, de los 15 días de vacaciones no disfrutadas y pedidas. Mas se observa que este extremo del fallo no ha sido impugnado y ni siquiera se incluye entre los preceptos que se estiman violados, el que consagra el derecho a las vacaciones después del año de servicio.

SEGURO DE VIDA.—Para este último extremo, el Tribunal Seccional consideró que el valor del seguro no entra a formar parte del caudal hereditario, y que cuando el asegurado no determina la persona del beneficiario suple la ley, con el orden establecido para ello y, en consecuencia, negó el derecho a Víctor Alonso Lozano, por cuanto acciona sin interés jurídico, porque el primitivo artículo 293 del Código Sustantivo, no incluye a los colaterales como beneficiarios forzosos del seguro.

El razonamiento es inobjetable, ya que en verdad, el artículo 293 del Código, tal como regía antes de la reforma introducida por el Decreto Legislativo número 617 de 1954, no incluía entre los beneficiarios forzosos a los colaterales legítimos, que es el caso de materia de autos, y hay que hacer referencia a beneficiarios forzosos, porque la situación de beneficiario con designación especial, no se pudo demostrar ni con la carta del fl. 24, que nada dice en concreto sobre seguro y cuya autenticidad no se estableció, ni con los testigos, quienes deponen por referencia, sin constarles nada, por cuanto no apareció el documento o certificado a favor del asegurado, ni menos se pudo demostrar la existencia de una nómina de trabajadores de $ 1.000.00, o más, todo lo cual se hacía indispensable como punto de partida, para la exigencia de cubrir el riesgo como consecuencia de la muerte.

Ni se diga con el recurrente, en el caso de haberse demostrado la existencia para el patrono de la obligación de asegurar a sus trabajadores, que al no haber beneficiarios forzosos de los indicados en el artículo 293, viene a quedar favorecido el patrono con el seguro del trabajador, porque este supuesto acepta como real lo inexistente para dar base a su conclusión, si se observa que según los términos del artículo comentado, éste solo determina la extensión del beneficio hasta cierto grado de parentesco, pasado el cual, desparece el derecho; si no existe, mal puede hablarse de que su valor en el caso de no tener el trabajador beneficiarios forzosos o especiales, vaya a engrosar los caudales del patrono. Que en la actualidad, con la reforma introducida por el Decreto 617 de 1954, se llega a la interpretación del recurrente, es verdad, pero por el querer legal, mas en ningún caso como él lo sugiere, puede tenerse en cuenta el artículo 14 del Decreto 617 de 1954 que reformó el 293 del Código; porque la disposición es posterior al acaecimiento de la muerte del causante, ocurrida en 18 de marzo de 1952. Y si bien es cierto que la nueva disposición puede extender su fuerza para regir situaciones que vienen del pasado como simples expectativas o para ahuecar los efectos aún no realizados de situaciones jurídicas viejas, como pudiera ser el caso del asegurado con anterioridad al precepto, que mantenga la relación de trabajo y muera con posterioridad a la vigencia del Decreto, no puede, sin embargo, tener fuerza obligatoria sobre situaciones que fueron consolidadas en el pasado, o sobre situaciones jurídicas concretas ya en su vigencia, como es el caso de Célimo Méndez, según lo entiende la doctrina, la jurisprudencia y la vinculación de los preceptos que tal lo establecen en nuestra legislación.

Si para aplicar existe el precepto legal que no admite, por su claridad, erróneas interpretaciones, no puede acudirse a disposiciones que regulen casos semejantes para aplicación analógica como lo entiende el recurrente en relación con el artículo 19 del Código, y con el artículo 2º de la Ley 133 de 1931.

Este aspecto del cargo no prospera.

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 motivo de recurso, en cuanto declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción respecto del extremo por auxilio de cesantía, y en su lugar y revocando el fallo del a quo en su idéntica declaración por este mismo extremo, condena a Alfredo Posada de las condiciones establecidas en el juicio, a pagar a Víctor Alonso Lozano, en su calidad de único representante de la sucesión iliquida de Célimo Méndez, la suma de treinta y dos pesos ($ 32.00) moneda corriente, por el concepto mencionado. No la casa en lo demás.

Sin costas en el presente recurso y costas parciales en las instancias.

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.

ALEGACION DE LA EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA ADJETIVA A TRAVES DE LA CAUSAL 1ª DE CASACION. — MANERA DE SANEAR ESTOS VICIOS PROCESALES. — SOLIDARIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE SUS SOCIOS RESPECTO AL PAGO DE DEUDAS LABORALES

1.—La excepción de ilegitimidad de personería que contempla el artículo 332 del C. J. —numeral 2º—, es decir, falta de poder, carencia de personería adjetiva del procurador del demandante, es aspecto que no cabe en la causal 1ª de casación laboral sino como infracción medio, que ha debido relacionarse con las normas sustantivas consagratorias de los derechos sociales.

2.—Dentro del procedimiento laboral y de acuerdo con el espíritu del artículo 26 del Código sobre la materia, los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva no interfieren la actividad juzgadora, a menos que ellos sean materia de discusión en las instancias, por lo cual ha de entenderse que el silencio de las partes ante los jueces de grado sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Esta conclusión está de acuerdo con otro de los grandes principios que gobiernan la actuación de los litigios del trabajo, como es el del artículo 49 del Código sobre lealtad procesal, tendiente, si lo por razones de orden público, a impedir que la justicia laboral pueda verse entrabada por sorpresivas actuaciones dilatorias de las partes.

3. — La solidaridad es un principio legal que afecta las relaciones de la sociedad con sus socios respecto de los derechos laborales, en beneficio del trabajador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Alfonso Vásquez Z., por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado 3º del Trabajo de Medellín al señor Gilberto Peláez para que se le condenara al pago de lo siguiente: "$ 1.200.00 o lo que resultare probado, por concepto de cesantía; $ 600.00 o cuanto resultare probado, por concepto de vacaciones; $ 1.200.00 o cuanto resultare probado, por concepto de primas de servicios; $ 975.- o cuanto resultare probado, por concepto de descansos dominicales y festivos, nacionales y religiosos"; solicitó además condenas por la suma de $ 460.00 "por salarios causados al contrato o por tarea" y por la indemnización moratoria en el pago de las prestaciones.

Basó la demanda en los siguientes hechos que así se sintetizan:

1º—Que el demandante "prestó servicios al señor Gilberto Peláez en una empresa de maderas y pisos, llamada 'Madepisos' ", situada en esta ciudad, desde principios de febrero de 1953 hasta el 11 de febrero de 1955;.— 2º Que sus labores fueron las de carpintero, su salario en el primer año fue de $ 10.00 diarios y que en el segundo trabajó a destajo obteniendo remuneración promedio de $ 150.00 semanales. — 3º Que no se le pagó el descanso dominical y festivo en todo el tiempo de servicios.—4º Que se le deben todas las prestaciones sociales y la suma de $ 460.00 por salarios.

Al contestar por medio de apoderado, el demandado aceptó el contrato de trabajo pero desde mediados de 1953 hasta agosto de 1954 y dijo que en septiembre de ese año celebró otro convenio con el actor para la ejecución de una obra a la firma Loteyca, en la cual se repartieron proporcionalmente las utilidades; negó el salario de $ 10.00 que expresara el actor, así como las afirmaciones de que no se le hubieran pagados los descansos dominicales y festivos y cancelado las prestaciones y salarios; afirmó que en el último período el demandante no tuvo el carácter de asociado sino de socio y que le quedó adeudando el demandado la suma de $ 470.00. Propuso además las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandada, inexistencia de las obligaciones solicitadas e inepta demanda.

En la primera audiencia de trámite el actor corrigió la demanda en el sentido de dirigirla además contra la empresa "Maderas y Pisos Ltda.", representada por el mismo señor Gilberto Peláez.

Tal reforma o adición fue prohijada por el doctor Leonidas Gómez, apoderado del actor. El señor Peláez contestó "manifestando que lo dicho en el escrito de respuesta a la que a mí se formuló, valen para ésta contra la empresa". Propuso además la excepción de inepta demanda.

Tramitada la litis, el Juez 2º del Trabajo de Medellín la decidió en sentencia de fecha 28 de junio de 1955, por medio de la cual condena solidariamente a, Gilberto Peláez y "Maderas y Pisos Ltda.", representada por el mismo Peláez, a pagar al actor las siguientes cantidades: a) $ 575.00 por cesantía; b) $ 150.00 por concepto de vacaciones; c) $ 450.00 por primas de servicio y $ 10.00 diarios desde el 1º de febrero de 1955 hasta la fecha en que se cubran las prestaciones decretadas en el fallo; absolvió de los demás cargos, declaró no probadas las excepciones propuestas y no condenó en costas.

Apelado esta sentencia por los apoderados de las partes el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín en fallo de 4 de agosto de 1955, reformó la sentencia así:

"Primero.—Gilberto Peláez y Maderas y Pisos Ltda. están en la obligación de pagar al demandante Alfonso Vásquez trescientos veintinueve pesos con cincuenta centavos ($ 329.50) por cesantía: ciento cincuenta pesos ($ 150.00) por vacaciones; trescientos pesos ($ 300.00) por primas de servicios y diez pesos ($ 10.00) diarios, a partir del 11 de febrero del año en curso y hasta que se verifique la cancelación de las sumas anteriores.

"Segundo.—Quedan absueltas las mismas personas de los demás cargos de la demanda". No condenó en costas.

Contra esta providencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada. Admitido y tramitado legalmente pasa a decidirse mediante el examen de la correspondiente demanda y de su contestación.

Alcance de la impugnación

Pretende que se case la sentencia recurrida y en su lugar absuelva totalmente a cada uno de los demandados.

Cargo único

Sin indicar causal alguna acusa la sentencia "por infracción de los artículos 33 y 50 del Código de Procedimiento Laboral y 36 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de errores evidentes de hecho que aparecen de manifiesto en el juicio y que provienen de la indebida apreciación o de la falta de apreciación de las pruebas que en seguida menciono:".

Como indebidamente apreciadas indica las siguientes: demanda principal (fl. 1), contestación (fl. 5), adición de la demanda (fl. 9), información del Instituto Colombiano de Seguros (fl. 14 v.). Y como no apreciadas, el poder del demandante al doctor Leonidas Gómez Botero (fl. 3), acta de la audiencia de conciliación (fl. 8 v.), liquidación del fl. 10 y testimonios de Horacio Ruiz, Carlos Pineda y Alfredo García (fls. 28 y ss.).

Indica como errores evidentes de hecho, los siguientes:

"1) Dar por establecido, contra la evidencia procesal, que la sociedad Maderas y Pisos Ltda. fue demandada en este juicio y pudo, por consiguiente, ser condenada". "El artículo 33 del C. de P. L. es categórico cuando prescribe la presencia de de abogado inscrito en los juicios de trabajo, con la sola excepción de los juicios de única instancia y las audiencias de conciliación". Dice que como el doctor Leonidas Gómez "apenas tenía la facultad de representar a Vásquez frente al demandado Gilberto Peláez", el *ad-quem* dejó de apreciar el memorial poder del folio 3 "en cuanto implica que Gómez Botero no es apoderado de Vásquez para demandar a Maderas y Pisos Ltda., sino única y exclusivamente para demandar a Gilberto Peláez"; acepta que Vásquez "adicionó la demanda en el sentido de dirigirla contra Maderas y Pisos Ltda." y que su procurador doctor Gómez prohijó la adición, presentándola personalmente en la audiencia de conciliación; que este prohijamiento la hubiera hecho admisible con la presentación personal del autor, lo que no se hizo; que para proseguir el juicio era necesaria la presencia de un abogado inscrito como apoderado judicial, conforme al artículo 33 del C. de P. L., el cual resultó infringido; y que como este aspecto no fue objeto de discusión en las instancias y, por tanto pudiera considerarse como medio nuevo en el recurso, "no puede ser desechado en cuanto entraña una cuestión de orden público".

"2) No haber considerado el Tribunal que el patrono de Vásquez fue Maderas y Pisos Ltda." y haber condenado al socio representante Peláez Villegas solidariamente con la compañía. Afirma que "en la contestación de la demanda, Peláez dice que contrató con Vásquez pero advierte en las excepciones que contrató los servicios del trabajador para Maderas y Pisos Ltda., es decir, actuando como representante de la compañía"; manifiesta que "son numerosas y definitivas" las pruebas que acreditan que el patrón de Vásquez

fue la sociedad y enumera: la contestación del libelo, capítulo de excepciones, escrito de adición, liquidación del folio 10, certificado del I. C. S. S. y testimonios de Horacio Ruiz, Carlos Pinedo y Alfredo García; dice que la sociedad y no su representante es la responsable y directamente obligada al pago de las prestaciones y salarios y que "aunque el artículo 36 del C. S. T. establece la solidaridad entre la sociedad personas y sus socios", esta solidaridad está limitada a que los contratos laborales tengan relación con el objeto social y "hasta el límite del interés social del socio"; que ninguno de estos requisitos fue demostrado para que Peláez Villegas pudiera responder solidariamente con la sociedad: que "el demandado excepcionó en el sentido de no ser el doctor Peláez Villegas dueño exclusivo de la empresa" sino la compañía, por lo cual el actor pretendió dirigir también la acción contra ésta, y que por tanto la situación legal es clara en cuanto a la responsabilidad de la sociedad en el juicio.

"3) Considerar el Tribunal que era viable una condena solidaria contra la sociedad y su socio, aún en el evento de que se hubieran cumplido las exigencias legales, sin haber pedido el actor esta condena solidaria en su demanda ni en la adición o corrección de ella". Dice que el actor no pretendió que sus prestaciones se decretaran con el privilegio de la solidaridad y que tampoco "cabría la aplicación del principio de que el Juez puede condenar **ultra o extra petita**", ya que tal facultad, según el texto del artículo 50 del C. de P. L., se refiere "a prestaciones e indemnizaciones distintas de las pedidas o al pago de sumas mayores de las pedidas" y no podría aplicarse "por extensión analógica, a la condena solidaria si expresamente no se ha pedido".

Manifiesta el opositor que aun suponiendo que ese hubiese incurrido en la causal de nulidad indicada en el numeral 2º del artículo 448 del C. J. y que por ende pudiera configurarse la causal de casación contemplada en el numeral 6º del artículo 520 ibidem", esta circunstancia no encuadraría dentro de las causales de casación del artículo 87 del C. de P. L.; sostiene "que la empresa Maderas y Pisos Ltda. sí fue demandada por Alfonso Vásquez y que la demanda tiene todas las características y requisitos legales para ser próspera, pues que, inclusive, fue prohijada por el suscrito en su carácter de abogado titulado"; arguye que el juzgado admitió la adición de la demanda y le dio el curso de rigor sin impugnaciones originadas en la contraparte; considera que no hubo violación del artículo 50 del C. de P. L., porque tanto Peláez como la empresa fueron demandados en legal forma: tampoco estima violado el artículo 36 del C. S. del T., porque Peláez admitió al contestar el libelo inicial ser socio de Maderas y Pisos Ltda., resultando por ello procedente la aplicación de esta norma en relación con la responsabilidad solidaria de la sociedad y su socio.

Se considera:

Evidentemente Alfonso Vásquez confirió poder al doctor Leonidas Gómez Botero para instaurar acción laboral contra el señor Gilberto Peláez y la demanda inicialmente se enderezó contra este último, a consecuencia de los servicios prestados "en una empresa de maderas y pisos, llamada 'Madepisos'". En la audiencia de conciliación y primero de trámite el doctor Gómez Botero presentó un memorial suscrito por él y por su representado, en que se dice: "Que dicha demanda no solamente va dirigida contra el señor Gilberto Peláez en su propio nombre, sino también va dirigida contra la empresa Maderas y Pisos Limitada (Madepisos), representada por el mismo señor Gilberto Peláez". El Juzgado admitió esta adición y ordenó correr traslado "al demandado Peláez en su propio nombre y como representante de la empresa Maderas y Pisos Limitada".

Al examinar la afirmación del impugnador de que la acción contra la sociedad Maderas y Pisos Ltda. fue adelantada y proseguida sin intervención de abogado inscrito, se advierte en primer término que ello no es evidente, pues es el doctor Gómez Botero, abogado inscrito, quien inició y prosiguió la mencionada acción contra la compañía. Pero si lo planteado en el cargo constituyera la excepción de ilegitimidad de personería que contempla el artículo 332 del C. J. —numeral 2º— es decir, falta de poder, carencia de personería adjetiva del procurador del demandante, este aspecto no cabe en la causal 1ª de casación laboral sino como infracción medio, que ha debido relacionarse con las normas sustantivas consagratorias de los derechos sociales, las cuales se abstiene de indicar el recurrente. Tampoco este punto fue planteado ni alegado en las instancias, pues si se propuso la excepción de ilegitimidad de personería de la parte demandada, ésta no se fundamentó en la razón que indica el cargo. Por ello lo reclamado ahora constituye un medio nuevo en casación.

Mas como el impugnador alega que no puede ser desechado por entrañar "una cuestión de orden público", conviene advertir que dentro del proce-

dimiento laboral y de acuerdo con el espíritu del artículo 36 del Código sobre la materia, los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva no interfieren la actividad juzgadora, a menos que ellos sean materia de discusión en las instancias, por lo cual ha de entenderse que el silencio de las partes ante los jueces de grado sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Esta conclusión está de acuerdo con otro de los grandes principios que gobiernan la actuación en los litigios del trabajo, como es el del artículo 49 del Código sobre lealtad procesal, tendiente, al si por razones de orden público, a impedir que la justicia laboral pueda verse entrabada por sorpresivas actuaciones dilatorias de las partes.

Es en el doble carácter de persona natural y de representante de la sociedad Maderas y Pisos Ltda., como Peláez Villegas contesta la adición o corrección de la demanda inicial. De modo que acepta que él y la sociedad que representa estuvieron vinculados con el actor, mediante un contrato de trabajo, desde mediados de 1953 hasta agosto de 1954.

Al contestar la demanda inicial el apoderado de Peláez propuso entre otras, la excepción de inepta demanda y la de "Ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada", la que hizo consistir "en el hecho de no ser el doctor Peláez Villegas el dueño exclusivo de la empresa Maderas y Pisos Ltda."; al contestar la adición a la demanda, formula la excepción de inepta demanda por instaurarse "en una sola una doble acción contra una persona natural y contra una persona jurídica".

El a quo al pronunciar su decisión y respecto de las excepciones propuestas solo dijo: "Ahora bien, entrando en la cuestión probatoria, resulta establecido con el certificado expedido por el I. C. S. S. que el actor trabajó al servicio de la empresa Maderas y Pisos Limitada, cuyo administrador es el señor Gilberto Peláez. De tal suerte que por lo acabado de anotar no prosperarán las excepciones propuestas, pues la demanda estuvo bien dirigida".

Aunque nada mencionó el Tribunal sobre el tema de excepciones, sí expresó lo siguiente: "Por último debe expresarse que como el señor Gilberto Peláez admitió tanto que los servicios fueron prestados a él como persona natural, al contestar la demanda, como a la sociedad que representa, al dar respuesta a la adición, fuera de que admitió que tiene interés social en Maderas y Pisos Ltda., ambas personas deben responder solidariamente de las obligaciones deducidas, interpretando por otra parte que ello corresponde a la intención del demandante".

Acreditado el hecho de que Vásquez trabajó para Peláez Villegas y para la sociedad, de que el vínculo constituyó un contrato de trabajo y de que Peláez era socio y representante de la firma, según la propia confesión de éste, no cabe duda de que, conforme al artículo 36 del C. S. T., el Tribunal podía pronunciar condena solidaria, como lo hizo el juez del conocimiento, ya que Peláez no demostró en el juicio ninguna circunstancia que obligara al sentenciador a distribuir la condena de manera diferente. Por lo expuesto no resulta aplicado indebidamente el artículo 36 del C. S. del T.

En relación con la condena solidaria, no pedida expresamente por el actor, y la incidencia que pudiera tener con las facultades propias del juez de primer grado para condenar ultra o extra petita, se observa: interpretó el ad-quem que la intención del actor, al incoar la demanda contra la sociedad y su socio, implicaba una petición de responsabilidad solidaria, entendimiento que no aparece manifiestamente errado ni va contra la lógica, ya que la solidaridad es un principio legal que afecta las relaciones de la sociedad con sus socios respecto de los derechos laborales, en beneficio del trabajador. La opinión en contrario del recurrente apenas presenta a la Sala una situación dudosa que no es precisamente la que caracteriza al error de hecho acusable en casación, puesto que éste debe ser de claras evidencia o manifestación.

Tampoco puede sugerirse, como lo hace el impugnador, que por extensión analógica se hubiera aplicado el artículo 50 del C. de P. L., al producirse condena solidaria, sin haberse solicitado en el libelo, pues estando consagrada en una norma laboral y encuadrando el caso sub-lite dentro de ella, el proceder del Tribunal, al confirmar la decisión del a-quo sobre este punto, resulta correcto, sin que esto entrañe aplicación alguna de la norma acusada.

Basta lo dicho para considerar que el sentenciador no incurrió en los errores de hecho acusados y por tanto no infringió las disposiciones la-

borales que indica el recurrente. El cargo no prospera en consecuencia.

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.

LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE CONTRATISTAS POR ADMINISTRACION DELEGADA PARA LA EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS, TIENEN EL CARACTER DE TRABAJADORES OFICIALES Y SUS RELACIONES LABORALES, CUANDO HAY CONTRATO DE TRABAJO, SE GOBIERNAN POR LAS NORMAS ANTERIORES AL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO QUE REGULABAN LA SITUACION DE LOS TRABAJADORES PARTICULARES

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

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constain)

Se va a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **Juan A. Bayuelo** contra la sentencia de 16 de abril de 1956, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el juicio que el recurrente adelantó contra la Sociedad **"Winston-Mantilla-Montilla"**.

Antecedentes

Por medio de apoderado, Juan A. Bayuelo demandó ante el Juez Segundo del Trabajo de esta ciudad, a la sociedad "Winston-Mantilla-Montilla", representada por el señor J. C. Mc Donal, para que se la condenara a pagarle la suma de $ 3.099.- por concepto de lucro cesante y primas de servicio; y una indemnización por mora en el pago de prestaciones, a razón de $ 30.00 diarios, desde la fecha del despido hasta cuando se verificara el pago total de los derechos reclamados en el juicio. Pidió también se condenara en costas a la parte demandada.

Como hechos refiere el libelo: Que mediante documento escrito de fecha 4 de marzo de 1954, Bayuelo fue contratado para prestar sus servicios a la demandada, por término indefinido, en Cartagena, con una asignación de $ 900.00 mensuales; que el 8 de junio de 1955, el actor recibió del Jefe de Administración de la Compañía, señor Frank Oclassen, una comunicación por medio de la cual aquella declaraba unilateralmente terminado el contrato de trabajo a partir del 16 del mismo mes, invocando como causal de despido el "no ser ya necesarios sus servicios en esta obra"; que la causal dada por la Compañía, unida a la circunstancia de que no se dio preaviso a Bayuelo, ni se invocó cláusula de reserva alguna, indica que la demandada incurrió claramente en una violación del contrato, por lo cual está obligada al pago del tiempo faltante para vencerse el término presuntivo del contrato de trabajo, o sean, 2 meses y 19 días; que la Compañía no ha cancelado al actor la prima proporcional de servicios correspondiente al tiempo trabajado durante el primer semestre de 1955; que aun cuando la Compañía "Winston" ha pretendido no estar obligada a pagar a sus trabajadores prima de servicios, la jurisprudencia de los Juzgados de Trabajo de Bogotá y Barranquilla ha sido uniforme y reiterada en el sentido de que la nombrada Compañía sí está obligada al pago de dicha prestación; que la empresa solo canceló a Bayuelo las sumas de $ 1.162.00 por auxilio de cesantía y $ 450.00 por vacaciones, habiéndose reservado el trabajador, al recibir tales cantidades, el derecho de entablar las acciones pertinentes; y que como la Compañía no hizo el pago completo de las prestaciones adeudadas, debe ser condenada a la indemnización de que trata el artículo 65 del C. S. del T.

El apoderado de la empresa demandada se opuso a la acción, aceptó unos hechos, negó otros, dijo haber contratado a Bayuelo por cuenta del Gobierno Nacional, como Jefe de Trituradora en la construcción de la Carretera Troncal de Occidente, Sector Norte, obra que adelanta por contrato de administración delegada y según el cual la Nación asume el pago de los salarios y prestaciones de todos los trabajadores de la obra quienes tienen el carácter de trabajadores oficiales; y propuso las excepciones de pago y de inepta demanda, fundando esta última que en la demanda aparece dirigida contra diversa persona de la legalmente obligada, ya que, según lo explicado, el vínculo de Bayuelo, en su carácter de trabajador oficial, fue con la Nación y no con la sociedad enjuiciada.

En fallo de 23 de febrero de 1956, el juzgador de primera instancia declaró probada la excepción

de ineta demanda sustantiva "por no ser la empresa demandada en el presente juicio la persona legalmente obligada a responder por lo que se le pide"; absolvió a la "Winston-Mantilla-Montilla" de todos los cargos del libelo, y condenó en costas a la parte demandante.

Para llegar a esta conclusión, el a-quo sostiene que en los contratos por administración delegada, los trabajadores que se ocupen en la obra o construcción respectiva tienen el carácter de trabajadores oficiales, y que por las modalidades jurídicas de tales contratos, el administrador delegado no es un contratista independiente en los términos del artículo 6º del Decreto 2127 de 1945, como para el caso de autos bien lo demuestran las cláusulas del celebrado entre el Gobierno Nacional y la demandada, por lo cual las prestaciones sociales de los trabajadores que se ocupen en la obra o construcción contratada, no corren a cargo del administrador delegado sino de la Nación; que es verdad que en la cláusula sexta de dicho contrato con la Nación se pactó "que el contratista se obliga a cumplir, con los fondos destinados para este contrato y por cuenta de la Nación, con las leyes sociales vigentes y con las que se dicten durante el término del mismo", pero que esta estipulación no implica que el administrador delegado sea el legalmente responsable del valor de esos salarios y prestaciones, pues quien paga o adeuda ese valor es la Administración, poco importe que el pago lo realice por conducto del administrador delegado; que además la empresa, cuando contrató a Bayuelo, le advirtió expresamente que lo hacía como intermediaria de la Nación y en su carácter de delegataria de ésta; que, por lo tanto, Bayuelo no es un trabajador particular sino oficial, vinculado a la Administración por un contrato de trabajo, circunstancia que conduce a declarar que la empresa demandada no es legalmente responsable del valor de las prestaciones e indemnizaciones demandadas, y que la relación contractual laboral que existió entre Bayuelo y la Administración no se regula por las normas del C. S. del T. sino por las disposiciones anteriores a dicho Estatuto como son la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año; que no puede alegarse que la empresa demandada por ser intermediaria debe responder solidariamente con la Nación, porque si por una parte la empresa le manifestó a Bayuelo su carácter de intermediaria, por otra, aun cuando no hubiese hecho tal manifestación tampoco tendría legalmente responsabilidad solidaria de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 2127 de 1945; que pretender que existe solidaridad, sería tanto como aplicar el artículo 35 del C. S. del T. a una relación de derecho individual oficial de trabajo, cuando es sabido que dicho Código solo regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al conocer en apelación interpuesta por la parte demandante, acogió los fundamentos del inferior y confirmó su fallo, condenando en costas al apelante.

El recurso

A través de un solo cargo persigue la casación total de la sentencia indicada, para que convertida la Corte en tribunal de instancia, decrete la totalidad de las peticiones del libelo principal.

El cargo

Está formulado así:

"La sentencia del Seccional debe ser casada porque el juzgador incurrió en violación indirecta de los artículos 64, 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, es decir por no haber hecho operar los efectos legales de las disposiciones dichas en el caso de autos, siendo procedente.

"A tal violación fue conducido el Tribunal, por haber aplicado indebidamente el Decreto 3153 de 1953, no por interpretación errónea de su texto, sino porque debió abstenerse de considerarlo teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 1.602 del Código Civil todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de donde se infiere que el contrato entre la Nación y la Winston es válido, y como en tales contratos la Winston admitió la responsabilidad por el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores, contractualmente desapareció su calidad de intermediaria para los efectos del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Las infracciones anteriores, comprendidas en la causal primera del artículo 87 del Decreto 215 de 1948, la de los artículos 64, 65 y 306 como de resultado y la de las demás normas citadas como infracciones de medio, tuvieron lugar por el error de hecho ostensible consistente en que el Tribunal no tuvo en cuenta que la Winston y Bayuelo suscribieron su contrato de trabajo por tiempo IN

DEFINIDO, según cláusula expresa que aparece en el documento de folio 38; y porque, además, incurrió también en error de hecho al no percatarse que en el contrato celebrado entre la Nación y la Winston-Mantilla-Montilla, aparecen las siguientes cláusulas: (Diario Oficial número 28.167)".

A continuación transcribe el acusador lo pertinente de las cláusulas sexta, undécima y vigésima del citado contrato que respectivamente dicen: que "el contratista se obliga a cumplir con los fondos destinados para este contrato y por cuenta de la Nación, con las leyes sociales vigentes y con las que se dicten durante el término del mismo"; que "Son imputables al costo de las obras objeto de este contrato... Los de ensanche, viaje de ida y regreso del personal de las obras, sus sueldos y jornales ordinarios y extraordinarios y las prestaciones sociales que de acuerdo con las disposiciones sociales y con los contratos de trabajo se les paguen, siempre que tales contratos se ajusten a las condiciones estipuladas en las actas...": y que a la terminación del contrato la Nación solamente exonerará de responsabilidad a la Compañía contratista cuando ésta demuestre que ha cumplido con sus obligaciones, entre otras: "4º Que a los empleados y obreros al servicio de las obras, se les ha cubierto las prestaciones que está obligado a atender".

Y concluye el recurrente:

"¿Que está obligado quién? Pues el contratista, porque la otra parte se llama La Nación.

"Y en el Diario Oficial número 27.809 las partes consignaron IDENTICAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.

"Ese error de hecho es claro y ostensible en los autos. El Tribunal no tuvo en cuenta que por acuerdo entre las partes la 'Winston-Mantilla-Montilla' acordaron que la Compañía asumiera directamente el pago de las prestaciones sociales y respondiera por los contratos de trabajo.

"Y como la Compañía es una empresa particular, es obvio que su responsabilidad por la injecución (sic) de dichos contratos solamente puede hacerse efectiva ante la jurisdicción especial del trabajo, por lo cual no es el caso de estimar que oficiosamente debe declararse la excepción perentoria de inepta demanda sustantiva, y el Tribunal Supremo debe enmendar los yerros cometidos por el juzgador de la instancia".

El opositor pide que no se case la sentencia recurrida y hace varias consideraciones para explicar cuál fue la situación jurídica del actor frente a la Compañía contratista y concluye, que teniendo el demandante el carácter de trabajador oficial de acuerdo con el Decreto 3153 de 1953, el recurso no tiene asidero legal porque invoca violación de normas del C. S. del T., olvidando que este Estatuto no gobierna las relaciones individuales de trabajo de los trabajadores oficiales.

Consideraciones de la Corte

Está claramente establecido en el juicio, y sobre ello no discuten las partes, que la sociedad "Winston-Mantilla-Montilla" celebró un contrato de administración delegada con el Gobierno Nacional para ejecutar, por cuenta de la Nación, diversas obras de construcción en la Carretera Troncal de Occidente, Sector Norte, y que el demandante Juan A. Bayuelo fue contratado por dicha sociedad para que trabajara en tales obras como Jefe de Trituradora.

Es incuestionable entonces (independientemente de toda discusión relativa a determinar sobre quién pesa la obligación de pagar las prestaciones e indemnizaciones demandadas, que es la materia que plantea y preocupa al recurrente) que según el régimen jurídico colombiano el demandante, por haber prestado sus servicios en una obra contratada por administración delegada, tuvo el carácter de trabajador oficial, y que, como con acierto lo aceptó el ad-quem, los derechos prestacionales o indemnizatorios que pudieron causarse en razón de su contrato de trabajo 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 el Decreto 2127 del mismo año, las leyes 64 y 65 de 1946 y demás disposiciones sobre la materia que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha que entró a regir el Código Sustantivo y que aún permanecen vigentes para los trabajpadores oficiales que, como el demandante, se entiende que estuvieron ligados a la Administración por un contrato laboral. Es oportuno reproducir lo qué sobre esta clase de situaciones jurídicas dijo la Corte en sentencia de 19 de diciembre de 1956:

"La doctrina de los tratadistas del Derecho Administrativo tiene definido que el contrato de administración delegada es uno de los procedimientos de ejecución de las obras públicas, en el que la Administración no actúa directamente sino por medio de un tercero a quien se le entrega la dirección técnica y administrativa de la obra, pero siendo ésta adelantada por cuenta y riesgo del Gobierno. El contratista por administración delegada es un simple intermediario de la Administración y su presencia no desdibuja el carácter

público de la obra, que sigue siendo una manifestación de la actividad estatal, con las consecuencias jurídicas propias a tal situación.

"Consecuente con este principio doctrinario, la legislación laboral colombiana, desde el año de 1935, calificó como del servicio oficial, a los empleados de los contratistas de obras que se ejecutaran por cuenta de las entidades públicas, cuando tales contratistas no fueran más que agentes de las obras, y los sueldos fueran pagados con fondos oficiales, que es el caso del contrato administrativo que se examina; dijo el Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 del mismo año, en su artículo 4º: "Se entiende por empleado del servicio oficial aquel que trabaja por cuenta de las entidades públicas o a su servicio, u obra a nombre de ellas, y cuya remuneración es pagada, directamente por el Tesoro Nacional, los Tesoros Departamentales o Municipales, o por organismos creados por leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos o reglamentos legales. También se consideran como del servicio oficial los empleados de contratistas de obras que se ejecuten por cuenta de las entidades públicas, cuando los contratistas en la realización de los trabajos son meros agentes o patronos de las obras, y los sueldos son pagados con fondos oficiales". Años después este criterio legislativo fue ratificado, ya más concretamente, por el Decreto 3153 de 1953, cuyo artículo único dispuso: "Los empleados y obreros de obras que se ejecuten por cuenta de entidades públicas mediante contrato de administración delegada, son trabajadores oficiales y por consiguiente están sometidos en sus relaciones laborales a las disposiciones que rigen para los trabajadores oficiales".

"Por su parte el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año en lo relativo al contrato individual de trabajo, en su artículo 4º advirtió "que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental y Municipal no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma". Es decir, que de acuerdo con esta norma reglamentaria los trabajadores oficiales quedaron divididos en cuanto al régimen de sus relaciones de trabajo con la Administración, en dos grandes grupos: Uno, sometido en lo general a las normas propios y especiales del derecho público, y otro ,por vía de excepción, quedó gobernado, también en lo general por las normas de los trabajadores particulares bajo el entendimiento o supuesto legal de que el vínculo ha de calificarse como de contrato de trabajo. Como el demandante Insignares fue contratado para trabajar en la construcción de una obra pública, su vínculo con la Administración encaja dentro del segundo grupo, o sea, que le era aplicable el régimen de los trabajadores particulares en razón de la ficción legal explicada.

"Pero la situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, prevista en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar "las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo del Trabajo, oficiales y particulares", según lo dice su artículo 3º, excluyó expresamente de su régimen. "Las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...", las cuales se regularán "por los estatutos especiales que posteriormente se dicten" (artículo 4º ibidem) y, mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del artículo 492 ibidem, pues solo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren "al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares" y al "derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores" (artículo 491 ibidem)). (G. J. T. LXXXIII, números 2174-2175-

"b) Por vacaciones 207.80

Busca el recurso que la Corte infirme la sentencia del Tribunal porque éste dejó de aplicar los artículos 35, 64, 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y condene a la empresa contratista al pago de las prestaciones e indemnizaciones demandadas porque a ello se comprometió la empresa cuando celebró con la Nación el contrato de administración delegada. Pero dentro del planteamiento que hace el recurrente no le es posible a

la Corte proceder al examen de la sentencia impugnada, pues el Tribunal no pudo infringir, por falta de aplicación, ninguna de las normas del Código que indica y reclama el acusador, por la sencilla razón de que, como se dejó explicado, tal Estatuto no gobernó la situación de autos.

El cargo es absolutamente ineficaz y no prospera.

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.

FORMULACION DE LA DEMANDA DE CASACION. — ACUSACION POR ERRONEA INTERPRETACION DE PRUEBAS.—TECNICA DEL RECURSO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Inés Herrera, por medio de apoderado, demandó en juicio laboral a Lorenzo Botero Jaramillo personalmente y como representante de la firma Botero Jaramillo & Cía. Ltda., a fin de que se declarase que entre aquella y estos existió contrato de trabajo y para que en consecuencia se les condenase solidariamente al pago de las siguientes cantidades:

$ 20.400.00 por concepto de salarios devengados y no pagados en ocho años y medio de servicios; $ 2.943.72, por concepto de 442 domingos trabajados y no remunerados; $ 905.76, por fiestas civiles y religiosas trabajadas y no pagadas; $ 1.700.00, por primas de servicios; $ 850.00, por vacaciones causadas en el tiempo servido; $ 1.700.00 de auxilio de cesantía; indemnización moratoria desde el 7 de julio de 1954, fecha del retiro, hasta el pago de prestaciones y salarios; subsidiariamente solicita el pago de todas las deudas laborales, "como resultado de las operaciones aritméticas del caso o del dictamen pericial"; las costas y agencias en derecho.

Los hechos en que se fundamenta el libelo se sintetizan así: a) Que la actora ingresó al servicio de los demandados como vigilante diurna y nocturna en los depósitos de estos, el 15 de enero de 1946; b) Que la demandante vigiló los depósitos de víveres, abarrotes, ferretería, rancho, etc., todos los días y sus noches y controló salida e ingreso de las mercancías; c) Que no se pactó salario y que los demandados le dieron a cuenta de éste un cuarto donde vivió la actora hasta el despido; estima el salario en $ 200.00 mensuales o el que señale el perito designado; d) Que fue despedido sin justa causa el 7 de julio de 1954; e) Que el trabajo fue continuo en los 8 y medio años; f) Que durante ese lapso no recibió remuneración alguna, excepto la de especie ya dicha, ni tampoco se le han pagado las prestaciones e indemnizaciones causadas.

Corrido el traslado de rigor, la parte demandada por medio de apoderado, negó los hechos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º. Respecto al 6º, dijo: "Es cierto que la demandante no recibió de los demandados remuneración alguna, ni prestaciones sociales o patronales, porque jurídicamente no hubo lugar a ello".

Tramitada convenientemente la litis, el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, la decidió en fallo de 25 de mayo de 1956, así:

"Primero. — CONDENASE a la firma "Botero Jaramillo & Cía. Ltda." a pagar a Inés Herrera una vez ejecutoriada esta sentencia, las siguientes sumas de dinero por los conceptos que a continuación se expresan:

"a) Por salarios	$ 5.577.78
"b) Por vacaciones	207.80
"c) Por primas de servicio	528.18
"d) Por dominicales y festivos	1.015.05
"e) Por cesantía	1.415.31

"Segundo.—Igualmente CANDENASE a la firma "Botero Jaramillo & Cía. Ltda.", a pagar a la señora Inés Herrera la suma de siete pesos con cincuenta centavos ($ 7.50) diarios a partir del día ocho (8) de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), hasta el día en que las prestaciones se cancelen totalmente.

"Tercero. — ABSUELVESE a la firma "Botero Jaramillo & Cía. Ltda.", del cargo formulado por Inés Herrera por concepto de delantales y calzado.

"Cuarto.—COSTAS a cargo de la parte demandada".

Apelada esta decisión por el apoderado de la demandada, subieron los autos al Tribunal Seccional de Bogotá, entidad que en sentencia de 2 de octubre de 1956 revocó los ordenamientos 1º, 2º y 4º, confirmó el 3º de la sentencia apelada y condenó en costas de ambas instancias a la parte demandante.

Contra esta providencia ha recurrido en casación el apoderado de la demandante y habiéndose admitido el recurso y tramitado en legal forma

pasa a decidirse mediante el estudio de la correspondiente demanda, constante de cuatro cargos. No hubo escrito de oposición.

Se considera:

Ante todo debe observarse que el escrito de demanda contiene fundamentales defectos de técnica, uno de los cuales consiste en presentar como motivos los que no son sino cargos dentro de la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L. Los demás se irán precisando en la decisión del recurso.

El género de violación que indica el primer cargo se enfoca a través de la cuestión probatoria y por ello es antitécnico formular la acusación por infracción directa de las normas señaladas. Pero si esto no fuera suficiente, se advierte además que el ataque resulta incompleto, pues el recurrente se abstiene de acusar las normas sustantivas laborales que consagran los derechos que reclama su mandante. Ante esta deficiencia técnica se impone la desestimación del cargo.

Al segundo cargo cabe hacer la observación de que no contiene una proposición jurídica completa, pues el impugnador señala como infringidas indirectamente las normas generales del contrato laboral —artículos 22, 23, 24, 25 y 27 del C. S. del T.—, absteniéndose como en el cargo anterior, de acusar las disposiciones sobre salario, prestaciones e indemnizaciones para el trabajador, únicas que podrían incidir sobre la parte dispositiva del fallo impugnado. Pero es más: el recurrente cumple con el requisito de individualizar las pruebas que dice fueron apreciadas erróneamente por el Tribunal, pero no demuestra, como es de rigor en casación, los errores de hecho en que incurrió por tal estimación. Se queda, pues, a medias en el ataque, circunstancia que hace que este cargo también se desestime.

El tercer cargo es repetición del segundo y ni siquiera el recurrente cumple con requisito tan indispensable como señalar las normas violadas, lo cual hace imposible su estudio. El cuarto cargo formula violación directa del artículo 24 del C. S. del T., pero el recurrente la vincula a hechos que alega como demostrados en los autos, olvidando que si la infracción incurrió por este concepto, no es directa sino indirecta. Además comete el desacierto técnico, ya indicado, de no dirigir su acusación hacia las normas sustantivas laborales consagratorias de los respectivos derechos. Por esta razón tampoco prospera el último cargo.

Es que como lo ha dicho en repetidas ocasiones el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, siguiendo a los tratadistas en la materia, la demanda de casación exige "ajustarse a determinados requisitos formales para que pueda ser considerada como tal y ser atendible. Porque no hay que perder de vista que la casación es un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, es una verdadera acción para obtener su anulación; pero en ningún caso puede considerarse como un tercera instancia, que es con lo que suele confundírsele a menudo. Quiero ello decir que la demanda de casación está sometida en su formulación a una técnica especial, en cierto modo rigurosa, y fuera de la cual el recurso resulta inestimable". (Página 46, Tomo II, "Gaceta del Trabajo").

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 recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE HECHO POR FALTA DE SUSTENTACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

El 24 de septiembre del año próximo pasado, el doctor Rafael Romero Cortés hizo llegar a la Secretaría de esta Sala la documentación que consideró necesaria para que se estudiase y resolviese, mediante los trámites del recurso de hecho, acerca de la casación que interpuso contra la providencia de 3 de los dichos mes y año, del Tribunal de Montería, en el juicio laboral instaurado por Cornelio Escobar Rojas contra el doctor Jenaro Suárez como apoderado de la empresa constructora denominada Muñoz y Salazar & Co. Ltda. Por no ser abogado inscrito ante la Corte, aunque manifieste haberlo estado ante el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, sustituyó el poder con que representaba al demandante en dicho juicio, en favor del doctor Luis Alberto Bravo. El 27 de octubre de aquel año, se solicitó al Ministerio de Obras Públicas el informe necesario para decidir acerca de la oportunidad con que se hubiese cumplido aquella actuación, en razón de los términos y de la distancia que existe entre esta capital y la ciudad prenombrada. El Ministerio, hasta el momento, no ha atendido a esa solicitud y por ello el negocio permanece en la Secretaría. Mas observándose que el recurso no ha sido sustentado en ninguna forma y que el tiempo transcurrido supera todas las posibilidades para efectuarlo en oportunidad, es el caso de declararlo desierto, por la razón apuntada y conforme lo solicita el propio doctor Romero Cortés en escrito que la Secretaría ha pasado al despacho con fecha 3 del presente mes. Por lo expuesto así se declara, se ordena comunicar lo anterior al Tribunal de Montería enviándole copia del presente auto y archivar el informativo.

Notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía O., Secretario.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 52 DEL DECRETO NUMERO 2127 DE 1945 EN RELACION CON EL ARTICULO 1º DEL DECRETO NUMERO 797 DE 1949. — LA MORA DE LAS CAJAS DE PREVISION HACE INCURRIR EN MORA A LA ADMINISTRACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Carlos J. Ramírez, por medio de apoderado, demandó en acción laboral al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que se hiciesen a su favor y en contra de la entidad demandada las siguientes condenas: el pago de los jornales no percibidos por Ramírez desde la fecha del despido hasta su reintegro al cargo, el aumento de salario consagrado por el Decreto número 3871 de 1949, el pago de $ 205.31 o cuanto más probare, por concepto de salarios faltantes para cumplirse el último período presuntivo contractual.

En los hechos de la demanda se expresa: que Ramírez prestó sus servicios al Municipio de Bogotá como obrero del ramo de Aseo, desde el 11 de septiembre de 1948 hasta el 22 de julio de 1952, fecha en que se le despidió sin justa causa; que devengó durante los tres últimos meses de labores un jornal diario de $ 4.19; que el Municipio no pagó al trabajador ni salarios ni prestaciones dentro de los 90 días subsiguientes al despido, y que cuando éste ocurrió faltaban a Ramírez 49 días para completar otro período semestral de su contrato a término presuntivo.

La demandada negó los hechos y el derecho invocado y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, carencia de acción y título, prescripción, pago y las demás que resultaren acreditadas.

El Juez 2º del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, en providencia de fecha 20 de junio de 1955, falló así:

"1º—CONDENASE al Municipio de Bogotá, representado por su Personero Municipal a pagar a Carlos Julio Ramírez las siguientes sumas, por los conceptos que a continuación se expresan:

"a) Por salarios caídos.....$ 845.20
"b) Por salarios faltantes 161.12

"2º—ABSUELVESE al Municipio de Bogotá, de los demás cargos formulados por Carlos Julio Ramírez en su libelo de demanda.

"3º—SIN COSTAS".

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al resolver la apelación interpuesta por los apoderados de las partes, en fallo de 9 de agosto de 1955, revocó el aparte a) del punto 1º de la sentencia, absolviendo de este extremo, confirmó el aparte b) del mismo punto y los ordenamientos 2º y 3º. No condenó en costas.

Los apoderados de las partes interpusieron contra esta providencia recurso de casación. Solo se estudia la demanda del trabajador y su correspondiente respuesta, por cuanto el recurso del Municipio fue declarado desierto.

Demanda del trabajador

A través de un cargo persigue la infirmación de la sentencia recurrida, para que se hagan en su lugar, las declaraciones impetradas en el libelo de demanda.

El cargo

Acusa la sentencia por "infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley 6ª de 1945 (artículo 11) y del Decreto 797 de 1949, artículo 1º, parágrafo 2º", y por haberse cometido error de hecho; afirma que como el fallo recurrido no condenó al pago de los salarios que el actor dejó 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"; dice que el error consiste en la no liquidación de "los salarios caídos a Carlos Julio Ramírez", que es equivocada la apreciación del Tribunal "porque prestación social no es únicamente la cesantía sino cualquiera otra obligación pendiente entre el Municipio y su trabajador despedido", y que el error se produjo porque dejaron de apreciar o se apreciaron mal "los documentos de los folios 10, 11, 12,.

37, 54, 55, 56, 57 y 58"; alude al certificado de los folios 10 y 11, expedido por la Contraloría del Distrito Especial y transcribe algunos artículos del C. C. sobre interpretación de la ley. Finalmente expresa que la interpretación que se dé al Decreto 797 de 1949, por amplia que quiera ser en favor del patrono oficial, en manera alguna puede llegar hasta dejar sin efecto el parágrafo 2º, artículo 1º del Decreto 797 de 1949. Digo esto porque sostener, por ejemplo, que el Municipio de Bogotá no puede ser condenado a salarios caídos, en atención a que la cesantía no la pagan los fondos comunes del Municipio de Bogotá sino los fondos especiales de la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros del Municipio de Bogotá, es argumento sofístico y es abuso de la interpretación por vía de doctrina".

El opositor formula críticas de técnica a la demanda de casación, afirmando que los cargos, a más de ser "oscuros, imprecisos, confusos y contradictorios", se hacen sin la observancia de los textos legales que organizan el recurso; afirma que el recurrente no explica en qué consiste cada una de las infracciones que plantea y que no indica el carácter ostensible o manifiesto del error que acusa; solicita la desestimación de los cargos y, por último, sostiene que el Tribunal interpretó correctamente el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, ya que conforme a la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, las entidades de derecho público quedaron exoneradas de la pena indemnizatoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones.

Se considera:

Ciertamente el cargo adolece de defectos técnicos en su planteamiento, pues en una sola acusación se engloban diferentes conceptos violatorios de la norma legal, como son la infracción directa, la interpretación errónea, la aplicación indebida y el error de hecho. Y acerca de esta última acusación, como lo expresa el opositor, el recurrente se abstiene de indicar la calidad de evidencia o manifestación del error.

No obstante, como el razonamiento del impugnador se plantea desde el punto de vista de la equivocada interpretación que da el ad-quem al parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, el cargo se estudiará a través de este género de violación.

Refiriéndose a la pena moratoria a que condena el Juzgado, dice el Tribunal: "En cuanto a esta pretensión, el a-quo condena al Municipio a pagar al demandante la cantidad de $ 345.20. Para ello se basa en que los 90 días de gracia de que trata el Decreto 797 de 1949 se vencieron el 10 de diciembre de 1952 y solo hasta el 28 de enero del año siguiente le fue pagada al actor la suma correspondiente a las prestaciones sociales adeudadas. El Tribunal discrepa totalmente de la interpretación que al a-quo le merece el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949. Como tuvo oportunidad de expresarlo en la sentencia proferida en el juicio de **Martín Redondo** contra el **Municipio de Bogotá**, el incumplimiento del plazo de 90 días a que se refiere dicho artículo no puede traer como consecuencia la condena por salarios caídos. Conforme a reiterada jurisprudencia del H. Tribunal Supremo del Trabajo, la modificación que ese Decreto hizo al artículo 52 del Decreto 2127 tiende precisamente a librar a las entidades de derecho público de la sanción conocida con el nombre de salarios caídos, que en su concepción jurisprudencial tiene por objeto exclusivamente responsabilizar a los patronos particulares por la mora en el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Como las encargadas de pagar las prestaciones sociales a los trabajadores oficiales son las Cajas de Previsión Social, entidades que tienen personería jurídica, mal puede condenarse al Municipio, si quien incurrió en mora fue la Caja de Previsión Social Municipal".

En relación con el entendimiento que da el adquez al Decreto varias veces mentado, debe advertirse que la Corte, en fallo de 17 de junio del año en curso, en el juicio de **Abraham Muñoz Parra** contra el **Municipio de Bogotá**, rectificó la tesis sostenida por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. En lo pertinente dice así el fallo: "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". Advirtiendo este origen y considerando que en la interpretación de aquel Decreto debe seguirse el mismo proceso empleado para fijar el alcance de la norma sustituida, continúa la Corte: "Tanto el propósito del Decreto 2127 como el del 797 fue 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 solamente 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 solo 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 prevista 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 fue el de suspender la obligación inmediata a la determinación 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 la hace incurrir en la sanción de los salarios caídos, en virtud de la ficción subsistencial del contrato".

"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, sobreremuneración 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 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 Ad-

ministración 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 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".

Como el cargo pretende que se infirme la sentencia recurrida para que se acojan las declaraciones impetradas en el libelo de demanda, una de las cuales aspira a que se condene al Municipio a la pena moratoria hasta la fecha en que el trabajador sea reintegrado en su destino, se advierte, según las transcripciones anteriores, que la subsistencia del contrato de trabajo a que alude el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto acusado, en caso de que no se paguen al trabajador las acreencias laborales en las condiciones allí establecidas, no es real, sino que debe tomarse "en el sentido de una subsistencia ficcionada, para los efectos moratorios...", como lo expresó la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo y lo ratificó la Corte en el fallo transcrito.

Es suficiente lo anterior para considerar que el Tribunal interpretó erróneamente las normas acusadas, al abstenerse de condenar al Municipio de Bogotá a la pena indemnizatoria por la mora en el pago del auxilio de cesantía, fundamentándose para ello en la jurisprudencia que cita. El cargo prospera y la Corte, como fallador de instancia, entra a decidir el punto previas las consideraciones siguientes:

Obra de autos que Ramírez trabajó al servicio del Municipio hasta el 22 de julio de 1952 y no el 23, como lo dice el a-quo. Contados los 90 días hábiles que concede el Decreto 797 de 1949 para el pago de las prestaciones, se tiene que el día 8 de noviembre de 1952 empieza la mora del Municipio en cancelarlas, y como aparece que por intermedio de la Caja de Previsión Social se pagó el auxilio de cesantía, mediante cheque número 5, serie 4580 del Banco de la República, el 28 de enero de 1953 (fl. 37), sin que antes hubiera consignado suma alguna, la entidad demandada, por su comprobado incumplimiento, debe pagar al actor los salarios comprendidos entre el día 8 de noviembre de 1952 y el 27 de enero de 1953, fecha en que se cubrió la prestación, o sean, 81 días a razón de $ 4.19, valor del salario, lo cual asciende a $ 339.39. Lo anterior indica que el juez del conocimiento cometió error en el cálculo de los días y en la operación aritmética, y es el caso de enmendarlo. De manera que se modificará la cuantía de la condena contenida en el aparte a) del punto primero del fallo, para fijarla en la suma de $ 339.39.

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 el numeral 1º de su parte resolutiva revocó la condena del a-quo por el extremo de "salarios caídos" y, en su lugar, reformando la de primer grado en relación con el mismo punto, CONDENA al Municipio de Bogotá a pagar al demandante Carlos J. Ramírez la suma de trescientos treinta y nueve pesos con treinta y nueve centavos m. cte. ($ 339.39), como pena moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantía. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en las instancias ni en el presente recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Cavalier — 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

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 estos 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 constantes, resultando una situación más rigurosa, e in-

explicable 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 solo 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 al 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 Ramírez, cuya vinculación laboral con el Municipio demandado terminó el 22 de julio de 1952, solo produjo su reclamación ante la Caja de Previsión Social (fl. 37) el 22 de agosto del mismo año, esto es, cuando ya había transcurrido un mes 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 8 de noviembre 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 dos meses dieciseis 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 la Sala, en virtud de las razones que no permitían desechar este factor de la creación jurisprudencial— al no reparar en que formulada la solicitud a la Caja el dicho 22 de agosto de 1952 la prestación le fue reconocida el 3 de septiembre siguiente, por Resolución número 1124, notificada el 15 del mismo mes y pagada el 28 de enero de 1953, y sin atender además a que el fenómeno de la demora en el pago también estuvo determinado por la tardanza del trabajador.

Las razones anteriores explican mi respetuoso disentimiento.

Bogotá, 13 de septiembre de 1957.

Juan Benavides Patrón — Vicente Mejía O.,

Secretario.

EN CASOS DE DESPIDO POR CAUSA DE QUIEBRA, LOS CREDITOS LABORALES NO VAN AL JUICIO DE QUIEBRA, SINO QUE DEBEN SER PAGADOS DE PREFERENCIA COMO GASTOS POR EL SINDICO

La Corte, en sentencia de 18 de diciembre de 1956 fijó el alcance del principio contenido en el artículo 24 del Decreto Ley 750 de 1940, en el sentido de que dicha norma "no hace distinción alguna entre despidos producidos antes o después de la declaración" de quiebra, sino que se refiere a ese "estado de quiebra en que se halla todo comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones", pues el objetivo social de esta reglamentación fué el de establecer un sistema excepcional para los créditos laborales cuando se trate de trabajadores cesantes por causa de la mala situación económica que origina la quiebra, créditos que no van al juicio respectivo sino que son considerados como "gastos que deben ser pagados de preferencia por el Síndico". (G. J. LXXXIII, Nos. 2174 2175 página 1137).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Antonio Constaín)

Se va a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de "COMPAÑIAS UNIDAS DE TRANSPORTES S. A." en Quiebra, contra la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, de fecha 3 de abril de 1956, proferida en el juicio que JOSE ANTONIO MEDINA ESCOBAR adelantó contra la recurrente.

Antecedentes

Por medio de apoderado, José Antonio Medina Escobar demandó ante el Juez Cuarto del Trabajo de esta ciudad, a la empresa "Compañías Unidas de Transportes S A." en Quiebra, representada legalmente por el Síndico de la Quiebra Dr José Vicente Morales, para que se la condenara a pagarle la suma de $ 10.642,30 o la que resultare probada, por concepto de salarios de cinco meses, auxilio de cesantía, saldo de comisiones, prima de servicios, vacaciones y preaviso. Solicitó, además, se condenara a la demandada a pagarle la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del CS. del T y las costas del juicio.

Los hechos del libelo afirman que Medina Escobar prestó sus servicios a la demandada, con un salario de $ 360,00 mensuales, desde el 1o de noviembre de 1940 hasta el 30 de junio de 1952, fecha en que fué suspendido por orden de la gerencia de la empresa, sin que se le hubieran cancelado los salarios, prestaciones é indemnizaciones que reclama.

El apoderado de la Sindicatura de la Quiebra aceptó los hechos con algunas aclaraciones, dijo que la suspensión del actor en 30 de junio de 1952 y el no pago de los valores que éste reclama, se debió a la difícil situación financiera que por entonces atravezaba la empresa, la que fué puesta en estado de Quiebra judicial después de esta fecha, y pidió que se negaran las súplicas de la demanda porque, como el propio actor lo afirma en la relación de pruebas, está cobrando los mismos valores en el juicio de Quiebra que se adelanta en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá.

El juez del conocimiento, en fallo de 7 de febrero de 1956, condenó a la parte demandada a pagar al actor la suma de $ 10.642,30 por los extremos solicitados en el libelo inicial, y la suma de $ 12.00 diarios como indemnización por mora, a partir del 1o de julio de 1952 hasta cuando se efectúe el pago de los salarios, prestaciones é indemnizaciones decretadas. Condenó también en costas a la demandada.

Apelada esta providencia por el apoderado de la Sindicatura, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá la confirmó en todas sus partes.

El recurso ante la Corte

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del C de P del T persigue la casación total de la sentencia indicada, para que, en su lugar, se dicte otra "que absuelva de la condena por con-

cepto de salarios caídos" y que exonere a la demandada "de las otras obligaciones, toda vez que éstas se hacen efectivas dentro del juicio universal de quiebra mencionado". A ese efecto formula dos cargos, que se estudiarán conjuntamente porque ambos se resuelvan con una misma consideración de derecho.

Los cargos

El primer cargo acusa aplicación indebida, por interpretación errónea, del artículo 4º del Decreto 750 de 1940. El segundo cargo acusa infracción directa de los artículos 345 del CS del T 1º de la Ley 165 de 1941 (que modificó el artículo 2495 del CC.) y 27 del Decreto 750 de 1940, por falta de aplicación.

Dice el recurrente, al sustentar el primer cargo, que el a quo para condenar por "salarios caídos" invocó la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual las Sociedades en Quiebra están también en la obligación de cumplir con sus trabajadores oportunamente como lo imponen los artículos 24 y 28 del Decreto 750 de 1940. Y que el Tribunal sentenciador confirmó dicha condena con la consideración de que "la mora de la compañía debe ser sancionada de conformidad con lo dispuesto por el art 65 del CS. del T", ya que "el hecho de que la referida sociedad hubiera tenido que prescindir de sus servicios (los del actor) por verse abocada a un estado de quiebra, no la exoneraba del pago inmediato de aquellos, porque la ley sobre quiebras facilita al Síndico el camino a seguir para cumplir oportunamente con todas las obligaciones". Que al razonar así, tanto el a quo como el ad quem violaron la ley sustantiva, porque aplicaron, interpretándole en forma errónea, el art. 24 del citado Decreto 750 de 1940, ya que al producirse una declaración judicial de quiebra pueden presentarse, con respecto al personal de trabajadores, dos situaciones, a saber: a) Personal despedido antes de producirse la declaratoria judicial de quiebra, y b) Personal que está en funciones cuando se produce tal declaratoria y que es el que encuentra el Síndico, como representante legal de la masa de bienes (art. 23 del Decreto citado), y "cuyo despido —como lo dice el artículo 24 ibidem— lo imponga la quiebra"; que es a este segundo personal al que se aplica el artículo 24 del Decreto 750, por lo que el Síndico, al entrar en funciones, debe quedar dotado de medios para solucionar los problemas laborales que se le presenten con el personal en funciones; y que como el actor Medina no fue despedido por el Síndico sino por el Gerente de la Sociedad el Tribunal al aplicar como aplicó el artículo 24 mencionado, incurrió en la infracción acusada.

Para sustentar el segundo cargo el impugnador trae una cita del tratadista mejicano Eduardo Pallares sobre la diferencia entre "acreedores en la masa" y "acreedores de la masa", para significar que los primeros son aquéllos que, por ser sus créditos anteriores a la declaración de quiebra, sufren la ley del dividendo y no pueden promover juicios independientes, y los segundos, son aquellos que no sufren la ley del dividendo y pueden ejercitar sus acciones independientemente los unos de los otros, porque son acreedores posteriores a la declaración de quiebra, que han contratado con el Síndico o que sus créditos derivan de la masa debidamente representada. Afirma el recurrente que los hechos a) y b) de la demanda establecen que el despido de Medina no fué hecho por el Síndico, sino por el Gerente de la sociedad, en fecha anterior a la declaración judicial de Quiebra, y que los documentos de fs. 20 y 22 prueban el cobro dentro del juicio universal de quiebra, de lo debido a Medina; y que como el artículo 24 del Decreto 750 de 1940 se refiere acréditos que se derivan de "actos de la masa de bienes debidamente representada", porque habla de despidos impuestos por la quiebra, es decir, por actos del representante legal de la masa de bienes, o sea, de despidos ordenados por el Síndico, el Tribunal, al aplicar por errónea interpretación dicho artículo y estimar lo debido al actor como gasto de la masa de bienes de la quiebra se abstuvo de considerar tal obligación como lo que es en realidad, es decir, como crédito privilegiado de la primera clase, sujeto a la suerte del dividendo o sea, a la ley de prelación de créditos, violando así, por falta de aplicación, las normas que regulan la materia, citadas al enunciar este segundo cargo, pues sería irritante que unos acreedores se pudieran situar en mejor condición que otros, tratando de escapar a la prelación.

Y termina el recurrente: De no prosperar el cargo se llegará a esta situación: por una parte el señor Medina E. que está haciendo efectivo su crédito dentro del juicio universal de quiebra, pues su tercería no sólo fué admitida sino que está reconocida (fs. 22), y por otra parte, el procedimiento de que da cuenta este expediente, por medio del cual el mismo señor Medina E. trata de obtener una situación excepcional con respecto a los demás acreedores, al mismo tiempo que por este medio se trata de escapar a la Ley de

prelación de créditos, esencia o sustancia del juicio universal de quiebra".

Consideraciones de la Sala

1 — La Corte, en sentencia de 18 de diciembre de 1956, fijó el alcance del principio contenido en el artículo 24 del Decreto-Ley 750 de 1940, en el sentido de que dicha norma "no hace distinción alguna entre despidos producidos antes o después de la declaración" de quiebra, sino que se refiere a ese "estado de quiebra en que se halla todo comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones", pues el objetivo social de esta reglamentación fué el de establecer un sistema excepcional para los créditos laborales cuando se trata de trabajadores cesantes por causa de la mala situación económica que origina la quiebra, créditos que no van al juicio respectivo, sino que son considerados como "gastos que deben ser pagados de preferencia" por el Síndico. (GJ. LXXXIII Nos 2174-2175 página 1137)

2 — De acuerdo con la doctrina anterior, no se configura la interpretación errónea del artículo 24 del Decreto 750 de 1940, que acusa el recurrente, pues el Seccional aplicó dicha norma en forma correcta, ya que probado como está que el despido del actor fue impuesto por el estado de quiebra de la empresa demandada, era el caso de responsabilizar a ésta en la forma como lo hizo el Tribunal, y no como lo quiere el acusador, de que se hubiera remitido al demandante a buscar la efectividad de sus créditos dentro del juicio de quiebra. En consecuencia, tampoco pudo el sentenciador infringir los artículos 345 del CS. del T, 1º de la Ley 165 de 1941 y 27 del Decreto 750 de 1940, por falta de aplicación, porque tales normas se refieren a créditos que por tener una causa diferente a la del caso de autos, están sometidos al régimen de la prelación en juicio, como pudieran ser, en materia laboral, los créditos originados por despidos producidos antes del estado de quiebra.

Finalmente, sobre el último aspecto que reclama el acusador, el Seccional dijo:

"No es el caso de tener en cuenta la certificación que obra a folio 22 del expediente para los efectos de la objeción hecha por el procurador de demandada, al contestar el hecho 6º de la demanda, porque como ya lo dijo en otra oportunidad este Tribunal, "el artículo 632 del CJ. le reconoce el valor de plena prueba, como documentos auténticos, a los instrumentos provenientes de funcionarios públicos, en lo referente al ejercicio de sus funciones. Consagra, pues, como norma general, la presunción de autenticidad para todos los documentos que expidan los empleados que ejerzan cargos por autoridad pública y que hagan referencia al ejercicio de sus funciones. Mas cuando los documentos provienen de Jueces y Magistrados las certificaciones que ellos expidan solo hacen plena prueba acerca de su contenido cuando versen "...sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la Ley:..." (Ha subrayado el Tribunal). De manera que lo indicado en el caso de autos, era allegar copias, debidamente autenticadas de las piezas del juicio de quiebra que fueran necesarias hacer valer en este proceso".

Como puede observarse, el Tribunal no se detuvo a estudiar la objeción que sobre este punto hizo el apoderado de la empresa, porque consideró que no tenían mérito probatorio suficiente los documentos llevados a los autos para demostrar que el demandante Medina Escobar estaba también accionando dentro del juicio de quiebra para obtener el pago de sus créditos laborales. El recurrente se limita a anotar la irregularidad que, en su concepto, implica esta doble actuación litigiosa por parte del demandante, pero como no propone acusación formal contra el razonamiento que sirvió al ad quem para desestimar las probanzas referidas, no le es posible a la Sala avocar el examen de esta cuestión que a manera de epílogo enuncia el acusador.

No prosperan los cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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.

EN LA RECLAMACION PARA LA INDEMNIZACION TOTAL Y ORDINARIA POR ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL, EL TRABAJADOR DEBE COMPROBAR SUFICIENTEMENTE LA CULPA DEL PATRONO.—EN MATERIA LABORAL NO ES POSIBLE APLICAR CON ABSOLUTO RIGORISMO EL RECHAZO DEL TESTIMONIO POR EL SOLO HECHO DE QUE QUIEN LO RINDA SEA EMPLEADO DEL PATRONO

1 — Para la indemnización total ordinaria de perjuicios por responsabilidad contractual, se exige la existencia de culpa comprobada del patrono, o sea aquella que le corresponda, aún cuando el patrono no haya sido autor directo del siniestro, o aun cuando el accidente se produzca por el hecho de uno de sus trabajadores o por deficiencia en las máquinas o elementos de la empresa, todo por causa o con ocasión del trabajo, culpa cuya comprobación le corresponde al demandante como tesis general: ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI.

2 — En materia laboral, ha dicho la Corte, no es posible aplicar con absoluto rigorismo el rechazo del testimonio por el solo hecho de que quien lo rinda sea empleado del patrono, pues, se correría el riesgo de hacer imposible la prueba de los hechos que precisamente, por sucederse en el momento o con oportunidad del trabajo, no pudieran ser presentados sino por personal dependiente; la presunción de parcialidad de que habla el inciso 2º del artículo 668 del CJ. no pesa en tales casos con la misma fuerza excluyente que en materia civil, por lo cual el juzgador debe relacionarla con los otros elementos probatorios del juicio y aceptarla o rechazarla con conclusión última de un proceso de razonamiento crítico; y en cuanto al artículo 697 del CJ. bien se sabe que en el procedimiento laboral, de conformidad con el artículo 61, existe consagrado el principio de la "libre formación del convencimiento" que deja al juez sin sujeción a la tarifa legal de pruebas que informa el procedimiento civil ordinario.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Sergio Antonio Ruano).

Marina Llano v. de Maldonado, en su propio nombre y en el de su menor hijo Jorge Hernán Maldonado Llano, demandó por medio de apoderado ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali, al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, representado por su Presidente, Samuel Uribe, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condenase a pagar a los demandantes, la suma de $ 158.040,41 como indemnización de perjuicios materiales por la muerte de HERNAN MALDONADO OLIVEROS, cónyuge y padre respectivamente de la actora y su menor hijo, más la suma de $ 30.000,00 como indemnización de perjuicios morales ocasionados por la misma muerte del causante, quien fuera trabajador de los Ferrocarriles Nacionales.

Se funda la acción en los siguientes hechos:

Marina Llano v. de Maldonado contrajo matrimonio con el extinto Maldonado Oliveros y de esa unión nació Jorge Hernán Maldonado Llano; con anterioridad a este matrimonio trabajaba en el Ferrocarril del Pacífico, Hernán Maldonado Oliveros y estaba aún al servicio de esta empresa, cuando ocurrió el accidente en que perdió la vida, el día 22 de marzo de 1950; en esta fecha y como conductor que era, salió de la estación de Cali con destino a Buenaventura, con el tren No. 2, en la locomotora 48, conducida por el maquinista José E. López S; la marcha del tren fue normal hasta el Kilómetro 35 de la citada vía, punto en el cual y en la curva, se volcaron el furgón Nº 1532 y los coches de tercera Nos. 517, 1030 y 537; como consecuencia del volcamiento, Maldonado Oliveros perdió la vida al sufrir "shock traumático y hemorragia intra abdominal por machacamiento", según certificado del médico de la empresa; el accidente ocurrió por desperfecto del herraje del furgón y especialmente "por falta de terraplén, pues la línea estaba embalconada y al descarrilarse el coche, una vez salidas las ruedas

de la cabeza de los polines, no encontraron punto de apoyo, haciéndole perder su estabilidad"; la culpa de la empresa es manifiesta, ya que, por negligencia o descuido no inspeccionó el estado de la vía, ni examinó las condiciones de los coches antes de partir el convoy. Maldonado Oliveros el día de su muerte tenía 36 años, lo que significa que, de acuerdo con el cálculo sobre vida probable, debería vivir 26 años más; al tiempo del accidente devengaba, haciendo el cómputo de sueldo mensual, primas de servicio y horas extras que trabajaba la suma de $ 508,54 cantidad que sirvió de base a la Empresa para hacer la tasación del auxilio especial; el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales del cual depende el Ferrocarril del Pacífico, es Entidad semi oficial autónoma y es civilmente responsable de los perjuicios causados por el accidente en que perdió la vida Maldonado Oliveros, los cuales deben pagarse a la viuda y a su menor hijo.

Aceptada la demanda, el Presidente del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por medio de apoderado, contestó el traslado, y sin objetar los tres primeros hechos, al referirse a los 4º, 5º, 6º y 7º dijo: que el día del accidente, Maldonado Oliveros viajaba como conductor ayudante, que la marcha del tren estaba sujeta a las velocidades permitidas de acuerdo con los itinerarios, que al llegar al "Paradero de Triana", en el kilómetro 43 y por causas que se desconocen, se volcaron el furgón Nº 1352 y los coches de tercera Nos. 517, 1030 y 537; que del examen de la vía practicado técnicamente, se dedujo que se encontraba en perfectas condiciones y en cuanto a los carros, se pudo verificar el buen estado de los herrajes, equipo de aire etc. siendo de advertir que el material había sido revisado de acuerdo con los reglamentos de la Empresa; que el funcionamiento de la vía había sido normal y con las seguridades debidas. De los demás hechos negó algunos, exigió las pruebas de otros y para sostener la ninguna responsabilidad de la Empresa en el accidente declara, que ya se le habían hecho reconocimientos por las respectivas resoluciones, para entierro, seguro de vida doblado, auxilio especial por muerte en accidente y una liquidación parcial de auxilio de cesantía que el causante había solicitado, con destino a habitación.

Que como con los anteriores reconocimientos la Empresa cumplió todas las obligaciones legales y reglamentarias que le corresponden, se opone a que se hagan las condenas solicitadas en el libelo inicial.

Propuso las excepciones: de declinatoria de jurisdicción, por cuanto la órbita de la Jurisdicción Especial del Trabajo no se extiende a acciones originadas por culpa extracontractual del patrono, que es la impetrada; de inepta demanda, por no haberse agotado el procedimiento gubernativo, correspondiente a acciones contra personas de derecho público o personas administrativas autónomas; de carencia de acción, por no existir la culpa civil de la Empresa demandada y, por no haberse notificado al agente del Ministerio Público.

El Juez del conocimiento, que lo fue el Primero del Trabajo de Cali, dictó fallo declarando probadas las excepciones perentorias de inepta demanda y de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, para absolver a la Empresa. — Condenó en costas.

Apelada la anterior providencia por la parte actora, el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en sentencia de 7 de julio de 1955, la modificó en el sentido de no declarar probadas las excepciones propuestas por la Empresa, mas confirmó la absolución de los cargos formulados en la demanda y la condena en costas.

La decisión de segunda instancia al ser recurrida en casación por la demandante, ha sufrido la tramitación de rigor y se va a decidir, previo el estudio de la demanda y del correspondiente escrito de oposición.

La demanda de Casación

Persigue la infirmación total del fallo, para que en su lugar se ordene satisfacer las peticiones de la demanda original que busca la indemnización de perjuicios materiales y morales para la demandante y su hijo, ocasionados por causa del accidente en que perdió la vida HERNAN MALDONADO OLIVEROS, según la apreciación que en tal escrito se hizo. Subsidiariamente y en cuanto a los perjuicios morales, pide el recurrente que se reconozca a cada uno de los interesados en el juicio (esposa e hijo) la suma de $ 2.000,00.

Para sustentarlo acusa la violación de la ley sustantiva, por vía indirecta al cometer el sentenciador error de hecho evidente por apreciación errónea de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

Que existe la violación de la ley sustantiva, agrega, por cuanto el Seccional del Trabajo en el fallo acusado, ni siquiera tuvo en cuenta el artículo 216 del CS. del T, que dispone que cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia de un accidente, está obliga-

do a la indemnización total ordinaria de perjuicios.

Porque el Tribunal Seccional, al no encontrar probadas las excepciones propuestas, debió estudiar el precepto citado para analizar la culpa de que trata. Simplemente se dice en el fallo, que es a la parte demandante a quien corresponde probar la culpa, mas no se entra a definir qué clase de culpa es ella, si grave, leve o levísima. Y continúa: cuando la Ley no establece expresamente, como en este caso, se debe acreditar simplemente la culpa leve; y es leve, según el art. 63 del C. Civil, "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios", y esta culpa quedó acreditada en el expediente según los testimonios de quienes presenciaron el accidente, así:

FRANCISCO SANCHEZ (fl 109), quien en la fecha del accidente, desempeñaba las funciones de Secretario de la Alcaldía de Buenaventura y como tal le correspondió intervenir en las primeras diligencias, dice: "recuerdo que la mayor parte de las declaraciones levantadas o recibidas por la Alcaldía Municipal, estuvieron acordes en sostener que la causa del accidente fue la velocidad exagerada en que viajaba el tren de pasajeros..."

JORGE SILVA COLMENARES, (fl 129), desempeñaba las funciones de Alcalde Municipal de Buenaventura, y como tal intervino también, en las primeras diligencias y dice: "...de las diligencias que conocí en la investigación pude darme cuenta de que el siniestro se debió a la excesiva velocidad con que viajaba el convoy". Más adelante expresa: "Muchas personas aseguraron que las maletas de viaje y los paquetes colocados en las canastillas de los coches de pasajeros, caían al suelo por la excesiva velocidad del tren, y que le avisaron al conductor para que hiciera disminuir dicha velocidad y que éste hizo funcionar el cable que toca la campana, para que disminuyera esa velocidad, pero que el maquinista no prestó atención. Uno de los testigos dijo, "que era tal la velocidad del tren, que el mismo conductor fue arrojado contra una ventanilla poco antes de producirse el siniestro..." y luego dice: "pude oír por lo tanto el concepto de varios empleados del mismo ferrocarril y de otras varias personas, las cuales atribuyeron el siniestro a la excesiva velocidad".

Que no es menos importante la declaración de ALBERTO ARANGO (fl 131), quien desempeñaba en la fecha del accidente el cargo de Inspector de Transportes del Ferrocarril del Pacífico, en supervigilancia de tráfico entre Cali y Buenaventura y quien llegó cuarenta y cinco minutos después de los sucesos al lugar donde ocurrieran. El recurrente sostiene que, es significativo que habiendo con anterioridad iniciado y terminado con imparcialidad varias investigaciones semejantes, a las cuatro de la mañana del día siguiente de lo ocurrido, se le relevara de esta investigación por el señor Joaquín Mejía Botero, por orden superior, que le notificara el señor Ricardo Vélez Marulanda. El testimonio de Arango, agrega, sostiene sus puntos de vista sin contradicciones, con afirmaciones precisas y concretas sobre los hechos que él presenciara a continuación del accidente y de manera directa.

Que en igual sentido depusieron los testigos Francisco Flórez y Jaime E. Carrasquilla, y que por el contrario, la autoridad que en favor de los testimonios de JOSE ANTONIO GUTIERREZ ANZOLA y FELIX CARDENAS, visitador de Transportes del Consejo de Ferrocarriles y Jefe de Talleres, se alega, cae de su base si se tiene en cuenta que los elementos de juicio de que dispusieron fueron de segunda mano, pues en 6 u 8 horas después en que llegaron al lugar de los hechos, en una vía de tanto movimiento como la férrea de Cali a Buenaventura, transcurren y cambian muchas cosas y situaciones...

Que la apreciación errónea de las pruebas producidas oportunamente en el juicio aparece de bulto, pues de conformidad con el artículo 669 del CJ. están impedidos para declarar por parcialidad que se presume, los empleados subalternos que están bajo sueldo o remuneración de una de las partes litigantes. Por haber desatendido tal precepto y haber dejado de apreciar los testimonios de la parte actora, incurrió el sentenciador en el error de hecho evidente, que la llevara a la violación también, del artículo 216 del C S del T.

De la misma manera y aparte de lo anterior, el Tribunal Seccional cometió error de hecho al olvidar su propia sentencia (fs 148 y ss.) cuando por causa del mismo siniestro reconoció la culpabilidad de la empresa y ordenó pagar indemnizaciones a Luis F. Montoya y a Martiniana Hernández, sentencia que debe ser estudiada, pues se funda en los mismos hechos, de acuerdo con lo previsto en el C de P del T.

A su turno el opositor a la demanda del recurrente, sostiene que no puede accederse a lo pedido si no se demuestra el error de hecho evidente en que pretende hacer descansar el escrito. Que con las declaraciones que cita como no apreciadas o mal apreciadas, no se pudo configurar la culpa comprobada del patrono, porque

los tres declarantes, ninguno de los cuales estuvo en el momento del accidente, hacen referencia a dichos de personas que nos indican con sus nombres por lo cual sus aseveraciones son indefinidas y ninguna luz aportan a la investigación. Que no vale la cita que hace el recurrente de la sentencia del Tribunal, porque el fallo aludido es totalmente distinto por cuanto trata de responsabilidad indirecta de la Nación por el hecho u omisión de sus agentes en un caso en que la víctima no está vinculada con el demandado por contrato de trabajo. Por tanto solicita que la sentencia no sea casada.

Se estudia

La decisión en el fallo recurrido, una vez que acepta la competencia del Tribunal Seccional para conocer del caso sub judice, y después de aclarar, que no se trata de reclamar la indemnización especial por el riesgo creado, que aparece cubierta en su totalidad por la empresa, entra al estudio de la solicitud de los herederos para el resarcimiento de perjuicios materiales y morales de índole civil, tomando como base el artículo 216 del C S del T, que también expresamente concede el derecho a los trabajadores ligados por contrato de trabajo, cuando el accidente tiene como causa no sólo el riesgo profesional sino cuando además, emana de culpa comprobada contractual, según sostenida jurisprudencia de la Corte, acorde con la reiterada también, del extinguido Tribunal Supremo.

Partiendo del contenido del precepto anterior, el Tribunal fallador encuentra que la actividad probatoria de la parte demandante para el caso, es distinta y diametralmente opuesta a la exigida cuando la acción se entabla para obtener el reconocimiento y pago de las indemnizaciones sociales creadas por la ley a cargo del patrono por razón del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, porque mientras para esto último evento sólo debe acreditarse el hecho imprevisto y repentino y el daño sufrido, para el primero, el demandante debe comprobar la culpa del patrono.

Mas, adelantando el análisis del material probatorio de autos, encontró que no se pudo demostrar la culpa de la empresa, porque para tal comprobación se adujeron declaraciones de unas personas que, si bien aseguran que el accidente ocurrió por exceso de velocidad, sus afirmaciones radican en el dicho de pasajeros que viajaban en ese tren, y en la información de otras que tuvieron actuaciones iniciales, llegando a la conclusión de que quedaron desvirtuadas por las investigaciones de la Empresa que demuestran a las claras que la causa del accidente no fue la excesiva velocidad ni desperfectos de la máquina o la vía.

Porque según el planteamiento inicial de la demanda, agrega, el accidente se debió al abandono de la vía, o sea culpa por omisión, y entonces su demostración requería la prueba, de esa culpa por omisión por parte de la demandante, si de responsabilidad directa de la empresa por su propia culpa en la muerte de uno de sus trabajadores se trata, culpa que no fue comprobada.

Para la Corte, como lo ha establecido en repetida jurisprudencia, la legislación laboral en sus distintas etapas exige "la culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente o de la enfermedad profesional, para la indemnización total y ordinaria de perjuicios", vale decir, que tiene establecida para estos, la misma exigencia del derecho tradicional en cuanto a la carga de la prueba para el demandante, lo que significa que el razonamiento del Tribunal Seccional en este aspecto es inobjetable, mas no en cuanto a la invocación del precepto, porque el accidente que da base al negocio ocurrió el 22 de marzo de 1950, cuando el Código Sustantivo del Trabajo no estaba en vigencia, pues entró a regir el 1º de Enero de 1951.

Debió tener en cuenta para su decisión, las normas contenidas en la Sección 1ª de la Ley 6ª de 1945, por cuanto ellas expresan las prestaciones establecidas para los trabajadores oficiales, y el Decreto 1600, del mismo año que en su artículo 11 dispone que para atender a las prestaciones de los trabajadores oficiales consagradas en el artículo 17 de la Ley 6ª, se tendrán en cuenta entre otras reglas, la del numeral 5º de ese artículo, que expresa:

"Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo serán indemnizados en la forma prevenida para los trabajadores particulares".

Esta forma es la contemplada en el artículo 12 de de la mismo Ley 6ª de 1945, que en su literal b) dice: "En los casos de enfermedad profesional y de accidente de trabajo **por culpa comprobada del patrono** (se subraya), el valor de la indemnización se descontará del monto de la **condenación ordinaria por perjuicios** (se subraya).

Por manera que si es verdad que tanto la legislación anterior al Código que aún para los casos de trabajadores oficiales sigue vigente, de conformidad con el artículo 492 del C S del T como este último, contemplan el caso en idéntica forma, el Tribunal debió mencionar y hacer descan-

sar su razonamiento no sobre el artículo 216 del C S del T sino sobre los preceptos de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 1600 del mismo año, que se dejan mencionados. El Tribunal Seccional contra lo estimado por el recurrente, sí tuvo en cuenta el artículo 216 citado, pero lo aplicó indebidamente al caso.

Mas si se adelanta el estudio del cargo, se hace indispensable el análisis de las pruebas que se afirma no fueron apreciadas o lo fueron erróneamente para saber hasta qué punto existe fundamento en la apreciación del fallador para aceptar como de mayor credibilidad unas pruebas que otras, entendido que en el recurso contra lo establecido por el ad quem, se sostiene que se demostró la culpa de la empresa.

En el examen de los testimonios en cita, esta Sala encuentra, que en verdad Francisco Sánchez, afirma respecto del accidente de 22 de marzo de 1950 (fl 109 y vuelto), que recuerda que la mayor parte de las declaraciones levantadas o recibidas por la Alcaldía (de la cual era Secretario en la época de autos), estuvieron acordes en sostener que la causa del accidente fue la velocidad exagerada en que viajaba el tren de pasajeros y en el cual una de las víctimas fue el señor Hernán Maldonado Oliveros, quien venía como Conductor del tren "y hace constar 'también' que esta causa sea la del accidente quedó puntualizada en la diligencia de Inspección ocular y peritazgo, que practicó la Alcaldía con intervención de dos ingenieros idóneos, documento éste que figura en el expediente y del cual puede tomarse copia".

De la misma manera la declaración del entonces Alcalde de Buenaventura José Silva Colmenares (fs 129), contiene: "Es verdad que el día 22 de Marzo de mil novecientos cincuenta, desempeñaba las funciones de Alcalde Municipal de Buenaventura (V), y en tal carácter me correspondió iniciar la investigación del siniestro ferroviario en el cual perdió la vida el conductor del tren señor HERNAN MALDONADO OLIVEROS; de las diligencias que conocí en la investigación pude darme cuenta que el siniestro se debió a la excesiva velocidad con que viajaba el convoy. Además, varios de los pasajeros que no declararon aseguran que el maquinista acostumbraba reponer el tiempo perdido en las estaciones, en la mayor velocidad en el recorrido. Muchas personas aseguraron que las maletas de viaje y los paquetes colocados en las canastillas de los coches de los pasajeros caían al suelo por la excesiva velocidad del tren, y que le avisaron al conductor para que hiciera disminuir dicha velocidad y que éste, hizo funcionar el cable que toca la campana para que disminuyera la velocidad, pero que el maquinista no prestó atención. Uno de los testigos me dijo: que era tal la velocidad del tren, que el mismo conductor fué arrojado contra una ventanilla poco antes de producirse el siniestro. No es más lo que me consta y pueda declarar en esta cita. Aclararé que en mi carácter de Alcalde me correspondió el levantamiento del cadáver del conductor Hernán Maldonado Oliveros, más o menos en el Kilómetro 50 de dicha vía entre Cisneros y Buenaventura y pude oír por lo tanto el concepto de varios empleados del mismo Ferrocarril y de otras varias personas, las cuales atribuyeron el siniestro a la excesiva velocidad".

Mas en relación con las afirmaciones de los dos testimonios anteriores, está (fl 93) la nota No 06489—J, de 26 de Noviembre de 1953, del Administrador encargado del Ferrocarril del Pacífico, enviada a solicitud del Juez del conocimiento y en obedecimiento a pruebas decretadas, que dice:

"En atención a lo solicitado por usted en oficio número 901 de 8 de octubre próximo pasado remito a usted copia debidamente autenticada del oficio numero 28 de 3 de abril de 1950, dirigido por el señor Joaquín G Mejía Botero al Abogado de esta División, en el cual informa sobre la investigación relacionada con el accidente ocurrido en el K. 35, de la vía de Occidente el día 22 de marzo de 1950.

"Así mismo el suscrito CERTIFICA que el señor Joaquín G. Mejía Botero desempeñaba el día 22 de marzo de 1950, el cargo de Auxiliar del Departamento Legal del Ferrocarril del Pacífico".

En dicho informe (fl 94), se hace constar: "Me permito informar que el día 30 de marzo del presente año se practicó por la Alcaldía Municipal de Buenaventura la reconstrucción del siniestro ocurrido el día 22 del mismo mes de marzo en el kilómetro 35 de la vía de Occidente.

"De la reconstruccion en la cual actuaron como peritos el doctor Cuadros Caldas, Ingeniero, y el doctor Julio Jurí Mercado, se llegó a la conclusión de que no hubo exceso de velocidad y que obedeció el siniestro a un caso fortuito e imprevisto, pues el recorrido que anotaba el gráfico el día del siniestro de la Estación de Cisneros al kilómetro 35, lugar del suceso, es de 36 minutos y ese día frente de marzo, hicimos el mismo recorrido gastando solo 32 minutos en el mismo trayecto.

"El Alcalde por petición del Abogado Jurí, de-

jó la constancia de la marcha normal y correcta del convoy como de la vía.

"Por los peritos se estableció que la vía estaba en perfecto buen estado, que el manejo de la locomotora por el maquinista López había sido correcto y que el accidente no se debió a exceso de velocidad, sino a causas imprevistas".

Obra de autos también, el oficio Nº 06361—L de 2o de Noviembre de 1953 (fl 95), del Administrador del Ferrocarril del Pacífico, dirigido al Juez del conocimiento con el cual y en atención a lo solicitado por el Juez en oficio 900 de 8 de octubre del mismo año, acompaña debidamente autenticado el informe rendido por el Jefe de Transporte a la Administración de la Empresa.

Este informe (fls 96 a 98) que tiene, además la certificación sobre idoneidad de quien lo suscribe (fl 99), sostiene las perfectas condiciones de la vía en cuanto a balastada, madera, clavado, rieles asegurados con sus celisas, ancho, peralte, etc. y que el accidente sólo pudo ocurrir por "repentina o imprevista falla mecánica imposible de precisar".

No aparece puntualizada la causa de que el accidente ocurriera por exceso de velocidad como lo afirman los dos primeros declarantes; por el contrario, se estableció que no hubo descuido o imprevisión culpable, y si existieron otros documentos como lo dicen Alcalde y Secretario, no aparecen en el expediente. Se observa además, que el Alcalde en el informe sobre la reconstrucción del accidente, a petición del perito Jurí, deja constancia sobre "la marcha normal y correcta del convoy", en manifiesta contradicción con su declaración posterior.

El declarante ALBERTO ARANGO (fls 131 y ss), es quien más categóricamente sostiene en su calidad de Inspector de Transportes del Ferrocarril que ejercía en la fecha de autos, que "el accidente ocurrió con absoluta seguridad por exceso de velocidad y que fue él quien acudió a la investigación inmediatamente después de pasado el descarrilamiento, siendo sustituído en ella sin que sepa la causa". Mas no puntualiza ni razona, porque sostiene que hubo exceso de velocidad y antes para ello solicita plazo prudencial sin que en adelante aparezca la comprobación ofrecida y en cambio hace una nueva afirmación de que el hecho fué tan protuberante que en el lugar del accidente muchos pasajeros trataron de linchar al maquinista sin que, tampoco de esto, haya nueva constancia.

Mas al ser contrainterrogado reconoce que José Antonio Gutiérrez, Ricardo Vélez y Félix Cárdenas, son expertos para determinar la causa de un accidente ferrocarrilero, aunque agrega, que por haber llegado luego de 6 u 8 horas de ocurrido el accidente no pudieron ver la carrilera en las condiciones en que quedó como le tocó verla a él, mas en todo caso descarta por completo el mal estado de la vía, pues fue lo primero que revisó cuando llegó al lugar del accidente, porque las paralelas en la curva del descarrilamiento estaban de acuerdo con las especificaciones reglamentarias y técnicas.

El Maquinista José E. López en el informe que rinde sobre el acontecimiento (fl 158 y ss), al exponer su concepto, sobre las posibles causas, dice que "es imposible creer en la alta velocidad, pues el hecho de que en el coche Restaurante no se hubiera caído ni siquiera un vaso", descarta toda posibilidad en esta materia, para afirmar que "pudo influir el mal estado de la curva, como también la caída de algún yugo o la caída de un zapato y mayormente la falta de terraplén, pues, como han debido constatarlo, la línea estaba "embalconada" y al descarrilarse el coche, una vez salidas las ruedas de la cabeza de los polines, no encontraron punto de apoyo haciéndole perder su estabilidad".

Se desprende de los apartes de los dos últimos testimonios, cada uno de los cuales se dice técnico en la materia, que mientras Arango reconoce que los peritos son capaces y que la vía estaba en perfectas condiciones, el maquinista López, atribuye el caso al mal estado de la vía, porque la velocidad está comprobado por la estabilidad de la loza en el carro restaurante, situación que debió colocar al ad quem en indecisión antes de valorar las opuestas afirmaciones y aceptar como de mejores condiciones probatorias el informe pericial y en tales circunstancias no puede sostenerse una estimación contraria a la realidad que es lo que caracteriza el error de hecho.

Ni vale el argumento del recurrente para sostener también la apreciación errónea de las pruebas, de que se violaron los artículos 660 y 697 del C.J. "sobre impedimento por parcialidad que se supone "y sobre tarifa legal, porque como lo ha dicho la Corte en sentencia de esta Sala", en materia laboral no es posible aplicar con absoluto rigorismo el rechazo del testimonio por el sólo hecho de que quien lo rinda sea empleado del patrono, pues se correría el riesgo de hacer imposible la prueba de los hechos que precisamente, por sucederse en el momento o con oportunidad del trabajo, no pudieran ser presenciados sino por personal dependiente; la presunción de parcialidad de que habla el inciso 2º del artículo 660 del CJ. no pesa en tales casos con la mis-

una fuerza excluyente que en materia civil, por lo cual el juzgador debe relacionarla con los otros elementos probatorios del juicio y aceptarla o rechazarla como conclusión última de un proceso de razonamiento crítico," (sent de 19 de agosto de 1957); y en cuanto al artículo 697 del CJ, bien se sabe que en el procedimiento laboral, de conformidad con el artículo 61, existe consagrado el principio de la "libre formación del convencimiento" que deja al Juez sin sujeción a la tarifa legal de pruebas que informa el procedimiento civil ordinario.

Se traen en cita también por el recurrente, los testimonios de Francisco Flórez y Jaime E. Carrasquilla, que aunque no declararon en el caso sub lite, lo hicieron en el ordinario de Luis Felipe Montoya y otro, contra el Concejo Administrativo de los FF CC Nacionales, por el mismo accidente de 22 de marzo de 1950, cuyas copias se allegaron como pruebas, para sostener que ellos también afirman el exceso de velocidad del tren, mas el primero de los nombrados, expresa que, "el accidente se produjo creo yo que por demasiada velocidad, pues antes de entrar en la recta donde ocurrió el accidente hay una curva la que puede verse en la misma fotografía, Nº 3" y el segundo dice que, "para mi parecer el accidente se debió a la velocidad de la locomotora, pues íbamos cumpliendo horario y así consta en la reconstrucción que hicieron del hecho. No me explico a qué se debió el descarrilamiento de los coches. Es todo lo que yo sé y me consta de este asunto".

Es nada lo que puede tomarse como nuevo, en las afirmaciones de los citados testigos, comerciante el uno y ferroviario el otro, si apenas dan su opinión.

Contrarrestando a éstos, otro declarante en ese mismo negocio, Julio Torres Díaz, que no cita el recurrente, depone: "En cuanto a los motivos del siniestro, por los conocimientos que tengo podría decir que él se debió o pudo ser ocasionado por varios y diferentes motivos, por ejemplo: la caída de un yugo o zapato, lo cual ocasiona el descarrilamiento de la primera rueda que pisa el obstáculo; el deterioro de los vagones por haber cumplido ya la edad de servicio, pues si una cosa le señalan los constructores veinte años de duración y después de esos veinte años sigue funcionando, puede dañarse esa cosa; también a que la línea pueda ceder en el momento de pasar el tren, pero hay que descartar, en este siniestro, la dañada o mal estado de la línea, pues la locomotora pasó en perfectas condiciones; hay otro motivo, el recargar mucho el peso los vagones. Ignoro a qué conclusiones técnicas llegarían cuando eso siniestro, en cuanto a las causas que lo produjeron".

En cuanto a la sentencia de 15 de abril de 1953 (fls 140 y ss) cuya copia se llevó a los autos y que el recurrente afirma fue proferida por el mismo Seccional del Trabajo que dictó el fallo que se acusa, la Sala observa que ella pertenece al Tribunal Superior de Cali iniciada en acción civil de responsabilidad indirecta por acto culposo de uno de sus Agentes, decidida al establecer apenas la presunción de culpa de que habla el artículo 2356 del C Civil, sin aceptar que en el evento, aunque se estableciera el cuidado y diligencia debidos, el demandado quedara exonerado de acreditar que el hecho se debió a fuerza mayor o a caso fortuito.

En el negocio debatido, para la indemnización total ordinaria de perjuicios por responsabilidad contractual, se exige como se ha expresado, la existencia de culpa comprobada del patrono, o sea aquella que le corresponda, aún cuando el patrono no haya sido el autor directo del siniestro, o aún cuando el accidente se produzca por el hecho de uno de sus trabajadores o por deficiencia en las máquinas o elementos de la empresa, todo por causa o con ocasión del trabajo, culpa cuya comprobación le corresponde al demandante como tesis general: ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI.

El Seccional, en el fallo recurrido, tuvo en consideración para su decisión las voces de la demanda inicial que acusan la culpa de la Empresa por abandono u omisión de sus obligaciones de diligencia y cuidado, relativas a la conservación de la vía, y ya se ha visto que, tanto peritos y técnicos, como el mismo testigo Alberto Arango, en cuya declaración tanto énfasis pone el recurrente, sostienen las condiciones perfectas de la vía y el procedimiento en el examen llevado a cabo antes de salir el tren; y cómo también, los otros declarantes, contra la afirmación del libelo inicial, desviaron sus afirmaciones para sostener el "exceso de velocidad", irregularidad que tampoco quedó plenamente establecida para que sobre ella descansara la errónea apreciación acusada en el recurso.

No está demostrado el error de hecho, que como reiteradamente se ha sostenido por la Corporación, tiene que quedar demostrado hasta la evidencia para obtener una rectificación de providencia que sea motivo del recurso.

En mérito de todo lo que antecede, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la R

pública de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de 7 de julio de 1955, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en la demanda promovida por Marina Llano v. de Maldonado en su propio nombre y en el de su menor hijo, contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constain — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCUBINATO Y CONTRATO DE TRABAJO. — EL ERROR DE DERECHO EN CASACION LABORAL.

1.—**El error de derecho no ocurre por equivocadas apreciaciones jurídicas del fallador, sino "cuando se haya dado por establecido un hecho por un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".** (GACETA DEL TRABAJO, Tomo VIII, página 26).

2. — **De una situación extra-matrimonial como la del caso sub-lite, de frecuente ocurrencia, donde, aparte de las relaciones encaminadas a la procreación y a las consideraciones recíprocamente debidas, se proyecta una asociación o sociedad de hecho entre el hombre y la mujer para crear riqueza, conservarla y aumentarla, jurídicamente no puede colegirse la configuración de un contrato laboral, cuyas características esenciales pugnan con aquella vinculación. A pesar de acreditarse la relación de trabajo personal, la presunción contractual contemplada en el artículo 24 del C. S. del T. no operaría, ya que queda desvirtuada por la índole misma de la putativa unión conyugal. Y si hay subordinación, ésta no es la del trabajador asalariado, que implica ánimo jurídico o económico de obligarse, sino el obedecimiento de la mujer al marido, que obra entre casados legítimamente. Admitir contrato laboral en tales condiciones es como aceptarlo entre cónyuges, en sus relaciones de trabajo encaminadas a la creación y aumento del patrimonio social.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diecisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Alejandrina Muñoz Martínez, por medio de apoderado, demandó en acción laboral a la Sucesión de Gustavo Astudillo, representada por Emilia Astudillo y Zoila Rosa Astudillo de Guevara, para que se le condenase al pago de lo siguiente: a) Los salarios devengados e insolutos por labores prestadas a Gustavo Astudillo, desde que se unió con él hasta la fecha de la sentencia, a razón de $ 5.00 diarios; b) El auxilio de cesantía "desde enero de 1934 hasta la fecha de la sentencia"; c) El valor de las vacaciones no disfrutadas en los últimos cuatro años de servicios; d) El valor de dos créditos en dinero invertido "en mejoramiento de los bienes a los cuales les prestó su asistencia permanente". Estima la cuantía de la acción en $ 21.000.00.

Los hechos de la demanda se sintetizan así:

1º — Que Alejandrina Muñoz Martínez, mujer célibe, otorgó poder al doctor Bonilla Gómez para demandar a la Sucesión de Gustavo Astudillo, fallecido el 27 de noviembre de 1949; — 2º Que dicha Sucesión se abrió en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Popayán y en ella, la señora Zoila Rosa Astudillo de Guevara, solicitó se le tuviera como subrogataria por compra de derechos a Emilia Astudillo, madre natural de la causante; — 3º Que por auto de 13 de diciembre de 1949 el Juzgado Civil referido declaró abierta la sucesión y subrogó a Zoila Rosa Astudillo de Guevara en los derechos sucesorales que le fueron vendidos; — 4º y 5º Que a la muerte de Gustavo Astudillo la actora cumplía "nueve o diez años" de servicios a aquel; — 6º Que la mayor parte de los bienes de Gustavo Astudillo fueron habidos durante el lapso en que estuvo unido a la Muñoz Martínez, quien por su actividad laboral les ayudó a aumentar y mejorar; — 7º Que la actora, durante ese período de nueve o diez años, "puso al servicio de Gustavo Astudillo todas sus actividades de mujer oficiosa y trabajadora, aumentándose así los bienes y mejorándolos con dineros propios suyos"; 8º Que los servicios prestados por la demandante en el tiempo ya dicho no le fueron pagados; — 9º Que después de la muerte de Astudillo la actora ha seguido prestando sus servicios a la sucesión, conservando y mejorando uno de los bienes que

cila con su peculio ayudó a construir, dinero que no le ha sido devuelto con sus intereses; — 10º Que durante la unión extra-legal la actora no hizo otra cosa que trabajar e invertir su dinero en el mejoramiento de los bienes que es iban adquiriendo: — 11º Que también vendió unos reses y el producto lo invirtió en la finalidad dicha anteriormente; — 13º Que los servicios personales prestados por la actora "consistieron en la dirección y ayuda en toda clase de labores, tendientes a cuidar y mejorar los bienes existentes, además de las faenas y quehaceres y atenciones y cuidados", prodigados a Astudillo; — 12º Que durante la unión entre Astudillo y la actora, ésta invirtió dineros propios en compra de materiales y pago de obreros del inmueble que aún conserva; — 14º Que la Muñoz desplegó toda su honradez y esmero en el manejo de los bienes del causante, procurando su mejora y aumento de valor comercial; 15º Que cuando Astudillo carecía de dineros para sus negocios o para cualquier necesidad hogareña, la actora los facilitaba, sin que le fueran devueltos; — 16º Que Gustavo Astudillo falleció repentinamente en noviembre de 1949, sin pagar deuda alguna a la actora; — 17º Que en vida Astudillo confesó a su madre que cuanto tenía había sido hecho en cooperación con la Muñoz; — 18º Que los derechos de la actora se discutieron judicialmente, encaminándose la acción a configurar una sociedad conyugal de hecho, y que tanto el Tribunal como la Corte dijeron: "...Surge entonces nítidamente una prestación de servicios entre concubinos, absolutamente extraña a la colaboración independiente y paralela que implicaría una sociedad de hecho con actividad comercial o industrial determinada, y también la existencia de créditos a cargo de la sucesión de Astudillo; — 19º Que asimismo se discutió por la vía ordinaria la situación de la actora y que se dijo que los derechos de ésta "eran de inconfundible naturaleza laboral"; — 20º Que la demandante ha seguido prestando a la sucesión sus servicios, consistentes en atender al mejoramiento de uno de sus bienes; 21º Que Gustavo Astudillo ni los representantes de la sucesión han pagado a la Muñoz Martínez las deudas laborales ni los créditos a su favor.

La respuesta de la demandada a los hechos anteriores se sintetizan así. El 1º no le consta; el 2º y 3º no los acepta ni los niega; el 4º no lo acepta; dice que el 5º no es cierto, pues lo que hubo entre la Muñoz y Astudillo fue un concubinato público; niega el 6º, alegando que los bienes los había adquirido Astudillo antes de la unión y que los aumentó sin intervención de la actora; no acepta el 7º; del 8º expresa que los servicios referidos tienen causa ilícita y, por tanto, el reconocimiento del derecho sería ilegal; niega el 9º; no acepta el 10º; de los hechos 11º, 12º, 13º, 14º y 15º dice que son repetición del 10º y se remite a la observación de éste; manifiesta que el 16º es cierto en cuanto al fallecimiento de Astudillo y en lo demás falso; niega el 17º; del 18º dice que no es propiamente un hecho sino "una apreciación sobre un negocio judicial frustrado"; del 19º expresa lo mismo; del 20º dice que es repetición del 9º; y del 21º expresa que ni Astudillo puede pagar ni sus representantes lo harán, porque nada deben.

Se opone a las peticiones del libelo y presenta las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, carencia de causa para demandar, incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de personería de la parte demandada, cosa juzgada y prescripción de la acción.

El Juez del Trabajo de Popayán, que fue el del conocimiento, con fundamento en que no se probó la existencia del contrato de trabajo, en fallo de 2 de febrero de 1955, absolvió a la demandada de los cargos formulados en el libelo y condenó en costas a la actora.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán, al conocer del recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la demandante, por las mismas razones del a-quo, en sentencia del 28 de marzo de 1955, confirmó en todas sus partes el fallo apelado y condenó al recurrente en las costas de la instancia.

El apoderado de la actora interpuso contra esta providencia recurso de casación. Admitido y tramitado legalmente pasa a resolverse mediante el examen de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Aspira a que se case totalmente el fallo recurrido y a que la Corte, como juzgador de instancia, "profiera sentencia condenatoria contra la parte demandada sobre la base de las peticiones de la demanda".

El cargo

Con base en la 1ª causal de casación del artículo 87 del C. de P. L. acusa la sentencia recurrida "por violación de la ley sustantiva, como consecuencia de evidentes errores de hecho por equivocada apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación o consideración de otras, dejando de

aplicarla siendo el caso, y por infracción directa de esa misma ley, debiendo haberla aplicado y absteniéndose de hacerlo, siendo el caso".

En el razonamiento que sigue a la presentación del cargo, señala en primer lugar infringidos directamente los artículos 24 y 27 del C. S. del T., por falta de aplicación, enotando en ello error de derecho "como consecuencia del manifiesto error de hecho en la no apreciación de la prueba y en la errada apreciación de otra restándole el valor que tiene".

Afirma que el punto medular del debate ha sido la existencia o inexistencia del contrato de trabajo entre las partes; alude al artículo 23 del C. S. del T. y al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, en relación con los tres elementos que configuran el contrato de trabajo, para sostener que en el caso sub-lite aparecen claramente demostrados los elementos subordinación y servicio personal, faltando tan solo el factor remuneración; critica al Tribunal porque estima que su argumento fundamental para negar el vínculo laboral, que cree probado, es la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales entre Astudillo y la actora, de lo cual se derivan sus servicios gratuitos; dice que tal concepción constituye un magno error de hecho del ad-quem al no considerar ni siquiera el fenómeno presuntivo del contrato de trabajo; por último, cita en apoyo de su tesis una sentencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que expresa "que el concubinato entre la trabajadora y uno de los socios de una sociedad de hecho no se opone necesariamente a la existencia de un contrato de trabajo entre aquella y la sociedad".

Acusa como pruebas mal apreciadas las declaraciones de Ramona López v. de Belalcázar, fl. 53, Marcelino Fuli, fl. 53 v., Octavio Manzano, fl. 54, tente en haberse formado un criterio sobre los Rafael Ante, fl. 55 v., Faustino López, fl. 56 y Clemencia de Perafán, fl. 56 v.; dice que el no haber tenido en cuenta el fallador el valor de esas pruebas lo llevó a incurrir en el error de hecho consistente en haberse formado un criterio sobre los fundamentos de la demanda ajeno a la realidad, pues no quiso ver ni oír que de las deposiciones de los testigos surgía con claridad un vínculo laboral entre los concubinos por fuera y con total independencia.....": con ello señala como violados los artículos 661, 662 y 663 del C. J., en armonía con los artículos 664 y 665 ibidem; manifiesta que el ad-quem incurrió en error de hecho al interpreta la demanda, pues no obstante que en los puntos 5º, 6º, 7º y 8º están referidos los servicios de la actora, pretende que no aparecen expuestos los hechos relacionados con esas labores que, bajo la dependencia de Astudillo, desempeñó la Muñoz; acusa error de hecho evidente en la apreciación de la confesión de la demandante, por cuanto no fue estimada en su conjunto, con sus explicaciones y modificaciones, sino en la parte en que confiesa que se fue a vivir con Astudillo por el amor que le profesaba y no en condición de trabajadora de éste; señala además como mal apreciadas las declaraciones de Emilia Astudillo y Zoila Rosa Astudillo de Guevara (fls 39 v. y 46), y las de Pedro Mosquera, Francisco Morlones (fls. 102 y 103), las ratificaciones de Alejandro Sánchez y Rafael Ruiz (fl. 106), acerca de las cuales dice que el fallador guardó silencio, incurriendo en error evidente de hecho, al negar la relación jurídica laboral, para darle una diversa calificación, como es el concubinato sin ninguna incidencia de carácter laboral; afirma que por tanto el Tribunal violó, por falta de aplicación, los artículos 22, 23, 24, 27, 186, 189, 189, 192, 249 y 253 del C. S. del T.; dice, por último, que todos sus argumentos se compendian en un solo cargo que consiste en haber incurrido el fallador en evidente error de hecho en la inadecuada apreciación de la prueba, en no haberle dado apreciación a otra desestimándola y en haber deducido de alguna (la de la parte demandada) hechos y modalidades ajenas a la realidad procesal para negar los fundamentos de la demanda, todo lo cual lo llevó a violar la ley sustantiva".

Se considera:

Cabe ante todo observar que el recurrente en la presentación del cargo, acusa error de derecho como consecuencia de un error de hecho, en la no estimación o errada apreciación de las pruebas. Este planteamiento contraría la técnica de la casación laboral, puesto que, como repetidamente se ha dicho, el error de derecho no ocurre por equivocadas apreciaciones jurídicas del fallador, sino "cuando se haya dado por establecido un hecho por un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo". (Gaceta del Trabajo, Tomo VIII, página 26). Se advierte, además, que la infracción directa que acusa, no puede basarse en errores de hecho ocurridos a través de las pruebas, pues este género de violación es indirecta.

Como en el tema que se contempla, el impugnador dirige su ataque a la demostración de evidentes errores de hecho en que pudo incurrir el sentenciador por la no estimación o defectuosa del haz probatorio y, además, ninguno de los hechos que aparecen en autos requiere la prueba solemne, el cargo deberá estudiarse por el concepto de infracción indirecta de las normas sustantivas acusadas.

Considera el Tribunal que es ardua tarea "encontrar el fundamento de una acción laboral en la abundancia de hechos y razones propuestos en la demanda" y que la dificultad se agrava "con las diversas posiciones asumidas por la parte actora en el curso del proceso"; sostiene que en el juicio se plantea "el problema de las relaciones sexuales extramatrimoniales en relación con la actividad de la compañera, para determinar si tal actividad puede o no configurar un contrato de trabajo"; transcribe apartes de algunas providencias contradictorias que sobre el problema referido han impartido los Tribunales Seccionales del Trabajo de Bogotá y Manizales, el primero de los cuales sostiene que la labor prestada por la mujer en virtud de relaciones sexuales extramatrimoniales no da acción para reclamar salarios y prestaciones; y el segundo "que nada se opone a que se pueda aceptar la existencia del contrato de trabajo en los servicios prestados por la compañera extramatrimonial del hombre, pues no existe principio de exclusión, y antes por el contrario, se está en presencia de una relación económica de servicios personales que hace presumir la existencia de dicho contrato de trabajo"; dice que "No expresa la demanda las actividades específicas de la demandante en beneficio de Gustavo Astudillo pues en la larga narración de hechos solo se habla genéricamente de actividad laboral", y al efecto transcribe los hechos 4º, 5º, 7º y 13º del libelo. Concluye el sentenciador: "Estas actividades inciertas o indeterminadas, aunque se complemente el conocimiento acerca de las mismas con lo declarado por los testigos Francisco Moriones, Pedro Mosquera, Alejandro Sánchez y Rafael Ruiz, que depusieron en esta instancia, aun independientemente de la situación de hecho existente entre Alejandrina Muñoz Martínez y Gustavo Astudillo, no permitirían en forma alguna establecer la existencia de un contrato de trabajo, pues para ello se hace indispensable la determinación de las modalidades de tiempo, lugar, forma, etc., sin las cuales no es posible la determinación de la actividad personal, y mucho menos la subordinación y el salario. Pero es que además de esto, está demostrado con las propias afirmaciones del escrito de demanda y con la libre exposición de la interesada que si existió de su parte alguna actividad en beneficio de Gustavo Astudillo ella no era sino una natural consecuencia de su unión irregular con Astudillo. Esas "faenas y quehaceres y atenciones y cuidados, que al decir del abogado Dr. Bonilla Gómez prodigaba—con la mayor delicadeza— su poderdante al Sr. Astudillo" encuentran su explicación en la espontánea y libre declaración de Alejandrina Muñoz Martínez al expresar: "El no se obligó a pagarme dinero por mi servicio porque él me buscó a mí como su compañera y no como empleada; claro está que yo le prestaba servicios, tales como el arreglo de su ropa, alimentación y trabajaba constantemente en una tienda, pero como he dicho, por este concepto no percibía ningún salario". No habiéndose demostrado la existencia de un contrato de trabajo entre Alejandrina Muñoz Martínez y Gustavo Astudillo, ni siquiera la de hechos que permitan al fallador aceptar la existencia presuntiva de una relación de este orden, se impone la confirmación del fallo recurrido agravándolo con las costas de la instancia por no aparecer el más débil argumento que pudiera justificar el sostenimiento del recurso".

No podrán examinarse todos los testimonios acusados en el cargo, por cuanto que muchos de ellos se produjeron en otro juicio y no fueron oportunamente ratificados en el proceso que se contempla, siendo ésta la razón por la cual no los tomó en cuenta el sentenciador. En tales condiciones, se examinarán las siguientes pruebas que regularmente obran de autos:

La demandante Muñoz, al absolver posiciones (fls. 80 a 82), dijo lo siguiente: "La única persona con quien ha vivido el señor Astudillo es conmigo y esto ocurrió desde 1940 hasta el año de 1949, fecha en que el señor Astudillo murió, el 27 de noviembre. Yo le presté a Gustavo no solo mis servicios personales, sino también dinero, es decir, nos ayudábamos mutuamente; además, él me tenía como a su compañera y así me presentaba, solamente que no éramos casados católicamente"; en otra respuesta dice: "El no se obligó a a pagarme dinero por mi servicio porque, él me buscó a mí como su compañera y no como empleada; claro está que yo le prestaba servicios, tales como el arreglo de su ropa, alimentación y trabajaba constantemente en una tienda, pero como he dicho, por este concepto no percibía ningún salario". Más adelante dice: "Lo quise con amor nada más,

es decir desinteresadamente, pues al salirme a vivir con él no tuve otro interés sino éste".

Muy extensas son las declaraciones de Emilia Astudillo de Erazo y Zoila Rosa Astudillo de Guevara, madre y hermana respectivamente del fallecido Gustavo Astudillo: aceptan las relaciones de tipo conyugal de éste con la Muñoz por espacio de 8 o 9 años; rechazan la vinculación laboral entre los dos, niegan la jornada de trabajo y la subordinación, aunque aceptan que la actora, en veces y accidentalmente, se encargaba del manejo de la tienda o granero, obedeciendo las instrucciones que le impartía Gustavo. Pedro Mosquera (f. 102 a 103) refiere que Astudillo y la Muñoz hicieron vida marital que ésta se dedicaba a los oficios domésticos, prestaba ocasionalmente servicios en la limpieza del café traído de la finca, en el transporte de leña y que atendía un granero o tienda, sin saber quién era el propietario, labor por la cual Astudillo no le pagaba ningún salario a Alejandrina Muñoz Martínez porque él no la llevó como empleada sino como mujer"; Rafael Ruiz H. (f. 106) refiere que la Muñoz y Astudillo "vivieron juntos por espacio de nueve años, tratándose como mujer y marido" y que aquella "vendía en una tienda de víveres y cantina, instalada en la misma casa", que atendía asimismo, a la secada del café y a la venta de leña; nada sabe sobre la existencia de un contrato laboral, pues solo le consta que los servicios prestados por la Muñoz "eran en su condición de compañera". Francisco J. Moriones (f. 53), afirma que Astudillo y la Muñoz vivieron como casados y que durante esa unión "adquirieron algunos bienes de fortuna, como fincas y semovientes, un número regular, bienes que según me lo refería en la intimidad el nombrado Gustavo, pensaba dejárselos todos a Alejandrina".

Del conjunto probatorio examinado se infiere claramente que entre Gustavo Astudillo y Alejandrina Muñoz existieron relaciones extramatrimoniales por un período de nueve años, nacidas del afecto que se guardaban; que realmente la Muñoz prestó durante ese lapso, servicios personales que dicen relación a la adquisición e incremento de los bienes que pudieron considerarse como sociales, precisamente por la especie de asociación de trabajo o comunidad de bienes que entre ellos había, como lo dan a entender Francisco J. Moriones y la misma Muñoz.

Empero, de una situación extra-matrimonial como la del caso sub-lite, de frecuente ocurrencia, donde, aparte de las relaciones encaminadas a la procreación y a las consideraciones recíprocamente debidas, se proyecta una asociación o sociedad de hecho entre el hombre y la mujer para crear riqueza, conservarla y aumentarla, jurídicamente no puede colegirse la configuración de un contrato laboral, cuyas características esenciales pugnan con aquella vinculación. A pesar de acreditarse la relación de trabajo personal, la presunción contractual contemplada en el artículo 24 del C. S. del T. no operaría, ya que queda desvirtuada por la índole misma de la putativa unión conyugal. Y si hay subordinación, ésta no es la del trabajador asalariado, que implica ánimo jurídico o económico de obligarse, sino el obedecimiento de la mujer al marido, que obra entre casados legítimamente. Admitir contrato laboral en tales condiciones es como aceptarlo entre cónyuges, en sus relaciones de trabajo encaminadas a la creación y aumento del patrimonio social.

La jurisprudencia citada por el recurrente no viene al caso, pues ella contempla la ocurrencia de una mujer vinculada laboralmente a una sociedad de hecho, no obstante haber convivido durante la vigencia contractual con un socio de ella. En este caso el contrato de trabajo pudo configurarse independientemente de las relaciones extrañas a él. De ahí que la referida sentencia dijera: "Porque es obvio que la concubina bien puede prestar servicios laborales a la persona jurídica o a la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que ésta se aprovechara gratuitamente de ellos, y se enriqueciera sin causa, con la sola consideración del concubinato de la trabajadora con uno de los socios".

Se tiene en el caso de autos que el Tribunal, aunque no relacionó una a una cada prueba, sí las consideró y el soporte principal en que apoya su decisión está en la confesión de la actora que, aun tomada en su conjunto, esto es, con todas las explicaciones, no da base para la configuración del contrato laboral; aunque dice que le prestó a Astudillo sus servicios personales en el manejo de la tienda y le suministró dineros para acabar de construir una casa, sin embargo descarta que hubiese sido empleada de él, niega el salario y afirma que la ayuda prestada fue mutua, desinteresada, sin otro incentivo que la convivencia con el fallecido. Mas si se toman las declaraciones de la madre y de la hermana de Astudillo, en la parte referente a la subordinación, en virtud de todos los testimonios y de la confesión de la actora, se vuelve a la dependencia nacida de las relaciones extramatrimoniales, pero nunca a la configuración del vínculo laboral.

Ahora bien: los hechos relacionados en los pun-

tos 5º, 6º, 7º y 8º del libelo de demanda, en realidad aluden a servicios prestados por la actora a Astudillo, a la actividad personal de ésta en un lapso de nueve años, pero con todo y estar acreditados, ellos no demuestran, como se repite, la vinculación de carácter laboral que contempla el Código Sustantivo del Trabajo.

Bastan las razones anteriores para considerar que el criterio que inspiró al sentenciador, al tomar su decisión, interpretó la realidad probatoria de autos y por tanto fue correcto. Por ello mismo no incurrió en los errores de hecho acusados y en consecuencia no violó las normas laborales ni civiles que señala el acusador. 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 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 Cunstaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruana — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DE LAS PROPOSICIONES JURIDICAS COMPLETAS. — EXAMEN DE UNA ACUSACION POR ERROR DE HECHO EN UN CASO DE SUSTITUCION DE PATRONOS. TECNICA DE CASACION

Cuando se acusa por error de hecho proveniente de la mala apreciación de las pruebas sin indicar en forma expresa el concepto de la violación de la ley, esto es, si ella se produjo por infracción directa, por interpretación errónea o por aplicación indebida, ha de entenderse que tal concepto es el últimamente enumerado, por ser éste el único que puede darse a través del material probatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. —Bogotá, D. E., diecinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

José H. Barrios demandó, por medio de apoderado, a la sociedad denominada "Transportes Barrio Castilla El Matadero Moderno Ltda.", para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo se la condenase a pagarle lo que le adeuda por concepto de cesantía, vacaciones, prima de servicios, festivos nacionales y religiosos, horas extras, indemnización por incumplimiento del plazo presuntivo del contrato que los vinculaba, y en subsidio de esta petición el valor del preaviso, y la indemnización por mora en el pago oportuno de sus prestaciones sociales.

El libelo relata los hechos de la siguiente manera:

"Primero.—Mi patrocinado Barrios, trabajó en la flota Barrio Castilla, después en Transportes Barrio Castilla, el Matadero Moderno Ltda., desde el 20 de agosto de 1953, hasta el 13 de septiembre de 1954, y recibía como salario $ 1.00 por cada camión de pasajeros que despachaba, fue reemplazado y despedido por órdenes de Francisco Restrepo Sierra, quien nombró nuevos despachadores el 13 de septiembre de 1954.

"Segundo. — La nueva sociedad que se formó con el nombre de Transportes Barrio Castilla el Matadero Moderno Ltda., nombró un nuevo gerente, el mismo que figura en esta demanda como representante de la empresa y como éste nombró a nuevos despachadores aquella debe pagar todas las prestaciones que demanda mi patrocinado por haber seguido laborando bajo el imperio del mismo contrato de trabajo, toda vez, que siguió despachando a los mismos vehículos, con el mismo personal de choferes y en la misma línea continuaron haciendo el mismo recorrido (artículo 57 del C. del T.).

"Tercero. —A mi patrocinado Barrios, no le han reconocido las prestaciones que arriba se demandan".

En derecho se invocaron los artículos 1º, 47, 48, 64, 65, 67, 172, 174, 177, 186, 249 y 306 del C. S. T. y el Código de la materia para el procedimiento.

La demandada se opuso a las pretensiones anteriores y tramitada convenientemente la litis, el Juzgado 1º del Trabajo de Medellín, que fue el del conocimiento, la desató en providencia de 3 de mayo de 1955, cuya parte resolutiva reza así:

"1º—Condénase a la Empresa "Transportes Barrio Castilla el Matadero Moderno Ltda." a pagar al señor José H. Barrios las cantidades de dinero que a continuación se enuncian:

"a) **Trescientos doce pesos** ($ 312.00) m. l., por concepto del trabajo prestado en días domingos y festivos;

"b) **Ciento noventa y cinco pesos** ($ 195.00) m. l., por concepto de indemnización por vacaciones causadas y no disfrutadas;

"c) **Ciento ochenta y cinco pesos** ($ 185.00) m. l. por concepto de prima de servicios;

"d) **Doscientos ocho pesos** ($ 208.00) m. l., por concepto del descanso remunerado en días festivos, religiosos y nacionales;

"e) **Doscientos ocho pesos** ($ 208.00) m. l., por concepto del trabajo prestado en días festivos religiosos y nacionales;

"f) **Doscientos ochenta y seis pesos** ($ 286.00) m. l., por concepto de cesantía, y

"g) **Siete pesos con cuarenta y dos centavos** ($ 7.42) m. l., diarios por concepto de indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, a partir del día 22 de febrero del año en cur-

su en adelante y hasta la fecha en que se verifique el pago.

"2ª—Se absuelve a la Empresa demandada de los otros cargos que le fueron formulados en la demanda".

Por apelación de la parte demandada subió el asunto a conocimiento del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, entidad que reformó la sentencia del inferior, en la suya de 28 de los mismos mes y año, en los términos siguientes:

"1º—Condénase a la Empresa 'Transportes Barrio Castilla, Matadero Moderno Ltda.' a pagar a José H. Barrios doscientos cuarenta pesos con catorce centavos por cesantía ($ 240.14), ciento doce pesos con sesenta y seis centavos (112.66) por vacaciones, ciento ochenta y cinco pesos ($ 185.00) por prima de servicios, ciento cuarenta y tres pesos ($ 143.00) por trabajo realizado en días festivos, y una indemnización por mora a razón de siete pesos con cuarenta y dos centavos ($ 7.42) a partir del 22 de febrero del presente año y hasta la fecha en que se verifique el pago.

"2º—No se hacen las demás declaraciones solicitadas en la demanda.

"Sin costas".

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de la empresa demandada y habiéndosela concedido, admitido y tramitado en legal forma se va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso

Persigue el quebrantamiento del fallo indicado para que "se dejen sin efecto las condenaciones impuestas y se absuelva, en cambio, a la empresa demandada de todos los cargos de la demanda". Para ello en un solo cargo acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 67, 68 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de error de hecho proveniente de la mala apreciación y de la falta de apreciación de determinadas pruebas.

Para sustentar esta acusación, el recurrente transcribe los apartes del fallo en que el Tribunal estudió los testimonios de Jesús Mª Ayala y Bernardo Alvarez y la certificación de folios 14 y vuelto sobre constitución de la sociedad demandada, y dedujo de esas piezas que en el caso de autos aconteció el fenmeno laboral denominado sustitución de patronos, para afirmar en seguida que dicha conclusión obedeció a una apreciación errónea de aquellos testimonios, "hasta el punto de dar por demostrados hechos de los cuales no existe prueba al efecto". Agrega que la sentencia reconoce que los testimonios están en desacuerdo con la realidad misma de los hechos, pero luego de estimarlo así les asigna un valor distinto y pone en boca de los declarantes aseveraciones que ellos no hicieron. Reproduce a continuación los apartes en que los testigos manifestaron que Barrios trabajó para la empresa demandada desde el 20 de agosto de 1953 hasta el 13 de septiembre de 1954, en contradicción con el certificado de folios 14 de la Cámara de Comercio de Medellín, según el cual la dicha empresa solo se constituyó el 24 de agosto de 1954, habiendo sido registrada el 6 de septiembre siguiente, por lo cual debían desecharse aquellos testimonios por evidentemente falsos; y arguye que, en lugar de hacer esto, se los apreció para deducir que ellos "realmente hicieron referencia al hecho de la vinculación contractual en beneficio de una misma empresa". Sobre este punto el recurrente alega que podría parecer que la palabra empresa no fue tomada en el sentido de sociedad, asociación o persona moral, sino en el de unidad de explotación económica; pero que los testigos no dijeron que Barrios hubiese estado vinculado a una empresa como simple unidad de esa clase sino que fueron enfáticos al afirmar la vinculación contractual con "Transportes Barrio Castilla—El Matadero Moderno Ltda.", sociedad o persona moral que manejaba una empresa, aparte de que ese vínculo solo puede establecerse con una persona natural o moral y no con una empresa en el sentido económico. Sostiene además que si se admite lo que quiere la sentencia, agregando entre paréntesis: "lo que viene a ser verdad puesto que habían de una sola entidad", ello tampoco da pie para concluir, como lo hizo el fallador, que "a través de esas afirmaciones se percibe el fenómeno de la sustitución patronal". Que es elemental que para poder hablar de sustitución de patronos se requiere la determinación de uno antiguo y uno nuevo que reemplaza a aquel; mas si los testigos solo hablan de la vinculación de Barrios a la empresa demandada no puede percibirse tal figura pues no se sabe, ni los testigos lo dicen, cuál es el patrono antiguo y cuál el nuevo. Y concluye este primera parte: "Así, la sentencia incurre en apreciación errónea de los testimonios de Bernardo Alvarez y Jesús M. Ayala, ya que percibe en ellos un hecho del cual no hablan —la presencia de dos patronos como base de la sustitución de patronos y que, antes bien, niegan con su afirmación categórica y excluyente de que Barrios, durante todo el tiempo

en que dice haber servido, estuvo vinculado a un solo patrono".

En seguida se ocupa el impugnador de la apreciación del ad-quem acerca de que los testigos manifestaron que la nueva sociedad continuó explotando once vehículos de los trece "al servicio de los cuales trabajaba José H. Barrios", alegando, sobre este punto, que si bien fue cierto que ellos aseveraron el hecho de haberse formado una sociedad con esos carros, o con parte de los mismos, y que los dichos vehículos servían la línea del Barrio Castilla, no lo es que mencionaran vinculación alguna del demandante con los carros, o mejor, con sus dueños, ni que afirmaran que Barrios hubiese estado trabajando en ellos o para sus dueños. De este hecho, sostiene, no existe prueba, pero la sentencia lo da por establecido interpretando erróneamente los testimonios de Alvarez y Ayala.

Luego se refiere al aparte en que el Tribunal apreció un cambio de patronos, insistiendo en que los testigos no hablaron de él.

Transcribe en seguida otro parágrafo del fallo recurrido, en que el ad-quem examina la existencia del antiguo patrono, sosteniendo que sobre este hecho tampoco existe prueba y concluye:

"En síntesis, lo afirmado aquí es esto:

"a) Barrios estuvo vinculado primeramente a cada uno de los dueños de los carros;

"b) 'Transportes Barrio Castilla el Matadero Moderno Ltda.' incorporó todos esos carros a cuyo servicio estaba Barrios;

"c) La sustitución operó en la fecha en que se constituyó la sociedad demandada.

"Estos hechos los deduce la sentencia de las afirmaciones de los testigos, pero ellos no los afirman.

Sobre cada uno de estos hechos alega en contrario el recurrente, en forma extensa, con el argumento principal de que los testigos no los afirmaron. Finalmente dice que la sentencia acusada también incurrió en falta de apreciación de las siguientes pruebas:

a) La copia del informe de la Dirección de Circulación y Tránsito de Antioquia, de fecha 9 de noviembre de 1954, que obró a folio 15 v. del expediente y que indica los propietarios de los carros de la línea del Barrio Castilla, a lo que dice haber servido el demandante. Al cotejarse esta pieza con el certificado de constitución de la sociedad demandada se observa que solo tres de ellos son socios de la última. Sin embargo, la ignorancia de este hecho llevó al fallador a afirmar que "todos los carros a los cuales prestaba sus servicios Barrios fueron incorporados a la nueva sociedad"; y

b) La copia de la audiencia efectuada el 17 de septiembre de 1954 ante la Inspección Seccional del Trabajo de Antioquia, en la cual el demandante afirmó haber servido como despachador de la empresa Cooperativa de Transportes Ltda. y Transportes Aranjuez Lídice desde el 20 de agosto de 1953 hasta el 12 de septiembre de 1954, lo que significa que Barrios confesó haber estado al servicio de los dueños de los carros de esas empresas hasta la fecha últimamente indicada.

Y por todo lo alegado el recurrente concluye:

"Al dar por establecidos aquellos hechos e ignorar estos, la sentencia llega a las condenaciones. Condenaciones que hace con fundamento en los artículos 67, 68 y 69 del Código del Trabajo, pues es en virtud de las regulaciones de la sustitución patronal como pone a la empresa demandada (supuesto patrono sustituto) a responder por las prestaciones y salarios reclamados por el demandante. Pero como tales hechos no se basan en prueba eficaz, y se ignoran otros hechos, aquellos artículos resultan violados".

El opositor, a su turno, censura que el recurrente no hubiese expresado si la violación de la ley sustantiva se produjo por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea, defecto éste que considera debe imponer la desestimación del cargo, agregando que si por amplitud se le estudiase se encontraría que los artículos que se presentan como violados no integran una proposición jurídica completa, ya que el 67 define el fenómeno de la sustitución patronal, el 68 declara que tal sustitución no extingue ni modifica los contratos de trabajo y el 69 hace solidariamente responsables de ciertas obligaciones al antiguo y al nuevo patrono y único a éste de lo demás, pero sin que aparezcan los textos consagratorios de los derechos reconocidos por el fallador en su decisión de condena. Advierte, por último, que en el supuesto de que el cargo estuviese bien propuesto nunca podría aceptarse la comisión de un error de hecho evidente, pues los testigos sí depusieron, aunque en su lenguaje de modestos choferes, acerca de lo que apreció el ad-quem para sus conclusiones.

Se observa:

Ciertamente, el acusador no indica en forma expresa el concepto de la violación de la Ley, o sea, si ella se produjo por infracción directa, por interpretación errónea o por aplicación indebi-

pero como si manifiesta que aconteció por error de hecho proveniente de la falta de apreciación de unas pruebas y de la mala estimación de otras, singularizándolas todas, habrá de entenderse que aquel concepto es el de la aplicación indebida, única que puede darse a través del material probatorio.

En lo que se relaciona con el reparo técnico acerca de que el ataque no contiene una proposición jurídica completa, debe concederse razón al opositor en cuanto las normas que se presentan como violadas solo consagran las definiciones y figuras sintetizadas en su réplica y nada dicen sobre los derechos sustanciales reconocidos por el fallador. No podría, en consecuencia, disponerse en torno de ellas en lo que se refiere a las condenas por cesantía, vacaciones, primas y trabajo realizado en días festivos y correspondientes al tiempo posterior a la sustitución patronal admitida por el **ad-quem**, ya que tales condenas procederían aún sin la ocurrencia del dicho fenómeno laboral; debiéndose agregar otro tanto respecto de la indemnización por mora, también impuesta, con la particularidad de que ésta reposa en consideraciones atinentes a la falta de justificación del pago de las prestaciones, hecho éste de que no se ocupa el cargo y que no aparece comprendido por las solas alegaciones sobre la dicha sustitución patronal. Pero si resulta estimable la acusación en lo que concierne al tiempo anterior, pues destruida la figura mencionada, esto es, demostrado que los servicios a persona distinta de la demandada no pueden comprometer la responsabilidad de ésta se desquiciarían todas las condenas que sobre esa base reposaran, aunque no se hubiesen señalado, como no lo fueron, los textos consagratorios de los derechos reconocidos en ellas.

Con las limitaciones anteriores pasa a resolverse el cargo.

No es cierto que la sentencia reconozca que "los testimonios están en desacuerdo con la realidad de los hechos" y que a pesar de ello les hubiese asignado "un valor distinto", cuando debía haberlos rechazado por evidentemente falsos. El examen del **ad-quem** en este punto es el de que "aparentemente la afirmación inicial de los testigos, relacionada con la duración del contrato, está en desacuerdo con la realidad misma de los hechos, ya que como puede deducirse de la certificación que obra a fls. 14 y v. la sociedad demandada fue constituida el 24 de agosto de 1954. Pero un examen atento de la cuestión produce la certidumbre de que los testigos realmente hicieron referencia al hecho de la vinculación contractual en beneficio de una misma empresa, es decir, que a través de esas afirmaciones se percibe el fenómeno de la sustitución patronal". Claramente lo que expresa este razonamiento no es lo que afirma el impugnador, sino todo lo contrario, que aunque **aparentemente** (se subraya) los testigos hacen una presentación de servicios para la demandada en forma que no coincide con la de su existencia, un estudio más atento de sus manifestaciones revela que de lo que hablaron fue de servicios para la empresa, anterior a la sociedad demandada y para ésta desde que se constituyó, en fenómeno que refirieron a una explotación económica y no a la persona jurídica que últimamente continuó el negocio, sin variaciones esenciales en el giro de sus actividades. Esta interpretación de la prueba testimonial, que condujo luego a la apreciación del fenómeno de sustitución discutido, podrá rechazarse si se demuestra que no hubo los tales servicios ni antes ni después o en alguno de esos momentos, o que los testigos se refirieron únicamente a la demandada como persona para la cual trabajé Barrios inclusive antes de que existiera; pero no cabe descalificarla por falsedad, ya que se la elaboró con aprovechamiento de las circunstancias a que los testigos se referían elementalmente. Y como ninguna prueba establece la inexistencia de esos servicios en la forma apreciada, o la afirmación de trabajos únicamente para la sociedad demandada de la manera como entiende el cargo, debe mantenerse la estimación del **ad-quem**, que en realidad dio a lo manifestado por los testigos el entendimiento que correspondía a sus intenciones, conforme a su percepción de los hechos externos, a la realidad de la explotación económica del negocio y en armonía con las demás probanzas que registran las modalidades jurídicas acerca de las personas que lo realizaban con aprovechamiento de los servicios del demandante.

Pero se alega que aun admitiendo lo que quiere la sentencia —y que acaba de sostenerse por encontrarse ajustado a lo depuesto y a su estimación lógica— la conclusión del **ad-quem** no encuentra pie, pues los testigos no hablan de dos patronos, uno antiguo y uno nuevo, sino solamente de la sociedad demandada como única beneficiaria de los servicios del demandante durante todo el tiempo que se afirma para la vinculación laboral. Para la Corte este razonamiento es inválido, pues aceptado lo primero no puede concluirse cosa distinta de que los servicios para la demandada solo fueron desde la fecha de su constitución; y los anteriores, para los dueños de los carros que integraban la empresa explotadora de

la línea de transportes de que hablan los autos. Aparecen así los dos patronos cuya existencia reclama el cargo y a los que se refieren expresamente los testigos cuando hablan de que "se constituyó una nueva empresa" (Alvarez a folio 10) y "se formó la nueva empresa en sustitución de la anterior" (Ayala a folio 20), con explicación inclusive acerca de que esa anterior eran, en su lenguaje de modestos choferes, desprovistos de tecnicismos legales según replica el opositor, los dueños de los carros para los que servía antes de que se constituyera la demandada.

Las demás consideraciones del recurrente no hacen sino oponer, sus opiniones, en forma repetida, a las del Tribunal para significar que los testigos no dijeron lo que la sentencia entendió. Por esto puede replicarse a sus conclusiones de síntesis, en el mismo orden en que las presenta, que Barrios sí estuvo vinculado primeramente a los dueños de los carros, como inequívocamente lo aseveran Alvarez y Ayala; que aunque la demandada no hubiese incorporado todos eso carros a su explotación (cosa que los testigos no dicen, ni la sentencia sostiene, pues ellos solo hablan de 11 de los 13 que antes servían la misma línea de transporte) este hecho no desvirtúa la sustitución patronal, pues con todos, o con uno, o con otros distintos, el fenómeno se daba siempre que la empresa conservara, como conservó la demandada, sin variaciones esenciales —que los autos no registran, ni se ha alegado acerca de ellas— el giro de sus actividades o negocios; y que sí se operó la sustitución en la fecha en que se constituyó la sociedad demandada, pues esto también lo afirman los testigos según puede colegirse de los apartes transcritos de sus manifestaciones.

No aparecen demostrados, por lo expuesto, los errores que pretende el cargo y no puede quebrantarse el fallo recurrido.

Finalmente, en lo que se relaciona con las pruebas que el recurrente señala como dejadas de apreciar, esto es, la copia de la Dirección de Circulación y Tránsito de Antioquia de folio 15 v. y la copia de la audiencia de conciliación del mismo folio, cabe decir, respecto de la primera, que la sentencia no afirma, como sostiene el cargo, que todos los carros en que prestaba Barrios sus servicios hubiesen sido incorporados a la nueva sociedad, sino once de ellos, como lo expresaron los testigos, pero que cualquiera que hubiese sido el número el fenómeno de la sustitución, como ya se indicó, no depende de esa circunstancia sino de la conservación esencial del mismo giro de actividades; y respecto de la segunda, que el pleito había que decidirlo conforme a la convicción que produjeran todas las probanzas del juicio y no obligadamente por una de ellas que resultó contradicha por las demás. En las condiciones expuestas no puede afirmarse, pues esta valoración no aparece inequívocamente opuesta a la realidad de los hechos, que se configure un error de los caracteres necesarios para el éxito del recurso. En consecuencia, tampoco puede por este aspecto declararse la prosperidad del cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constain — **Enrique Arámbula Durán** — **Juan Benavides Patrón** — **Sergio Antonio Ruano** — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA SOBRE INTERPRETACION DEL ARTICULO 52 DEL DECRETO NUMERO 2127 DE 1945, Y DEL 1º DEL DECRETO 797 DE 1949.—INTERPRETACION ERRONEA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Redactaron: Magistrados Juan Benavides Patrón y Miguel Antonio Constaín. Negocio de la mesa del Magistrado Doctor Juan Benavides Patrón).

Manuel García demandó, por medio de apoderado, al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral se declarara reanudado el contrato de trabajo que tenía celebrado con dicha entidad, se ordenase su reintegro al cargo que desempeñaba y se condenase a la administración municipal a pagarle los jornales dejados de percibir desde la fecha de su despido hasta la en que se produzca el reintegro indicado, el valor del preaviso que debió dársele para retirarlo, el del aumento a que tenía derecho conforme al decreto 3871 de 1949 y el de los salarios faltantes para el vencimiento presunto del contrato que tenían celebrado.

Como hechos, el libelo presenta los siguientes:

"1º TIEMPO SERVIDO — El ciudadano Manuel García M. laboró al servicio del Municipio desde el 4 de noviembre de 1937 hasta el 1º de enero de 1951.

"2º CARGO DESEMPEÑADO — El ciudadano Manuel García, durante el lapso indicado en el hecho anterior, desempeñó las funciones de Obrero de Pavimentación.

"3º SALARIO DEVENGADO — El ciudadano Manuel García devengó, durante los tres últimos meses de labores, un jornal ordinario de TRES PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 3,88).

"4º DESPIDO — El ciudadano Manuel García fué despedido del servicio oficial del Municipio, a partir del 12 de enero de 1951, SIN JUSTA CAUSA.

"5º PAGOS — Ni el auxilio de retiro ni los salarios de preaviso han sido pagados al ciudadano Manuel García dentro de los noventa (90) días subsiguientes a su despido.

"6º CONTRATO PRESUNTO DE TRABAJO — Cuando fué despedido Manuel García M. el 1º de enero de 1951, ya hacía 57 (sic) que había iniciado otro período de seis meses de trabajo".

En derecho se invocaron los Decretos 2127 de 1945, 797 y 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950; el artículo 47 del CST. y las Leyes 6ª de 1945 y 34 de 1947. Para el procedimiento se agotó el reclamo gubernativo y se invocó el código procesal del trabajo.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones del demandante alegando inexistencia de contrato de trabajo, falta de acción, petición antes de tiempo, pago e incompetencia de jurisdicción.

Tramitada la controversia el Juzgado Séptimo del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, que fué el del conocimiento, la desató desestimando las peticiones de la demanda y negándose, en consecuencia, a hacer las declaraciones y condenas solicitadas. Condenó en las costas del juicio al demandante.

Por apelación del apoderado de García subió el negocio a conocimiento del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que en sentencia proferida el 7 de noviembre de 1955 revocó en todas sus partes la de primera instancia y condenó al Municipio demandado a pagar al demandante las sumas de $ 264,48 por concepto de indemnización por mora en el pago del auxilio de cesantía y de $ 417,60 por el de salarios que faltaban hasta el vencimiento del término presuntivo del contrato de trabajo que existió entre los litigantes. Absolvió por los demás extremos y declaró sin lugar a costas en ninguna de las instancias. Hubo salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Serrano Carrizosa.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado del Municipio de Bogotá, y como le fué concedido por el ad quem y se le ha tramitado en legal forma procede decidirlo mediante el examen de la correspondiente demanda, formulada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y del escrito del opositor.

El Recurso

Persigue el quebrantamiento del fallo mencionado en cuanto condenó al Municipio de Bogotá a pagar al promotor del juicio las sumas de $ 264,48 por mora y $ 417,60 por salarios faltantes para el vencimiento del término presuntivo del contrato de trabajo, y para que en lugar de esos ordenamientos se absuelva al demandado de las súplicas respectivas del libelo inicial. Para estos efectos formula dos cargos, que se decidirán en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria, por interpretación errónea, del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

Para sustentarlo el impugnador relata que el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 estableció una sanción para los patronos renuentes a pagar los salarios y prestaciones debidos a sus trabajadores, sanción que consistió en suponer que subsistía el vínculo contractual para los efectos de que continuasen pagando salarios, que se denominaron caídos, mientras permaneciesen en la mora; que posteriormente, cuando en virtud de lo estatuido por la Ley 6ª de 1945 y por los decretos 1600 y 2767 del mismo año se crearon las Cajas de Previsión Social y empezaron a funcionar como entidades autónomas con personería jurídica y con patrimonio propio e independiente de los bienes y fondos del Estado surgió un grave problema sobre la aplicación del citado precepto 52 en relación con las entidades de derecho público, porque si aquellas Cajas eran las instituciones que debían pagar las prestaciones e indemnizaciones sociales a los trabajadores afiliados a ellas no se podía, sin incurrir en una gran injusticia y en falta de equidad, aplicar a las entidades oficiales que ocupaban a esos trabajadores la norma contenida en la precitada disposición, esto es, considerarlas morosas o renuentes en el pago de las prestaciones y consiguientemente obligadas al de los "salarios caídos"; que en otros términos, si una entidad era la obligada a pagar a los trabajadores las prestaciones sociales, no podía sancionarse a otra entidad distinta por la mora o renuencia en sus pagos; que estas razones hicieron necesaria la expedición del Decreto 797 de 1949 por medio del cual se sustituyó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, y que por virtud de dicho decreto las entidades públicas y las instituciones de previsión social quedaron excluídas del pago de los llamados "salarios caídos", sanción que se conservó únicamente para los patronos particulares. Agrega el acusador que esta última interpretación, que considera acertada, equitativa y justa fue la última del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 27 de marzo de 1954, en que modificó al mismo tiempo la jurisprudencia anterior relativa a esta cuestión, sentencia que transcribe en lo pertinente.

Y concluye: "Ahora bien: de lo expuesto se deduce lógicamente que el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al considerar en la sentencia recurrida, "que en tratándose de la aplicación del Decreto 797 de 1949 no hay lugar a reintegro, sino al pago de salarios caídos, siempre y cuando que la administración no pague lo adeudado al extrabajador dentro de los noventa días siguientes a la terminación del contrato de trabajo", y que, en consecuencia, la parte demandada incurrió en la sanción por mora en el pago de la cesantía que se causó en favor del demandante, interpretó de manera absolutamente equivocada la norma contenida en el citado artículo 1º del Decreto 797 de 1949". Y como de no haber sido por esa interpretación errónea el Tribunal habría encontrado que no existía razón jurídica para condenar al Municipio, su decisión es violatoria del precepto mencionado, en la forma dicha, ya que lo que se imponía declarar, con recto entendimiento, era la absolución del Municipio por el extremo mencionado, como se solicita en este cargo.

Se considera:

La doctrina del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que invoca el recurrente para sustentar el presente cargo, fue rectificada por la Corte en sentencia de 17 de junio próximo pasado, proferida al decidir el recurso de casación en el juicio que Abraham Muñoz Parra adelantó contra el Municipio de Bogotá. En dicha providencia, después de hacer un estudio detenido sobre los orígenes y contenido del Decreto 797 de 1949 y de su antecedente inmediato, el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, la Corte fijó 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 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

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 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 trata el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, para que así los trabajadores de las entidades oficiales a que se refiere el Decreto precipitado no queden en manifiesta y desventajosa desigualdad con los trabajadores particulares, no obstante tener en un mismo cuerpo legal preceptos similares y concordantes 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 parecen aún las consecuencias que de ello se han querido 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 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 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 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 lo expuesto se concluye que el Tribunal, al condenar al Municipio de Bogotá a la indemnización por mora, sobre la base de que la entidad municipal solo pagó al actor el valor de su cesantía el 19 de junio de 1951, es decir, dos meses y diecisiete días después de haberse vencido el plazo de 90 días que señala el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, no incurrió en la infracción acusada, pues interpretó y aplicó debidamente la citada norma.

No prospera el cargo.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, del artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, "como consecuencia de haber sido interpretado erróneamente el precepto contenido en el artículo único del decreto extraordinario No 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, aquello 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 García replica que el Decreto 73 de 1950 es inconstitucional, ya que el Presidente de la República no puede delegar sus funciones en los Ministros, ni en los Gobernadores ni en los Alcaldes; que por mandato del artículo 215 de la Constitución en todo caso de incompatibilidad entre ella y la ley se aplican de preferencia las disposiciones constitucionales; y que el argumento del Procurador acerca de que el Alcalde de Bogotá tiene facultad para suprimir y refundir empleos no prueba nada por probar demasiado, ya que todo patrono tiene iguales facultades mas sin que por ello pueda dejar de pagar al trabajador despedido sus salarios, prestaciones e indemnizaciones.

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 folio 226 del expediente puede leerse que a lo que se atuvo el fallador para definir la súplica sobre lucro cesante fue a que la demandada no demostró que tuviese justa causa para prescindir de los servicios del trabajador. Entonces, la aplicación que hizo del Decreto 2127 de 1945 reposa en el examen de una cuestión probatoria que nada tiene que ver con el equivocad

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, ignorando que conforme al decreto invocado el Alcalde se hallaba revestido de las facultades que el recurrente alega, la acusación ha debido promoverla por la vía de la infracción directa, por ser la que corresponde al fenómeno anotado y no por la escogida de interpretación errónea que solo cabe afirmar 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 de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constain — Enrique Arámbula Durán — Con salvamento de Voto, Juan Benavides Patrón -- Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR: 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 2v 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 complazca 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 estos 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 mera 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-

les, 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 el 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 ofrecían todos los vicios anotados. Pues ocurre que García, cuya vinculación laboral con el Municipio demandado terminó el 1º de enero de 1951, sólo produjo su reclamación ante la Caja de Previsión Social (folios 166 y 224) el 23 de febrero del mismo año, esto es, cuando ya había transcurrido un mes y veintitantos 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 3 de abril siguiente, imponiendo 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 nueve días solares. Definitivamente, yo no entiendo como 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— al no reparar en que formulada la solicitud a la Caja el dicho 23 de febrero de 1951, la prestación le fue reconocida el 15 de marzo siguiente, por resolución No. 383 notificada el 30 del mismo mes y pagada el 19 de junio, esto es, cuando solo habían transcurrido 3 meses y 15 días solares de la presentación de aquel reclamo, y sin atender, además, a que el fenómeno de la demora en el pago, si lo hubo, también estuvo determinado por la tardanza del trabajador.

Las razones anteriores explican mi respetuoso disentimiento.

Bogotá, D. E. veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Juan Benavides Patrón — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CONDENACION POR "SALARIOS CAIDOS", PROCEDE CUALQUIERA QUE SEA EL MONTO DE LAS DEUDAS LABORALES Y DEBE DECRETARSE DESDE EL MOMENTO DE LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiseis de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán)

Rafael Ospina Méndez, por medio de apoderado, demandó en acción laboral a la Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Ltda., representada por su Gerente Antonio Merlano, para que en su contra se hicieran las siguientes condenaciones: por compensación de vacaciones de dos años de servicios, $ 140.00; por auxilio de cesantía, $ 840.00, e indemnización por falta de pago de las prestaciones desde el día siguiente al despido hasta la cancelación de las mismas, con señalamiento de que a la presentación de la demanda se había causado por este concepto la suma de $ 7.000.00.

Fundamentó las peticiones en los siguientes hechos: "1º Ospina Méndez trabajó al servicio de la Cooperativa del 19 de agosto de 1950 al 26 de agosto de 1953, en que fue retirado dizque por expiración del término presuntivo de su contrato de trabajo. 2º A la fecha del retiro, Ospina Méndez devengaba un salario de doscientos ochenta pesos ($ 280.00) mensuales; — 3º La Cooperativa no ha pagado a Ospina Méndez el último período de vacaciones, ni el auxilio de cesantía, ni ha depositado la suma que por tales conceptos crea deberle".

La demanda fue contestada por el apoderado de la Cooperativa, durante la primera audiencia de trámite, en los siguientes términos: "No me constan los hechos y por lo tanto no los acepto. Me atengo a lo que resultare probado". Propuso, además, la excepción de pleito pendiente.

Tramitada legalmente la controversia, el Juzgado 1º del Trabajo de Barranquilla, que fue el del conocimiento, la desató por medio del fallo de fecha 25 de noviembre de 1955, en el cual condena a la demandada al pago de lo siguiente: $ 140.00 por vacaciones y $ 649.00 por cesantía; $ 9.33 diarios desde el 19 de agosto de 1953 hasta el día en que se verifique el pago. No condenó en costas.

Apelada esta decisión por el apoderado de la parte demandada, el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla en sentencia de 24 de enero de 1956 modificó las condenas del a-quo así: $ 255.04 "por concepto de saldo de sus prestaciones sociales (cesantía y vacaciones)", y "$ 9.33 diarios, a partir del día 23 de septiembre de 1955 (fecha de la notificación de la demanda), hasta que se verifique el pago". Condenó en costas si se hubieren causado.

Contra esta sentencia han interpuesto recurso de casación ambas partes. Admitido y tramitado legalmente pasa a decidirse mediante el examen de las demandas y sus correspondientes respuestas.

Por razones de orden lógico se estudiará primero el recurso de la demandada.

Recurso de la Empresa

Aspira a que la Corte case la sentencia acusada, en cuanto condenó a la demandada "al pago de la suma de $ 9.33 diarios, desde el 23 de septiembre de 1955 hasta que se verifique el pago de la suma de que trata la decisión primera de ese mismo fallo, y en lugar de esta parte de la sentencia recurrida absuelva a la demandada de la condena al pago de salarios caídos, impetrada por el demandante".

Invocando la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L. presenta tres cargos, uno principal y dos subsidiarios, los cuales pasan a estudiarse.

Primer cargo

Expresa el recurrente que en el caso sub-lite el ad-quem reconoció que la demandada solo debía como saldo de prestaciones la suma de $ 255.04, ante una pretensión de $ 7.980.00, y reconoce el derecho de la empresa a las retenciones y deducciones que hizo al actor. "Luego si esto es así —afirma el impugnador— no cabe aplicación del artículo 65 en cita, el cual aparece DIRECTAMENTE QUEBRANTADO".

El opositor fija con claridad las sumas pedidas

en el libelo por diferentes conceptos, las condenas del a-quo, la liquidación de éste acogida por el Tribunal, luego verifica las deducciones hechas para establecer el monto a que queda reducida la condena; dice que el ad-quem dio por acreditado que la empresa quebrantó la prohibición establecida por el artículo 59 del C. S. del T., para condenar "al pago de salarios caídos" y que no siendo atacado por el recurrente este soporte del fallo, el cargo no puede prosperar; afirma que la circunstancia de que los salarios y prestaciones debidos "tengan poco valor, no exonera de la sanción prevista en el artículo 65 del C. S. del T., si no se cumple con la obligación de pagarlos en la debida oportunidad o de consignarlos ante autoridad competente, en caso de desacuerdo respecto del monto de la deuda"; dice que no se hable de la buena fe patronal, pues la empresa no contestó la demanda y propuso excepciones "que por absolutamente ineficaces no prosperaron"; finalmente manifiesta que el artículo 65 del C. S. del T. se violó "no por haber condenado al pago de salarios caídos sino por no haber tomado como punto de partida para ello el momento que determina la ley inequívocamente, o sea, la fecha de la terminación del contrato de trabajo".

Se considera:

El cargo aparece formulado de manera tan sucinta que ciertamente no alcanza a demostrar las razones de la violación que acusa. No obstante, puede entenderse que el recurrente parte de la base de que, reconocido por el ad-quem un saldo de prestaciones a favor del trabajador y admitido el derecho de la empresa a las deducciones y compensaciones que hizo, todo ello impedía la aplicación del artículo 65 del C. S. del T.

En primer lugar se advierte que los hechos que el recurrente atribuye al Tribunal no son los que éste tuvo en cuenta al producir la condena por pena indemnizatoria. En efecto, el sentenciador expresó: "ßo — De este saldo (se refiere al de $ 519.09) la Cooperativa solamente estaba autorizada para retener por compensación hasta un cincuenta por ciento, es decir, $ 255.04 (ordinal b, artículo 59 ibidem), quedando obligada, en consecuencia, a entregarle el saldo de $ 255.04 al trabajador, y, como no lo hizo así, quebrantó la prohibición que consagra el mismo artículo 59, haciéndose por tanto acreedor a la sanción establecida por el artículo 65 del mismo texto de leyes que se viene citando".

El ad-quem considera que la empresa, al retener el referido saldo de prestaciones y compensarlo con la deuda que reclamó el apoderado de aquella en la diligencia de inspección ocular, más allá del límite fijado por el ordinal b) del artículo 59 del C. S. del T., violó esta disposición y por tal motivo se hizo acreedora a la pena que establece el artículo 65 ibidem. De manera que no es por las razones que expresa el cargo por las que el sentenciador aplicó dicha norma. Además, ha debido atacarse la aplicación del artículo 59, cuya prohibición estima quebrantada el *ad-quem*, aspecto que aparece como soporte de la condena impugnada, para que la presentación de la proposición jurídica resultase completa.

Ciertamente el fallo reconoció como saldo prestacional del trabajador la suma de $ 255.04 y rechazó como indebida la retención de éste por la empresa. Como la demandada no pagó el saldo en la oportunidad debida ni tampoco lo consignó se imponía la aplicación del artículo 65 citado. No tiene validez la tesis del remanente mínimo, que alega el recurrente, porque la norma no establece diferencias de cantidad respecto de las deudas por prestaciones y salarios pendientes. Finalmente se advierte que no hubo rebeldía ni desconocimiento de la disposición legal por parte del sentenciador, circunstancia que indica que no se configuró la infracción directa acusada. Por lo expuesto el cargo no prospera.

Segundo cargo

Acusa interpretación errónea del citado artículo 65 del C. S. del T. en el supuesto de que el sentenciador hubiese impartido la condena con la sola consideración de haber encontrado acreditada en el juicio la existencia de un saldo por prestaciones a favor del demandante.

Para el opositor el recurrente no explica en qué consiste la interpretación errónea, esto es, se abstiene "de indicar cuál es en su concepto el recto sentido de la norma".

Se considera:

El cargo considera errónea la aplicación del artículo 65 cuando se trata de la mora en el pago de un saldo de prestaciones a favor del trabajador. No estima la Sala que haya equivocado entendimiento de la norma, porque ella, como se repite, no establece diferencias sino que hace funcionar la sanción cuando aparezca la mora de una deuda laboral, cualquiera que sea su cuantía.

En consecuencia el cargo no prospera.

Tercer cargo

En el supuesto de que el Tribunal hubiese comprobado la mala fe patronal, acusa el fallo "por indebida aplicación del artículo 65 del C. S. del T., como secuela de ERROR EVIDENTE DE HECHO en la apreciación tanto de la diligencia de inspección ocular de folios 13 y 14 del C. 1º, como de las cartas de folios 11 y 12, mismo cuaderno, probanzas de las cuales se deduce, con evidencia meridiana, que la Cooperativa demandada tenía razón al proceder como lo hizo, negándose al pago de la altísima cantidad que se le exigía, y si un saldo le aparece deducible en su contra, luego de un largo litigio, saldo exiguo ($ 255.04), la diferencia de criterios entre la empresa y el sentenciador no aparece como resultado de la mala fe de aquella, pues brilla al ojo que suma tan pequeña, de haber sido reclamada desde un principio, habría sido pagada por la Cooperativa, la cual DE BUENA FE (no se ha probado la mala), creyó NO DEBER NADA al demandante y así lo sostuvo a lo largo del proceso, desde la contestación de la demanda hasta la inspección ocular referida, piezas que fueron erróneamente apreciadas".

A su turno manifiesta el opositor "que el Tribunal sí apreció las pruebas que singulariza el recurrente y en atención a ellas, a pesar de carecer de mérito probatorio, hizo las deducciones correspondientes". Dice que "Lo que podría inferirse de la inspección ocular y de las cartas citadas, es precisamente que la COOPERATIVA sabía que adeudaba en todo caso una suma al trabajador por razón de prestaciones sociales, no obstante lo cual dejó de pagarla o de consignarla en legal forma".

Se considera:

Pretende el recurrente demostrar evidente error de hecho en la apreciación probatoria para que se considere justificada la conducta de la empresa por su negativa al pago de la suma por la cual se le demandó, en razón del "saldo exiguo" que adeudaba a la terminación del contrato de trabajo. En primer término se observa que es a la terminación del contrato de trabajo cuando generalmente se hacen exigibles las prestaciones y en ese momento el trabajador no podía exigir "la altísima cantidad" que expresa el recurrente, la cual resultó después, precisamente por la mora en el pago del saldo adeudado. Ahora bien, la conducta observada por la empresa a través del proceso puede juzgarse por los siguientes hechos: al contestar la demanda manifiesta no constarle los hechos y dice atenerse a lo que resultare probado: solicita por medio de su apoderado que se amplíe la inspección ocular, pedida por el demandante, a fin de allegar documentos que demuestran que las prestaciones fueron liquidadas y pagadas y, no obstante, en esta diligencia confiesa que no se han reconocido al trabajador las vacaciones correspondientes al último año de servicios. Tampoco propone la excepción del caso si es que pretendía compensar el monto de las prestaciones con las deudas del trabajador. Todos estos hechos no demuestran la buena fe de la empresa, en el sentido de que ella tuviera una razón atendible para no pagar el saldo debido. De ahí que el sentenciador, con base en estos elementos y en el desconocimiento del saldo adeudado, produjera la condena que se impugna.

En cuanto al reparo principal, se observa que el sentenciador apreció correctamente las pruebas que el cargo individualiza y, además, de ellas no se desprende, como lo cree el recurrente, la justificación del proceder de la empresa. No se configuró el error de hecho acusado y por tanto el cargo no prospera.

Recurso del trabajador

Aspira a que la Corte case el fallo recurrido para que, en función de Tribunal de instancia, confirme el de primer grado. Con invocación de la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L. formula dos cargos que pasan a estudiarse.

Primer cargo

Acusa la sentencia recurrida de violación del artículo 59, ordinal 1º del C. S. del T., por indebida aplicación, a consecuencia de errores evidentes de hecho. Hace consistir los errores en: a) dar por acreditado, no estándolo, la previa autorización escrita del trabajador para que se le descontara la suma de $ 279.77 del valor que le corresponde por prestaciones sociales, con fundamento en dos cartas inoportunamente agregadas y no reconocidas; b) dar por probado, sin estarlo, "que el demandante Ospina Méndez tenía un saldo a su cargo y a favor de la Cooperativa de $ 632.29"; dice que "la prueba de este hecho brilla por su ausencia en los autos", pues en la diligencia de inspección ocular solo lo afirma el apoderado de la demandada, sin que exista constancia de que dicha deuda fuese registrada en los libros o constatado en la diligencia ni se hubiese demostrado que sea de las que den lugar a las retenciones, deducciones o compensaciones de que trata el art.

59 del C. S. del T. (letra b, numeral 1º). Asimismo acusa violación del artículo 6º de la Ley 128 de 1936, a consecuencia de error de hecho evidente, que hace consistir en la misma razón expuesta en el párrafo anterior.

Manifiesta el opositor que interpretando el escrito de casación se tiene que el recurrente ha querido acusar el fallo "por evidente error de hecho en la apreciación del acta de inspección ocular en referencia y en la estimación de las dos cartas precitadas, y la consecuencial violación de los textos anteriormente enumerados, por aplicación indebida"; hace ver que, como consta al folio 12, el a-quo, con el fin de practicar la inspección, solicitó poner de presente libros y documentos relacionados con el demandante y que el apoderado de la demandada solicitó la ampliación para allegar dos cartas, una suscrita por Ospina Méndez y otra por el Gerente del Banco Popular, a fin de que se tuviesen como prueba en el juicio; que como por una de ellas Ospina Méndez autorizó a la Cooperativa para descontar la suma de $ 279.77 de las prestaciones que le correspondieran, el sentenciador se atuvo a esa prueba, sin que pueda decirse que fue producida inoportunamente; cita los artículos 51, 60 y 61 del C. de P. L. en apoyo de la amplitud de que goza el juez laboral en la estimación de todo género de probanzas, lo cual impide, según el opositor, que en casación se susciten controversias de orden procedimental, relativas a la forma de producción de las pruebas en el juicio, a menos que se trate del caso "de dar por acreditado un hecho, cuando la Ley exige determinadas solemnidades sustanciales para su existencia y prueba, y en el caso concreto no se cumplieron tales solemnidades"; dice que las cartas de los folios 11 y 12 se incorporaron al expediente en el curso de la diligencia y que si en un litigio civil tienen eficacia legal, conforme a los artículos 597 y 645 del C. J., con tanto mayor razón en un proceso laboral. En cuanto al segundo error de hecho indicado, dice que el procurador de la demandada presentó los libros de la Cooperativa, en los cuales aparecía el saldo de $ 632.29, solicitando se dejara constancia de ello, lo cual se hizo, y que si la redacción resultó defectuosa no debe olvidarse que el procedimiento del trabajo es oral, "y que no puede acusarse por error EVIDENTE de hecho la apreciación de un Tribunal, cuando de un escrito dudoso en su contenido, desprende una conclusión, porque donde hay duda, no puede existir evidencia; y donde ésta no se da, la contraevidencia es imposible"; expresa, por último, que el apoderado del actor, al folio 14, solicitó que al proferir el fallo se consideraran "los documentos y las cifras de contabilidad aportadas por la Cooperativa de acuerdo con las normas legales sobre la materia", para concluir que la deducción aceptada por el Tribunal, con base en los artículos 59, numeral 1º, y 6º de la Ley 128 de 1936, es correcta.

Se considera:

Expresa el Tribunal en la parte motiva de su fallo:

"2º—En la diligencia de inspección ocular, visible a folios 13 y 14, se constató inequívocamente por cuanto aparece en los libros de la demandada, y ello no fue redargüido de falso por el trabajador ni por su mandatario judicial en el acto de la mencionada diligencia, que el demandante Ospina Méndez tenía un saldo a su cargo y a favor de la Cooperativa de $ 632.29; — 3º En la misma diligencia de inspección ocular, a la cual asistió el demandante y su procurador, se allegaron a solicitud del representante de la demandada dos documentos de importancia procesal: uno, la carta que dirige el Gerente del Banco Popular a la Cooperativa en la cual le pone de presente "que el señor Rafael Ospina Méndez, ex-empleado de ustedes nos adeuda la suma de $ 279.77, saldo e intereses moratorios de una obligación garantizada con su cesantía pendiente por liquidar en esa empresa" (folio 11); otro, la autorización escrita del trabajador a la Cooperativa para que la suma de $ 279.77 "me sea descontada de las prestaciones sociales que me corresponden como ex-empleado de esa entidad y para que sea pagada al Banco Popular" (folio 12). Ninguna de esas dos cartas fueron redargüidas de falso;". Con base en la apreciación del a-quo estima el monto de las prestaciones en $ 789.86 y considera procedente y ajustada a la ley la deducción de la deuda: descuenta el monto de ésta, quedando un remanente a favor del trabajador de $ 510.09, y dice: "de este saldo la Cooperativa solamente estaba autorizada para retener por compensación hasta un cincuenta por ciento, es decir $ 255.04 (ordinal b, artículo 59 ibidem), quedando obligada, en consecuencia, a entregarle el saldo de $ 255.04 al trabajador, y, como no lo hizo así, quebrantó la prohibición que consagra el mismo artículo 59...".

Resulta correcta la apreciación del Tribunal sobre el valor probatorio de los documentos de los folios 11 y 12 del cuaderno principal, puesto que en ellos se constata la deuda del trabajador y la autorización escrita de éste para que se deduzca

del monto de sus prestaciones sociales. No tiene fundamento el reparo formulado por el acusador de que tales piezas carecen de valor probatorio puesto que, presentadas por la empresa durante la diligencia de inspección ocular, una de ellas es un documento suscrito por el demandante, precisamente materia de la prueba que se estaba practicando, y la otra es consecuencia o ratificación de la misma, relacionada con el objeto de la inspección.

En cuanto a la segunda deuda del trabajador con la empresa, por la suma de $ 632.20, se observa: El Tribunal, con base en la diligencia de inspección ocular, encontró que ella estaba debidamente acreditada, tanto más cuanto que no fue desvirtuada por la contraparte, sino por el contrario, reconocida por ésta al solicitar se le tuviera en cuenta por el fallador. En estas condiciones, la apreciación del ad-quem resulta atendible y de su inferencia probatoria ciertamente no se desprende una equivocación manifiesta, pues en el extremo de los cargos aparecería una situación dudosa que precisamente no es la que caracteriza el error de hecho acusable en casación.

No pudo ocurrir tampoco la violación del artículo 6º de la Ley 128 de 1936, porque esta norma tan solo trata de retenciones y deducciones por deudas del socio a la Cooperativa, sin establecer requisito distinto al de estar debidamente acreditadas.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo plantea así el recurrente: "Violación, por infracción directa, del art. 65 del C. S. del T. por falta de aplicación del mismo". Dice que el Tribunal "da por demostrado, como lo fue en la inspección ocular (fol. 12 del C. número 1), el hecho de que el contrato de trabajo terminó el día 19 de agosto de 1953. Igualmente da por demostrado que la Cooperativa demandada no pagó al trabajador el valor que le adeudaba por prestaciones sociales (cesantía y vacaciones) (fol. 17, C. número 2), a raíz de la terminación del contrato de trabajo; no obstante esto el sentenciador, en la parte resolutiva de su fallo, condenó a la Cooperativa demandada a pagar la indemnización por mora en el pago, solamente desde el día 23 de septiembre de 1955, fecha de la notificación de la demanda, y no condenó como ha debido hacerlo, de acuerdo con el texto y sentido del artículo 65 del C. S. del T., desde el día 19 de agosto de 1953, fecha de terminación del contrato de trabajo".

Manifiesta el opositor que el a-quo basó la condena por pena moratoria en la renuencia de la empresa al pago de las prestaciones debidas, pero que el Tribunal no estuvo de acuerdo con esta apreciación, pues "halló que la Cooperativa no estaba obligada a pagar la altísima suma que el actor le exigía, por lo cual no cabía la aseveración de mala fe que hacía el Juez contra la demandada"; expresa que aun cuando no lo diga el fallo, el tomar como fecha para la pena la de la notificación de la demanda, "solo se debe al error de creer que puede haber mala fe a partir de este momento, cuando, como en el presente caso, se demanda por $ 7.020.00 y solo se reconoce en el fallo un SALDO, por concepto de prestaciones sociales, de $ 255.04"; cita una jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sobre el recto entendimiento del artículo 65 del C. S. del T., en relación con "la duda justificada acerca de la existencia de la obligación patronal" o el desconocimiento de ella sin malicia ni temeridad; dice que si el Tribunal se equivocó al hacer tal apreciación "es por errónea estimación de las respectivas piezas probatorias y la consiguiente indebida aplicación de la ley, que ha debido acusarse el fallo recurrido; no por violación directa. Y si erró al interpretar el artículo 65 del C. S. del T., conforme a la tesis expuesta por el propio Tribunal Supremo, que tiene en cuenta la buena o mala fe del patrono para imponer la sanción allí prevista, es por errónea interpretación de' citado precepto que debió producirse el cargo".

Se considera:

El Tribunal condenó a la sanción que establece el artículo 65 del C. S. del T., con base en que la empresa no canceló al trabajador, a la terminación del contrato laboral, el saldo adeudado por concepto de prestaciones sociales. Ha debido imponerla entonces desde la fecha de la desvinculación laboral y no desde la de notificación de la demanda, como lo resolvió. Este proceder del ad-quem ciertamente implica rebeldía o desconocimiento de la norma acusada, puesto que no la hizo operar en toda la extensión temporal de su mandato. De allí que sea procedente el ataque a la sentencia en el concepto de infracción directa del precepto impugnado. Y no procedía la acusación por errónea interpretación de la norma, porque no habiendo dado el sentenciador ninguna razón de su irregular proceder al aplicarla, no puede afirmarse con propiedad que la interpretó en determinado sentido. Lo ocurrido simplemente es un caso de mala o indebida aplicación de la ley.

El cargo, pues, está demostrado y habrá de ca-

sarse parcialmente el fallo recurrido para reformarlo en el sentido de condenar a la empresa demandada a la pena indemnizatoria del referido artículo 65, a partir del día 19 de agosto de 1953, fecha de terminación del contrato de trabajo, hasta el día en que se verifique el pago del saldo adeudado al trabajador.

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 2º condenó a la demandada a pagar al actor $ 9.33 diarios a partir del 23 de septiembre de 1955, y que en su lugar, REFORMANDO el citado numeral, CONDENA a la Cooperativa de Productos de Leche del Atlántico Ltda., representada por su Gerente Antonio Merlano de la Osse, a pagar al actor Rafael Ospina Méndez o a quien sus derechos represente, nueve pesos con treinta y tres centavos ($ 9.33) diarios, a partir del 19 de agosto de 1953 hasta que se verifique el pago del saldo de prestaciones adeudado. No la casa en lo demás.

Costas a cargo de la demandada 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.

SOCIEDAD DE HECHO Y CONTRATO DE TRABAJO. — LA FIGURA DEL SOCIO EMPLEADO EN ESTA CLASE DE SOCIEDADES. — NO SE REQUIERE QUE LA CONSIGNACION DE QUE TRATA EL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO SE HAGA POR LOS TRAMITES ESTABLECIDOS POR EL CODIGO JUDICIAL PARA EL PAGO POR CONSIGNACION DE LAS DEUDAS COMUNES, Y PUEDE HACERSE ANTE CUALQUIER JUEZ DE TRABAJO COMPETENTE AUNQUE DESPUES NO CONOZCA DEL PLEITO. — CUANDO PUEDE DECLARARSE LA EXCEPCION DE PAGO POR HABERSE EFECTUADO ESTA CONSIGNACION. FINALIDAD DE LA RESOLUCION Nº 26 DE 1951 DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DEL TRABAJO. — LOS PERIODOS DE SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO PUEDEN DESCONTARSE POR EL PATRONO AL LIQUIDAR LA PRIMA DE SERVICIOS

1. — Aunque la figura del socio-empleado sea fácilmente comprensible en las sociedades de capital, solo se la puede concebir en las de personas en cuanto los servicios resulten prestados en cumplimiento de órdenes laborales y no de obligaciones del convenio social, según lo tiene explicado la jurisprudencia, y mucho menos puede afirmarse, categóricamente, en las relaciones del pretenso empleado con la sociedad de hecho de que forma parte, en las que la ausencia de pautas regulares presenta todas las actividades como ejecutadas en razón del espíritu asociativo y del interés que en la asociación se tiene, se recibe o se espera.

2.—Tiene definido la jurisprudencia laboral, con criterio que hoy reitera la Corte, que la consignación de que trata el artículo 65 C. S. T., con la que el patrono "cumple con sus obligaciones", según su tenor, y cuya consecuencia primordial es la de evitarle que incurra en mora, o la de ponerle término a la en que haya incurrido —quedando sin operancia la obligación indemnizatoria estatuida por el inciso primero del mismo precepto—, esa consignación, se repite, no requiere, por virtud de su finalidad, de los trámites establecidos por el Código Judicial para esta forma de pago de las deudas comunes. Así, en sentencia de 17 de septiembre de 1955 dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo cuyas funciones desempeña hoy esta Sala de Casación Laboral de la Corte:

"Con todo, y para aprovechar el asunto con miras a la unificación jurisprudencial, puede definirse que el artículo 65 no demanda una consignación con los requisitos del Capítulo 3º del Título 14 del Libro 4º del C. C. y las formalidades del Título XXXII del Libro 2º del C. J., sino el simple depósito de lo que el patrono confiesa deber, elemento este sustancial que rechaza las consignaciones irritas en su monto o fraudulentas en su intención, mientras la justicia del trabajo decide la controversia, es decir, mientras se califica por funcionario competente si la suma depositada cancela el valor de los derechos del trabajador, según lo confesado, o es insuficiente para la solución de las obligaciones patronales. Estos dos factores —confesión de lo debido y transitoriedad de la consignación— integran el hecho en examen, al que la ley atribuye el efecto liberador ya anotado: determinan las modalidades de su ocurrencia, las cuales por otra parte convienen con la simplicidad de formas del derecho laboral, sin las formalidades de la oferta, traslado de ella al acreedor, autorización del juzgo, nombramiento de depositario, del derecho común; y precisan su finalidad, que no es otra que la de atender a la satisfacción de la deuda patronal ya confesada, de buena fe, por lo cual el depositario —Juez o autoridad política del lugar— debe hacer llegar a su destino la suma consignada, que no puede confiársele para cosa distinta, o, al menos, debe hacer saber al trabajador que el depósito se halla a disposición suya con el destino indicado". (Juicio de Miguel Ardila contra Guillermo Velásquez Honorio Vélez H.).

Y en 13 de abril de 1956, decidió:

"Para la Sala, la argumentación anterior carece de todo fundamento ya que la consignación que efectúa el patrono en el caso previsto por el inciso segundo del artículo 65 y para sus efectos, difiere sustancialmente de la regulada por la legislación ordinaria

para las obligaciones civiles. Así, ella no va precedida de oferta, con expresión de lo que el deudor debe y demás exigencias del artículo 1658 del C. C., sino que consiste simplemente en la entrega al juez de lo que el patrono confiesa deber, para poner término a la discusión que se haya suscitado con el trabajador acerca del monto de sus créditos laborales, precaviendo la mora, o para hacerla cesar si ya se había incurrido en ella, y aún para evitarla, sin que haya habido discusión acerca de aquel monto, cuando no ha sido posible efectuar directamente el pago al ex-trabajador. Y todo ello, mientras la justicia decide, esto es, mientras la jurisdicción del trabajo, cuando se instaura contienda, por el todo o por la diferencia, define si lo que el patrono confesó debido concuerda, en su monto y en sus conceptos, con los derechos del trabajador, los cuales, por otra parte ,se hallan amparados por normas de orden público y son irrenunciables". (Juicio de Manuel Blanco Suárez contra Embotelladora Santander, Ltda. (Coca-Cola).

3.—Se dice también que no está demostrada la entrega material del título, pues éste se llevó al Juzgado 2º del Trabajo de Cali y de la litis conoció el Juzgado 1º del mismo lugar. La Sala no acepta este reparo, pues, de una parte, al juicio se aportaron en legal forma las constancias que dan cuenta de aquella entrega material en el Juzgado 2º y, por la otra, porque entiende que era lícita tal entrega —aunque no se hubiese producido en el Juzgado que luego conoció de la controversia— ya que el precepto habla de "Juez de Trabajo" simplemente, como lo era también el que la recibió, y sin que deban sobre este punto imponerse otros requisitos que los atinentes a las reglas de competencia, de la cual también habría estado revestido potencialmente el dicho Juzgado 2º, según los factores determinantes de la misma.

4. — Para que pueda declararse judicialmente la excepción de pago, en forma total o parcial, en casos como el que ahora se examina, se necesita que los autos registren la entrega real al trabajador de la suma consignada. Pues el pago consiste en la solución efectiva de la obligación, solución que no se logra todavía con la sola consignación de que trata el inciso 2º del artículo 65 del C. S. T., por virtud de las modalidades propias de esta figura, a las cuales también debe atenderse para estos efectos. Entonces, lo que se impone procesalmente por esta última consideración, cuando se ha efectuado consignación y no consta la entrega dicha al trabajador, es la condena por los derechos reconocidos, con orden al depositario de efectuar tal entrega y con autorización al patrono para imputar su valor a la suma total debida según la resolución judicial; y solo cuando aparece entregado al trabajador lo que el patrono consignó, declararse el pago total o parcial, por haberse cumplido el fenómeno extintivo.

5.—La Resolución número 26 de 1951 del Departamento Nacional del Trabajo lo que busca es controlar los despidos colectivos de trabajadores y los reajustes de salarios a niveles inferiores, según concepto del propio Ministerio.

6.—Es procedente la aplicación de la norma del Código Sustantivo sobre "efectos de la suspensión" respecto de la prima de servicio (no contemplada expresamente por la frase final del texto 53, que solo se refiere a vacaciones, cesantía y jubilación), pues si durante la suspensión se interrumpe la obligación de prestar el servicio prometido y la prima, según el mandato del artículo 306 del C. S. T., solo se causa en favor de "quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo...", lógicamente no debe producirse si por aquella interrupción no alcanza a trabajarse el tiempo que el precepto señala.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón)

Mauricio Razzetti, con cédula de ciudadanía número 2270961 de Barranquilla, demandó por medio de apoderado a Salustio Victoria, mayor, vecino de Cali, y cedulado bajo el número 1172418 en este último lugar, para que, en su condición de promotor de una sociedad de responsabilidad limitada que iban a formar ambos, primero, de administrador único de una sociedad irregular de la clase indicada, después, y como dueño exclusivo de la empresa deno

minada "Productos Esmaltados Manufactura Colombiana (Pemco)", finalmente, fuese condenado a pagarle:

"**Primero.**—La suma de seis mil treinta y tres pesos treinta y un centavos ($ 6.033.31) moneda legal, valor del auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicio personal prestado por el señor Mauricio Razzetti al doctor Salustio Victoria como promotor éste de una sociedad de responsabilidad limitada entre él y el nombrado señor Razzetti a la sociedad irregular o de hecho, de la clase indicada, representada por el mismo doctor Salustio Victoria como su único administrador, mientras esa sociedad tuvo vigencia, y, por último, al nombrado doctor Victoria, en su propio nombre, sin solución de continuidad, en el lapso de tiempo comprendido entre el primero (1º) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950) al siete (7) de mayo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), o, en subsidio, la suma que por esta prestación social resulte demostrada en el juicio.

"**Segunda.**—La suma de un mil novecientos pesos ($ 1.900.00) moneda legal, valor de la prima de beneficios legales correspondiente al segundo semestre de mil novecientos cincuenta (1950), de servicios legales del año de mil novecientos cincuenta y uno (1951) y las de esta misma clase, en la parte que corresponde, por el tiempo trabajado por mi mandante en el año de mil novecientos cincuenta y tres (1953), por razón de los servicios prestados por el nombrado señor Razzetti a sus patronos, en la forma, términos y durante el período de tiempo expresados en la petición primera, o, en subsidio, la suma que por estas prestaciones sociales resulte acreditada en el juicio.

"**Tercera.**—La suma de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400.00) moneda legal, valor de las vacaciones anuales remuneradas y no disfrutadas, que corresponden al señor Mauricio Razzetti, por razón de los servicios personales prestados a sus patronos, en forma, términos y durante el período de tiempo expresados en la petición primera, o, en subsidio, el valor que por el concepto indicado resulte probado en el juicio.

"**Cuarto.**—La suma de dos mil ochocientos cuatro pesos ($2.804.00) moneda legal, de la cual, una parte de ella corresponde a gastos razonables de viaje del señor Mauricio Razzetti y su esposa legítima señora María Teresa Murillo de Razzetti, de Barranquilla a Cali, incluyendo los de transporte de su mobiliario, sufragados por el señor Razzetti, y el resto, al desembolso que tiene que hacer el nombrado señor Mauricio Razzetti para pagar los gastos razonables de su viaje de regreso y los de su esposa, incluyendo los de transporte de su mobiliario, de Cali a Barranquilla, lugar de su domicilio anterior, ocasionados los gastos hechos y los gastos por hacer, por los servicios personales prestados por el señor Mauricio Razzetti a sus patronos, en la forma, términos y durante el período de tiempo señalados en la petición primera, o, en subsidio, la suma que por los conceptos indicados resulte probada en el juicio.

"**Quinto.**—La suma de cuatro mil pesos ($ 4.000) moneda legal, valor de la indemnización que corresponde a mi mandante, señor Mauricio Razzetti, por suspensión ilegal de actividades de la Empresa "Productos Esmaltados — Manufactura Colombiana" (Pemco), realizada por el doctor Salustio Victoria como dueño exclusivo de esa Empresa, durante el período de la suspensión, o sea del veinte (20) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) al veinte (20) de febrero de mil novecientos cincuenta y tres (1953), equivalente al salario de ese lapso de tiempo, o, en subsidio, la suma que por el concepto expresado resulte acreditado en el juicio.

"**Sexto.**—La indemnización por falta oportuna de pago de los salarios, prestaciones sociales, reembolso de gastos razonables del viaje de venida de mi mandante, señor Mauricio Razzetti, y su esposa, incluyendo los de transporte de su mobiliario, de Barranquilla a Cali, y los que tenga que hacer para el viaje de regreso de Cali a Barranquilla, de él y de su nombrada esposa, incluyendo los de transporte de su mobiliario, desde el día de la terminación del contrato, hasta que el doctor Salustio Victoria pague a mi mandante las sumas que por los conceptos expresados resulte a deberle, en la cuantía que se demuestre en el juicio.

"**Séptimo.**—El valor de las demás prestaciones e indemnizaciones sociales, distintas de las solicitadas, en la cuantía que aparezcan demostradas en el juicio, que resulten deberse a mi mandante por razón de los servicios personales prestados a sus patronos, en la forma, términos y durante el período de tiempo expresados en la petición primera de esta demanda.

"**Octavo.**—Los intereses legales de las sumas debidas que se reconozcan a favor de mi mandante, señor Mauricio Razzetti, desde que se haya hecho exigibles las obligaciones respectivas, hasta que el pago se verifique.

"**Noveno.**—Las costas del juicio".

Solicitó, además, que del valor de las condenas a cargo del demandado se ordenase "el descuento o compensación de la parte proporcional", que correspondiese "como socio de la sociedad irreg

lar o de hecho de que hablan las súplicas de la demanda, tomando en cuenta los siguientes factores: la cuantía del aporte de capital" que hizo en la sociedad; "b) las utilidades producidas por la sociedad y c) la suma que por utilidades le fue reconocida y pagada" por el doctor Victoria.

Para fundamentar estas peticiones el libelo refiere:

"1º —El doctor Salustio Victoria le propuso al señor Mauricio Razzetti, por correspondencia, desde fines de 1948, la explotación del negocio de productos de esmaltes, que debía funcionar en Cali, con este mismo fin, se trasladó de Cali a Barranquilla, en abril de 1950, a tratarle personalmente el punto.

"2º—Aceptada la propuesta, los señores Salustio Victoria y Mauricio Razzetti, celebraron dos contratos: uno de sociedad mercantil de responsabilidad que, por no haberse perfeccionado legalmente subsistió de hecho entre ellos, y otro de trabajo, tal como aparece de la correspondencia que se cruzaron en los años de 1949 y 1950.

"3º—El contrato de trabajo en un principio fue verbal y escrito, y quedó regido, en parte, por la correspondencia cruzada entre el doctor Salustio Victoria y el señor Mauricio Razzetti, y en parte, y en lo no previsto por la correspondencia, por la ley, durante el período del 1º de mayo de 1950 al 6 de marzo de 1952, y pasó a ser exclusivamente escrito del 7 de marzo de 1952 en adelante, y así continuó hasta el 7 de mayo de 1953, fecha en que terminó por voluntad de ambas partes.

"4º—El contrato de trabajo tuvo tres etapas y en cada una de ellas mi mandante, señor Mauricio Razzetti, prestó servicios personales, así: primero al doctor Salustio Victoria, como promotor de la sociedad de responsabilidad limitada que debía constituir con aquel; después a la sociedad irregular o de hecho que existió entre Victoria y Razzetti, representada por el doctor Salustio Victoria como único administrador; y por último, al mismo doctor Victoria, en su propio nombre, desde la disolución y liquidación de la referida sociedad, hasta la terminación del contrato de trabajo, en la forma que en seguida se determina:

"a) La primera etapa, de promoción de la nombrada sociedad, comprende el período de 1º de mayo de 1950 al 28 de agosto del mismo año; b) la segunda, de existencia de la sociedad comprende el período de 28 de agosto de 1950 al 6 de marzo de 1952; y c) La tercera, abarca el período del 7 de marzo de 1952 al 7 de mayo de 1953. Y existieron los servicios, que mi mandante prestó bajo la dependencia y subordinación del doctor Salustio Victoria, en la primera y tercera etapas, y bajo la dependencia y subordinación de la sociedad irregular de responsabilidad limitada, representada por el nombrado Dr. Victoria, como su administrador, en la segunda etapa en lo siguiente: viaje de Razzetti de Barranquilla a los Estados Unidos, a la compra de la maquinaria para la fábrica de esmaltes, por cuenta de Victoria: seguidamente en la instalación de esa maquinaria en Cali, en el lugar en que hoy se encuentra, carrera 15 número 3016 de la actual numeración municipal; y, por último, en la dirección técnica de la nombrada fábrica.

"5º—Como retribución por sus servicios el trabajador Mauricio Razzetti recibió del doctor Salustio Victoria, como promotor de la sociedad de responsabilidad limitada de que se ha hecho mérito, y después de la sociedad de hecho que existió entre ellos, representada por el mismo Victoria como administrador exclusivo, un salario de $ 800 mensuales, durante el período comprendido entre el 1º de mayo de 1950 y el 30 de abril de 1952, y del doctor Victoria como único dueño de la fábrica de esmaltes, un salario de $ 2.000.00 también mensuales, del 1º de marzo de 1952 al 7 de mayo de 1953, a excepción del lapso de tiempo transcurrido del 20 de diciembre de 1952 al 20 de febrero de 1953, durante el cual la fábrica de esmaltes estuvo cerrada.

"6º—El doctor Salustio Victoria y el señor Mauricio Razzetti convinieron también, en un principio, verbalmente, para lo cual aquel hizo el viaje de que trata el hecho 1º de esta demanda, y asimismo por correspondencia, en celebrar una promesa de contrato de sociedad comercial de responsabilidad comercial limitada, de la cual —como se ha dicho— Victoria fue el promotor, y una vez instalada la fábrica de esmaltes que debían constituir su objeto, en Cali, perfeccionar la promesa de contrato, mediante el otorgamiento de la respectiva escritura pública, y con el lleno de los demás requisitos legales.

"7º—Por encargo del señor Mauricio Razzetti el doctor José Joaquín Rodríguez, vecino de Bogotá, elaboró la minuta de promesa de sociedad mencionada, que remitió en abril de 1950, a Cali al doctor Salustio Victoria, para su examen y aprobación.

"8º—Se destacan, de las estipulaciones contenidas en la minuta de promesa de sociedad, las siguientes:

"a) La sociedad se constituiría con dos socios, los señores Salustio Victoria y Mauricio Razzetti; tendría su domicilio en Cali; por objeto, la fabri-

cación y venta de artículos esmaltados, y giraría bajo la razón social de 'Victoria y Compañía Limitada'.

"b) La sociedad tendría una duración de cuatro (4) años y habría de perfeccionarse una vez instalada la maquinaria de la fábrica de esmaltes en Cali; su capital sería de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), del cual Victoria aportaría las tres cuartas partes y Razzetti, la cuarta parte restante.

"c) Victoria sería administrador y Gerente de la sociedad delegándole Razzetti sus facultades administrativas, con algunas restricciones, y Razzetti sería director técnico de la Empresa, con un sueldo mensual de ochocientos pesos ($ 800.00), y además, como salario adicional, una participación en las utilidades de la compañía, fuera de las que le correspondieran como socio.

"9º—A buena cuenta del aporte de Razzetti en la sociedad, el doctor José Joaquín Rodríguez le remitió de Bogotá al doctor Salustio Victoria, a Cali, por cuenta de Razzetti, el 24 de agosto de 1950, un cheque a cargo del Banco Industrial Colombiano, sucursal de Cali y Victoria recibió, el 28 del mismo mes y año, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente.

"10.—El doctor Salustio Victoria no aceptó algunas de las estipulaciones de la minuta del contrato de promesa de sociedad de que trata el hecho 7º, y se abstuvo de darle su aprobación.

"11.—Por lo expuesto en el hecho anterior, el contrato social que los señores Victoria y Razzetti habían convenido celebrar, no alcanzó a perfeccionarse legalmente, por lo cual quedó constituída entre ellos una sociedad de hecho desde la fecha en que Victoria recibió la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) a que se refiere el hecho 8º, estado de cosas que se prolongó hasta el 7 de marzo de 1952.

"12.—En vista de los constantes reclamos de Razzetti a Victoria para definir su situación en el negocio de fabricación de artículos de esmaltes, que en su parte comercial no conocía Razzetti, pues lo dirigía Victoria exclusivamente, reclamos que le fueron hechos a éste por el socio Razzetti desde que la fábrica entró en actividad en mayo de 1951, resolvieron confiar el estudio de las diferencias existentes entre ellos, y su decisión, Victoria al doctor Hernando Valencia, y Razzetti al doctor José Joaquín Rodríguez.

"13.—A principios de marzo de 1952 José Joaquín Rodríguez elaboró una minuta de contrato de sociedad comercial de responsabilidad limitada entre Victoria y Razzetti, para la explotación del negocio de fabricación de productos esmaltados, en plena actividad, dirigido, administrativa y comercialmente, por Victoria, y en su aspecto técnico, por Razzetti.

"14.—Rechazada por Victoria la minuta de contrato social elaborada por José Joaquín Rodríguez, aquel y Razzetti, por medio de los representantes indicados en el hecho 12, llegaron al convenio denominado 'contrato de arreglo amigable', a virtud del cual, fue disuelta y liquidada por voluntad de ambas partes, el 7 de marzo de 1952, la sociedad de hecho anteriormente existente.

"15.—En los términos de que da cuenta el referido convenio, quedaron definidas las diferencias presentadas entre Victoria y Razzetti, en lo concerniente al contrato de sociedad, y pagada la parte de la remuneración adicional al sueldo fijo de Razzetti como trabajador.

"16. El señor Mauricio Razzetti, para dedicarse a la labor de instalación de la fábrica de esmaltes y dirigirla después, tuvo que trasladarse de Barranquilla, en donde residía con su familia, a Cali, y abandonar el empleo que desempeñaba en la primera de dichas ciudades, de director técnico de una fábrica de esmaltes de propiedad del señor Alberto Marulanda, habiendo tenido que hacer por su cuenta los gastos de pasaje aéreo suyo y de su esposa legítima, doña María Teresa Murillo de Razzetti, y los de transporte de su mobiliario, gastos que no le han sido reembolsados por el doctor Victoria.

"17.—Para trasladarse de Cali a Barranquilla, su domicilio inmediatamente anterior, el señor Mauricio Razzetti tendrá que hacer los gastos de pasaje suyo y de su nombrada esposa y los de transporte de su mobiliario, que de acuerdo con la Ley, son de cargo de su patrono Victoria.

"18.—El doctor Salustio Victoria cerró la fábrica de esmaltes el 20 de diciembre de 1952 al 20 de febrero de 1953, sin permiso de la autoridad de trabajo correspondiente, que no se lo otorgó sino el 19 de enero de 1953, conforme a la Resolución de esa fecha proferida por el señor Ministro de Trabajo, bajo el número 25.

"19.—El aviso que del cierre de actividades de su fábrica dio el doctor Salustio Victoria a sus trabajadores el 19 de noviembre de 1952, fue prematuro, pues para esa fecha no tenía autorización para cerrarla, y después de haber recibido ésta, se abstuvo de darle a mi mandante, como a ningún miembro del personal de trabajadores de la empresa, el aviso ordenado por la Ley. Durante el período de suspensión ilegal mencionado, no le fue pagado el salario a mi mandante señor Mauricio Razzetti.

"20. — Mientras tuvo existencia la sociedad de hecho entre Victoria y Razzetti, su dirección administrativa y comercial estuvo a cargo exclusivo del socio Victoria, sin ingerencia alguna de Razzetti, quien no tuvo otra función en la sociedad que la de simple socio sin administración, y además, la de director técnico de la fábrica, bajo la dependencia y subordinación de Victoria.

"21.—Al disolverse y liquidarse el 7 de marzo de 1952 la sociedad de hecho, el doctor Victoria quedó como único dueño de la Empresa 'Productos Esmaltados—Manufactura Colombia (Pemco)'.

"22.- El doctor Salustio Victoria, después de liquidada la sociedad de hecho, continuó explotando el mismo negocio que constituía el objeto de ésta, y el señor Mauricio Razzetti, continuó prestando sus servicios personales al doctor Victoria, sin interrupción ninguna, en la dirección técnica de la fábrica de esmaltes.

"23.- El doctor Salustio Victoria se ha negado a pagarle a mi mandante las prestaciones sociales e indemnizaciones que le debe, a saber: el auxilio de cesantía, por todo el tiempo del contrato de trabajo, las vacaciones en dinero de los tres años lapsos de ese contrato, de las cuales no disfrutó; las primas de beneficios legales del segundo semestre de 1950; las de servicios legales del año de 1951, y la proporcional por los servicios prestados de enero 1º a mayo 7 de 1953; la indemnización por suspensión ilegal de actividades de la fábrica durante el período en que estuvo cerrada; y los salarios devengados desde la fecha en que el contrato terminó en adelante, por no haberse cubierto en esa oportunidad al trabajador las referidas prestaciones e indemnizaciones. E igualmente se ha negado a hacerle el reembolso de los gastos razonables de viaje de Barranquilla a Cali, los de su esposa y los de transporte de mobiliario, que mi mandante tuvo que pagar, como también se niega a reconocerle sus gastos razonables de viaje y los de su esposa y los de transporte de su mobiliario, que tiene que hacer para trasladarse de Cali a Barranquilla, su domicilio anterior".

En derecho invocó las leyes 64 de 1945, 64 y 65 de 1946, los decretos 2127 del año primeramente citado, 2474 de 1948, 3871 de 1949, 70, 71 y 260 de 1950 y demás normas pertinentes de la legislación laboral anterior a este año, las resoluciones 26 y 28 de 1951 del Departamento Nacional del Trabajo, el Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 1501, 2079, 2081, 2083 y concordantes del Código Civil, la Ley 124 de 1937 y el Título VII, Capítulo 1º del Código de Comercio. Para el procedimiento, el Código de la materia.

El demandado contestó los hechos afirmados por el demandante de la siguiente manera:

"**Al hecho 1º** — No es cierto en la forma como está redactado. El doctor Salustio Victoria conversó y estudió con el señor Mauricio Razzetti, técnico y perito en la materia, sobre la posibilidad de fundar y explotar en Cali un negocio de productos de esmaltes y sobre dicha posibilidad se inició una larga correspondencia. Con fecha 27 de noviembre de 1949 el señor Razzetti remitió al doctor Victoria 'un estudio completo' de los materiales y maquinaria que se necesitaba para el negocio proyectado. En carta de dicha fecha ofreció darle los datos comerciales pertinentes y hacerle ver las ganancias que el negocio podía dejar. Quien sabía de estos negocios era el señor Razzetti y el doctor Victoria era un interesado que podría llegar a constituir con él una sociedad para él explotar dicho renglón. Presentaré cartas al respecto.

"**Al hecho 2º** — No es cierto en la forma como está redactado. Tanto el doctor Victoria como el señor Razzetti, en igual pie de igualdad y por su propia determinación llegaron a la siguiente conclusión: que debían constituir una sociedad mercantil que entonces no se especificó, en la cual fueran ambos socios, en la forma y términos que convinieran los dos interesados. En ningún caso se buscó conseguir para la futura sociedad un empleado. El Razzetti entraba como socio y pondría sus conocimientos técnicos al servicio de la sociedad. Si se hubiera tratado de conseguirlo como empleado no habría tenido la ingerencia y dirección que siempre tuvo. Esto lo demostraré con correspondencia y con la prueba de posiciones.

"**Al hecho 3º** — No es cierto en la forma como está redactado. Nunca existió el pretendido contrato de trabajo en el lapso comprendido entre el 1º de mayo de 1950 y el 6 de marzo de 1952. Como antes dije, los dos socios convinieron en fijarse sueldos en la sociedad proyectada así: para el socio Razzetti, ochocientos pesos mensuales y para el socio Salustio Victoria, mil quinientos pesos mensuales. Al primero le correspondía la parte técnica y el segundo financiar la Empresa consiguiendo créditos. Pero en todo debían proceder de común acuerdo y así se hizo hasta el extremo que desde un principio y en la etapa de iniciación y conversaciones el socio Razzetti impuso el nombre de los productos. Todo esto lo demostraré con la presentación de cartas y con posiciones.

"Al hecho 4º—No es cierto. El señor Mauricio Razzetti no prestó ningún servicio personal al doctor Victoria en todo el tiempo en que el negocio y la sociedad no pasaron de ser un proyecto. El doctor Victoria no fue, ni promotor, ni dueño exclusivo hasta el día 7 de marzo de 1952. Tampoco fue en el tiempo anterior a dicha fecha el único socio administrador pues siempre procedía de acuerdo con el señor Razzetti. Es bien sabido que en la sociedad proyectada que era comercial Limitada, la administración está a cargo de todos los socios. Lo dicho lo demostraré con cartas y documentos privados, y también con la prueba testimonial.

"Al hecho 5º — No es cierto en la forma como está redactado y ha quedado en parte contestado en las respuestas dadas a los hechos anteriores. Es cierto en cuanto a partir del 7 de mayo de 1952 y hasta el 7 de mayo de 1953, sí firmó el doctor Victoria un contrato de trabajo con el señor Razzetti. Las mismas pruebas dichas antes.

"Al hecho 6º—Es cierto en términos generales. En cuanto a la realidad del convenio, ella se demostrará dentro del término probatorio. Niego eso sí que el doctor Victoria fuera el promotor, pues ambos socios intervinieron en el proyecto en igualdad de opiniones y conceptos.

"Al hecho 7º—Es cierto. Ello lo hizo el señor Razzetti en ejercicio de su derecho y en defensa de sus intereses. El doctor José Joaquín Rodríguez es hermano político del señor Razzetti.

"Al hecho 8º—Es cierto. En la minuta quedaron consignados los puntos de vista y las apreciaciones personales del señor Razzetti y de su abogado.

"Al hecho 9º—Es cierto. Al respecto me atengo a las pruebas que se presenten con la oportunidad legal. Esto en cuanto a fechas, no en cuanto al hecho en sí.

"Al hecho 10º—Es cierto con la aclaración de que el doctor Victoria rechazó la minuta a que el hecho se refiere por ser contraria a lo convenido y gravemente lesiva de sus intereses.

"Al hecho 11º—Es cierto. La situación de hecho que se creó será objeto de definición en este juicio.

"Al hecho 12º — No es cierto. Victoria estuvo siempre listo no solo a dar cumplimiento a lo convenido con Razzetti, sino a mejorar las condiciones en favor de éste que no habían sido motivo de pacto o compromiso. El señor Razzetti buscaba cláusulas no convenidas y por eso el contrato no se perfeccionó. No es verdad que Razzetti desconociera la parte comercial del negocio ni tampoco que éste fuera dirigido exclusivamente por Victoria. Es verdad que ambos presuntos socios convinieron en confiar el estudio de sus diferencias a los doctores José Joaquín Rodríguez y Hernando Valencia.

"Al hecho 13º—No es cierto en la forma como está redactado. La minuta a que éste hecho se refiere estaba en desacuerdo con lo convenido.

"Al hecho 14º—Es verdad, con la salvedad que he hecho sobre el punto de derecho que será debatido.

"Al hecho 15º — Es cierto con la aclaración de que en el texto del arreglo que se firmó por los dos interesados y por los dos profesionales voceros, como testigos, no se consideró al señor Razzetti como empleado sino como socio y en tal exclusiva calidad se expresa en el convenio. Tampoco es verdad que el arreglo dejara pendientes cuentas entre los socios. Los dos abogados que intervinieron en el convenio sabían muy bien que ninguno de los socios tenían derecho a prestaciones sociales y por eso a ellas no hicieron referencia. Pero el arreglo fue completo y definitivo. Así lo acepta el actor y así lo establece el documento de 7 de marzo de 1952, cuando dice: 'En los términos que quedan expuestos, quedan completamente definidas entre las partes las diferencias que se habían presentado y declaran que el presente arreglo es justo y equitativo para ambas quedando recíprocamente a paz y salvo por todo concepto'. Si en vía de discusión se aceptara que los socios Victoria y Razzetti eran solidariamente responsables de las prestaciones sociales de la presunta sociedad hasta el 7 de marzo de 1952, entre ellos habrían quedado liquidadas pues el arreglo fue global e íntegro y ambos quedaron a PAZ Y SALVO POR TODO CONCEPTO.

"Al hecho 16º—Lo niego en la forma como está redactado. Ignoro los compromisos del señor Razzetti en Barranquilla. Pero hay constancia en la correspondencia, chequeras, etc., que al señor Razzetti, aunque no había obligación de ello, se le suministró el valor de su viaje y traslado familia de Barranquilla a Cali.

"Al hecho 17º—No es un hecho. Es una afirmación del actor. Tengo entendido que el señor Razzetti no piensa volver a radicarse en Barranquilla y que se establecerá en Cali. No es cierto que la parte que represento esté obligada a suministrarle gastos de pasaje y transporte.

"Al hecho 18º—Más que un hecho, es punto de derecho. El cierre de la fábrica se hizo legalmente y con permiso de autoridad que presento con la presente contestación.

"Al hecho 19º—Es punto de derecho. Ya queda

contestado. Si la fábrica estuvo mal o bien cerrada ese es un punto que será materia de fallo. Pero en ningún caso existe para el patrón la obligación de pagar salario alguno.

"Al hecho 20º—No es cierto. Este hecho ha quedado contestado en las respuestas dadas anteriormente.

"Al hecho 21º—Es cierto en todas sus partes.

"Al hecho 22º—Es cierto en su primera parte. Pero niego terminantemente que el señor Razzetti hubiera continuado prestando sus servicios al doctor Victoria pues como antes dije, solo fue empleado de éste a partir del 7 de marzo de 1952.

"Al hecho 23º—No es cierto. Las razones que el doctor Victoria ha tenido para negarse al pago temerario que de él se pretende están explicadas en las respuestas dadas a los hechos anteriores. Las razones legales que le asisten para considerar injusto el cobro se explicarán al contestar el derecho y al referirme a cada una de las peticiones de la demanda. El doctor Victoria reconoce que debe al señor Razzetti $ 3.000.00 y a este efecto hizo la liquidación respectiva que el señor Razzetti recibió personalmente sin reclamar contra ella. Luego le dio aviso escrito, también recibido por él personalmente, de que a la orden del Juzgado 2º del Trabajo había depositado dicho valor en el Banco de la República que estaba a su orden y luego, para abundar en avisos formuló demanda al respecto ante el Juez mencionado. De todo ello acompaño la prueba".

En consonancia con su presentación de los hechos, el demandado propuso las excepciones de inexistencia parcial de la obligación, pues solo estimó deber lo correspondiente al tiempo último de las relaciones, regido por contrato de trabajo y en relación con el cual produjo consignación conforme al artículo 65 del CST.; la de petición de modo indebido, pues considera que la demanda involucra peticiones laborales y peticiones que debe decidir la justicia civil como la relativa a la supuesta indemnización de perjuicios del punto 4v y la parte que solicita compensaciones y descuentos; la de carencia de personería sustantiva del demandado pues se le demanda en un triple carácter inexistente, que confunde, además, las acciones y hace discontinua la continuencia de la causa; y las de arreglo, pago de las únicas prestaciones que se causaron y transacción. Además, formuló demanda de reconvención, contra Razzetti como socio, en suma de $ 20.000.00 y por las prestaciones que a su vez el reconvenido le debería en ese carácter, "para el caso increíble de que progresara la acción temeraria" del demandante. Este se opuso a lo solicitado por Victoria.

Tramitada la controversia, el Juzgado 1º del Trabajo de Cali, que fue el del conocimiento, la desató en fallo de 22 de enero de 1955, cuya parte resolutiva reza así:

"1º—Condénase al doctor Salustio Victoria, mayor y del vecindario, al pago de la suma de tres mil cuatrocientos noventa y tres pesos con setenta y siete centavos, m. cte. tres días después de ejecutoriada la presente providencia, a favor del señor Mauricio Razzetti, de iguales condiciones civiles, por los conceptos que se han relacionado en la parte motiva de este fallo.

"2º—Absuélvesele de los demás cargos contenidos en la demanda.

"3º—Costas a cargo del demandado".

Su motivación acoge en lo fundamental las tesis del demandante principal, aunque en punto a las prestaciones reclamadas absolvió por la referente a primas, en razón de que el demandado era una persona natural y no una empresa, cuyo capital, además, no se comprobó en la cuantía que genera esa obligación; en lo tocante a los gastos de viaje dedujo inexistencia de prueba suficiente para establecerlos; y de la mora encontró consignación de lo que Victoria creía deber y ausencia de mala fe. Del monto de los valores de condena restó la suma consignada, y nada dijo sobre la reconvención.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, después de corregir algunos errores en el procedimiento de la alzada, revocó, en todas sus partes, la sentencia del inferior, en la suya de 30 de mayo de 1955, cuya parte resolutiva dice:

"REVOCAR en todas sus partes la sentencia número 70 de fecha 22 de enero de 1955, dictada por el señor Juez Primero del Trabajo de esta ciudad, dentro del juicio seguido por Mauricio Razzetti contra Salustio Victoria, con demanda de reconvención propuesta por éste contra aquel, para en su lugar dispone: (sic)

"1º—Absuélvese al demandado Salustio Victoria de condiciones civiles conocidas en autos de todos y cada uno de los cargos propuestos por su demandante Mauricio Razzetti, de condiciones civiles igualmente conocidas, por encontrarse probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación, distintos al derecho al auxilio de cesantía y a la compensación en dinero de las vacaciones.

"2º—Declárase probada la excepción de pago con respecto al auxilio de cesantía y a la compensación en dinero de las vacaciones causadas durante el contrato de trabajo que rigió entre demandante y demandado desde el 7 de marzo de 1952 hasta el 7 de mayo de 1953.

"3º—Absuélvese a Mauricio Razzetti de todos y cada uno de los cargos propuestos por Salustio Victoria en la demanda de reconvención.

"4º—Como consecuencia de lo anterior no se hacen las compensaciones y descuentos solicitados en la demanda principal y en la de reconvención".

"5º—Sin costas en ninguna de las instancias".

La motivación admite en lo sustancial las tesis del demandado Victoria, estimando, por otra parte, que la consignación efectuada por éste produjo la extinción de sus obligaciones sobre cesantía y vacaciones y lo exoneró de mora. Lo demás no lo encontró fundado.

Contra la sentencia anterior interpuso el apoderado de Razzetti el recurso de casación que va a decidirse mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

La demanda de casación

Persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido para que, convertida la Corte en tribunal de instancia, modifique el "de primer grado en el sentido de condenar al demandado al pago de la prima de servicios, de los gastos de transporte de ida y regreso, de los salarios correspondientes al tiempo en que la Empresa suspendió ilegalmente actividades, de la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones y del auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicio, sin deducción de suma alguna". Para estos efectos presenta tres cargos que se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa la violación, por falta de aplicación, de los artículos 22, 23, 24, 127, 194, 249, 306, 466 (en armonía este último con la Resolución número 26, sin especificar su fecha, del Ministerio del Trabajo) y 57, ordinal 8º del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de ostensible error de hecho en la apreciación de pruebas que ofrece singularizar más adelante, como en efecto lo hace.

En demostración de este ataque, el recurrente sintetiza las razones del fallador relativas a que "entre las partes existió una sociedad de hecho desde el 1º de mayo de 1950 hasta el 6 de marzo de 1952, ya que con anterioridad a aquella fecha venían gestando la idea de asociarse': que tal sociedad surgió 'desde el momento mismo en que las partes aportaron en dinero y en especie y constituyeron así, o trataron de constituir, un fondo común destinado a la explotación del negocio convenido' o desde 'cuando acordaron poner cada una de ellas algo en común con el fin de explotar un negocio lucrativo para repartirse las utilidades o pérdidas que de él resultaran': que la sociedad fue promovida conjuntamente; que no hubo una persona jurídica distinta a los socios individualmente consideradas; que éstos continuaron en la propiedad de sus aportes; que el doctor Victoria, al 'conservar la propiedad de su aporte, continuó administrándolo, 'pero con la circunstancia de que las utilidades o beneficios se repartieran con el socio Razzetti en proporción al aporte de cada uno de ellos'; que otro tanto ocurrió respecto del señor Razzetti; que éste fue un socio de los comúnmente llamados capitalistas 'porque su aporte estuvo representado en dinero y en industria, y en razón de ello se colocó dentro de la sociedad en el mismo plano de igualdad, de responsabilidad y de administración que el otro socio': que si bien el señor Razzetti prestó su actividad personal consistente en la aplicación de sus conocimientos especiales o técnicos, no lo hizo en beneficio de una persona jurídica, que nunca existió, ni tampoco en beneficio del Dr. Victoria, sino en provecho del capital que aportó a la sociedad, provecho que 'iría a unirse con el beneficio o provecho que Victoria mediante su industria lograra de sus aportes' y que al producirse se repartiría entre los socios proporcionalmente; que si el demandado no fue promotor de la sociedad ni tampoco tuvo el carácter de administrador de la misma, 'mal puede deducirse que el demandante Razzetti le hubiese prestado a aquel un servicio personal a través del cual Victoria hubiera adquirido la calidad de patrono por beneficiarse de dicho servicio y en razón de ello haberlo remunerado': que si el señor Razzetti no fué trabajador o empleado del demandado Victoria, tampoco lo fue de la sociedad de hecho porque ésta no constituyó una persona jurídica; que si el actor no prestó al demandado un servicio personal, no pudo estar bajo la subordinación o dependencia del segundo; que la remuneración representada por la suma fija de ochocientos pesos más la participación en las utilidades, no revistió el carácter de salario, o en otros términos no envolvió una contraprestación dada en razón de servicios personales; y por último, que, no habiéndose configurado ninguno de los elementos típicos del contrato laboral, debe desecharse la tesis de que tal especie de contrato concurriera con el social que en realidad existió". Y alega que estas conclusiones del Tribunal provienen de una equivocada apreciación de las mismas pruebas en que pretende fundarlas y de la falta de estimación de otras que obran en el expediente, así:

"La iniciativa de montar en Cali una empresa de productos esmaltados, partió del doctor Victoria, según se deduce del siguiente párrafo de la carta visible del folio 128: 'Yo sigo con la idea de montar una fábrica, y claro he estudiado más de un proyecto, pero vuelvo a repetirle, para mí sería sumamente grato poder establecer una empresa que contara con su cooperación técnica, y si también es posible económica, mucho mejor'.

"Fue también el doctor Victoria quien aconsejó al señor Razzetti que se separara de la Empresa en que venía prestando sus servicios en Barranquilla y le insinuó la fecha en que debía viajar a los Estados Unidos (carta del folio 14) con el fin de gestionar la adquisición de la maquinaria y elementos necesarios para la empresa en proyecto.

"En cuanto a la condición en que inicialmente el señor Razzetti se proponía prestar sus servicios, dice la carta del folio 29: 'Quiero hacer la salvedad que en el contrato que tengo que hacer como técnico con la Empresa, me queda el derecho de invertir dinero en acciones de la compañía cuando haya podido realizar mis propiedades'.

"Por su parte el doctor Victoria, en carta dirigida al doctor José Joaquín Rodríguez, manifiesta: '...yo he pactado con él (Razzetti) un sueldo como técnico que asciende a la suma de ochocientos pesos mensuales y durante el tiempo que a la empresa le preste estos servicios, y que convinimos que sería por un término no menor de cuatro a cinco años' (folio 18).

"Respecto de los gastos de viaje a los Estados Unidos, las cartas de folio 90 y 91, ponen de presente el hecho de que los cubrió el demandado, independientemente del sueldo estipulado entre las partes, el cual le era girado por el doctor Victoria a los Estados Unidos, como aparece en la parte final de la carta fechada el 5 de junio de 1950 (folio 110).

"El señor Razzetti permaneció en los Estados Unidos desde el 3 de mayo de 1950 hasta el 3 de octubre del mismo año (pasaporte, folio 271), y durante todo ese tiempo recibió y siguió las instrucciones del doctor Victoria, según resulta de la correspondencia cruzada entre los dos en ese lapso (folios 109 a 117, 138 a 152).

"Al regreso del señor Razzetti al país, y una vez que se trasladó de Barranquilla a Cali, se ocupó en el levantamiento del edificio, en el montaje de las máquinas y luego en la dirección técnica de la fábrica (posición 10ª del pliego que presentó el demandado, folio 228; declaraciones de Hernán Gutiérrez y Alfonso Potes, folios 211 vto. y 213).

"A partir del 7 de marzo de 1952, fecha en que se firmó entre las partes contrato escrito de trabajo, el señor Razzetti continuó desempeñando las mismas funciones de Director Técnico de la Fábrica (folio 158).

"Antes de los últimos días del mes de agosto de 1950 o de los primeros de septiembre del mismo año, el señor Razzetti no hizo entrega alguna de dinero al doctor Victoria con destino a la sociedad que proyectaron (hecho noveno de la demanda y su contestación, folios 4º vto. y 55 y cartas de los folios 108 y 216)

"El doctor Victoria rechazó las minutas del contrato de promesa de sociedad que por encargo del señor Razzetti elaboró el doctor José Joaquín Rodríguez (hechos 7º, 8º, 10º, 13 y 14 de la demanda, y las respectivas contestaciones (folios 4 vto., 5 y 55).

"El negocio que proyectaron el doctor Victoria y el señor Razzetti se convirtió en una Empresa a la que se dio el nombre de 'Productos Esmaltados—Manufactura Colombiana—Pereira' (posición 3ª del pliego que presentó el demandado, folio 220; membretes visibles a folios 118 y 121 a 124).

"El doctor Victoria se consideró Gerente de la Empresa, como se lo manifestó al doctor José Joaquín Rodríguez en carta del 29 de abril de 1950, Capítulo **Sueldos del personal** (folio 18)".

De las pruebas mencionadas el recurrente infiere que el señor Razzetti prestó su actividad personal como técnico de la Empresa que el doctor Victoria concibió y realizó, "desde luego secundado por aquel", desde el 1º de mayo de 1950 hasta el 6 de marzo de 1952, en forma igual a como lo hizo desde el 7 de marzo de este último año hasta el 7 de mayo de 1953, o sea durante la vigencia del contrato escrito de trabajo: que en la primera etapa, comprendida entre el 1º de mayo de 1950 y el 28 de agosto del mismo año, el señor Razzetti no hizo entrega alguna de dinero al doctor Victoria, "con destino a la sociedad que proyectaron los dos", por lo cual carece de base la tesis del **ad-quem** acerca de que el demandante trabajó durante esa época en provecho de su propio capital; y que al aportar la suma de $ 20.000, en la confianza de que finalmente se constituiría la sociedad de responsabilidad limitada, y en el supuesto de que por ese motivo hubiese surgido una sociedad de hecho, tampoco cabe afirmar que el señor Razzetti buscase su personal beneficio para unirlo al del doctor Victoria. Alega en seguida el acusador que ciertamente no existió una persona jurídica a la que estuviera subordinado el Sr. Razzetti, pero es innegable que desde el principio y durante todo el tiempo a que se extendió

la prestación de sus servicios, existió una empresa o sea una unidad de explotación económica, distinta e independiente de las personas naturales de sus promotores y fundadores; que esta clase de entidad está expresamente reconocida por el artículo 194 CST. y Razzetti tuvo una relación de trabajo con la empresa que en un momento dado recibió el nombre de "Productos Esmaltados —Manufactura Colombiana" (Pemco) sin que importe averiguar si el actor en cierto momento tuvo la calidad de socio del doctor Victoria: que como lo anota Devenli la calidad de socio no impide la posibilidad "de revestir la calidad de empleado en la empresa o en una de las empresas ejercitadas por la sociedad"; y que si toda relación de trabajo, a la luz del artículo 24 CST. se presume regida por un contrato de trabajo, la conclusión lógica es la de que entre Razzetti y la empresa mencionada —gerenciada y por lo tanto representada por el doctor Victoria— existió un vínculo de esa especie.

Y concluye el recurrente:

"Y como de otro lado está demostrado que no se le pagó el pasaje de ida de Barranquilla a Cali y de Cali a la primera de dichas ciudades (fl. 194); que no se le pagaron los salarios correspondientes al tiempo en que la empresa estuvo suspendida ilegalmente, como se explicará en el tercer cargo: que no se le pagó la prima de servicios reclamada (fls. ..); que tampoco se le ha pagado en todo ni en parte el auxilio de cesantía ni las vacaciones anuales, ni la indemnización por mora, todo ello por haber estimado el fallador que no existió contrato de trabajo durante la época en que éste no fue escrito y por haber estimado probada la excepción de pago alegada por el demandado respecto del tiempo en que el contrato laboral fue escrito, es claro y evidente que el Sancional quebrantó, por falta de aplicación, las disposiciones citadas al enunciar el cargo. En cuanto al tiempo anterior a la vigencia del Código Laboral, resultan igualmente violadas las siguientes normas sustantivas: artículos 1º y 12, ordinal 1) de la Ley 6ª de 1945; el 6º de la Ley 64 de 1946; el 1º de la Ley 65 del mismo año; los artículos 1º, 2º y 3º del decreto 2127 de 1945, y los artículos 3º y 6º del decreto 1160 de 1947, por el mismo concepto ya expresado".

Por su parte, el opositor relata las circunstancias en que se desarrollaron las relaciones entre Victoria y Razzetti en la forma distinta que dio origen a la controversia y al fallo recurrido, defendiendo las apreciaciones de éste acerca de la existencia de una sociedad de hecho entre mayo de 1950 y marzo de 1952, en extensa argumentación que atiende tanto a los aspectos de derecho como a las modalidades de hecho registradas por los autos, y destacando, en relación con estas últimas, las probanzas que denotan desde un principio, la intención de los litigantes, de asociarse en la explotación del negocio que proyectaban y que conjuntamente establecieron.

Se considera:

El cargo que acaba de transcribirse parece impugnar, unas veces, la apreciación del ad-quem acerca de que entre los litigantes existió una sociedad de hecho entre el 1º de mayo de 1950 y el 6 de marzo de 1952, y otras sugiere que, a pesar de esa existencia o en concurrencia con ella (aunque no alude al artículo 25 del CST.) Razzetti prestó servicios a Victoria como promotor éste de dicha sociedad, primero, y como administrador de la misma después, o a la sociedad representada por el dicho Victoria o a la empresa que resultó de sus planes y actividades y después se denominó "Productos Esmaltados —Manufactura Colombiana (Pemco)", (ya que ninguna de esas singularizaciones aparece en forma suficientemente explícita) mas en todo caso, servicios que presumible o directamente configuraron un contrato de trabajo y que generaron los derechos que se reclamaban en la litis, en estimación conjunta con los que corresponden al vínculo indiscutido del 7 de marzo siguiente.

Si de lo primero se trata —y el asunto ha debido plantearse de modo inequívoco— precisa declarar que la referida existencia de una asociación entre los litigantes, asociación irregular por cuanto no llegó a perfeccionarse legalmente, es punto incuestionable de la litis, definido con toda exactitud por el ad-quem. Pues como lo advirtió éste, desde el libelo inicial tal fue el planteamiento del actor; tales los supuestos básicos de la contestación, de la demanda de reconvención y de la respuesta a la misma, y la conclusión única que cabe deducir de todas las probanzas del juicio, particularmente de la correspondencia cruzada entre los litigantes, de las minutas elaboradas con el propósito de dar vida regular a la dicha asociación y del documento que la disolvió y liquidó las situaciones cumplidas entre Victoria y Razzetto. Y como lo revelan, inclusive, las manifestaciones del recurrente relativas a que la empresa fue concebida y realizada por el demandado "desde luego secundado por aquel" (Razzetti), a "la sociedad que proyectaron los dos" (Victoria y Raz-

zetti) y a que no importa "averiguar si el actor en cierto momento tuvo la calidad de socio del doctor Victoria" (fls. 13 y 14 del cuaderno de casación).

Y ninguna de las piezas destacadas en el cargo tiene poder de convicción para destruir esta primera base del fallo del Tribunal. En efecto, ni que la iniciativa de montar en Cali una empresa de productos esmaltados partiera de Victoria (en el supuesto de que de él partiera, ya que la carta de folio 128 del primer cuaderno alude a una conversación con Razzetti, desarrollada años atrás, sin que arroje luz para definir cuál de los dos interesados planteó el tema o sugirió la idea de la asociación; ni que el retiro de Razzetti de la compañía donde trabajaba en Barranquilla y su viaje a los Estados Unidos para gestionar la adquisición de la maquinaria y elementos necesarios para la empresa en proyecto, hubiesen sido aconsejados o insinuados por Victoria; ni que en 2 de marzo de 1950, esto es, dos meses antes de la fecha que el **ad-quem** fijó a la asociación en examen, Razzetti hubiese hablado de sus futuros servicios como técnico, dejando a salvo, además, en forma expresa, su deseo de tener "derecho de invertir dinero en acciones de la compañía cuando haya podido realizar más propiedades"; ni que Victoria, en carta de 29 de abril de 1950 dirigida al doctor José Joaquín Rodríguez, hubiese manifestado que pactó con Razzetti un sueldo como técnico; ni que los gastos de viaje a los Estados Unidos los hubiese cubierto el demandante, independientemente de los sueldos que le eran girados a ese país; ni que Razzetti, durante su permanencia en el exterior, recibiera instrucciones de Victoria; ni que se hubiese ocupado, luego, a su regreso, en el montaje de las máquinas en Cali y en la dirección técnica de la fábrica; ni que, liquidadas las situaciones anteriores al 7 de marzo de 1952, hubiese suscrito contrato laboral para el desempeño de las mismas funciones de director técnico de la fábrica; ni que su aporte en dinero, en suma de $ 20.000.00, solo se hubiese efectuado en septiembre de 1950; ni que Victoria hubiese rechazado las minutas elaboradas por el doctor Rodríguez; ni que el negocio que proyectaron Razzetti y Victoria se hubiese convertido (después del arreglo amigable de 6 de marzo de 1952) en una empresa a la que se dio el nombre de Productos Esmaltados—Manufactura Colombiana (Pemco); ni que, en fin, Victoria se hubiese considerado como el Gerente de esa empresa, que son todas las consideraciones que esgrime la acusación, demuestran de modo manifiesto, sea que se aprecien en conjunto o en forma separada las probanzas que a ellas se refieren, que no existió la asociación deducida por el **ad-quem**, deducción que hizo apoyándose no solo en las dichas pruebas sino en todas las demás que obran en el expediente y que informaron las posiciones fundamentales de los litigantes, en la controversia judicial. Porque la iniciativa podía partir o no de Victoria; el retiro de Razzetti de la empresa donde trabajaba en Barranquilla y su viaje a los Estados Unidos pudieron haber sido sugeridos por el mismo Victoria, y cada uno de los demás hechos relatados pudieron acontecer en la forma como los presenta el cargo; pero sí hubo, como efectivamente hubo según todas las probanzas y lo dieron por indiscutible los propios litigantes, aportes en dinero y en actividad para la explotación de un negocio común, con ánimo de colaboración económica para compartir, beneficios y pérdidas, tal conjunción colocaba a los interesados en la situación jurídica deducida por el sentenciador, aunque no se la pudiese calificar de sociedad regular precisamente porque no se cumplieron las exigencias de ley para estos efectos, y como debidamente lo declaró también el fallo. Porque son los elementos que se acaban de esbozar los que generan dicha situación jurídica sin que ninguna de las consideraciones que presenta el recurso —en el supuesto de que se las haya alegado con este propósito— las niegue, los destruya o siquiera los desvirtúe.

En realidad, todas esas probanzas y los argumentos elaborados en torno a ellas parecen encaminarse a sostener que, en concurrencia con la sociedad de hecho, hubo un contrato de trabajo que se manifestó en los servicios prestados por Razzetti, primero a Victoria como promotor de la sociedad y luego a la sociedad de hecho, administrada por el mismo Victoria. En lo que se relaciona con este segundo planteamiento, último a definir, estima la Corte que las piezas de que deduce el recurrente un servicio para Victoria, en la etapa de concepción del negocio de esmaltados y de preparación del montaje de la empresa que debía realizarlo, también pueden apreciarse como reveladoras de la actividad correspondiente a una persona —en este caso Razzetti— que interesada lo mismo que la otra (Victoria) en la dicha explotación, interviene en su planeamiento, se desembaraza de compromisos que la obstaculizan (como su vinculación laboral con Maralanda) y ejecuta las diligencias que corresponden a la capacidad que va a incorporar al negocio común (como el viaje a los Estados Unidos y la adquisición de maquinaria y elementos en ese país) y que luego

aporte el capital convenido y desarrolla la labor técnica en que consistía su mejor concurso, todo en ejecución de la **affectio societatis** que caracteriza a la figura deducida por el **ad-quem**. No puede por ello hablarse de un error en la apreciación de este material probatorio y mucho menos de un error evidente, como se precisa para la prosperidad de un cargo de esta naturaleza, pues no surge de bulto, **prima facie**, el hecho distinto del que se dio por establecido, esto es, la prestación de servicios subordinados para Victoria, promotor de la sociedad y único beneficiario de ella y de ellos, en esta primera etapa, sino todo lo contrario, actividad libremente concertada y desarrollada en favor de un negocio que iba a establecerse y explotarse en provecho común. Es precisamente en este ánimo, no desvirtuado por las tales probanzas, que antes por el contrario lo revelan, en donde radica la nota distintiva del trabajo que se presta como socio y no como empleado y de donde emergen las consideraciones calificadoras de la inexistencia de un vínculo de esta última naturaleza, relativas a que los servicios no fueron prestados subordinadamente a Victoria, ni éste los remuneraba con el criterio de quien paga un salario. Tan evidente es lo anterior que el propio demandante, al proponer sus reclamos, pidió se descontaran de sus derechos de pretendido empleado lo que a él mismo correspondiese pagar como socio de la sociedad de hecho representada por Victoria, esto es, lo que se debiese a sí mismo como patrono suyo, lo cual denota cómo no es tan insignificante o carente de importancia, como dice el acusador, saber si los litigantes fueron socios o no. Pues aunque la figura del socio-empleado sea fácilmente comprensible en las sociedades de capital, solo se la puede concebir en las de personas en cuanto los servicios resulten prestados en cumplimiento de órdenes laborales y no de obligaciones del convenio social, según lo tiene explicado la jurisprudencia, y mucho menos puede afirmarse, categóricamente, en las relaciones del pretenso empleado con la sociedad de hecho de que forma parte, en las que la ausencia de pautas regulares presenta todas las actividades como ejecutadas en razón del espíritu asociativo y del interés que en la asociación se tiene, se recibe o se espera. Para la Corte, en consecuencia, no es admisible la demostración que se ha intentado, y aun sin acudir a la calificación de una situación dudosa, suficiente para impedir la prosperidad de un cargo por error de hecho, estima que las probanzas no revelan que los servicios prestados por Razzetti, en la primera etapa en examen, hubiesen obedecido a órdenes laborales que le obligasen por sujeción de empleado, sino al revés, entiende que esas actividades constituían aportes al negocio en común, primero en su etapa de concepción, luego en la de preparación y finalmente en la de explotación, como aporte también fue el de su capital en suma de $ 20.000, en la oportunidad que los interesados habían convenido y que no por cumplida algunos meses después de haberse iniciado la asociación irregular destruye el espíritu de ésta o autoriza a pensar que en el intervalo la labor no estuvo encaminada a su provecho. Estas razones conducen a compartir asimismo la conclusión del **ad-quem** acerca de que la retribución que se pagó a Razzetti durante ese lapso no tenía el sentido laboral de un sueldo, aunque así se le hubiese denominado, y hasta cabe deducir que no fue pagada propiamente por Victoria sino por la sociedad de hecho formada por la industria y por el capital de ambos.

Por todo lo expuesto no se configura el error acusado y el cargo no debe prosperar.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 1657, 1660, 1661 y 1663 del Código Civil, y de indebida aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho manifiesto en los autos, consistente en dar por demostrado, no estándolo, que el patrono consignó a favor del trabajador lo que consideraba deberle al terminar el contrato de trabajo, por haberse negado éste a recibir. Para el recurrente este error provino de que el Tribunal vio en la copia de la actuación surtida ante el Juez 2º del Trabajo de Cali, de folios 254 y 255 del expediente, la prueba del pago por consignación de las deudas del patrono hecha en favor del trabajador. Pero, en su concepto, esa actuación no acredita el pago aceptado por el **ad-quem** y para demostrarlo alega que el pago por el medio indicado tiene dos etapas, preliminar la una, de oferta, y posterior la otra, que comprende la entrega de la cosa debida; que el derecho laboral no regula ninguna de esas etapas, por lo que éstas deben considerarse gobernadas por la ley sustantiva, que tiene aplicación como derecho supletorio; que el sentenciador no lo entendió así por creer que la finalidad social de la consignación no permite someterla a los trámites civilistas de los traslados, notificaciones, demandas y oposiciones consignadas por el Código Judicial para el pago de las deudas civiles; que en el supuesto de que no sea posible colocar el pago por consignación de la ley laboral en el mismo plano del pago por consignación de las obligaciones civiles, es

errónea afirmar, como lo hace el Tribunal, que nada tiene que ver la ley sustancial con el fenómeno de pago de la primera clase. En seguida manifiesta que si se deja de lado lo relativo a la oferta y se acepta en gracia de discusión que el memorial de Victoria inserto en la actuación mencionada vale como ofrecimiento de pago, todavía sería preciso anotar que no definiendo la ley laboral la consignación, como no la define, debe acudirse al artículo 1657 del C. C. para saber que ella consiste en "el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona"; que en la consignación laboral la entrega de la cosa debida en depósito se hace en poder del propio Juez y no de una tercera persona, como en las obligaciones civiles, pero que en uno y otro caso, debe hacerse entrega real y material de la cosa que se debe; que Victoria, en el memorial referido dice que acompaña el título de depósito por $ 3.000.00, expedido por el Banco de la República, a órdenes del Juez, pero que no está demostrado en el presente juicio esa entrega material porque la actuación sobre pago por consignación se surtió ante el Juez 2º del Trabajo de Cali y el título, que representa la cosa debida, porque es pagadero a su presentación, no se aportó al proceso en la primera instancia del juicio, del cual conoció el Juez 1º de dicha ciudad, ni se llevó a la segunda instancia; y que solo teniendo a la vista el mencionado documento podría saberse si la consignación se hizo, y hablarse de pago por tal medio. Concluye afirmando que en el supuesto de que la consignación hubiese sido una realidad ante el Juez 2º no lo era ante el Juez 1º, y como esto es lo que el Tribunal dio por demostrado incurrió en el error de hecho que acusa, con la consiguiente violación de los textos que reseña el cargo.

Por su parte, el opositor examina la actuación sobre que versa este ataque, para sostener que la consignación estuvo correctamente efectuada; analiza las disposiciones del Código Civil y del Código Judicial sobre la materia del pago por consignación señalando sus diferencias con el sistema establecido por el artículo 65 del CST. y concluye que la consignación de que éste trata no es un pago por consignación, sino una cosa elementalmente distinta, por lo cual no puede relacionársela con los artículos del Código Civil.

Se estudia:

El error a que se refiere este cargo consiste en que, según el recurrente, el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, que "el patrono no consignó a favor del trabajador lo que consideraba deberle al terminar el contrato de trabajo, por haberse negado éste a recibir", pero esa consignación no tuvo ocurrencia porque no se la sometió al trámite que consagra el Código Judicial para el pago por consignación de las deudas civiles, y porque en el supuesto de que ese trámite no fuese el obligado, siempre se impondría la entrega real y material de la cosa debida y en el caso de autos no hubo entrega material pues el título del Banco de la República se llevó al Juzgado 2º del Trabajo de Cali y no al 1º del mismo lugar, que fue el del conocimiento de la controversia. Por otra parte, no habiéndose efectuado el pago que dio por establecido el **ad-quem**, es ilícita la declaración sobre la excepción respectiva y se debe, además, la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del CST. Tales las razones de la acusación y las conclusiones que deben deducirse, según se colige de todo lo alegado.

Sin embargo, que Victoria entregó en el Juzgado 2º del Trabajo de Cali el título 32893/212 del Banco de la República, por valor de $ 3.000.00 destinado a pagar a Razzetti las prestaciones que creía deber, con memorial explicativo de los antecedentes de ese acto y de la finalidad establecida por el artículo 65 del CST., es hecho de fácil comprobación en los autos (fls. 254 a 255) y que propiamente no discute el impugnador, como tampoco se desconoció en las instancias. Pero se alega que esa actuación es ineficaz legalmente por no haber sufrido los trámites que corresponden al pago por consignación; y que en el supuesto de que la consignación laboral no deba situarse en el mismo plano de la correspondiente a las obligaciones civiles siempre hay que atender a la ley sustantiva reguladora del fenómeno del pago.

En lo que respecta a lo primero tiene definido la jurisprudencia laboral, con criterio que hoy reitera la Corte, que la consignación de que trata el artículo 65 CST., con la que el patrono "cumple con sus obligaciones", según su tenor, y cuya consecuencia primordial es la de evitarle que incurra en mora, o la de ponerle término a la en que haya incurrido —quedando sin operancia la obligación indemnizatoria estatuída por el inciso primero del mismo precepto— esa consignación, se repite, no requiere, por virtud de su finalidad, de los trámites establecidos por el Código Judicial para esta forma de pago de las deudas comunes. Así, en sentencia de 17 de septiembre de 1955 dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo cuyas

funciones desempeña hoy esta Sala de Casación Laboral de la Corte:

"Con todo, y para aprovechar el asunto con miras a la unificación jurisprudencial, puede definirse que el artículo 65 no demanda una consignación con los requisitos del Capítulo 7º del Título 14 del Libro 4º del C. C. y las formalidades del Título XXXII del Libro 2º del C. J., sino el simple depósito de lo que el patrono confiesa deber, elemento este sustancial que rechaza las consignaciones írritas en su monto o fraudulentas en su intención, mientras la justicia del trabajo decide la controversia, es decir, mientras se califica por funcionario competente si la suma depositada cancela el valor de los derechos del trabajador, según lo confesado, o es insuficiente para la solución de las obligaciones patronales. Estos dos factores —confesión de lo debido y transitoriedad de la consignación— integran el hecho en examen, al que la ley atribuye el efecto liberador ya anotado; determinan las modalidades de su ocurrencia, las cuales por otra parte convienen con la simplicidad de formas del derecho laboral, sin las formalidades de la oferta, traslado de ella al acreedor, autorización del juez, nombramiento de depositario, del derecho común; y precisan su finalidad, que no es otra que la de atender a la satisfacción de la deuda patronal ya confesada, de buena fe, por lo cual el depositario —Juez o autoridad política del lugar— debe hacer llegar a su destino la suma consignada, que no puede confiársele para cosa distinta, o, al menos, debe hacer saber al trabajador que el depósito se halla a disposición suya con el destino indicado". (Juicio de Miguel Ardila contra Guillermo Velásquez y Honorio Vélez H.).

Y en 13 de abril de 1956 decidió:

"Para la Sala, la argumentación anterior carece de todo fundamento ya que la consignación que efectúa el patrono en el caso previsto por el inciso segundo del artículo 65 y para sus efectos, difiere sustancialmente de la regulada por la legislación ordinaria para las obligaciones civiles. Así, ella no va precedida de oferta, con expresión de lo que el deudor debe y demás exigencias del artículo 1658 del C. C., sino que consiste simplemente en la entrega al juez de lo que el patrono confiesa deber, para poner término a la discusión que se haya suscitado con el trabajador acerca del monto de sus créditos laborales, precaviendo la mora, o para hacerla cesar si ya se había incurrido en ella, y aun para evitarla, sin que haya habido discusión acerca de aquel monto, cuando no ha sido posible efectuar directamente el pago al ex-trabajador. Y todo ello, mientras la justicia decide, esto es, mientras la jurisdicción del trabajo, cuando se instaura contienda, por el todo o por la diferencia, define si lo que el patrono confesó debido concuerda, en su monto y en sus conceptos, con los derechos del trabajador, los cuales, por otra parte, se hallan amparados por normas de orden público y son irrenunciables". (Juicio de Manuel Blanco Suárez contra Embotelladora Santander Ltda. (Coca-Cola).

Por lo tanto, es inválido el primer argumento propuesto, para descalificar la eficacia legal de la consignación que registran los autos.

Mas se dice también que, aun en el supuesto anterior, no está demostrada la entrega material del título, pues éste se llevó al Juzgado 2º del Trabajo de Cali y de la litis conoció el Juzgado 1º del mismo lugar. La Sala no acepta este reparo, pues, de una parte, al juicio se aportaron en legal forma las constancias que dan cuenta de aquella entrega material en el Juzgado 2º y, por la otra, porque entiende que era lícita tal entrega —aunque no se hubiese producido en el Juzgado que luego conoció de la controversia —ya que el precepto habla de "Juez de Trabajo" simplemente, como lo era también el que la recibió, y sin que deban sobre este punto imponerse otros requisitos que los atinentes a las reglas de competencia, de la cual también habría estado revestido potencialmente el dicho Juzgado 2º, según los factores determinantes de la misma.

La razón examinada tampoco descalifica la licitud de la consignación.

En cambio, estima la Sala que para que pueda declararse judicialmente la excepción de pago, en forma total o parcial, en casos como el que ahora se examina, se necesita que los autos registren la entrega real al trabajador de la suma consignada. Pues el pago consiste en la solución efectiva de la obligación, solución que no se logra todavía con la sola consignación de que trata el inciso 2º del artículo 65 del CST., por virtud de las modalidades propias de esta figura, a las cuales también debe atenderse para estos efectos. Entonces, lo que se impone procesalmente por esta última consideración, cuando se ha efectuado consignación y no consta la entrega dicha al trabajador, es la condena por los derechos reconocidos, con orden al depositario de efectuar tal entrega y con autorización al patrono para imputar su valor a la suma total debida según la resolución judicial, y solo cuando aparece entregado al trabajador lo que el patrono consignó, declararse el pago total o parcial, por haberse cumplido el fenómeno extintivo.

Es por este último aspecto por el que puede hablarse, en el caso de autos, de aplicación indebida del artículo 65 por cuanto, a través del error probatorio examinado, se le llevó más allá de sus consecuencias, al declarar una solución que aún no se había perfeccionado, y de violación igualmente de los textos sustanciales reguladores del fenómeno del pago.

Prospera, en consecuencia, este ataque en la forma que acaba de expresarse y el fallo recurrido deberá casarse parcialmente. Para la decisión de instancia basta agregar que el Tribunal declaró "probada la excepción de pago con respecto al auxilio de cesantía y a la compensación en dinero de las vacaciones causadas durante el contrato de trabajo que rigió entre demandante y demandado desde el 7 de marzo de 1952 hasta el 7 de mayo de 1953", cuando, por las razones expuestas, debió condenar por los dichos extremos en sumas de $ 2.000.00 por cesantía y $ 1.000.00 por vacaciones que corresponden a ellos según las probanzas; ordenar al Juzgado 2º del Trabajo de Cali la entrega del valor consignado y autorizar al patrono para imputar ese valor al de lo debido. En este sentido se reemplazará su ordenamiento 2º.

Tercer cargo

Acusa la violación por infracción directa o por errónea interpretación, del artículo 1º de la Resolución número 26 de 28 de mayo de 1951, expedida por el Departamento Nacional del Trabajo y aprobada por el Ministerio del Ramo, y de los artículos 51 y 53 del CST. por indebida aplicación. Y para sustentarlo dice el recurrente:

"Según el Tribunal el cierre de la empresa por sesenta días, de que dan cuenta los autos, durante el período del 29 de diciembre de 1952 al 20 de febrero de 1953, no fue ilegal, porque cuando el patrono necesita suspender actividades temporalmente, no está obligado a obtener permiso del Ministerio del Trabajo, le basta cumplir los requisitos que señala el artículo 51 del C. del T. Concluye de aquí que no teniendo obligación de pagar salario durante el período de la suspensión, bien puede descontar en la liquidación de la cesantía, como lo hizo Victoria, el tiempo de suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 del Código en cita.

"Por la misma razón le niega al actor el derecho a la prima de servicios en la parte proporcional, durante el tiempo de servicios prestados en 53, pues comienza a contar el tiempo trabajado, desde el 20 de febrero de ese año hasta el 7 de mayo del mismo, período que no alcanza a completar un trimestre.

"No entendió el Seccional la norma del artículo 1º de la Resolución que viene citada. Expresa ella en lo pertinente: "Cuando alguna empresa considere que debe reajustar sus salarios o su personal a nuevas condiciones económicas, lo manifestará así al Departamento Nacional del Trabajo...".

"Estima el fallador que las nuevas condiciones económicas solo se producen por reajuste de personal o salarios y que la suspensión de actividades por menos de 120 días no produce cambio alguno en las condiciones económicas, dándole así a la norma una interpretación textualista. Si hubiere de entenderse así no habría para qué pedir permiso oficial a efecto de despedir personal de una empresa, y a diario está resolviendo el Ministerio del Trabajo solicitudes para despido de personal, con fundamento en el artículo 1º de la ameritada Resolución. Lo importante es que se produzcan **nuevas condiciones económicas**, no la causa que las genere. Esas nuevas condiciones se hacen patentes con la suspensión de actividades, aunque no sea sino por 60 días, porque a consecuencia de la suspensión y durante ella, el trabajador no recibe salario alguno. Causa idéntica, aunque de naturaleza temporal, es la que se presenta con el despido, que no puede poner en práctica la empresa sin permiso oficial.

"El propio patrón entendió que necesitaba de la venia del Ministerio del Trabajo para la suspensión. Prueba de ello es la petición hecha en tal sentido por aquel (fl. 160) y la Resolución que a ella recayó (fl. 161). Solo que antes de obtener el permiso, el patrono puso en vigencia la medida, quebrantando así el mandato de la precitada Resolución, que lo obligaba a obtener previamente el permiso del Ministerio para el cierre de su establecimiento.

"Lo expuesto es suficiente para demostrar el cargo".

El opositor replica que el cierre durante dos meses fue legal por todos sus aspectos y analiza a este propósito las modalidades de hecho en que él se produjo y la Resolución número 26 de 1951 y los textos 51 y 53 que el recurrente también presenta como violados, y concluye que no puede, por ello, "accionarse con éxito sobre prestaciones sociales que no llegaron a configurarse por no haberse cumplido los lapsos que para tomar la entidad de derecho adquirido requiere la labor en relación con el transcurso del tiempo".

Se considera:

La acusación no presenta los textos legales que, de resultar demostrada, hubiesen conducido a las declaraciones que persigue. Mas, aunque incompleta por este aspecto, aparece que lo que pretende es la estimación del lapso discutido de dos meses para la liquidación del auxilio de cesantía y el reconocimiento de prima por los meses servidos en 1953. Nada se dice, en cambio, de los salarios correspondientes a ese tiempo y no cabe entender que ellos también se procurar mediante la demostración de la ilicitud de la suspensión.

Con todo, en lo que toca al fondo del asunto puede decidirse que la Resolución número 26, que se señala violada, lo que busca es controlar los despidos colectivos de trabajadores y los reajustes de salarios a niveles inferiores, según concepto del propio Ministerio donde se originó aquella medida. En el caso de autos no aconteció ninguno de los supuestos para su operancia; y el fallador no erró al valorar esa situación de hecho, ni al interpretar el verdadero entendimiento de la regla ministerial, conforme a su espíritu, contenido y fines. Simplemente, lo sucedido fue que Victoria, por razones técnicas o económicas de su empresa, notificó a sus trabajadores, incluyendo a Razzetti, que iba a suspender actividades desde el 20 de diciembre de 1952 hasta el 20 de febrero del año siguiente. Esa notificación, que no requería de autorización oficial alguna puesto que la ley no contiene tal exigencia, se efectuó con la antelación debida y con publicidad que registran los autos y que las partes no discuten. Era válida por lo tanto y debía producir el fenómeno regulado por el artículo 51 del CST., esto es, la suspensión del vínculo, con los efectos contemplados por el artículo 53 ibidem, como lo resolvió el fallador. La decisión, pues, no aparece violatoria de la ley por ningún aspecto, debiéndose anotar inclusive que, para la Sala, estuvo bien concebida la aplicación analógica respecto de la prima de servicio (no contemplada expresamente por la frase final del texto 53 *ut supra*, que solo se refiere a vacaciones, cesantías y jubilaciones) pues si durante la suspensión se interrumpe la obligación de prestar el servicio prometido y la prima, según el mandato del artículo 306 CST., solo se causa en favor de "quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo...", lógicamente no debe producirse si por aquella interrupción no alcanza a trabajarse el tiempo que el precepto señala.

Por fuerza de todas las consideraciones anteriores, el cargo no debe prosperar.

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 del Tribunal de Cali objeto del presente recurso, por cuanto en su ordenamiento 2º declaró "probada la excepción de pago con respecto al auxilio de cesantía y a la compensación en dinero de las vacaciones causadas durante el contrato de trabajo que rigió entre demandante y demandado desde el 7 de marzo de 1952 hasta el 7 de mayo de 1953", y en su lugar REFORMA la del a-quo sobre estos mismos extremos en el sentido de CONDENAR, como en efecto condena, a Salustio Victoria a pagar, a Mauricio Razzetti, ambos de las generalidades de autos, tres días después de la ejecutoria de esta providencia, las sumas de dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de cesantía y de un mil pesos ($ 1.000.00) como compensación en dinero de sus vacaciones, correspondientes al contrato laboral que existió entre ambos en las fechas antedichas.

Autorízase al Juzgado 2º del Trabajo de Cali para entregar al demandante Razzetti el valor de la consignación efectuada ante él por el demandado Victoria, conforme al título 32892/202 del Banco de la República; y efectuado lo anterior impútese su valor de tres mil pesos ($ 3.000.00) al de la condena total que por este fallo se le impone al dicho Victoria. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbul Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO SE ACLARA LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E. quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

El representante judicial de Mauricio Razzetti en el recurso de casación decidido por esta Sala en fallo de 23 de septiembre último, solicita, dentro de la oportunidad debida, aclaración de la dicha providencia por cuanto en ella se dispuso que el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali debía entregar al actor la suma depositada por el patrono, ordenando además su imputación al valor de la condena indicada, todo ello según las apreciaciones de la motivación; y como tales disposiciones parten de la base de que el depósito exista, esto es, no haya sido retirado por el patrono como acontece en la práctica con frecuencia, debe indicarse:

a) cómo podría ejecutarse la sentencia si no existe el hecho que ella supone, y

b) qué consecuencia se derivaría para el patrono si hubiese dejado sin efecto la consignación, por haberla retirado.

Los pedimentos anteriores se justifican con las consideraciones de que por la falta de indicación sobre lo primero podría quedar burlada la justicia, o surgiría un nuevo pleito, en desmedro del órgano judicial cuya misión es componer definitivamente el litigio, sin incertidumbres que puedan llevar a las partes a nuevas contiendas; y de que lo segundo es necesario para evitar, en la hipótesis referida, que el patrono, en alarde de mala fe, excepcione de fondo frente a una nueva demanda del trabajador, encaminada a obtener indemnización, por el hecho del retiro del depósito, desde el momento en que se hubiese efectuado éste hasta el día del pago efectivo.

Para resolver se considera.

Las razones que expuso la Corte al decidir el cargo segundo de la demanda de casación, relativo a la consignación efectuada por Victoria, fueron suficientemente explícitas, como puede leerse en el fallo respectivo de este cuaderno, y en verdad no aparece de ellas, ni por su concepción ni por su expresión, el motivo de duda que se requiere para la aclaración solicitada. Y los términos de esa resolución son tan categóricos que autorizan al Juzgado para entregar al demandante Razzetti el valor de aquella consignación, disponiendo, además, que "efectuado lo anterior" se lo impute al de la condena total por $ 3.000,00 Lógicamente, si el depósito ya no existe, por haber sido retirado por el patrono, como es la primera hipótesis planteada por el memorialista, no podrá serle entregado a Razzetti y no podrá efectuarse la imputación ordenada. Pero ello no necesita aclaración alguna, ni cabe pensar en definición sobre este punto, que se cumple con la manifestación correspondiente por parte del Juzgado, pues ella sola basta para que se comprenda que ya no puede cumplirse lo segundo.

La segunda preocupación del apoderado de Razzetti tampoco es susceptible de estimación en la presente oportunidad. Pues ella no responde a los fines previstos por el artículo 482 del C. J. Y es que el tema respectivo ni fue propuesto en la controversia decidida, ni era materia de definición judicial al convertirse la Corte en Tribunal de instancia, ni podía adelantarse juicio alguno sobre su hipotética ocurrencia. Nada puede disponerse hoy, como es obvio, ni para indicar si existe la acción en que se piensa, ni para impedir la excepción que igualmente se vaticina, ni para resolver ese futuro pleito. Y el posible acaecimiento de éste no surge de términos dudosos en lo ya resuelto, ni significa falta en la debida composición de un litigio.

Todo lo anterior revela que lo últimamente propuesto no es materia de una aclaración; ni lo primero, necesario para que se sepa cómo debe ejecutarse la sentencia; ni lo uno y lo otro resultan de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, como estatuye el artículo 482 indicado, y la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, no puede acceder a lo solicitado, como en efecto NO ACCEDE.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR CAUSA DE OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON OCASION DE TRABAJOS PUBLICOS, AUN CUANDO LA DEMANDA SE HAYA PRESENTADO CON ANTELACION AL FALLO DE INEXEQUIBILIDAD DE LAS DISPOSICIONES DEL CAPITULO XXII DE LA LEY 167 DE 1941. — REQUISITOS PARA QUE EL AVALUO PERICIAL CONSTITUYA PLENA PRUEBA Y CON BASE EN EL PUEDA HACERSE CONDENA EN CONCRETO. — DECLARACION DE EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO DE LOS TERRENOS BALDIOS

1 — No vale arguir que los principios jurisprudenciales que se expusieron en el fallo de inexequibilidad del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, no tienen operancia en esta acción de indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, debido a que la citada sentencia fue proferida con posterioridad a la presentación de la demanda que dio origen a esta controversia, porque es evidente que aquella doctrina fue traducida a la práctica por esta Corte en numerosas oportunidades.

2 — Aunque el dictamen sea uniforme, si no aparece explicado en forma alguna y debidamente fundamentado como lo exige el art. 721 del C. de Procedimiento Civil, el avalúo pericial no constituye plena prueba. Este debe apoyarse en consideraciones lógicas y racionales y en datos que conduzcan a la evidencia de la conclusión adoptada por los expertos. Si esto no ocurre, en la acción indemnizatoria por causa de ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos la condena no puede hacerse en concreto sino en abstracto.

3 — De acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, es al Gobierno Nacional a quien compete hacer la declaración de extinción del derecho de dominio a favor de la Nación de los predios adjudicados como baldíos, en el caso de no haberse cumplido con la obligación de cultivarlos. Solamente conoce la Corte de las controversias que surjan del cumplimiento de aquella atribución administrativa (Art. 8º de la Ley 200 de 1936).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales — Bogotá, trece (13) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Abelardo Gómez Naranjo).

El señor Juan N. Vélez (g. e. p. d.) por medio de apoderado demandó al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en libelo presentado el 12 de julio de 1952, para que, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran estas declaraciones:

"A) Que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en su calidad de Entidad Administradora de los Ferrocarriles de propiedad de la Nación Colombiana, está en la obligación de pagar al señor Juan N. Vélez P. el valor actual de una zona de terreno de cuatro mil doscientas doce y media varas (4.212,5) cuadradas de superficie, ubicadas en los patios de la Estación del Ferrocarril del Pacífico, dentro del área urbana de la ciudad de Armenia, y alinderada así dicha zona, según el plano de la misma, levantado por el ingeniero Otto de Greiff: "Por un costado, la línea AB del plano; por otro costado, la línea BD del mismo plano, línea que sigue el antiguo cauce de la quebrada Armenia; por el otro costado, la línea DC de dicho plano, y por el otro costado, la línea CA del citado plano, línea ésta que sigue el curso del muro de adobe construído por el Ferrocarril del Pacífico".

"B) Que como consecuencia de la anterior declaración el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales debe pagar al señor Vélez

inmediatamente después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($ 421.250,00) moneda legal, como valor total de los cuatro mil doscientas doce y media varas cuadradas que tiene la superficie o área de la zona antes indicada, computada cada vara a razón de cien pesos ($ 100,00) en la actualidad.

"C) Que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales debe pagar al señor Vélez el valor de los perjuicios de todo orden, derivados tanto de la ocupación violenta y de hecho que el Ferrocarril del Pacífico ha mantenido desde el año de 1927 sobre la zona del terreno antes delimitada, como de las dilaciones que ha verificado para evadir el pago del precio de dicha zona y de la pérdida de tiempo y del lucro cesante que ha proporcionado al demandante, incluso los perjuicios provenientes del presente juicio y los intereses respectivos.

"D) En subsidio de la declaración señalada con la letra B), solicito se declare que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales debe pagar al mismo señor Vélez, inmediatamente después de la ejecutoria de la sentencia, el valor que por peritos se fije a la zona de terreno indicada en la primera declaración de esta demanda, más sus respectivos intereses.

Al final del escrito de demanda, se formula esta otra petición subsidiaria:

"En subsidio de todas las peticiones de este libelo, solicito se declare que el señor Juan N. Vélez, es dueño exclusivo de la zona de terreno a que se refiere esta misma demanda y que la parte demandada debe restituirle tal zona de terreno inmediatamente después de la sentencia con sus respectivos frutos civiles y naturales en la forma que las leyes establecen, y apoyo este pedimento en los preceptos de los Artículos 946 y ss. del C. Civil".

Sintetizándolos, son estos los hechos sustentadores de las peticiones copiadas:

a) Laureano Barrera transfirió a título de venta a favor de Juan N. Vélez, según escritura pública Nº 1293 de 8 de septiembre de 1928; pasada en la Notaría primera de la ciudad de Armenia, "un lote de terreno situado en el barrio de la Estación del Ferrocarril del Pacífico, de Armenia, con dos casas de habitación, de las cuales una de ellas tiene tres viviendas, y encerrados por los siguientes linderos: "Partiendo de un mojón de piedra que está a la orilla de un cerco de colgado, siguiendo el cerco por el camino de Montevideo, hasta una chamba, lindero con propiedad de Aparicio Salazar; de aquí línea recta y lindando con el mismo Salazar, a otro mojón de piedra que está en la quebrada de Armenia; ésta arriba y lindando con la señora Fidelina Serrano viuda de Herrera, hasta ponerse en dirección al mojón, punto de partida".

b) Esta escritura pública fue aclarada por medio de la número 945, de fecha 31 de octubre de 1940, de la Notaría segunda de Armenia, en el sentido de expresar el vendedor Barrera que "en la venta que él hizo al señor Juan N. Vélez de la amparitada porción de terreno 'entraban naturalmente todos los derechos y acciones que el exponente Barrera pudiera tener contra la Nación o contra el Ferrocarril del Pacífico por razón de la ocupación arbitraria hecha por obreros dependientes de aquéllos; también quedaban incluídos los derechos y acciones que nazcan del abuso del derecho por parte de la Nación o del Ferrocarril del Pacífico; los perjuicios morales, los civiles, y en fin, cualesquiera acciones que al exponente pudiera corresponder contra la Nación o contra el Ferrocarril del Pacífico".

c) La zona objeto de la demanda hizo parte del globo que en mayor extensión, y con el nombre de "El Bosque", fue adjudicado por la Nación a Bernabé Arias, por resolución de 30 de enero de 1908, emanada del Ministerio de Obras Públicas resolución inscrita en la Oficina de Registro de Armenia con fecha 6 de agosto de 1911, en el Libro Primero.

d) A mediados del año de 1927, el Ferrocarril del Pacífico, ocupó arbitraria y violentamente la zona de terreno descrita en la petición primera del libelo, con la ejecución de obras destinadas a la ampliación de los patios de la Estación de Armenia, época desde la cual el propietario señor Vélez quedó privado de la posesión que tenía sobre dicha porción, en virtud de la ocupación de que se ha dado cuenta.

e) Posteriormente el Ferrocarril del Pacífico construyó un muro de ladrillo para encerrar los patios de la Estación de Armenia, separando así dicha zona del terreno restante del señor Vélez.

f) También el Ferrocarril del Pacífico ha venido construyendo otras obras destinadas al servicio de bodegas dentro de la misma zona segregada.

g) A raíz de la ocupación realizada por el Ferrocarril del Pacífico en el predio del demandante, sin mediar consentimiento de su dueño, en esa época el señor Laureano Barrera, éste inició las gestiones del caso ante dicha empresa para obtener el pago del terreno; luego el señor Juan N. Vélez, al adquirir la propiedad del pre-

dio mediante venta que le hiciera Barrera, continuó las gestiones ya iniciadas por su antecesor, sin resultado alguno.

h) En el mes de marzo de 1934, la empresa del Ferrocarril del Pacífico comisionó al Ingeniero doctor Otto de Greiff para que realizara la localización, medida y alinderamiento de la zona ocupada, materia de las reclamaciones del señor Vélez. Tales trabajos señalaron como superficie de dicha zona la de 3.370 metros cuadrados, "equivalentes a cuatro mil doscientas doce y media varas cuadradas (4.212 y media)", y en cuanto a la localización, se hizo la que aparece descrita en la petición primera de la demanda.

i) Posteriormente el mismo Ingeniero de Greiff hizo el estudio relativo a esclarecer el hecho de si la zona reclamada por Vélez se hallaba comprendida dentro de los terrenos adjudicados por la Nación a Bernabé Arias, mediante la Resolución de 20 de enero de 1908 del Ministerio de Obras Públicas, y en oficio de 26 de julio de 1934 el comisionado informó al Administrador del Ferrocarril del Pacífico que "el lote cuyo pago reclama el señor Juan N. Vélez sí está íntegramente dentro de la citada adjudicación de baldíos".

j) La Empresa del Ferrocarril del Pacífico es de propiedad de la Nación, y su administración está a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de conformidad con lo establecido en la Ley 29 de 1931.

k) Las transacciones de la propiedad raíz urbana en la ciudad de Armenia se realizan a base de la medida de vara cuadrada.

l) Ni la Nación, ni el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, ni el Ferrocarril del Pacífico han pagado al señor Juan N. Vélez el valor de la faja o porción de terreno que fue ocupada con las obras ya mencionadas en los hechos anteriores.

Como fundamentos de derecho, el actor invoca las disposiciones de los Arts. 739, 1494, 2341 y siguientes del C. Civil, y la ley 29 de 1931.

Con la demanda, el actor acompañó numerosos documentos relativos a los hechos anteriormente enumerados, y dos planos de la zona de terreno materia de la reclamación.

Admitida la demanda, se dio el correspondiente traslado al Administrador General del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, quien se abstuvo de darle respuesta.

Perfeccionado el juicio, el Tribunal Superior de Pereira lo falló por medio de la sentencia de fecha 23 de julio de 1945, visible al folio 150 y siguientes del cuaderno No 1, en la cual declara:

"Primero — No están probadas ninguna de las excepciones propuestas o alegadas por la parte demandada.

"Segundo — Declárase que el señor Juan N. Vélez, mayor y vecino del Municipio de Armenia es dueño de la zona de terreno determinado y alinderado en la letra a) de las peticiones de la demanda.

"Tercero — Condénase al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad que tiene la personería de la Nación Colombiana, representada por el doctor Samuel Uribe Restrepo, a pagar al señor Juan N. Vélez el valor de la dicha faja o zona de terreno, cuyo valor se fijará por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. Judicial.

"Cuarto — El pago se hará cuando se haya ejecutoriado la providencia que apruebe las liquidaciones de los puntos Tercero y Cuarto precedentes y una vez que el señor Juan N. Vélez haya otorgado o esté dispuesto a otorgar al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales la respectiva escritura, por medio de la cual le transmita a dicha Entidad el dominio de la zona o faja de terreno de que se trata.

"Quinto — Quedan así resueltas las peticiones de las letras a), b) y d) de la demanda.

"Sexto — No se hacen las declaraciones de la letra c), ni tampoco se hace la subsidiaria de todas las peticiones, o sea la reivindicatoria con restitución del terreno.

"Séptimo — Sin costas".

Dentro de la oportunidad legal, tanto el representante de los Ferrocarriles Nacionales como el apoderado de la parte actora interpusieron recurso de apelación contra el fallo transcrito. El recurso del actor está circunscrito en estos términos: "en cuanto se hizo la condena en abstracto".

Alegaciones de la parte demandada

En su alegato presentado ante el Tribunal, el representante del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales hizo valer las siguientes excepciones: prescripción de la acción e ilegitimidad sustantiva de la parte demandante, y la de inexistencia de la obligación.

También alegó la nulidad del título de adjudicación de baldíos hecha por el Ministerio de Obras Públicas a favor de Bernabé Arias en 1908, y la falta de fundamentación del dictamen pericial.

Al referirse el Tribunal, en la parte motiva del fallo apelado, a cada una de las excepciones aducidas por la parte demandada, expuso:

"En su alegato de conclusión plantea la par-

te demandada las siguientes cuestiones, las unas en forma de oposición general y las otras particularizadas como excepciones, y se procede a su estudio.

"a) Que la adjudicación hecha al señor Bernabé Arias por medio de la Resolución Nº 2ª de 20 de enero de 1908 quedó viciada de nulidad y como consecuencia de ello también lo está la venta que por escritura Nº 1203 de 2 de septiembre de 1928 de la Notaría Primera de Armenia, hizo el señor Laureano Barrera al señor Juan N. Vélez, lo cual afecta también la acción que se ejercita en este juicio.

SE CONTESTA:

"La Resolución de adjudicación no tiene vicio alguno y según las disposiciones legales que en ella se citan, contentivas de condiciones y de reservas, no se encuentra alguna en la cual conste que la Nación se reservó una porción del terreno adjudicado. Tales disposiciones o textos legales los ha estudiado el Tribunal y en otro lugar se hizo el comentario de las materias a las cuales se refieren cada una de tales disposiciones.

"El título de adjudicación que obra en el expediente como prueba ya calificada sobre el dominio del actor respecto a la faja de terreno de la disputa tiene validez en su contenido y en su forma y comprueba también la entrega legal que le fue hecha al adjudicatario, título que no ha sido invalidado y tampoco hay prueba de que hubiera vuelto a la Nación el dominio del terreno".

Estos razonamientos los halla la Sala ajustados al contexto de las disposiciones legales pertinentes y a lo que se expresa en los documentos que obran en autos, aun cuando la Sala habrá de referirse más adelante a este mismo problema al estudiar las alegaciones formuladas ante ella por el señor apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Por lo demás, se cumplió con el requisito de la entrega material del inmueble adjudicado, por los linderos que lo demarcan; y aparece también que el adjudicatario cumplió con el requisito de hacer registrar la adjudicación ante el funcionario competente.

"b) Que el lote de terreno que ocupó con la estación del Ferrocarril del Pacífico en Armenia, que es de primera clase, es parte de la zona que la Nación se reservó conforme a las disposiciones que se citan en la Resolución de adjudicación y que además la Nación también hizo reservas por el Decreto Nº 1729 de 18 de octubre de 1929, razón por la cual el terreno así reservado es de propiedad nacional y no del señor Vélez.

"Ya se dijo —contesta el Tribunal— que las disposiciones legales que en la Resolución aludida se refieren a condiciones y reservas, no expresan ninguna de ellas que en la adjudicación se hubieran reservado zonas, y aunquando posteriormente a la fecha de ella se hubieran hecho reservas, éstas tendrían aplicación con posterioridad a la transmisión del dominio hecha al señor Arias y no lo afectarían. Y si es cierto que el Decreto sí establece algunas reservas con destino a la construcción del Ferrocarril del Pacífico en varios Municipios del Tolima y en el de Caldas, inclusive en Armenia, según lo dice el Artículo primero, también lo es que el artículo segundo, dice expresamente quedar a salvo los derechos legítimamente adquiridos por adjudicatarios de baldíos, sin perjuicio de las servidumbres que gravan tales derechos de acuerdo con las leyes".

También esta réplica del Tribunal es inobjetable a la luz de las disposiciones legales en que el propio representante de la parte demandada se fundó, y de acuerdo con el contexto de la Resolución de adjudicación de baldíos de que se trata.

Por otra parte, la parte demandada no adujo prueba alguna en orden a demostrar que por causas legales establecidas los terrenos materia de la adjudicación en referencia, hubiesen revertido al patrimonio nacional.

"c) PRESCRIPCION.

"Se alega que por haber transcurrido más de veinte años no interrumpidos desde la fecha en que el Ferrocarril del Pacífico ocupó el lote de terreno de que trata el juicio, la acción ordinaria ejercitada está prescrita.

"SE REPLICA:

"La parte demandada no ha exhibido título inscrito para oponerse al aducido por el actor. La ocupación del terreno se le atribuye a la Nación desde mediados del año de 1927 y no teniendo título inscrito como ya se dijo, no podrá ganarlo sino por prescripción de treinta años a partir de tal año o por veinte, si empezara a contarse desde la vigencia de la Ley 50 de 1936, porque de acuerdo con el artículo 2538 del C. Civil la prescripción de la acción para reclamar un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo y por ello para adquirir sin título un inmueble, se requiere una posesión de trein-

ta años, o de veinte si la prescripción empezara a contarse desde el año de 1936. En consecuencia, la Nación o el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para ganar por prescripción el lote de la disputa necesitaría haber completado una posesión tranquila y no interrumpida de treinta años, que se cumplirían en el año de mil novecientos cincuenta y siete (1957), lo cual no ocurre en el caso que se estudia".

Es este otro razonamiento del Tribunal desde todo punto de vista inobjetable. Cabe observar también que de acuerdo con los documentos obtenidos en copia suministrada por la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, y que se acompañaron a la demanda, consta que la parte actora hizo reclamaciones directas a raíz de la ocupación, para obtener el pago de la zona ocupada, gestiones que no tuvieron resultado práctico alguno pues luego de haberse hecho el estudio sobre localización de la zona ocupada y de establecer que ésta sí hacía parte del predio adquirido por Bernabé Arias en virtud de la adjudicación de baldíos de 1908, y comprado por Juan N. Vélez a Laureano Barrera posteriormente, tales gestiones quedaron pendientes de la determinación del valor de la zona misma, acerca de lo cual también se hicieron algunos estudios sin que se llegara a ninguna conclusión. Consta también que el señor Vélez intentó dos acciones judiciales para obtener la indemnización de perjuicios contra la Nación la primera, que concluyó con la declaratoria de nulidad por falta de personería adjetiva de la parte demandada, y contra el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales la segunda, que concluyó con la declaratoria de caducidad de la instancia, por abandono del juicio por más de un año.

Esto demuestra con mayor poder de convicción que la prescripción adquisitiva alegada no tiene fundamento sólido alguno en el proceso.

"d) ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA PARTE DEMANDANTE

"Se dijo en otro lugar que el señor Juan N. Vélez ha demostrado ser dueño del inmueble de la disputa y que ha establecido con suficiencia los extremos necesarios para la prosperidad de la acción ejercitada, pues también está probado que la Entidad a quien demanda ocupó el inmueble y se produjo la identificación del mismo. La legitimatio ad causam ha quedado establecida con toda idoneidad.

"No tiene valor alguno la objeción que se hace acerca de que siendo el señor Vélez casado con la señora Bibiana Pálacio era menester que ésta compareciera también al juicio, porque el inmueble pertenece a la sociedad conyugal y no al marido solamente por virtud del mandato del Art. 5º de la Ley 28 de 1932, que dice que "la mujer casada mayor de edad puede comparecer libremente en juicio".

"A esto se replica con el texto y el espíritu del Art. 1º de la Ley 68 de 1946 que dice: "La Ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes y por consiguiente, las que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella, se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior, en cuanto a los bienes adquiridos por ellas antes del 1º de enero de 1933".

"El inmueble de la litis fue adquirido en el año de 1928 y por lo tanto el marido de acuerdo con el régimen civil anterior sigue como representante nato de la sociedad conyugal formada con su esposa y ésta no necesita intervenir en juicios sobre disputas de los bienes de la sociedad conyugal bastando para ellas la sola intervención de aquél".

La Corte acoge igualmente las anteriores razones del Tribunal por hallarlas conformes a las prescripciones de la Ley.

Finalmente, en cuanto a los reparos hechos por el representante del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales al dictamen pericial, al cual dicho apoderado desconoce todo valor legal, replica el Tribunal con los siguientes argumentos que la Sala acoge por estar de acuerdo con el contexto de dicho dictamen y sus fundamentos:

"En la debida oportunidad se planteó y se decidió un incidente o articulación sobre objeciones al dictamen pericial de los señores doctor Fabio Gallego y Aristóbulo Noreña C. que fue decidido por el Tribunal, en providencia de 5 de octubre de 1953, confirmada por la H. Corte en la suya de 22 de abril de 1954, providencias en las cuales se declaró no probadas e improcedentes las objeciones que el apoderado de la parte demandada formuló a tal dictamen.

"Según el artículo 716 del C. J. los peritos, en todo caso deben expresar con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que lleguen y es precisamente en el cumplimiento de tales notas en lo que radica el mérito probatorio del dictamen pericial, porque es allí en donde estriba la eficacia de este medio de prueba y sólo cuando aquellas notas se cumplen, puede decirse que se ha obtenido certeza sobre la materia del dictamen y el

tales condiciones puede ser acogido por el Juez.

"Corre, como en el caso de estos autos, que los peritos dictaminen sobre cuestiones que no son de su completa apreciación personal, sino que requieren informaciones extrañas, interpretación de planos y documentos y entonces es necesario saber si es cierta la información de que se valen y si los documentos, planos etc. en que se ilustran son auténticos y si son idóneos para producir la información.

"En el caso de ahora, los peritos tuvieron elementos de información consistentes en los testimonios recibidos en las inspecciones oculares, en el dictamen que en otro juicio rindieron los doctores Enrique Velásquez y Nicolás Bernal y en el plano que levantó el doctor Otto de Greiff del Ferrocarril del Pacífico, que procede de dicha Empresa y que desglosado de un juicio anterior se allegó a los autos debidamente autenticado con la firma del señor Secretario del Ministerio de Obras Publicas y que vino figurando desde las gestiones extrajudiciales promovidas por el señor Vélez en sus reclamaciones sobre el valor de la faja de terreno, plano que por lo demás no ha sido tachado de falso y en el cual se fija, se delimita y se determina en su área el terreno en cuestión y que tiene como leyenda la que sigue: "Lote cuyo valor reclama el señor Juan N. Vélez en el patio de la estación de Armenia. - Area 3ñ370 M2 (sic) Escala — 11500 — Armenia 28 II-34 Otto de Greiff. Es fiel copia del original. J. E. Razo D." plano cuya autenticidad no ha sido objetada y al cual no se le han hecho observaciones de fondo que pongan en duda su valor técnico.

"Fundados en tales informaciones y sus apreciaciones personales, los peritos hacen afirmaciones precisas, exactas y claras sobre algunos puntos que les fueron sometidos y dieron los fundamentos para producir la identificación del inmueble, su medida o superficie, pero no los dieron en cuanto al precio de la vara cuadrada, acerca de lo cual tampoco hay información en el juicio, pues nadie ha dicho cuál es el precio de unidad vara en ese sector de la ciudad de Armenia, ni se ha establecido que por la fecha o en las próximas al dictamen se hubieran realizado operaciones de compraventa de inmuebles en el mismo sector, ni se conoce el valor catastral de inmuebles de ubicación próxima".

Prosigue el Tribunal en el análisis del concepto pericial relativo al avalúo de la zona ocupada, diciendo que los peritos se limitaron a fijar el valor de la vara cuadrada a razón de $ 65,00 cada una, y determinando con esa base, el valor total del lote de terreno ocupado, en la cantidad de $ 342.264,00, por lo cual, con ese simple enunciado, sin explicación alguna, tal justiprecio carece del fundamento exigido por la ley procedimental.

En realidad de verdad, el dictamen pericial de la primera instancia, concurrente a la inspección ocular practicada en el predio dentro del término probatorio del juicio, convence plenamente acerca de la determinación precisa, debidamente fundamentada, del predio materia de la litis.

Hay que tener en cuenta que la delimitación de dicha zona ocupada que señala la súplica principal de la demanda, es la misma que señaló el ingeniero de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico. Esa demarcación se halla descrita en el plano que en la misma oportunidad elaboró el ingeniero en referencia. Sobre esa base se realizó la identificación del predio, y del mismo modo, se estableció su área en metros cuadrados y en varas cuadradas.

Pero en lo tocante al avalúo, aunque el dictamen es uniforme, no aparece explicado en forma alguna ni debidamente fundamentado como lo exige el Art. 721 del C. de Procedimiento Civil, para que el dictamen constituya plena prueba. El avalúo debe apoyarse en consideraciones lógicas y racionales y en datos que conduzcan a la evidencia de la conclusión adoptada por los peritos.

Conviene copiar en seguida la parte pertinente de la sentencia proferida por el Tribunal Superior, para que se vea claramente que la anterior objeción que hace la Sala sobre el dictamen pericial rendido en la primera instancia fue la que tuvo en cuenta el Tribunal para desechar el avalúo y como base de su condenación en abstracto. Dice así:

"Fundados en tales informaciones y sus apreciaciones personales, los peritos hacen afirmaciones precisas, exactas y claras sobre algunos puntos que les fueron sometidos y dieron los fundamentos para producir la identificación del inmueble, su medida o superficie, pero no los dieron en cuanto al precio de la vara cuadrada, acerca de lo cual tampoco hay información en el juicio, pues nadie ha dicho cuál es el precio de unidad vara en ese sector de la ciudad de Armenia, ni se ha establecido que por la fecha o en las próximas al dictamen se hubieran realizado operaciones de compraventa de inmuebles en el mismo sector, ni se conoce el avalúo catastral de inmuebles de ubicación próxima.

"En forma expresa exige el Artículo 721 del C. J que cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen unifor-

me, explicado y debidamente fundamentado de los peritos hace plena prueba.

"En este caso, los peritos al hacer el avalúo dicen así: 'Hemos estimado de común acuerdo que el precio de cada vara cuadrada en esa zona es el de $ 65,00 lo cual arroja un total para el lote de $ 342.264,00'.

"En dicho enunciado no existe un dictamen explicado y debidamente fundamentado como lo quiere el precitado artículo 721 del C. J. y por lo tanto el Tribunal no acepta el avalúo y resolverá en abstracto la condenación al pago de la zona o faja de terreno, pero el precio o valor se fijará de acuerdo con el Art. 553 ibidem".

Nuevas alegaciones de la parte demandada

En el alegato presentado ante esta Sala por el apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, se plantean estas cuestiones en orden a la revocatoria de la sentencia recurrida:

a) La acción ejercitada en el presente juicio es simplemente la indemnizatoria por ocupación de la propiedad privada con trabajos públicos.

Tal es el sentido obvio que se desprende del contexto de las súplicas principales del libelo.

b) "En el caso controvertido —dice el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales— no se ejercita, o mejor, no puede jurídicamente ejercitarse, la ACCION DE DOMINIO. Y esto por cuanto, de una parte, no existe primordialmente el elemento PETITORIO y de otra parte, tampoco cabe el elemento RESTITUTORIO. En realidad de verdad, lo que el actor pretende es el reconocimiento de una indemnización de perjuicios por una ocupación de hecho de parte de un inmueble que dice le pertenece, ocupación derivada de una actividad administrativa que se denomina TRABAJOS PUBLICOS.

"En nada disminuye la fuerza del anterior argumento la consideración de que el actor formule, COMO SUBSIDIARIA, una petición de declaración de dominio y consiguiente restitución de la zona ocupada con la Estación del FF. del Pacífico en Armenia. Esa petición estaría bien, y no como subsidiaria sino como principal, en un juicio entre particulares..."

Partiendo de estas bases, el señor apoderado de los Ferrocarriles alega la caducidad de la acción indemnizatoria propuesta, en los siguientes términos:

"El actor afirma categóricamente que la ocupación de la zona de terreno se realizó 'a mediados del año de 1927'. Y la demanda fue presentada el día 12 de julio de 1952, ES DECIR, VEINTICINCO AÑOS (25) DESPUES DE DICHA OCUPACION. Por tanto se presenta el fenómeno de la caducidad de la acción, la cual debe declarar la H. Sala sin necesidad de entrar a estudiar a fondo el problema o problemas que plantea la demanda".

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, definitivamente consagrada en la sentencia de inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, fechada el 20 de junio de 1955 (Arts. 269, 261, 262, 264, 265, 266, 267 y 268), la acción indemnizatoria derivada de la ocupación PERMANENTE de la propiedad privada con trabajos públicos, conlleva necesariamente una declaración de dominio. Este fue el principio fundamental del fallo de inexequibilidad de que se trata, en cuyas motivaciones se dice lo siguiente:

"El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y ex post facto en la indirecta, como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo: el dominio del expropiado, el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además las circunstancias determinantes de la primacía del interés público, en el caso concreto del propietario, en la expropiación regular.

"La expropiación, como procedimiento, es un acto complejo que se desarrolla en diversos períodos: el primero de éstos es la declaración legislativa, abstracta, general, impersonal, que consagra la primacía del interés público o social sobre el interés individual, que da asidero y base legal al segundo período: la manifestación concreta de voluntad de la administración mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dio origen a la declaración de utilidad pública.

"... ... ...

"Por otra parte, el dominio del expropiado, o sea en la expropiación regular o en la acción del Art. 269, no ejerce en la litis la simple función de presupuesto procesal, sino de presupuesto de la acción, según la diferencia que entre las dos nociones ha señalado reiteradamente la Corte, a saber:

'Los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permiten al juzgador resolver el litigio

en forma bien sea favorable o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la **legitimación en causa** atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta, y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida nunca es posible que la acción prospere (legitimatio ad causam) aunque para el fallo adverso se entiendan plenamente reunidos los presupuestos procesales, esto es, a) demanda formalmente admisible, b) competencia del juzgador, c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho, y d) capacidad para obrar procesalmente, o sea capacidad de ejercicio (legitimatio ad processum'. (Gaceta Judicial Nº 2147, página 924).'

"Así en el caso del artículo 269 acusado, son estos los presupuestos de la acción: **que el actor, como en la acción reivindicatoria, sea el verdadero propietario y que la administración sea poseedora de la cosa.** Porque si bien es cierto que la administración no se ampara o no debe ampararse en la presunción de propiedad que se deriva de la posesión actual, no es menos cierto que **a falta de la plena prueba de propiedad en el actor, la sentencia debe ser absolutoria, de la misma manera que la acción de dominio.** La única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado artículo 269, está en que no se pide la restitución, sino **el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación, como ya se ha visto".** (G. Judicial Nº 2154, Tomo LXXX, páginas 244 a 259) (Ha subrayado ahora la Sala). Por lo demás, la Sala ya dijo en este juicio:

"Según el Código Civil, el artículo 955, es de dominio la acción que se ejercita contra el que ha enajenado una cosa para la restitución, no de la cosa misma, sino de lo que haya recibido por ella, y para la indemnización de todo perjuicio, si la enajenó a sabiendas de que era ajena. De igual manera y por análogas razones, **es de dominio la acción para que el actual poseedor sea condenado a pagar el valor de la cosa que no puede restituir por haber sido incorporada definitivamente a un servicio público.** Tal acontece con las peticiones de la demanda marcadas con las letras a), b) y d).

"Por razones de economía procesal, que no agravan las condiciones del demandado, la Sala insiste en que el proceso no es nulo cuando el juez es competente para conocer siquiera de una de las acciones, entre las varias propuestas en la demanda. El proceso no es nulo en absoluto ni puede anularse por unas acciones y ser válido para otras, cuando el juez es competente para conocer de una de ellas. Con esto no se produce como teme el recurrente, el fraude a la ley consistente según él "en atacar la ley de manera sospechada, encubierta, hipócrita, con aparente legalidad y hasta con apoyo en el texto mismo de la ley' para dar a los jueces ordinarios una competencia que la ley deparó a otros Tribunales. Porque es claro que, si al pronunciar la sentencia de instancia, el Tribunal de Pereira encuentra que no es competente para conocer de alguna de las acciones, pero sí lo es para otras, así debe declararlo en el fallo y proceder en consecuencia, sea porque a esas conclusiones llegue en virtud de nuevo y detenido estudio del punto relacionado con las acciones por trabajos y obras que implican no solo una desposesión temporal sino una expropiación indirecta, ya sea porque para entonces la Corte Suprema haya resuelto definitivamente, en función de guarda de la Constitución, si las disposiciones de la ley 167 de 1941, que han sido acusadas ante ella, son o nó inexequibles". (Auto de fecha 31 de mayo de 1944, fol. 58 del C. Nº 9).

Y no vale argüir aquí que los principios jurisprudenciales que se expusieron en el fallo de inexequibilidad del Cap. XXII de la Ley 167 de 1941 anteriormente transcritos, no tienen operancia en el presente caso, debido a que la sentencia citada fue proferida con posterioridad a la presentación de la demanda que dio origen a esta controversia, porque es evidente, como lo anota el señor apoderado del actor, que aquella doctrina fue traducida a la práctica por esta Corte en numerosas oportunidades, como se comprueba sin ir muy lejos, en las relacionadas por el Tribunal **a quo** en el auto de fecha 5 de octubre de 1953 por el cual resolvió el incidente de nulidad por "incompetencia de jurisdicción" promovido dentro de este juicio por el representante del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

De tal suerte que ya en este proceso se dio a la demanda una interpretación definida. Se trata en ella de ejercitar la acción indemnizatoria por causa de ocupación permanente de la propiedad privada con trabajos públicos, la cual, por sus propias modalidades, entraña una verdadera acción de dominio enderezada ya no a la restitución de lo ocupado, porque ello no es posible tratándose, como aquí se trata, de la destinación del inmueble a un servicio público, sino al pago consecuencial del valor de ese mismo terreno.

Y si, de otra parte, el juicio no fue declarado nulo en virtud de la causal alegada, por cuanto en la demanda también se pide subsidiariamente la declaratoria de dominio privado de la zona ocupada a favor del señor Juan N. Vélez, declaración no considerada como incompatible o contraria a las principales, resulta todavía más infundado desconocer que en el presente juicio se ejercita exclusivamente la acción indemnizatoria para deducir de allí la caducidad de la referida acción.

Por lo tanto, no está llamada a prosperar la excepción de caducidad de la acción por vencimiento del término perentorio de que trata el Art. 263 del C. C. Administrativo.

Validez del título de propiedad. — Reitera el señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales en esta alzada la afirmación hecha ante el Tribunal por la misma parte demandada, de que el título de adjudicación de baldíos hecha por el Gobierno Nacional —Ministerio de Obras Públicas— a favor de Bernabé Arias por medio de la Resolución de 20 de enero de 1936, carece de valor legal, por cuanto tal adjudicación se hizo al señor Arias a título de cultivador, bajo la condición resolutoria prevista en las disposiciones legales que la misma resolución cita, y que "en esos terrenos NO EXISTIAN NI HAN EXISTIDO NUNCA CULTIVOS DE NATURALEZA ALGUNA".

Ataca igualmente el título de adjudicación en referencia con fundamento en el hecho de que la diligencia de entrega hecha a Bernabé Arias se llevó a efecto sin asistencia del Agente del Ministerio Público, requisito este previsto en el Decreto Legislativo No 672 de 18 de julio de 1890.

De otro lado anota el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales que no hay constancia en los autos de que el título de adjudicación de Bernabé Arias fue registrado de conformidad con lo dispuesto en el Art. 17 de la Ley 56 de 1905, en el Ministerio de Obras Públicas. La falta de tal formalidad, dice dicho apoderado, vicia tal adjudicación, puesto que el registro especial en cuestión "es ineludible para que los títulos de adjudicación tengan valor legal".

Finalmente, la adjudicación en referencia se hizo sin tener en cuenta la reserva de zonas para la construcción de vías de comunicación, prescrita por la ley 48 de 1882.

Son estos los puntos más salientes del alegato del señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales en cuanto concierne a la tesis por él defendida sobre nulidad de la adjudicación de baldíos, ya por falta de requisitos de forma, ya también en virtud de que el adjudicatario no cumplió con la condición esencial de la Resolución de 1903 según la cual los terrenos adjudicados debían ser explotados con cultivos dentro del término de diez años.

Todo lo anterior conduciría a la Corte a examinar las disposiciones relativas a la adjudicación de baldíos y a la luz de dicho examen establecer si en realidad de verdad tal título carece de valor legal por falta de ciertos requisitos externos; si en realidad Bernabé Arias dio o no cumplimiento a la condición de cultivar el terreno, y si por cuanto en la Resolución de adjudicación dictada por el Ministerio de Obras Públicas no se previó la reserva para la construcción de vías públicas, tal acto administrativo es inválido.

Como a simple vista se observa, tales planteamientos son de índole completamente extraña a las cuestiones de fondo propias de la naturaleza del presente juicio, y además, ajenos a la competencia de esta Sala de la Corte. En cuanto a esto último, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, es el Gobierno Nacional a quien compete hacer la declaración de extinción del derecho de dominio a favor de la Nación de los predios adjudicados como baldíos, en el caso de no haberse cumplido con la obligación de cultivarlos. Solamente conoce la Corte de las controversias que surjan del cumplimiento de aquella atribución administrativa. (Art. 8º de la Ley 200 de 1936).

Por estas obvias consideraciones la Sala repite aquí que los fundamentos del fallo de primera instancia acerca de la suficiencia del título de propiedad aducido por el actor, son jurídicos y no merecen reparo alguno.

Determinación del terreno

Diligencia de inspección ocular. — Está dicho ya que la Sala acoge las razones del Tribunal en cuanto hace a la identificación de la zona ocupada con las obras de ensanchamiento de la Estación ferroviaria de la ciudad de Armenia, al actor señor Juan N. Vélez. La determinación de esta zona la ha hecho el demandante con base en la demarcación hecha por el Ingeniero de la misma empresa del Ferrocarril del Pacífico. En la inspección ocular de la primera instancia se hizo el reconocimiento sobre el propio terreno de los linderos que delimitan la zona ocupada, su situación en el momento de la diligencia con relación a las obras allí ejecutadas por el Ferrocarril. Y en el dictamen pericial se estableció el área, que corresponde a la determinada en los planos e informes del Ingeniero antes mencionado.

Es éste un punto acerca del cual no se ha presentado discrepancia alguna en los autos que pudiera ser materia de consideración especial. En consecuencia, las motivaciones del fallo recurrido que se relacionan con la determinación del terreno materia de la controversia, tienen sólido fundamento jurídico.

Avalúo Pericial

Dentro de la segunda etapa probatoria de este juicio, se decretó una segunda inspección ocular en la zona litigiosa, con intervención de peritos, para que se determinara, primero, la ubicación, superficie y linderos del lote adjudicado a Bernabé Arias por la Nación y adquirido posteriormente por Juan N. Vélez, "con exclusión de lo concerniente al lote ocupado por el Ferrocarril", y, segundo, para que se estableciera el valor de la zona en 1927. También pidió que los peritos dictaminaren sobre el mayor valor o valorización del predio que quedó en poder del actor después de la ocupación parcial de que se trata, teniendo en cuenta las obras construídas allí por el Ferrocarril del Pacífico.

La diligencia fue practicada por el Tribunal Superior de Pereira, comisionado con tal fin por esta Sala, el 17 de febrero de 1956. (folio 26 del Cuaderno Nº 12).

En el acta respectiva se expresa que el personal inspector identificó sin dificultad todo el predio a que se refiere la escritura pública número 1203 de 8 de septiembre de 1928, de la Notaría Primera de Armenia. También estuvieron acordes en la mensura del lote ocupado por el Ferrocarril, fijada en la inspección ocular practicada en la primera instancia, aunque este punto no era materia de la diligencia. Se estableció que la zona mide 5.265,8 varas cuadradas.

Igualmente coincidieron los peritos en el área del lote que le quedó libre al señor Juan N. Vélez fijándola en 5.518,7 varas cuadradas. Pero respecto del avalúo pericial, concretado a esta zona de terreno, emitieron sus conceptos por separado por no haberse puesto de acuerdo.

El Tribunal nombró el perito tercero por no haberlo acordado los principales, y el tercero emitió su dictamen en desacuerdo con éstos en lo tocante al avalúo del mencionado lote.

Es de desearse que pudiera hacerse la condenación en concreto en el presente litigio, tanto por el derecho que tiene el demandante, plenamente probado en los autos, como por el tiempo que lleva este juicio desde su iniciación. Pero como el avalúo practicado en la primera instancia no puede aceptarse porque los peritos no cumplieron con su deber de dar las razones, explicaciones y fundamentos de su dictamen; y la inspección ocular y el dictamen pericial decretados por la Corte en esta segunda instancia, se refieren a un lote que no es materia de la controversia, o sea el que le quedó libre al demandante señor Vélez; no queda otro camino que la condenación en abstracto para que de acuerdo con el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, se reconozca al demandante señor Juan N. Vélez, el valor del citado inmueble materia de la acción de dominio intentada, ya que no es posible la restitución del mismo por estar destinado a un servicio público.

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, **RESUELVE:**

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha 23 de julio de 1955, para decidir del presente juicio.

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

Manuel Ahumada — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García M. Secretario.

SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR NO HABER SUMINISTRADO LA PARTE APELANTE PAPEL SELLADO DURANTE EL TERMINO LEGAL

El artículo 353 del Código Judicial ordena que cuando un expediente suba ante el Superior en virtud de recurso de apelación la parte o partes interesadas están en la obligación de suministrar, por lo menos, dos hojas de papel sellado para el repartimiento y que si en el término de los quince días siguientes al recibo del proceso, si la providencia apelada es auto interlocutorio, o dentro de los treinta días si es sentencia, no cumplen con este deber, el asunto se reparte en papel común y se declara de oficio ejecutoriada la resolución objeto del recurso.

Para cuando la apelación se surte ante la Corte Suprema de Justicia el inciso segundo de la citada disposición dispone que los términos sean de treinta y sesenta días respectivamente.

Pero el Decreto Nº 243 de 1951 que reformó el citado artículo del Código Judicial redujo a la tercera parte estos términos, quedando, en consecuencia, de diez días para los autos interlocutorios y de veinte para las sentencias.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora

En escrito de 15 de mayo de 1951, dirigido al H. Tribunal Superior de Cartagena, el señor Carlos A. Larios Vides, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía, a la Beneficencia de Bolívar o Junta de Asistencia Social del Departamento, representada por su Síndico, la cual se señaló como demandada principal y como demandado subsidiario al Departamento de Bolívar.

En tal forma fué admitida la demanda. Contra ella se propusieron las excepciones de inepta demanda y declinatoria de jurisdicción. Mas el Magistrado Ponente, al estudiarlas, declaró más bien la nulidad del proceso por incompetencia de jurisdicción, a partir del auto que admitió el libelo.

Posteriormente la demanda se corrigió señalando a las dos entidades, Departamento de Bolívar y la Asistencia Social del mismo como demandados solidarios. Contra esta demanda que también fué aceptada, se formularon las excepciones citadas pero no prosperaron éstas y la sentencia que las negó fue confirmada por esta Corte siguió el juicio su curso legal, hasta fenecerse en primera instancia por el H. Tribunal, en la sentencia de 24 de Mayo de 1957, visible a folios 153 a 164 del segundo cuaderno y por medio de la cual se absuelve a los demandados de los cargos formulados, y se condena en costas al demandante.

En la demanda que se tramitó hasta el final, el actor pide lo siguiente:

"PRIMERO — Que la Beneficencia de Bolívar, entidad administrada y dirigida por la Junta de Asistencia Social del Departamento y solidariamente, el Departamento de Bolívar, debe pagar al señor Carlos A. Larios Vides, con cc. Nº 3453126, expedida en Barranco de Loba, dentro del término que ustedes se sirvan señalarle la suma de VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($ 27.368,00) Mjl. por concepto de indemnización de los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento, por parte del señor Administrador de la Lotería de Bolívar, del contrato particularizado en el cuerpo de esta demanda. Subsidiariamente, solicito que se declare la resolución del contrato, y que como consecuencia se condene a la parte demandada a pagar la indemnización de perjuicios contenida en la petición principal anteiror.

"SEGUNDO — Que la Beneficencia de Bolívar, y solidariamente el Departamento de Bolívar, debe pagar al señor Carlos A. Larios Vides, dentro del término que ustedes se sirvan señalarle, la suma de OCHENTA MIL PESOS ($ 80.000,00) mjl. en que mi poderdante estima globalmente los perjuicios causados en su persona y bienes resultantes de los procedimientos empleados por el señor Administrador de la Lotería de Bolívar para hacer ineficaz la existencia del contrato re-

lacionado en esta demanda, o para eludir su cumplimiento bajo una aparente legalidad, los perjuicios serán oportunamente relacionados con toda precisión en el cuerpo de esta demanda.

"TERCERO — Que la parte demandada, en caso de ser condenada la Beneficencia, debe pagar a mi poderdante, los gastos y costas del juicio, inclusive la Agencia en derecho".

El demandante fundó su acción en 13 hechos fundamentales que no es necesario recordar dada la naturaleza de esta providencia.

Tramitada la instancia con las formalidades legales, el H. Tribunal Superior de Cartagena, como ya se dijo, le puso fin con la sentencia de 24 de mayo del año que avanza, absolviendo a los demandados de los cargos y condenando en costas a la parte actora, porque no encontró de recibo las peticiones ni los hechos del libelo, sobre lo cual sobra hacer un estudio pormenorizado ahora que sólo se trata de declarar la ejecutoria de la sentencia.

El apoderado de la parte demandante apeló de la sentencia en referencia y concedido el recurso, los autos subieron a esta Superioridad el 31 de julio de 1957.

Transcurrido el término legal sin que por la parte apelante se suministrara el papel sellado para el respectivo repartimiento, el 29 de agosto siguiente se repartió el negocio en papel común, por lo cual ahora procede la declaratoria de que tratan los arts. 353 del C. J. y 3º del Decreto Nº 243 de 1951.

La primera de estas disposiciones ordena que cuando un expediente suba ante el Superior en virtud del recurso de apelación, la parte o partes interesadas están en la obligación de suministrar, por lo menos, dos hojas de papel sellado para el repartimiento y que si en el término de los quince días siguientes al recibo del proceso, si la providencia apelada es auto interlocutorio, o dentro de los treinta días si es sentencia, no cumplen con este deber, el asunto se reparte en papel común y se declara de oficio ejecutoriada la resolución objeto del recurso.

Para cuando la apelación se surte ante la Corte Suprema de Justicia el inciso segundo de la citada disposición dispone que los términos sean de treinta y sesenta días respectivamente.

Pero el Decreto Nº 243 de 1951 que reformó el citado artículo del Código Judicial redujo a la tercera parte estos términos quedando, en consecuencia, de diez días para los autos interlocutorios y de veinte para las sentencias.

Como en el caso en estudio transcurrió el término de los veinte días sin hacer el suministro del papel, conforme al anterior certificado de la Secretaría de la Sala y a la constancia del recibo del expediente (Folios 2 del noveno cuaderno), es obvio que debe procederse a declarar ejecutoriada la sentencia objeto del recurrente.

Por lo expuesto y sin necesidad de otras consideraciones, 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, DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA APELADA, proferida por el H. Tribunal Superior de Cartagena con fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

Costas a cargo del apelante. Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

CADUCIDAD DE LA ACCION DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS.— NO HAY CADUCIDAD DE LA INSTANCIA POR FALTA DE ACTIVIDAD DEL ACTOR DESPUES DEL AUTO DE CITACION PARA SENTENCIA NI POR FALTA DE REVALIDACION DE PAPEL COMUN

1 — No se puede sostener que ha habido abandono del juicio por parte del actor, ya que a partir del auto de citación para sentencia lo único que resta por hacer es dictar el correspondiente fallo, que es una actividad propia exclusivamente del juzgador.

2 — La falta de revalidación del papel común empleado en la actuación, según lo tiene establecido la jurisprudencia, no es causal válida para declarar la caducidad de la segunda instancia que se ha alegado.

3 — El hecho de que las obras de construcción fueron entregadas por la firma constructora, en distintas etapas, siendo la última de ellas la que se verificó el día 12 de julio de 1948, y que la demanda que dió origen a este juicio fue presentada según constancias procesales el 28 de noviembre de 1950, esto es, dos años y cuatro meses después de haberse declarado terminada la obra que determinó la ocupación o cercenamiento de la propiedad raíz que se dice pertenecer al demandante, frente al término perentorio que establece el art. 263 del C. C. Administrativo para formular las demandas relativas a indemnizaciones a causa de trabajos públicos, es de dos años, dieron base al Tribunal para declarar probada la mal llamada prescripción de la acción, puesto que la excepción que jurídicamente corresponde en tal caso es la de caducidad de la acción o vencimiento del término perentorio estatuído en la disposición legal anteriormente citada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Abelardo Gómez Naranjo).

El apoderado especial del señor Hermann Hoeck, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 29 de noviembre de 1950, demanda contra el Municipio de Bogotá, para que, por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

Que se condene al Municipio de Bogotá a pagar al señor Hermann Hoeck la suma de $ 50.000.00 moneda legal, o la que se fije pericialmente en el juicio, "como indemnización de los perjuicios que el Municipio de Bogotá ocasionó a la propiedad del señor Hermann Hoeck situada en la Avenida 26 Nº 22-95 de esta ciudad, por haber tomado tal entidad de los andenes de la finca de mi representado una zona de terreno de dos metros de ancha por ochenta y cuatro (84) de larga con destino a la construcción de la Avenida "JORGE ELIECER GAITAN" y habiendo reducido los andenes de la mencionada finca de cuatro (4) metros que antes tenía, a dos metros, que hoy tiene, con notable deprecio y desmejora del valor comercial general de la propiedad. Igualmente consisten tales perjuicios en la supresión de la cómoda entrada de que disfruta el predio de mi representado por la calle o Avenida 26, entrada que hoy se hace casi imposible debido al sardinel interior de la calzada que construyó el Municipio de Bogotá para colocar sobre él los postes del Trolley".

En subsidio de la anterior súplica pide, además el actor, que el Municipio demandado pague al señor Hoeck los perjuicios causados al referido inmueble de la calle 26 Nº 22-95, por "la reducción que el Municipio hizo en los andenes de la propiedad de mi representado, perjuicios que habrán de determinarse y justipreciarse por peritos..."

Los linderos del inmueble de propiedad del señor Hoeck que se dice afectado por la reducción del área del andén que lo circundaba, están descritos así: "Por el Norte con la Avenida veintiseis (26) hoy Avenida JORGE ELIECER GAITAN; por el Occidente, con la carrera veinticinco; por el Oriente con el Cementerio Alemán; y por el Sur con un callejón de propiedad del Municipio de Bogotá, correspondiente a la calle veinticinco A (25 A) en proyecto".

Para mayor fidelidad en la enunciación de los hechos en que apoya el demandante las peticiones anteriores, se copian en seguida:

"PRIMERO — Mi representado señor Hermann Hoeck es propietario del predio situado en esta ciudad en la esquina sur oriental de la Avenida veintiseis (26) con la carrera veinticinco (25) y el cual tiene los siguientes linderos: (los mismos que se acaban de insertar).

"SEGUNDO — Mi representado compró al Banco Agrícola Hipotecario el inmueble de que se viene hablando por medio de las escrituras dos mil cuatrocientos veinticinco (2.425) de diez (10) de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1942), mil setenta y seis (1.076) del veintiocho (28) de abril de mil novecientos cuarenta y tres (1943) y tres mil trescientos veintisiete (3.327) de dos (2) de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), todas de la Notaría Tercera de Bogotá, con andenes de cuatro metros de ancho porque así los había exigido el Municipio de Bogotá.

"TERCERO — El Municipio de Bogotá en cumplimiento del acuerdo 52 de 1946 planeó y aprobó la construcción de la Avenida JORGE ELIECER GAITAN de Bogotá y contrató su construcción con la firma de ARCHILA BRICEÑO Y COMPAÑIA.

"CUARTO — El Municipio de Bogotá le exigió a la Urbanización de "SAN VICTORIO" andenes de cuatro metros de ancho, para poder aprobarla y recibirla como consta en la escritura de cesión de calles hecha por la Urbanización de San Victorio al Municipio de Bogotá con fecha cuatro (4) de mayo de mil novecientos treinta y nueve (1939) de la Notaría Tercera de esta ciudad.

"QUINTO — El predio de propiedad de mi representado fue gravado por el Municipio de Bogotá con la suma de CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS MONEDA LEGAL ($ 54.159,53) m. l. por impuesto de pavimentación y por obras de la avenida "Jorge Eliécer Gaitán", impuesto que ya está pagado por el contribuyente, según los recibos presentados.

"SEXTO — Las obras de ensanche de la Avenida JORGE ELIECER GAITAN, se ejecutaron en forma precipitada, sin plan, ni competencia, variando el perfil transversal tres o cuatro veces durante la ejecución de la avenida.

"SEPTIMO — Como la Avenida JORGE ELIECER GAITAN se quiso terminar por la instalación en esta ciudad de la Novena Conferencia Internacional Americana, se prescindió de un estudio previo que hubiera evitado la escogencia del absurdo y costoso perfil de las cuatro calzadas que hoy tiene la vía. Desde luego, este perfil se escogió porque facilitaba la instalación de los postes para el servicio de los buses Trolley, sin tener en cuenta los intereses de los colindantes, ni la experiencia técnica que ha desechado un perfil tan absurdo...

"OCTAVO — En todo el frente de la finca de propiedad de mi representado sobre la Avenida veintiseis (26), o avenida "JORGE ELIECER GAITAN", o sea más o menos en una extensión de ochenta y cuatro metros (84 mts.) los andenes que anteriormente eran de cuatro metros de ancho, o sea, proporcionados para una calle de veinte metros (20 mts.) de ancho, fueron reducidos a dos metros (2 mts.) de ancho, cercenando del predio de propiedad de mi representado una zona de terreno de ciento sesenta y nueve metros (169 mts.) cuadrados, o sean doscientas sesenta y dos varas cuadradas. Al ensanchar la Avenida veintiseis y construir la avenida "JORGE ELIECER GAITAN" han debido aumentarse los andenes existentes de cuatro a cinco o seis metros de ancho, como se hizo en la Avenida Caracas y Avenida del Libertador de Bogotá.

"NOVENO — La reducción del andén a la propiedad de mi representado de cuatro a dos metros de ancho, significó un notable perjuicio porque no solamente no se dejó el andén indispensable para una calle de veinte metros, sino además, no se aumentó el existente de cuatro metros, como ha debido hacerse por analogía con las otras vías de la ciudad y como lo ordenan los modernos postulados de urbanismo.

"DECIMO — La propiedad de mi representado ha sufrido una grave desmejora o un gran deprecio en las futuras construcciones que en ella hayan de hacerse, pues éstas tendrán que sufrir el efecto destructor de las vibraciones causadas por el tráfico intenso de Buses Trolley que habrá de pasar por el pie de ellas...

"ONCE — Un andén de dos metros de ancho es apenas proporcionado para una calle o calzada de siete u ocho metros de ancho, y mal puede, técnica y urbanísticamente hablando, ser un andén que corresponda a los predios situados sobre una calle o avenida que tiene cuarenta metros de ancho. Además, con andenes de dos metros, se hirió de muerte el establecimiento en el predio de propiedad de mi representado los edificios destinados al comercio, sobre todo al comercio al por menor...

"DOCEAVO — Cuando mi representado com-

pré sus inmuebles los adquirió con andenes de cuatro metros de ancho porque así lo exigió el Municipio de Bogotá.

"TRECE — En el lote de la avenida veintisiete marcado con el número 22-95 existía antes de construirse la avenida "JORGE ELIECER GAITAN", una cómoda entrada para vehículos de tracción mecánica. Por el sardinel que se construyó para colocar sobre él los postes que soportan los cables del Trolley quedó prácticamente suprimida esta entrada, pues hay que pasar por encima del sardinel para poder entrar un vehículo a la propiedad.

"CATORCE — El trazado de las vías públicas municipales; la destinación de zonas para tales vías públicas; las demarcaciones para tales fines hechas en las propiedades privadas; la elaboración de los planos correspondientes constituyen trabajos públicos, básicos para la apertura y ensanche de las vías públicas y las disposiciones para llevar a cabo estas empresas están a cargo de los funcionarios públicos correspondientes, investidos como se hallan de jurisdicción y mando para el efecto".

Como fundamentos de derecho citó el actor las disposiciones del Art. 30 de la Carta, y las del Libro 2º del C. Civil y las del Cap. XXII del Código Contencioso Administrativo.

Antes de resolver sobre la admisión de la anterior demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso solicitar de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá, información acerca de la fecha exacta en que había sido terminada la construcción de la Avenida "Jorge Eliécer Gaitán" a que hace referencia el actor.

Al respaldo del oficio librado al efecto (folio 21 del C. Nº 1) hay una anotación fechada el 30 de octubre de 1951, refrendada con el sello de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá, que dice así: "En los archivos de este Departamento no existe acta de recibo final de la obra. El último de los recibos parciales tiene fecha 12 de julio de 1948 que lleva el Nº 155 Contrato 375|47".

La demanda fue admitida por auto de 15 de noviembre de 1951, y a ella dió respuesta el señor Personero Municipal de Bogotá, negando en primer término la propiedad alegada por el actor sobre los andenes correspondientes a los inmuebles adquiridos por el demandante del Banco Agrícola Hipotecario, puesto que las zonas correspondientes a tales andenes fueron cedidas al Municipio con tal objeto, y por tanto esas zonas entraron a formar parte de las vías públicas. "De tal manera que al transferir el Banco —dice el Personero— al demandante los terrenos de que tratan las escrituras citadas en el hecho que contesto, no incluía, ni podía incluir, en tales transferencias cosa distinta a su propiedad privada. Vale decir, que en ningún caso podía transferir la vía pública, y por consecuencia, los andenes los cuales ya lo hemos dicho eran parte de la vía pública, formaban parte de ella, se construyeron en ella, o como quiera entenderse, pero en ningún caso formaban parte de propiedad privada alguna". En estos términos se opuso a las declaraciones impetradas, y de otro lado, invocó la excepción perentoria de caducidad o prescripción de la acción, mediante los siguientes fundamentos:

"1º La construcción original de los andenes en la calle 26, y más concretamente, en el sector donde se ubica la propiedad inmueble cuyo daño alega el demandante, tuvo lugar en el año de 1939.

"2º La construcción de la obra de andenes y sardineles de la calle 26 o Avenida "Jorge Eliécer Gaitán" entre las carreras 14 y 28, costado norte y sur, fue recibida por el Municipio, es decir, fue realizada en las siguientes fechas: 22 de septiembre de 1947, 9 de diciembre de 1947, 2 de febrero, 5 de marzo, 21 de marzo y 5 de abril de 1938 (sic) como cumplimiento de los contratos Nos. 357 de 26 de julio, 497 de 26 de septiembre ambos de 1947, celebrados entre el Municipio y la sociedad "Archila, Briceño y Cía. Ltda".

"3º La demanda en el presente juicio, conforme consta en la respectiva nota de Secretaría (folio 22) fue presentada el 29 de noviembre de 1950.

"4º De tal manera que si la obra de construcción de andenes, o su modificación, se considera como obra pública, en este caso habría tenido lugar sea en 1939 (construcción original hecho de la excepción), o bien en 1947 y abril de 1938 modificación o disminución de la anchura de los andenes (hecho 2º de esta excepción) y por tanto la demanda (29 de noviembre de 1950) fue presentada al Tribunal con posterioridad a los dos años de ocurrida la obra pública que se invoca como originaria de la indemnización".

El señor Fiscal del Tribunal manifestó que no negaba ni aceptaba los hechos de la demanda, que se atenía a lo que apareciera probado en el juicio, reservándose el derecho de excepcionar cuando lo creyera conveniente.

Abierto a pruebas el negocio se practicaron las que oportunamente solicitaron las partes litigantes, a saber:

A) El actor solicitó la recepción de algunos testimonios y la práctica de una diligencia de inspección ocular con peritos sobre la Avenida 26 con la carrera 22, esto es, en el sector situado sobre el inmueble de propiedad del demandante Hoeck; allegó el original del oficio o memorandum Nº 10006 de 27 de diciembre de 1949 de la Tesorería Municipal, en la cual se le hace saber la liquidación del impuesto de Valorización por las obras de la Avenida "Jorge Eliécer Gaitán", al demandante señor Hoeck; ejemplares autenticados de los Nos. 1418 de 23 de septiembre de 1947 y 1467 de 6 de diciembre del mismo año de "Anales del Consejo" de Bogotá, donde aparecen publicados los contratos Nos. 357 y 407 celebrados por el Municipio citado con la firma Archila Briceño y Cía. Ltda", para la ejecución de las obras de construcción de la Avenida en referencia.

Finalmente, una certificación de la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Bogotá, que dice relación con los trabajos de construcción de los andenes a que se refiere la demanda.

B) Por su parte el señor Personero Municipal solicitó la práctica de las pruebas siguientes: Una certificación de la Secretaría de Obras Públicas que se refiere a las especificaciones de las obras de la Avenida Jorge Eliécer Gaitán, cuyo punto 2º dice así: "Las obras de andenes y sardineles de la calle 26 o Avenida Jorge Eliécer Gaitán, por carreras 14 y 28 costados Norte y Sur, fueron recibidas por el Municipio desde octubre de 1947 a comienzos de 1948".

Se trajo copia auténtica pero sin nota de registro, expedida por el Notario 3º de este Circuito, de la escritura pública marcada con el número 867 de 4 de mayo de 1939, por medio de la cual el Banco Agrícola Hipotecario hizo cesión al Municipio de Bogotá de varias zonas necesarias para las vías públicas y fines escolares de la Urbanización San Victorio de esta ciudad.

Además, ejemplares autenticados de los números 1467 de 6 de diciembre de 1947, 1418 de 23 de septiembre del mismo año, de "Anales del Consejo de Bogotá, y Nº 156 de 4 de abril de 1929 1.624 de 30 de octubre de 1925 de la publicación oficial del municipio de Bogotá: "Registro Municipal".

Dentro del tiempo para alegar por escrito, solamente hicieron uso de ese derecho el señor Personero Municipal y el Fiscal del Tribunal fallador, funcionarios éstos que concuerdan en solicitar que se denieguen las peticiones formuladas en la demanda.

En esta segunda oportunidad, el primero de los citados funcionarios, reitera la solicitud de que se declare probada la excepción de prescripción de la acción incoada, porque:

"1º En la construcción original de los andenes en el sector donde está ubicada la propiedad cuya ocupación alega el demandante, las zonas correspondientes fueron cedidas por el Banco Agrícola Hipotecario, entidad que cedió la zona para calles y carreras de la urbanización denominada "San Victorio", en el año de 1939, según consta de la escritura Nº 867 de 4 de mayo de 1939 (Notaría 3ª de Bogotá).

"2º La construcción de la obra de andenes y sardineles de la calle 26 o Avenida "Jorge Eliécer Gaitán" entre las carreras 14 y 28, costados norte y sur, fue recibida por el Municipio —sobra decir, que previa su completa realización— en las siguientes fechas: 22 de septiembre de 1947, 8 de diciembre de 1947, 8 de febrero de 1948 y por último, **5 de abril de 1948.** Tales entregas se efectuaron por la firma "Archila, Briceño y Cía. **Ltda." en cumplimiento** de lo pactado en los contratos números 357 de 26 de julio y 407 de 26 de septiembre, ambos de 1947, celebrados entre el Municipio y la citada sociedad, como se comprueba en el certificado expedido por la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, que obra como prueba en el presente negocio.

"3º La demanda en el presente juicio, conforme consta en la respectiva nota de la Secretaría de esa Corporación (folio 22), fue presentada **el día 29 de noviembre de 1950.**

"4º Si las obras de construcción de andenes, o de modificación de los mismos, tuvieron lugar para el primero de los casos en el año de 1939, o para el segundo en los años de 1947 y 1948 habiéndose recibido la última obra el 5 **de abril de 1948,** basta simplemente comparar fechas para darse cuenta de que el libelo de demanda fue presentado al Tribunal con posterioridad a los dos años de ocurrida la obra pública que se invoca como causal para solicitar la respectiva indemnización.

"Lo anterior, de acuerdo con el Artículo 273 del C. C. A. que reza: "La demanda para que se pague la indemnización debida cuando, a causa de un trabajo público se ocupa o daña una propiedad particular, se dirigirá al Tribunal competente, a más tardar dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación'.

"Este despacho alega —en primer término— la prescripción, para el caso incierto de que las obras de construcción de andenes, o su modificación, o como quiera llamarse, sean consideradas como trabajo público efectuado en inmuebles de

propiedad privada, tal como lo alega el demandante en su escrito original.

"Precisamente, a esta afirmación paso a referirme en seguida para desvirtuar también la causa petendi erigida sobre un concepto equivocado".

Y sobre el particular alega el señor Personero:

"Es natural que la parte petitoria principal de la demanda, ese por su base, puesto que el señor apoderado se refiere a que el Municipio de Bogotá debe pagar indemnización por los perjuicios que ocasionó a la propiedad aludida, "...por haber tomado la entidad de los andenes de la finca de mi representado una zona de terreno de dos mil metros de ancha por ochenta y cuatro (84) de larga con destino a la construcción de la Avenida "Jorge Eliécer Gaitán" y habiendo reducido los andenes de la mencionada finca de cuatro (4) metros que antes tenía, a dos (2) metros, que hoy tiene..." y por ende, queda sin ninguna solidez la petición subsidiaria correspondiente.

"En efecto, el demandante no ha acreditado durante el juicio —mal podía hacerlo— lo relativo a los actos de adquisición del dominio sobre la zona de los andenes.

"Argumenta, en este punto, que el Banco Agrícola Hipotecario le hizo transferencia 'con andenes de 4 metros de ancho'.

"Lo que sucedió, en realidad, fue que el citado Banco transfirió al Municipio las zonas de terreno de que da cuenta la escritura pública Nº 867 de 4 de mayo de 1939, Notaría 3ª de este Circuito, que también obra en autos.

"Consta en tal instrumento que la mencionada entidad bancaria se obligó a verificar las obras de saneamiento y urbanismo (entre las cuales se incluyen los andenes) exigidas por las normas municipales vigentes, consignadas en los Acuerdos números 63 de 1922 y 74 de 1925, que igualmente fueron presentadas por este Despacho para que se tuvieran como pruebas, a favor del Municipio, durante el consiguiente término.

"Al cederse las zonas, éstas entraron a formar parte de las vías públicas para las cuales fueron destinadas; más claro aún, se convirtieron en vías públicas. Las obras de saneamiento y urbanismo se realizaron en tales vías públicas y, en ningún caso, en zonas de propiedad privada".

El señor Fiscal del Tribunal concretó las razones que en su sentir hacen improcedente la acción intentada, en el siguiente párrafo de su alegato de conclusión:

"Considerado a la luz de la jurisprudencia transcrita al caso en estudio, se tiene lo siguiente: El Municipio de Bogotá, para conceder licencia para abrir una nueva urbanización, de conformidad con los acuerdos vigentes, exige a los urbanizadores la construcción de pavimentos, alcantarillados, sardineles y andenes, al mismo tiempo que la cesión al mismo Municipio de las vías públicas de la nueva urbanización. El predio del demandante pertenecía a una urbanización que ejecutó en él los trabajos antedichos que los cedió por escritura pública junto con el terreno sobre el cual se hallaban construídas al Municipio de Bogotá. De suerte que éste, como dueño exclusivo de los andenes, pudo variarlos como lo hizo, reduciendo su anchura pero la realización de una obra de bien común como fue la construcción de la Avenida 'Jorge Eliécer Gaitán' que valorizó los predios aledaños de la misma, sin que con tales obras hubiera ocupado materialmente propiedad del actor, ni le hubiera causado perjuicio. Descartados la ocupación y el perjuicio consiguiente, no cabe declarar obligación alguna de indemnizar como se pide".

Desató el Tribunal la controversia así trabada por medio de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 1952, en la cual declaró prescrita la acción ejercitada en el presente juicio. Para hacerlo así sostuvo el fallador:

"Ahora bien, ¿cuándo se efectuó el daño? Esto no lo dice ni la demanda ni aparece en las pruebas. Del dictamen pericial y de las conclusiones elaboradas por los señores peritos se deduce que el predio de propiedad del demandante ha sufrido daños ya, por el recorte de los andenes, ya por el paso de los buses Trolley pero no se dice en dicho dictamen la fecha en la cual ocurrió el daño. Lo único que de dicho dictamen se puede deducir es que el daño causado al predio de propiedad del señor Hermann Hoeck es un daño futuro, esto es, aquel perjuicio que no se ha cumplido en el momento de la ejecución de las obras pero que puede presentarse en el futuro.

"Si esto es así, si los peritos estiman que es "un perjuicio muy difícil de avaluar, ya que las verdaderas consecuencias se notarán solamente en el futuro", tenemos que el daño futuro causado a la propiedad citada no se puede indemnizar por cuanto que, para que el daño sea indemnizable debe reunir las condiciones de directo, real y cierto.

"No habiendo sido pues, determinada, la fecha del daño tenemos que atenernos a que éste pudo ser causado durante toda la ejecución de las obras y en consecuencia la prescripción empezaría a contarse desde el momento en que el contratista entregó su trabajo.

"Al folio 26 vuelto obra una certificación de

Secretaría de Obras Públicas Municipales en la cual se hace constar que el último de los recibos parciales de entrega de la obra de la Avenida "Jorge Eliécer Gaitán" lleva fecha 12 de julio de 1948, es decir, la prescripción de la acción empezaría a contarse desde el 13 de julio de 1948, y se cumpliría el 13 de julio de 1950.

"Si esto es así y si la demanda fue presentada el 29 de noviembre de 1950 es lógico que en este caso se ha operado la prescripción de la acción y por ello no puede entrarse a estudiar el fondo del problema".

Habiéndose concedido al actor el recurso de apelación que oportunamente interpuso contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo, los autos subieron al Consejo de Estado, donde se surtió la tramitación legal hasta dictar el auto de citación a las partes para sentencia.

Proferida por la Corte la sentencia de inexequibilidad de las disposiciones contenidas en el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, procedió el H. Consejo de Estado a ordenar la remisión de los autos a la justicia ordinaria (Tribunal Superior de este Distrito Judicial), por razones de competencia. Luego, al dictarse el Decreto Nº 0293 de 1956, decidió el mismo Consejo el envío directo del asunto a esta Sala de la Corte (Auto de 10 de abril de 1956, folio 96 del C. Nº 1).

Hallándose, pues, el negocio en estado de fallar, se procede a ello,

CONSIDERANDO:

a) En escrito presentado a esta Sala el 29 de julio último, el señor Personero Distrital de Bogotá, solicitó se declarase la caducidad de la segunda instancia, por cuanto el actor no ha hecho lo largo de más de un año ninguna gestión, a la vez que ha descuidado el cumplimiento del auto de 24 de mayo de 1956, por medio del cual se dispuso la revalidación del papel común empleado en la actuación.

Esta solicitud no puede prosperar, puesto que la actuación de la segunda instancia —como está dicho anteriormente— se cumplió en forma normal hasta el auto final de citación de las partes para sentencia, que tiene fecha 11 de febrero de 1954. No se puede sostener por tanto que ha habido abandono del juicio por parte del actor, ya que a partir del auto en referencia, lo único que resta por hacer es dictar el correspondiente fallo, que es una actividad propia exclusivamente del juzgador.

La falta de revalidación del papel común empleado en la actuación, según lo tiene establecido la jurisprudencia, no es causal válida para declarar la caducidad de la segunda instancia que se ha alegado.

b) **Competencia** — El actor, en la súplica primera de la demanda, solicita que se condene al Municipio de Bogotá (hoy Distrito Especial de Bogotá), a pagarle la suma de $ 50.000,00 o la que se determine en el juicio, "como indemnización de los perjuicios que el Municipio de Bogotá ocasionó a la propiedad del señor Hermann Hoeck situada en la Avenida 26 Nº 22-95 de esta ciudad, por haber tomado tal entidad de los andenes de la finca de mi representado una zona de terreno de dos metros de ancha por ochenta y cuatro (84) de larga con destino a la construcción de la Avenida "Jorge Eliécer Gaitán" y habiendo reducido los andenes de la mencionada finca de cuatro (4) metros que antes tenía, a dos metros, que hoy tiene..."

Es claro que esta acción indemnizatoria conlleva la declaración del dominio privado de una zona de terreno perteneciente al antiguo andén de cuatro metros de ancho por ochenta y cuatro (84) metros de largo, que según la misma demanda pertenecía o hacía parte del inmueble adquirido por el demandante Hoeck por compra al Banco Agrícola Hipotecario, zona que fue cercenada de dicho andén para la ampliación de la Avenida 26, llamada también Avenida "Jorge Eliécer Gaitán".

Se trata pues, de una acción indminzatoria por ocupación permanente de parte de un inmueble de propiedad particular con una obra pública. Tal es la pretensión del actor, contra la cual el representante de la entidad demandada alegó que la zona cercenada hacía parte de la vía pública, respecto de la cual existe un título traslaticio de dominio, a favor de la entidad demandada, consistente en la cesión que hiciera el Banco Agrícola Hipotecario a favor del Municipio de Bogotá de las zonas necesarias para las calles y carreras y sus andenes correspondientes, cesión a que fue condicionada la licencia otorgada por el Municipio para la Urbanización "San Victorio" de esta ciudad. Precisamente, si la Sala ha de entrar a decidir del fondo del pleito, habrá de ocuparse del estudio de los títulos aducidos por las partes para demostrar su respectivo derecho.

Siendo ello así, como en realidad lo es, no cabe duda alguna acerca de la competencia de la Sala para decidir del presente recurso, con fundamento en la sentencia de inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, sentencia que lleva fecha 20 de junio de 1955, y en el Decreto Ley Nº 0293 de 1956.

Caducidad de la acción — Ya se ha visto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al fallar este litigio, declaró probada esta excepción perentoria, denominándola equivocadamente como "prescripción de la acción".

Y se conocen los fundamentos de tal decisión: El hecho de que las obras de construcción de la Avenida 26 o también llamada "Jorge Eliécer Gaitán", fueron entregadas por la firma constructora en los años de 1947 y 1948, en distintas etapas, siendo la última de ellas, la que se verificó el día 12 de julio de 1948; que la demanda que dio origen a este juicio fue presentada según constancias procesales el 29 de noviembre de 1950, esto es, dos años y cuatro meses después de haberse declarado terminada la obra que determinó la ocupación o cercenamiento de la propiedad raiz que se dice pertenecer al demandante; y el término perentorio que establece el Art. 263 del C. C. Administrativo para formular las demandas relativas a indemnizaciones a causa de trabajos públicos, es de dos años.

Los hechos enunciados por el Tribunal para declarar probada la mal llamada prescripción de la acción, puesto que la excepción que jurídicamente corresponde en tal caso es la de caducidad de la acción o vencimiento del término perentorio estatuído en la disposición legal anteriormente citada, constan en comprobantes cuya autenticidad no ha sido materia de contradicción alguna en el proceso.

La disposición del Art. 263 del CC. Adminis trativo se hallaba vigente en la época de la in ciación del presente juicio, y por tanto su ap cación es includible en el presente caso.

Luego la excepción alegada y declarada prob da en la sentencia que se revisa —aunquando b jo una aquivocada denominación—, es a tod luces procedente.

De lo que se deja expuesto se concluye que sentencia del Tribunal Administrativo es en fondo jurídica, debiéndose reformar en el senti de que la excepción que resulta probada de aut es la de caducidad de la acción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema Justicia —Sala de Negocios Generales—, adm nistrando justicia en nombre de la República Columbia y por autoridad de la Ley, REFORM la sentencia dictada en este juicio por el Trib nal Administrativo de Cundinamarca con fec 28 de noviembre de 1952, en el sentido de decl rar la caducidad de la acción en el presente ju cio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en Gaceta Judicial y devuélvase el expediente Tribunal de origen.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Nara jo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rinc Lara — Jorge García Merlano Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE UNA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente doctor Camilo Rincón Lara.

El 25 de noviembre de 1954 demandó el señor Rafael Gutiérrez Hoyos a la Nación, a fin de que, entre otras declaraciones, se hiciera la correspondiente a la obligación, por parte de la entidad demandada, de pagar los daños ocasionados en un inmueble del demandante situado en el punto denominado Italia, fracción San Juan, del Municipio de Santa Rosa de Cabal.

El juicio fué fallado por esta Sala el 21 de marzo de 1956, y en el numeral 2º de la parte resolutiva de ese fallo se dijo:

"2º Declárase que la Nación está obligada a pagar al mismo señor Rafael Gutiérrez (hoy a su cesionario señor Luis Gerardo Acosta), el valor de los daños ocasionados al inmueble determinado anteriormente. La cuantía de ellos se fijará mediante el trámite establecido por el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta lo probado en este juicio al respecto, y lo que con relación al monto se establezca en el incidente".

De conformidad con lo así dispuesto, el apoderado de la parte actora presentó ante esta Corte, el 13 de noviembre de 1956, la liquidación de los perjuicios mencionados, de la cual se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil quien la objetó, "para solamente aceptarla en lo demostrado y probado". En tal virtud se abrió el incidente a prueba, y el demandante pidió el avalúo pericial de los daños en referencia. Rendido por los expertos su dictamen, se puso en conocimiento de las partes por el término legal, sin que ninguna de ellas le hiciera objeciones o pidiera su ampliación o explicación. Ninguna otra prueba fué solicitada y por tanto se procede a resolver.

La liquidación presentada por el actor contiene una discriminación de los daños y la estimación de cada uno de ellos, estimación que en total asciende a la suma de tres mil quinientos ochenta pesos m/c. ($ 3.580,00). Los peritos dan a los perjuicios un avalúo inferior. Dice así el dictamen:

"Nuestra pericia versa sobre los perjuicios demostrados en el expediente, a cuyo pago fué condenada la Nación por sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida el 21 de marzo de 1956. Hecho el correspondiente estudio de manera diligente y cuidadosa y mediando, además, el conocimiento que antes tuvimos del bien arrendado a la Nación y el estado en que fué recibido por el interesado después del lanzamiento practicado por el Juzgado Municipal de esta ciudad, de común acuerdo valoramos los daños y perjuicios, así:

"Destrucción de la sementera integrada por cafetos, árboles frutales de varias clases y del jardín situado frente a la casa, de todo lo cual no quedaron ni huellas	$ 1.000,00
"Reconstrucción de las escalas que antes tenía la casa (2), incluyendo maderas y mano de obra	180,00
"Reconstrucción de cercas, incluyendo materiales y mano de obra	100,00
"Reconstrucción de la portada en cemento y rejas de hierro	260,00
"Construcción de un sanitario, incluyendo materiales y mano de obra .	320,00
"Por destrucción de una pared divisoria en la planta baja de la casa . . .	80,00
"Por pérdida de instalaciones eléctricas, (líneas y accesorios)	80,00
"Por destrucción del lavadero que había sido construído en cemento . . .	150,00
"Valor de un lavamanos de porcelana	60,00
"Por destrucción del fogón que antes existía construído en adobe y cemento	120,00
"Por reparaciones en las instalaciones de agua, por daños en las puertas y pérdida de chapas	300,00
"Valor de las reparaciones generales en pintura, retoques, pañetes, techos etc. etc.	500,00
Total	$ 3.150,00

Se ha visto que en el fallo de 21 de marzo de 1956 se dispuso regular la cuantía de los perjuicios teniendo en cuenta lo probado en el juicio al respecto, y lo que con relación a su monto se es-

tablezca en este incidente. Así pues conviene ver las diligencias que en el dicho fallo se tuvieron en cuenta como demostrativas de los daños. Ellas fueron:

Las declaraciones de Gonzalo García, Antonio Arcila, Antonio Patiño e Isidoro Escobar quienes expusieron haber conocido el inmueble del demandante el cual se encontraba en buenas condiciones cuando se lo entregaron a la Nación, con instalaciones de luz eléctrica, agua, puertas, ventanas, solar sembrado de café, plátano y árboles frutales; y que al serle devuelto al arrendador presentaba muchos deterioros pues la huerta así como las instalaciones de luz, el fogón, el lavadero, un lavaplatos y algunas cerraduras habían desaparecido, las pinturas se encontraban en pésimo estado y el baño completamente destruído.

La carta del ingeniero Efraín Villegas para el señor Gutiérrez Hoyos, en la que le transcribe la dirigida por él al Ingeniero Jefe de la Zona de Manizáles en la cual le dice: "Tuve oportunidad de visitar esta casa en compañía de su dueño señor Rafael Gutiérrez Hoyos, quien reclama el arreglo de ella en la forma siguiente: Colocación de un lavaplatos en la cocina. Cinco instalaciones eléctricas. Reconstrucción del mostrador de la tienda en el piso bajo. Arreglo del sanitario. Cercas del patio. Como desafortunadamente la Zona tiene gran parte en estos daños, hemos convenido..."

El acta de la diligencia de lanzamiento en la que se dice:

"...estando presente el doctor Carlos Mejía Vieira, el suscrito Juez le entregó el inmueble arriba alinderado, quien hizo los siguientes reparos: ...quiero que se deje constancia en esta diligencia de que en la casa se encuentra en pésimo estado los servicios sanitarios, es decir, inodoro, baño y lavadero; en las mismas condiciones dos escalas de madera que dan al piso alto de la casa. También faltan en dicho piso el fogón y el lavadero o lavaplatos de la cocina que se dice es obra de cemento en perfecto buen estado; falta igualmente la llave del agua tampoco existen los alambres de luz, ni las instalaciones eléctricas; en pésimo estado las dos portadas de madera que dan entrada al piso alto de la casa; no hay llaves en las cerraduras; las puertas y aleros deteriorados; el patio se encuentra en completo abandono, pues está enyerbado en su totalidad. En cuanto al piso bajo también se encontró las puertas sin llaves; una pared del garaje se encuentra en pésimo estado hasta el punto de que hay que reconstruírla. También falta la llave de la cerradura de la puerta del citado garaje y por último las cercas que dan hacia la carretera en mal estado. Como el suscrito Juez para esta diligencia hiciera comparecer al señor Personero Municipal, en su carácter de representante de la Nación, en el presente caso, dicho señor en la persona de Adán Arias C. constató como ciertos los reparos que al respecto hizo el doctor Mejía Vieira".

Se han hecho las anteriores transcripciones para hacer ver que los peritos ajustan su dictamen a los perjuicios comprobados, puesto que los daños que avalúan son los mismos que se observaron al efectuar el lanzamiento, los cuales anota igualmente la carta del ingeniero Villegas y mencionan los testigos. De tal manera se cumple lo ordenado en la sentencia al disponer que la cuantía de los perjuicios se fije teniendo en cuenta lo probado en el juicio.

Por lo demás considera la Sala que de conformidad con el artículo 721 del C. J. el dictamen de los peritos hace plena prueba, por ser uniforme y estar explicado y debidamente fundamentado; pues no solo se apoya en los hechos plenamente establecidos en el juicio, como queda dicho, sino en el personal y directo conocimiento que los expertos tienen sobre las cuestiones sometidas a su concepto. Y como el inciso 2º del artículo 553 del código citado dispone que la regulación debe hacerse, en casos como el de autos, en vista de lo alegado y probado, habrá de estimarse la cuantía de los perjuicios en la suma que le asignan los peritos.

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, fija en la suma de tres mil ciento cincuenta pesos m|c. ($ 3.150,00) el valor de los perjuicios de que trata el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia fechada el 21 de marzo de 1956, proferida por esta misma Sala en el juicio ordinario de Rafael Gutiérrez Hoyos contra la Nación.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

DETERMINACION DEL INMUEBLE EN ACCION DE PERTENENCIA DEL SUBSUELO PETROLIFERO

Como la propiedad particular del petróleo se reconoce, de acuerdo con el artículo 5º del Código respectivo, sobre los yacimientos que se encuentren en las terrenos salidos del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, lógicamente se deduce que sin la localización precisa del lote superficiario no es jurídicamente posible hacer declaraciones de dominio acerca de subsuelos consecuencialmente indeterminados.

Para establecer la identificación de las tierras ha debido la parte actora procurar una inspección ocular con peritos ingenieros que es, según queda dicho, la prueba por excelencia no sólo para establecer los linderos y la extensión o capacidad superficiaria del inmueble mencionado en los documentos que se aduzcan como títulos antiguos, sino también para demostrar si la propiedad actual de la demandante corresponde, en todo o en parte, a aquel inmueble, y si sobre ella se superpone, total o parcialmente, el área qu engloba la Propuesta, cuestiones que son también de indispensable demostración en juicios como éste.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente doctor Camilo Rincón Lara.

— I —

El 20 de enero de 1953 la International Petróleum (Colombia) Limited formuló ante el Ministerio de Minas y Petróleos la propuesta que se registró bajo el Nº 653, para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional sobre un globo de terreno de 13.485 hectáreas con 6.247 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los municipios de Sabanalarga y Candelaria en el Departamento del Atlántico.

Por Resolución Nº 930 de 31 de octubre de 1953 admitió el Ministerio la propuesta en mención y dentro del término legal respectivo se opusieron a ella el municipio de Sabanalarga, la señora Emilia Isabel de la Hoz y el señor Angel María Castro y otros. En tal virtud dispuso el Ministerio, por Resolución Nº 827 de 7 de noviembre de 1955, suspender la tramitación de la referida propuesta y remitirla con las oposiciones del citado municipio y de la señora de la Hoz a esta Sala de Negocios Generales para que mediante el procedimiento de los juicios ordinarios de mayor cuantía, y en una sola instancia, se resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de tales oposiciones. En cuanto a la oposición del señor Castro y otros, fué rechazada por el Ministerio.

Al estudiar esta Sala el expediente remitido por el Ministerio, con el fin de ver si las oposiciones de la señora de la Hoz y del Municipio de Sabanalarga se ajustaban a las exigencias del Código Judicial para las demandas ordinarias de mayor cuantía sobre bienes inmuebles, tal como lo dispone el inciso 4º del Artículo 34 del C. de Petróleos, encontró que la primera satisfacía dichas exigencias, mas no así la segunda, por lo cual, en auto de primero de octubre de 1956, dispuso darle a aquélla el procedimiento indicado por el parágrafo 1º del Capítulo II, Título XVIII, Libro II del C. Judicial y abstenerse de darle curso a la oposición del Municipio.

En consecuencia se surtió el traslado legal de la oposición de la señora de la Hoz al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien lo evacuó manifestando que en cuanto a los hechos se atenía a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda y de las que posteriormente se produjeron y con respecto a las peticiones se oponía a ellas y negaba el derecho invocado.

Se abrió el juicio a prueba sin que las partes hicieran petición alguna, y se dispuso correr los traslados para alegar de conclusión. El apoderado de la demandante no hizo uso de este derecho; el señor Procurador Delegado formuló oportunamente su alegato que más adelante será cono-

pendiado. En estas condiciones el municipio de Sabanalarga, por medio de apoderado, presentó la demanda de oposición a la propuesta Nº 653 de la International Petróleum (Colombia) Limited, pretendiendo así corregir las deficiencias del libelo por él presentado en el Ministerio, a fin de obtener el curso de dicha demanda dentro de este juicio. La Sala negó la admisión de tal demanda según auto de dos de mayo último, contra el cual no prosperó el recurso de súplica interpuesto por el peticionario. Finalmente se citó para sentencia.

Surtidos pues, los trámites legales, procede la Sala a resolver el presente negocio, es decir las peticiones que contiene la demanda de oposición de la señora Emilia Isabel de la Hoz, ya que como se ha visto, a ellas se contrae exclusivamente la cuestión subjudice.

— II —

Tres son las declaraciones que la parte demandante solicita, a saber:

"PRIMERA — Que los dos globos de tierras de conduefios de los vecinos de San José de Puerto Alegre (a) La Ponedera y algunos de Sabanalarga, ubicadas en el Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, es (sic) propiedad de los compradores que figuran en el título correspondiente señores Ambrosio Cantillo, Ricardo Caballero, Orencio Gucte, Luis Samorano, Martín Cantillo, Manuel de Orozco, Gerónimo Pacheco, Miguel Caballero, Bartolomé Vizcaíno, Carlos Bolaño, José Ordóñez, Evangelista Pacheco, Ignacio Vizcaíno, Juan de Dios Pérez, Eugenio Gucte, Antonio Caballero, Gerónimo Hernández, Luis José Hernández, Paulino Hernández, Miguel Ropain, Juan Alfredo Pacheco, Julián Castañeda, Gerónimo Bolaño, Facundo de Orozco, Alejandro Gutiérrez, Manuel Antonio García, Ambrosio Mendoza, Francisco Bambara, José Ambrosio Bolaño, Nicolás de Castro, José A. Bolaños, Antonio Ortiz, Rosario de Torres, Antonio Martínez, Thadeo Ortega, Victoriano Cervantes, Ventura Pacheco, José Mendoza, SANTAMARIA DE LA HOZ, Marcos Manjarrés, Venancio de la Hoz, Manuel Payares, Blas García, Juan Felipe Caballero y Julia Rosa Jiménez, entre los cuales figura Santamaría de la Hoz (difunto) del cual es heredera directa mi poderdante señora Emilia Isabel de la Hoz, como se ve por la hijuela que acompaño.

"SEGUNDA — Que la tramitación de la propuesta Nº 653 admitido por Resolución Nº 930 de 31 de octubre de 1953 de ese Ministerio, hecha por la International Petróleum (Colombia) Limited para emprender exploración y explotación de parte del subsuelo de dichas tierras, en busca de petróleo y sus derivados, debe suspenderse al tenor del artículo 34 ya citado, por no ser esas tierras de propiedad nacional sino privada, y

"TERCERA — Que los dos globos ya nombrados son de propiedad privada de los compradores (ya finados todos) y entre los cuales como se dijo antes, figura Santamaría de la Hoz de quien es causahabiente mi poderdante, y el petróleo que se encuentra o pueda encontrarse en el subsuelo de las tierras materia de esta oposición cuyos linderos generales se describen así: Primer globo: A. Ciénaga o Poza de Moján; B. Sitio de Manga: C. Arroyo Guayeno; D. Cruz del Muerto; E. Sitio de Cascajal; F. Sabana de Manglar, hoy Sabana de Pedro Hoyos; G. Arroyo Guanábana sobre el río Grande hoy Río Magdalena, y H. Boca del Arroyo Grande cerca a Ponedera, Segundo globo: A. Lindero de Sabanalarga en un caracolí con cruz; B. Lindero de Rincón de Manga; C. Punta del Rincón de Arroyo Grande; D. Centro de la Rinconada de Arroyo Grande; F. Paso real del Arroyo en camino real a Pueblo Nuevo; I. Lindero de Sabana Cuchara; J. Sabana Clemente; G. El dividivi con cruz, y H. Arroyo Chiro en el camino de Baranoa. Estos dos globos comprenden una área de 22 caballerías y media y una cuartilla de otra".

El demandante expone como hechos fundamentales de la demanda los siguientes: que las personas nombradas en la petición primera adquirieron los dos globos de tierra antes descritos, por compra hecha al Gobierno de España "según diligencia de remate de fecha 24 de octubre del año de 1770 en Cartagena de Indias, hecho por el doctor José Antonio de Borrio Abogado de la Real Audiencia..."; que la señora Emilia Isabel de la Hoz es heredera de Santamaría de la Hoz que figura entre los compradores de aquellas tierras; que éstos, así como sus causahabientes, han tenido la posesión y propiedad de los globos de terreno en referencia, explotándolos económicamente con toda clase de cultivos sin que nadie los haya perturbado; que la propuesta de la International Petróleum (Colombia) Limited abarca parte de los susodichos terrenos; y que "por los títulos acompañados se ve sin esfuerzo que las tierras de San José de Puerto Alegre (a) La Ponedera y Sabanalarga, se hallan fuera del patrimonio del Estado con anterioridad

al 28 de octubre de 1873 y por lo tanto son de propiedad privada, con derecho sus dueños al suelo y al subsuelo como también del petróleo que pueda existir en ellas".

En derecho apoyó el actor su libelo en los artículos 5º, 34 incisos 2º y 4º, 176 y demás concordantes del C. de Petróleos, 205 y 737 del C. de P. C. y demás disposiciones pertinentes. Y como elementos de juicio adujo la escritura Nº 44 de 1856 de la Notaría de Sabanalarga, la hijuela de Emilia Isabel de la Hoz formada en el juicio de sucesión de Santamaría de la Hoz, el certificado de la Oficina de Registro de Sabanalarga, dos planos de los globos de tierras de San José de Puerto Alegre (a) La Ponedera, y un croquis del Departamento del Atlántico, "donde se encuentra localizada más o menos, —dice el demandante— la concesión de la International Petróleum (Colombia) Ltda. que afecta las tierras aludidas".

— III —

Efectivamente las únicas pruebas que obran en autos fueron las que con la demanda de oposición presentó el apoderado de la actora ante el Ministerio de Minas y Petróleos. Ellas son:

a) La escritura Nº 44 de 15 de diciembre de 1856, pasada ante el Notario Público del Circuito de Sabanalarga, sobre protocolización de los títulos de las tierras de Sabanalarga y Ponedera. La copia que obra en autos se registró en la Oficina de Registro de Sabanalarga el 23 de mayo de 1945, y en ella hace constar el mismo Registrador que la tercera copia se registró el 4 de febrero de 1908 y que "los libros correspondientes al año de mil ochocientos cincuenta y seis (1856) donde debió ser registrada la primera copia de esta escritura no existen, pues el archivo recibido por el suscrito apenas empieza del año de mil ochocientos sesenta y cuatro (1864)".

Consta en dicho instrumento que el 4 de diciembre de 1856 se presentó el Pbro. Julián José Pertús, Párroco de Sabanalarga, ante el Juez Letrado del mismo lugar, con los títulos de 22 caballerías de tierras que los vecinos de Ponedera y algunos de Sabanalarga adquirieron por compra al Gobierno Español, a fin de que fuera ordenada la protocolización de ellos. El Juez así lo dispuso y por tanto del protocolo aparecen las diligencias concernientes a una solicitud hecha por Juan Bernabé de Ahumada y Pedro Alcántara Patiño por sí y por los vecinos de Puerto Alegre, alias La Ponedera, y algunos de la Parroquia de Sabanalarga, para que se les vendieran unas tierras que estaban poseyendo y se les admitiera a la compra de las que sobraran. Todas esas tierras sumaron 22 caballerías, 22 fanegadas y una cuartilla. Fueron avaluadas en total en trescientos cincuenta y nueve pesos, y rematadas el 24 de octubre de 1770 "en el dicho Pedro Patiño, para él, y sus compartes individuos de los sitios de Savana larga y Puerto Alegre explicados en la Lista...", remate que el Gobernador y Oficiales Reales confirmaron el 19 de diciembre de 1770.

Según la diligencia de mensura hecha por el Agrimensor y Juez de Comisión en los días 20, 21, 22 y 23 de junio de 1668, se midió un lote de tierra "intermedia entre el Sitio de Manga y el de Ponedera", que contenía "catorze cavallerías, diez y seis fanegas, diez y medio almudez", y quedó determinado así: "...desde la letra A. primer Lindero, nombrado la Ciénaga, o Posa de Moján, y siguiente a B. Sitio de Manga, y de aquí corre a C. Lindero de Arroyo Guallapo; de aquí sigue a D. Lindero de la Cruz del Muerto, y de aquí corre a E. sitio de Cascajal, y de aquí sigue a F. Sabana de Manglar, Lindero de Ariza, y de aquí a G. Lindero de Arroyo Guanábana, a la orilla del Río Grande, a un Jobo y una Seyba, de Leche, y de aquí pasa a la Línea H. Boca de Arroyo Grande que sale al Río, y Sitio de Pacheco, y de aquí sigue a otra Línea a la letra A. primer lindero..."

En los días 7, 8 y 9 de julio de 1668 fué medido otro lote de tierra "que intermedia entre este Sitio de Sabanalarga y el de Arroyo Grande de Baranoa", de "ocho cavallerías, cinco fanegas, un almud tres cuartillos de otro", lote que igualmente quedó determinado por estos puntos: Lindero A. en un palo de Caracolí hasta el lindero B. nombrado Rincón de Manga; de aquí al paraje C. y punta del Rincón de Arroyo Grande; de éste al punto D; de aquí al punto N. último extremo de la Rinconada; de éste al punto F. Paso Real de Arroyo Grande y Camino de Pueblo Nuevo, Soledad y Barranquilla; de aquí al lindero Y. nombrado Sabana Cuchara pasando por el punto G. nombrado Divid.vi y por el punto H. llamado Arroyo Chino; del punto Y. al punto J. nombrado Savana Clemente, y de aquí al punto A.

Es de observar que en las diligencias protocolizadas de que se viene hablando no hay ninguna referente a la posesión que de las tierras se hubiese dado a sus rematantes; e igualmente se observa que en uno de los documentos suscritos por los vecinos del Curato de San José de Puerto Alegre (alias la Ponedera) y de Sabanalarga figura el nombre de Santamaría de la Hoz.

b) La escritura Nº 306 sobre "protocolización

del juicio de sucesión incompleto del finado Santamaría de la Hoz. Cartilla de hijuela de Emilia Isabel de la Hoz". En este instrumento público, pasado ante el Notario 2º del Circuito de Barranquilla y debidamente registrado, de fecha 9 de abril de 1952, consta que a Emilia Isabel de la Hoz le correspondieron como heredera de Santamaría de la Hoz doscientos pesos, y que para cubrírselos se le adjudicó "una acción de tierra en el globo denominado Tierras de Ponedera y vecinos de Sabanalarga, equivalente a la cuarenta y cinco ava parte de las veintidós (22) caballerías de que se compone dicho globo, cuyos linderos generales son:

"Por el norte con el sitio denominado sitio de Manga; por el Sur, terrenos del Municipio de Sabanalarga, punto llamado Sabana Clemente y Sabana Cuchara y Cruz del Muerto; por el Este, Río Magdalena (antes Río Grande) en los puntos denominados Arroyo Gunnábano; y por el Oeste, terrenos de Istacuri..."

c) El certificado Nº 18, de fecha 22 de enero de 1954, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Sabanalarga, sobre el registro de la tercera copia de la escritura Nº 44 de 1856, antes mencionada, registro hecho el 4 de febrero de 1903, y la vigencia de dicho registro por no existir constancia alguna "que indique haber sido cancelado por los medios establecidos por el artículo 789 del Código Civil..."

d) Dos planos de los globos de tierras de San José de Puerto Alegre (a) La Ponedera, y un croquis del Departamento del Atlántico.

— IV —

En su alegato de conclusión sostiene el señor Procurador Delegado, que no aparece perfeccionado el título por el cual fueron adquiridos del Gobierno Español los lotes de tierra según las diligencias protocolizadas por la precitada escritura Nº 44 de 1856, pues en tales diligencias no obra la de posesión de dichas tierras, requisito indispensable según las disposiciones legales entonces vigentes.

Igualmente anota el representante legal de la entidad demandada que la identificación del terreno, indispensable para la prosperidad de la acción, tampoco se ha establecido en autos. Y agrega:

"Es tan trivial la regla de derecho probatorio de que al actor incumbe probar los hechos de la acción, que requiere apenas ser enunciada. Si a ello se agrega la imposibilidad en que estaría el juzgador para un juicio comparativo entre el área de la propuesta y la pretendida por los demandantes, se llega a la conclusión inequívoca de que este solo bastaría para el fracaso de la acción. Entonces, existe la necesidad de recalcar la ausencia de una prueba pericial tendiente como es de rigor en estos juicios, a determinar con precisión los terrenos que fueron rematados en la época colonial ante la Junta de Temporalidades de Santa Fe y a establecer la circunstancia decisiva de que la propuesta abarca parte o la totalidad de aquellos terrenos. Basta decir que tal prueba no se produjo en el juicio, por lo cual en concepto de esta Procuraduría la identificación de los terrenos objeto de la oposición no ha sido demostrada con la prueba que legalmente es eficaz.

"Esta afirmación que hace la Procuraduría no es en ningún caso caprichosa. Un croquis del Departamento del Atlántico donde, más o menos, según el demandante se involucran los linderos materia de la propuesta Nº 653 y, de otro lado un plan hecho por un Ingeniero fuera del juicio y con los cuales se pretende establecer que los terrenos materia de la oposición se hallan comprendidos dentro de la precitada propuesta, no constituyen por sí solos la confrontación de los linderos y, por lo tanto, no pueden tenerse en cuenta, aunque constituyan un principio de prueba por escrito".

Por estas razones termina el señor Procurador solicitando que se nieguen las peticiones de la demanda y se condene en costas a la parte actora.

— V —

Para resolver, la Sala considera:

La ley reconoce 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..." (Artículo 5º del C. de Petróleos). Es decir que el objeto especial del derecho real de dominio recae, en este caso, sobre una cosa cuya existencia se ignora por lo cual su determinación se subordina a la identificación de los terrenos en cuyo subsuelo puedan encontrarse los yacimientos petrolíferos.

En desarrollo de este principio ha dicho la Corte que, preferencialmente a los otros hechos cuya demostración se requiere en juicios sobre petróleo, "es preciso demostrar que el terreno existe realmente y ha sido determinado por su ubicación y linderos. Porque mientras no se compruebe plenamente la ubicación del terreno, no podrá saberse con certeza si él está comprendido

dentro del área que corresponde a los primitivos títulos y abarcado por la de la propuesta sobre exploración y explotación.

"Desde luego, en juicios sobre petróleo no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto del derecho es, precisamente, el petróleo que pueda hallarse en un terreno dado, es obvio que dicho terreno debe ser plenamente determinado e identificado dentro del proceso para que la declaración judicial del dominio recaiga sobre un cuerpo cierto. Por eso, como queda dicho, se exige en primer lugar el requisito de la determinación del inmueble para que así quede, consecuencialmente, determinado también el objeto especial del derecho real de dominio que se pretende. De lo contrario no podría señalarse con certeza la ubicación del subsuelo dentro del cual exista el petróleo, y por lo mismo el fallador estaría en imposibilidad jurídica para declarar que pertenece al actor el petróleo que reclama". (Fallo, 29 de octubre de 1956. G. J. Nº 2171-2172-2173, página 682).

"En juicios como el presente, en los cuales se ejercita una verdadera acción de dominio, impera el principio de que para que pueda tener éxito la acción se requiere —como ineludible requisito— que el inmueble materia de la demanda se encuentre clara y precisamente determinado en los autos. Así pues, al fallar un negocio de esta índole, el juzgador lo primero que debe averiguar es si el predio cuyo subsuelo petrolífero se alega como de propiedad particular, ha sido debida y completamente identificado por los medios probatorios reconocidos por la ley de procedimiento. Sólo a esta condición se podrá decir que el contenido de los títulos en que el actor apoya la acción de dominio, en cuanto a la determinación y especificación del inmueble a que ellos se refieren, es verdadero y capaz de ser comprobado sin dificultad alguna sobre el terreno.

"La prueba por excelencia para reconocer el inmueble cuyo subsuelo petrolífero se esté discutiendo a la Nación, es la inspección judicial con peritos ingenieros. La índole de las comprobaciones que en estas ocasiones deben verificarse exigen conocimientos especiales, como quiera que además de la determinación de los linderos de la finca materia de la demanda, debe establecerse si se cumple respecto de aquella el fenómeno de la superposición del área de la respectiva Propuesta de exploración y explotación petrolífera.

"De acuerdo con estos principios jurisprudenciales que ahora reafirma la Sala, es obligado decir que en la decisión de los pleitos como el presente, el estudio sobre la validez de los títulos aducidos por el actor, y de los demás aspectos de la acción ejercitada, quedan supeditados al referente al mérito probatorio del trabajo de determinación del terreno a que la demanda y aquellos mismos títulos estén refiriéndose". (Fallo, 1º de octubre de 1956, G. J. Números 2171-2172-2173, página 574).

Frente a estas consideraciones provenientes de claros preceptos legales se concluye fácilmente que las peticiones formuladas por la señora Emilia Isabel de la Hoz en su oposición a la Propuesta Nº 658 de la International Petróleum (Colombia) Limited no pueden resolverse favorablemente, puesto que los escasos elementos de juicio aducidos por ella no determinan la ubicación de los globos de tierra que, según la demandante, salieron legalmente del patrimonio nacional, y en cuyo subsuelo pueda encontrarse el petróleo, objeto especial del derecho de dominio que se reclama.

En efecto: no es factible, con vista únicamente en la escritura Nº 44 de 15 de diciembre de 1856, saber la exacta situación topográfica de los terrenos rematados por los vecinos de Ponedera y de Sabanalarga y la extensión superficiaria de tales terrenos. Y como la propiedad particular del petróleo se reconoce, de acuerdo con el art. 5º del código respectivo, antes citado, sobre los yacimientos que se encuentren en los terrenos salidos del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, lógicamente se deduce que sin la localización precisa del lote superficiario no es jurídicamente posible hacer declaraciones de dominio acerca de subsuelos consecuencialmente indeterminados.

Para establecer la identificación de las tierras ha debido la parte actora procurar una inspección ocular con peritos ingenieros que es, según queda dicho, la prueba por excelencia no sólo para establecer los linderos y la extensión o capacidad superficiaria del inmueble mencionado en los documentos que se aducen como títulos antiguos, sino también para demostrar si la propiedad actual de la demandante corresponde, en todo o en parte, a aquel inmueble, y si sobre ella se superpone, total o parcialmente, el área que engloba la Propuesta, cuestiones que son también de indispensable demostración en juicios como éste. Para apreciar más aún la oscuridad de todos estos puntos basta observar que las alindaciones dadas por el Agrimensor y Juez de Comisión, en el año de 1663, a los globos rematados, difieren de las que expresa la hijuela de

la demandante, como son igualmente diferentes las extensiones que se dan a los precitados globos, pues en tanto que los documentos antiguos hablan de 22 caballerías, 22 fanegadas y una cuartilla, en la hijuela se dice que el globo denominado Tierras de Ponedera y vecinos de Sabanalarga se compone de 22 caballerías.

En síntesis: con motivo de la oposición de la señora de la Hoz, le fué remitido a la Corte el presente negocio para que, de conformidad con el artículo 34, inciso 4º del C. de Petróleos, "resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición..." Se trata, pues, de una acción de dominio para cuya prosperidad es requisito indispensable la clara y precisa determinación del inmueble materia de la demanda. De manera que al no establecerse la determinación o identificación del predio, como ocurre en el caso de autos, no es posible acceder a las peticiones formuladas por la parte actora.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

No está probado el dominio particular del petrólco que pueda encontrarse en los terrenos objeto de la oposición de la señora Emilia Isabel de la Hoz contra la Propuesta de la International Petróleum (Colombia) Limited, registrada en el Ministerio del ramo bajo el Nº 653, y en consecuencia niéganse las peticiones de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS EXISTENTES EN TERRENOS SALIDOS DEL PATRIMONIO DEL ESTADO SEGUN EL REGIMEN DEL DECRETO EJECUTIVO DE 20 DE AGOSTO DE 1856

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor José Jaramillo Giraldo)

Con poder legalmente conferido por la sociedad "MARMOLES Y CEMENTOS DEL NARE S. A." (Inmarco), domiciliada en la ciudad de Medellín, el abogado doctor Víctor Cock formuló demanda ordinaria contra la NACIÓN, a efecto de que por la Corte y en sentencia definitiva, se hagan las declaraciones que adelante se transcribirán.

Como hechos fundamntales de la acción, se aducen en la demanda los siguientes:

« 1º Por resolución Nº 51, de 24 de enero de 1953, se admitió por el Ministerio de Minas y Petróleos la propuesta Nº 638, presentada por la Florida Petróleum Company, para contratar con la Nación la exploración y explotación de petróleo sobre un globo de terreno de 24.950 hectáreas y 1.525,155 metros cuadrados, situado en jurisdicción de los municipios de Puerto Berrío y San Luis del Departamento de Antioquia, y del Territorio Vásquez, Departamento de Boyacá, por los linderos que se indican en el Aviso publicado en el Diario Oficial Nº 28177 de 18 de abril de 1953.

2º Por resolución Nº 537, de 26 de mayo de 1954, el Ministerio de Minas y Petróleos dispuso celebrar el contrato respectivo, previa la corrección de un error en la descripción del lindero sur, quedando en definitiva el área de la propuesta en 25.095 hectáreas y 4.273,37 metros cuadrados.

3º Con fecha 8 de junio de 1954, el señor Ministro de Minas y Petróleos celebró el contrato propuesto, que fue publicado en el Diario Oficial Nº 28.616 de 2 de noviembre de 1954.

4º La Compañía "Mármoles y Cementos del Nare S. A." tiene derecho de propiedad sobre el terreno denominado "Islitas" situado en jurisdicción del municipio de Puerto Berrío, que salió del dominio del Estado merced a actos de transmisión de propiedad de que dá cuenta la escritura pública Nº 689, de 28 de febrero de 1866, de la Notaría Segunda de Medellín, cuyos linderos son: "Por el Norte, con el río Nare, desde el punto en el cual desemboca en él dicho río el caño de "San Pablo", aguas arriba por el Nare, en dirección hacia el occidente y por la margen derecha del mismo, hasta encontrar la confluencia del río Samaná; por el Occidente, desde el punto en el cual confluye al río Nare el Samaná, aguas arriba por éste, y siguiendo su margen derecha, hasta encontrar la confluencia de la quebrada "Bagre" en el río Samaná y se sigue por el cauce de dicha quebrada aguas arriba por el Sur, siguiendo el cauce de la quebrada "Bagre" y por su margen derecha aguas arriba hasta sus nacimientos en una serranía; de dichos nacimientos se sigue derecho a buscar los nacimientos de la quebrada "Patiño", por cuyo cauce se sigue aguas abajo y por su ribera izquierda hasta su confluencia en la laguna del caño de "San Pablo"; se sigue por el caño de "San Pablo", aguas abajo y por su ribera izquierda; por el Oriente con el caño de "San Pablo", continuando por su cauce aguas abajo, hasta encontrar el río Nare, primer lindero, punto de partida".

5º La compañía "Mármoles y Cementos del Nare S. A." tiene derecho de propiedad sobre el terreno denominado "Jabonales", situado en el municipio de Puerto Berrío, y que salió del dominio del Estado merced a actos de transmisión de propiedad de que dá cuenta la escritura pública Nº 31, de 18 de enero de 1868, de la Notaría Segunda de Medellín, cuyos linderos generales son: "Por el Oriente, desde la confluencia del río Nare en el río Magdalena, por la ribera izquierda de éste, aguas abajo, hasta encontrar el caño que desemboca frente de la Isla de "Angostura"; por el Norte, desde el punto en el cual confluye al río Magdalena el caño antes mencionado, en línea recta, siguiendo en dirección hacia el Occidente, hasta el "Charco de la Cruz", situado en el caño de 'Jabonal' o 'Jabonales'; aguas arriba por dicho caño, en dirección hacia el norte, hasta sus nacimientos en una cordillera baja llamada de "Corrogrande", por la cual se sigue en dirección ha-

cia el occidente, hasta encontrar el sitio denominado "Puerto Minas", en la confluencia izquierda del río Nus; por el Occidente, desde el punto conocido con el nombre de "Puerto Minas" siguiendo la ribera izquierda del río Nus, aguas abajo por éste, hasta su confluencia en el Nare; por el Sur, desde el sitio en el cual confluye el río Nus en el Nare, siguiendo la margen izquierda del mismo, aguas abajo por éste hasta su confluencia en el río Magdalena, primer lindero punto de partida".

6º Dentro del perímetro de la zona del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company, de que da cuenta el hecho 3º, se halla una porción territorial de 1.200 hectáreas, que es parte integrante del terreno de "Islitas", y que se delimita así: "Partiendo de la confluencia del caño de "San Pablo" en el río Nare, aguas arriba por dicho caño, en dirección suroeste, hasta encontrar la línea G--H del perímetro del plano reformado de la Propuesta Nº 638 de la Florida Petróleum Company, la cual es interceptada por el caño de "San Pablo" a una distancia de 9.810 metros del punto o vértice distinguido con la letra G, según dicho plano y siguiendo tal línea por el mismo rumbo del punto de intercepción del caño de "San Pablo" con la línea G--H se sigue por ésta en dirección Noroeste hasta encontrar el río Nare, el cual la intercepta a una distancia de 5.670 metros, contados a partir del punto de intercepción con el caño de "San Pablo"; se sigue por el río Nare aguas abajo hasta la confluencia del caño de "San Pablo", primer lindero, punto de partida".

7º Dentro del perímetro de la zona del contrato celebrado con la Florida Petroleum Company de que hace mérito el hecho 3º de la demanda, se halla también la siguiente porción territorial con una extensión aproximada de 630 hectáreas, porción que es parte integrante del terreno de "Jabonales", y que se delimita así: Partiendo de la confluencia del río Nare con el Magdalena, río Nare aguas arriba, hasta el punto en el cual éste intercepta la línea G—H del perímetro del plano reformado de la propuesta 638 de la Florida Petroleum Company, a una distancia de 15.480 metros a partir del vértice G. del mismo perímetro, según el plano mencionado; del citado punto de intercepción se sigue por la línea G—H, en dirección Noroeste, hasta encontrar el punto o vértice H. situado a una distancia de 1.720 metros del punto de intercepción de la línea G--H con el río Nare; del vértice H. del perímetro, se sigue por la línea H--A, en dirección Sureste, hasta encontrar la margen izquierda del río Magdalena: de dicho punto se sigue por el Magdalena, aguas arriba, hasta la confluencia con el río Nare, primer lindero, punto de partida".

8º Por Resolución Nº 2, de 4 de enero de 1955 del Ministerio de Minas y Petróleos (Diario Oficial Nº 28.708, de 9 de marzo de 1955) fue aprobado el traspaso del contrato celebrado por la Florida Petróleum Company hecho a favor de la Texas Petróleum Company.

Las declaraciones impetradas en la demanda, como consecuencia de los anteriores hechos, son las siguientes:

"Primera — Que la porción de terreno situada en el Municipio de Puerto Berrío, del Departamento de Antioquia, alinderada en el hecho 6º de esta demanda, y comprendida dentro del área del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company a que se refiere el hecho 3º de esta misma demanda, en calidad de porción integrante del terreno de "Islitas" salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

"Segunda — Que, como consecuencia de la petición formulada en el ordinal que precede de la presente parte petitoria de la demanda, el subsuelo petrolífero de la porción territorial mencionada y cubierta por el área del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company, o sea el petróleo y demás hidrocarburos que en ella se hallen, son de propiedad de los dueños de la porción de terreno citada, y que en tal virtud ese subsuelo petrolífero se excluye del mencionado contrato y puede explotarse como propiedad privada.

"Tercera — Que la porción de terreno situada en el Municipio de Puerto Berrío, del Departamento de Antioquia, alinderada en el hecho 7º y comprendida dentro del área del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company a que se refiere el hecho 3º de esta misma demanda, en su calidad de porción integrante del terreno de "Jabonales" salió asimismo del patrimonio del Estado con anterioridad a la fecha del 28 de octubre de 1873;

"Cuarta — Que, como consecuencia de la petición formulada en la súplica Tercera, que precede, de la presente parte petitoria de la demanda, el subsuelo petrolífero de la porción territorial allí mencionada y cubierta por el área del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company, o sea el petróleo y demás hidrocarburos que en ella se hallen, son de propiedad de los dueños de la porción de terreno citada, y que en tal virtud ese subsuelo petrolífero se excluye del

mencionado contrato y puede explotarse como propiedad privada".

En derecho se funda la demanda en el Código de Petróleos y demás leyes sobre la materia, y en el Código Fiscal de 1873. En los artículos 669, 673 y concordantes del Código Civil y 23 de la Ley 153 de 1887. En la Ley 3ª de marzo de 1843 y el Decreto Ejecutivo de 20 de agosto de 1846 sobre enajenación y arrendamiento de bienes baldíos.

Se presentaron con la demanda las escrituras públicas que adelante se relacionarán, referentes al dominio y propiedad particular de los terrenos 'Islitas' y 'Jabonales' y certificados de registro sobre la suficiencia de tales títulos y tradición del dominio durante el término de la prescripción extraordinaria. Certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, de 10 de mayo de 1966, sobre existencia legal de la Compañía demandante y sobre la actual gerencia del doctor Jesús María Mejía Montoya. Escritura pública que contiene el poder dado al doctor Víctor Cock para ejercer esta acción. Copias de las resoluciones ministeriales citadas en los hechos de la demanda. Copia del plano de la propuesta Nº 638 expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos y, por último, ejemplares autenticados del Diario Oficial en que aparecen publicados el Aviso de la Propuesta de la Florida Petróleum Company, el contrato subsiguiente y la aprobación del traspaso de él a favor de la Texas Petróleum Company.

Corrido el traslado de la demanda a la Nación, su representante legal, el Sr. Procurador Delegado en lo Civil, propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, la cual se declaró no probada, y en consecuencia dicho funcionario contestó la demanda. Acepta en la contestación los hechos que hacen referencia a la propuesta Nº 638, al contrato con la Florida Petroleum Company y al traspaso de él a la Texas Petróleum Company. Se atiene a la eficacia y condurencia de los documentos que tratan de la propiedad privada de los terrenos, y manifiesta que no le constan los relativos a la superposición del área del contrato en las porciones territoriales que hacen parte de 'Islitas' y 'Jabonales' delimitadas en la demanda. Por lo demás, niega el derecho invocado y se opone a las peticiones formuladas.

Dentro del término probatorio del juicio, la parte demandante, entre otras pruebas, hizo practicar una diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, a los terrenos materia de la litis. Vencido dicho término de prueba el negocio pasó en traslado a las partes para alegar de conclusión, y presentados los escritos correspondientes se profirió el auto de citación para sentencia, el cual se halla ejecutoriado. Ha llegado pues el momento de decidir el pleito, ya que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

La acción ejercitada por la compañía "Mármoles y Cementos del Nare S. A." se halla consagrada en el inciso 3º del artículo 34 del Código de Petróleos, y fue incoada dentro del bienio siguiente a la fecha del vencimiento del término para formular oposiciones a la Propuesta Nº 638, hoy contrato conocido con el nombre de "Concesión Palagua", según certificado que el demandante trajo a los autos, expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos, que obra al folio 10 del cuaderno Nº 1.

Con las súplicas de la demanda se persigue la declaración de que las porciones de terreno alinderados en los hechos 6º y 7º de la demanda —que se dicen comprendidas dentro del área del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company, a que se refiere el hecho 3º de la misma— salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y por consiguiente, el petróleo y demás hidrocarburos que se hallen en tales porciones de terreno son de propiedad de los dueños del mismo.

Título emanado del Estado

En orden a verificar si las aseveraciones de la demanda se hallan comprobadas legalmente en los autos, han de examinarse en primer término los títulos que el actor adujo al juicio para acreditar que los terrenos 'Islitas' y 'Jabonales' salieron del patrimonio del Estado antes de la vigencia del Código Fiscal de 1873, y para ello, conviene estudiar ante todo las observaciones y reparos que hace la Procuraduría a tales títulos.

Consisten las observaciones en que, a pesar de que el Estado por conducto de los funcionarios competentes otorgó los títulos de propiedad, omitió en la formación de ellos diligencias que la legislación entonces vigente previó como fundamentales para la validez del acto realizado.

Antes de examinar los aludidos títulos, conviene dejar establecido que la adjudicación y venta de tierras baldías en la época en que aquéllos se expidieron, se rigió especialmente por el Decreto Ejecutivo de 20 de agosto de 1856, en relación con la Ley 3ª, parte 5ª, tratado 1º de la Recopilación Granadina. Los ordenamientos principales del Decreto, por pertinentes al caso, fueron:

"Artículo 8º — Las concesiones hechas hasta ahora deberán ser convertidas en títulos en de

bida forma, dentro del término de seis meses contados desde la fecha de este decreto.

"Artículo 9º — El poseedor de un título de concesión que quiera hacerlo efectivo, ocurrirá al gobernador de la provincia o estado, o prefecto del territorio en que se hallen ubicadas las tierras, pidiendo que se le adjudiquen las que designe en su solicitud, y acompañando a ella el título de concesión que quiera hacer efectivo, y una información de nudo hecho, consistente en las declaraciones de cinco testigos idóneos que acrediten la calidad de baldíos de los terrenos pedidos.

"Artículo 10 — El gobernador contratará, por cuenta del interesado, dos agrimensores que practiquen la mensura del terreno y levanten el plano topográfico arreglado a las medidas agrarias que tiene adoptadas la República, con una exposición de las operaciones practicadas.

"Artículo 11 — Practicada la mensura del terreno, el gobernador verificará sobre el plano las medidas para cerciorarse de su exactitud, y hallándolas arregladas, dictará la resolución que estime justa, la cual se comunicará a la Secretaría de Hacienda con el expediente original, para que por ésta se apruebe, impruebe o modifique.

"Artículo 12 — Aprobada definitivamente una adjudicación se recogerán en la misma secretaría de hacienda los títulos en virtud de los cuales se haya adjudicado el terreno, y se cancelarán por medio de una nota y de una contrapartida en la cuenta y registro de títulos de concesión. El expediente se devolverá al gobernador respectivo.

"Artículo 13 — Recibido por el gobernador el expediente con la resolución favorable, dispondrá inmediatamente que se dé posesión judicial de los terrenos con intervención del administrador de correos, si lo hubiere, o del respectivo agente del ministerio público, y con citación de los colindantes y demás interesados con arreglo a la legislación común.

"Parágrafo — También dispondrá, si el cesionario lo solicita, que se le otorgue escritura pública, en la cual se insertarán los documentos siguientes: 1º la solicitud primitiva del interesado; 2º la exposición de los agrimensores referente al plano; 3º, la resolución del gobernador, y 4º, la del Poder Ejecutivo. El expediente se custodiará en el archivo de la gobernación".

"Artículo 17 — Para la venta en pública subasta de las tierras baldías que se denuncien ante la respectiva gobernación o ante el Poder Ejecutivo conforme a la Ley 3ª, parte 5ª, tratado 1º de la recopilación granadina, se observarán además de las reglas establecidas en la misma Ley y en su adicional de 20 de mayo de 1847, las siguientes: ..."

La citada Ley 3ª autoriza la enajenación de tierras baldías por dinero o por vales de la deuda exterior o interior, señalando entre otros requisitos, el denuncio previo del interesado al gobernador con indicación del lugar en donde estén situadas las tierras, el nombre por el que sean conocidas y demás señales por las cuales se puedan distinguir; el nombramiento de agrimensores y peritos para que las midan y avalúen, verificado lo cual, el gobernador señalará día y hora para su venta en almoneda ante la junta de hacienda, avisándose al público el remate por pregones y carteles, con veinte días de anticipación. El día señalado se pregonarán y rematarán en el mejor postor, etc.

Tierras de "Islitas" — En relación con este terreno anota el señor Procurador, que no se encuentra la constancia de haberse practicado la diligencia de posesión de las tierras en la forma ordenada por el artículo 22 del Decreto de 20 de agosto de 1856, según el cual "en toda diligencia de posesión de tierras baldías adjudicadas por cualquier título que sea, deberá intervenir el empleado nacional que en cada Provincia o Estado lleve la voz fiscal, a fin de que invigile en que aquella se haga con exactitud y no se perjudiquen los intereses de la República..." Y agrega: "Esta es la única falla que la Procuraduría encuentra al tratar de enfrentar el título originario de 1866, que se ha presentado por la parte actora, en relación con la legislación en vigor"

Ante este reparo, ha de verificar la Sala si en realidad se observa la omisión de la diligencia anotada en el título aducido, y si dicha omisión afectaría la validez de él. Dá cuenta la escritura pública número 689, de 26 de febrero de 1866, de la Notaría Segunda de Medellín (fls. 1 a 7 del cuaderno Nº 3) —que contiene todos los documentos relativos a la adjudicación y venta de los terrenos conocidos con el nombre de "Islitas"— que en el mes de abril de 1858, don José Ignacio Trujillo presentó al señor Gobernador del Estado de Antioquia un título de concesión de tierras baldías, situadas en el distrito de Nare, departamento de Marinilla, y le pidió que se le adjudicaran formalmente dichas tierras, por los linderos que allí señala; advirtiendo que, como el globo de terreno indicado contiene un número de hectáreas superior al que resulta del título de concesión que presenta, ofrece comprar el exceso que resulte en pública subasta. Solicitó en consecuen

cia que se procediera a la mensura del terreno, al avalúo y al levantamiento del plano respectivo, conforme a las disposiciones legales vigentes. Practicadas que fueron estas diligencias por orden del Gobierno del Estado, en la forma minuciosa que se observa en el título en estudio, la Intendencia de Hacienda del Estado de Antioquia, con fecha 25 de abril de 1860, hizo la adjudicación correspondiente y pasó el negocio al Gobierno Nacional, quien la aprobó en los siguientes términos:

"Despacho de Hacienda y Fomento. — Febrero 3 de 1865. — Apruébase la adjudicación decretada por el P. E. del Estado de Antioquia en 25 de abril de 1860, de unos terrenos baldíos en jurisdicción de Nare, por el mismo Estado a los señores Nicanor Restrepo y Compañía (para quienes fue hecha la solicitud de Trujillo) por títulos de concesión, en esta forma: mil cuarenta y ocho hectáreas tres mil doscientos metros cuadrados (hects. 1.048 - - 3.200 m. c.) en el sitio de 'San Pablo' e 'Islitas', i novecientas veintidós hectáreas ocho mil ochocientos metros cuadrados (hects. 922 - - 8.800 m. c.) en el de "Arenosas" i según los linderos expresados en el plano respectivo, levantado por el señor Carlos de Greiff, como agrimensor oficial... apruébase igualmente la adjudicación decretada por la misma Lra. por el citado Poder Ejecutivo del Gobierno de Antioquia, de once mil novecientas setenta i ocho hectáreas i cuatro mil seiscientos metros cuadrados (h 11.978 — 4.600 m. c.) de tierras baldías en jurisdicción de Nare en el mismo Estado, comprendidas entre los ríos Nare, Samaréa (así dice) Caño de San Pablo i quebradas 'Bagre' y 'Patiño', a favor de los mismos señores Nicanor Restrepo y Compañía a título de venta i según remate de dichos terrenos, celebrado en 30 de octubre de 1858 i conforme a la designación que aparece en el plano respectivo... Regístrese esta adjudicación en los términos correspondientes. Las dos adjudicaciones expresadas se hacen con las restricciones establecidas por las disposiciones vigentes. Remítase este expediente al Gbno. del Estado de Antioquia para los efectos de los artículos 13 y 14 del decreto ejecutivo de 20 de agosto de 1856, respecto a la adjudicación por títulos de concesión; i del artículo 14 de la ley 3ª pte. 5ª trat. 1º de la R. C. respecto a la adjudicación a título de venta..." Etc. — "El Secretario, Cuenca".

Viene luego la diligencia de posesión de las tierras, cuyo texto expresa: "En el paraje de Moa jurisdicción del Distrito de Nare a los tres días de mayo de mil ochocientos sesenta i cinco se procedió a dar la posesión ordenada por el despacho de Hda. Sección 1ª el quince de marzo de mil ochocientos sesenta i cinco por un auto de ocho de abril del corriente año que precede; hallándose presente el señor SALVADOR SOLUAGA, único de los citados que ha comparecido, en consecuencia el infrascrito jefe municipal en su calidad de comisionado, después de cerciorado que no hai opositor ninguno a la posesión que se intenta dar, declara: que queda en posesión el señor Soluaga en su calidad de apoderado de Callejas i Ca. (en cuyo nombre también se hizo la solicitud de Trujillo) de mil cuarenta y ocho hectáreas tres mil doscientos metros cuadrados (hectáreas 1.048 — 3.200 m. c.) en el sitio de San Pablo e Islitas; i novecientas veintidós hectáreas ocho mil ochocientos metros cuadrados (hects. 922 — 8.800 m. c.) en el de "Arenosas", bajo los siguientes linderos:... I Dada por concluída esta diligencia la firma el infrascrito Jefe Municipal i el señor Salvador Soluaga por ante mí el Srio. Antonio Ma. Peláez — Salvador Soluaga — Custodio Illueca, Srio."

La anterior posesión se refiere a los terrenos baldíos adjudicados por títulos de concesión, y no a los excedentes vendidos en pública subasta. De ahí que a continuación del acta anterior, aparezca el siguiente proveído del Despacho de Hacienda del Estado. "Despacho de Hacienda. Sección de Contabilidad Nacional. Medellín, 27 de junio de 1865. — Devuélvase este expediente al Corregidor de Nare, a fin de que informe si también dio posesión al señor Salvador Soluaga, en su calidad de comisionado de los señores Callejas i Compañía, de las once mil novecientas setenta i ocho hectáreas cuatro mil seiscientos metros cuadrados (h. 11.978 — 4.600 m. c.) comprendidos entre los ríos 'Nare' i 'Samaná', Caño de San Pablo" quebradas 'Bagre' i 'Patiño'. Dígasele igualmente que en caso de que haya omitido la diligencia de que queda hecha mención, proceda a dar posesión a dicho señor Soluaga del globo cuya demarcación se ha expresado, devolviendo luego el expediente i teniendo presente lo dispuesto en la resolución dictada por este Despacho el día 15 de marzo último. El Secretario de Hacienda - - Abraham Moreno". — Al requerimiento anterior, el Jefe Municipal o Corregidor de Nare, dijo: "El infrascrito en su calidad de Corregidor informa al Señor Secretario de Hacienda lo siguiente: que mi antecesor el señor Antonio M. Peláez dio posesión al señor Salvador Soluaga en su calidad de comisionado de los señores Callejas i Compañía, de las once mil nove-

cientas setenta y ocho hectáreas cuatro mil seiscientos metros cuadrados comprendidas entre los ríos 'Nare', 'Samaná', Caño de San Pablo" i quebrada 'Bagre' i 'Patiño'. El Jefe Municipal, Esteban Palagua. El Secretario, Canuto Jiménez".

Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno del Estado Soberano de Antioquia, por resolución fechada el 21 de febrero de 1866, apoyada en el parágrafo del artículo 13 del decreto ejecutivo de 20 de agosto de 1856, facultó al administrador principal de correos nacionales para el otorgamiento de la escritura pública respectiva, a quien para el efecto se le pasó el expediente. Dicho funcionario, doctor Antonio Mendoza, dijo: "Que en su calidad de Administrador principal de correos nacionales en este Estado, i para cumplir con el Decreto del Ciudadano Gobernador, expedido el veinte i uno de los corrientes por el órgano de la respectiva secretaría, vende en legal forma i a nombre de la Nación, a los señores VICENTE B. VILLA, JULIAN VASQUEZ, CALLEJAS I COMPAÑIA, MARIANO y PEDRO URIBE FERNANDEZ, LUCIANO LOPEZ, MANUEL SANTAMARIA BARRIENTOS, JUAN B. ECHEVERRI, PEDRO BOUHOT, ANTONIO GOMEZ, SALVADOR SOLUAGA i VENGOECHEA LATAURIE I CIA. los terrenos cuya situación, medida i linderos se han determinado en los documentos insertos en esta escritura, los cuales les fueron vendidos i adjudicados a título de concesión i a título de venta, cuyo valor recibió la Nación en las especies que constan en el expediente respectivo... Declara que esta venta la hace con las restricciones impuestas en el artículo 1d de la ley 3ª P. 5ª Tomo 1º de la R. G. respecto a la adjudicación a título de venta, i a nombre de la Nación les transfiere el dominio i posesión de dichos terrenos..."

En los documentos relacionados e insertos, observa la Sala que se cumplieron a cabalidad todos los requisitos legales vigentes para la enajenación de tierras baldías, contenidos en la Ley 3ª, parte 5ª Tratado 1º de la Recopilación Granadina, y en el Decreto Ejecutivo de 20 de Agosto de 1856. Es verdad que no hay una constancia expresa de que en la diligencia de posesión de las tierras interviniera "el empleado nacional que en cada provincia o estado lleve la voz fiscal", conforme lo dispone el artículo 22 del citado Decreto; pero es lo cierto, que en la diligencia de posesión actuó, **por comisión del Gobierno** del Estado **Despacho de Hacienda** — Sección de Contabilidad Nacional— el **Jefe Municipal** de Nare, y que este funcionario cumplió su cometido sin observación alguna de la entidad comitente, la que, por el contrario, una vez recibidas las diligencias y examinadas, es decir, verificado el hecho de que la posesión se había dado de conformidad con los términos de la adjudicación y con el lleno de las exigencias legales, dispuso y ordenó en providencia de 21 de febrero de 1866, que se extendiera la escritura pública a los adquirentes, como en efecto se hizo. Recuérdese además, que en dos ocasiones le fue enviado el expediente al Jefe Municipal para los efectos de la posesión, lo que significa que el Despacho de Hacienda consideró que en dicho funcionario estaba representada para el caso la voz fiscal.

No desconoce la Sala la importancia del ordenamiento del citado artículo 22, en cuanto por él se prevé que la entrega de las tierras se haga con exactitud y no se perjudiquen los intereses de la República, para lo cual debe intervenir el empleado que lleve la voz fiscal, pero esta disposición tiene en sí misma su propio alcance, que es de efectos simplemente fiscales, y no incide en el acto jurídico de la enajenación ni le da mayor o menor validez, pues lo esencial en el título está claramente determinado en el mismo estatuto legal - Decreto de 20 de agosto de 1856-- cuando estableció: "También dispondrá (el gobierno), si el cesionario lo solicita, que se le otorgue escritura pública, en la cual se insertarán los siguientes documentos: 1º, la solicitud primitiva del interesado; 2º, la exposición de los agrimensores referente al plano; 3º, la resolución del gobernador, y 4º la del Poder Ejecutivo". (Parágrafo del artículo 13). Y éstos son, como ya se ha visto, los actos cumplidos en este caso. Y son precisamente los documentos que los acreditan, los que componen la escritura pública 689 de 26 de febrero de 1866, otorgada por el Estado en favor de los particulares en relación con el terreno de "Islitas".

Tierras de "Jabonales" — La escritura Nº 31, de 16 de enero de 1860, de la Notaría Segunda de Medellín (fls. 1 a 1: del cuaderno Nº 4), recoge todos los actos y diligencias que culminaron en la adjudicación de las tierras a los señores Vicente B. Villa y Julián Vásquez. Sobre este título halla el señor Procurador Delegado en lo Civil que "se hallan cumplidas todas las diligencias legales sobre la materia", pero agrega: "Sin embargo, echa de menos la Procuraduría la falta de fijación del día para llevarse a término el remate de tierras del "JABONAL" por los linderos que se señalan allí y, además, la propia diligencia de remate sobre dichas fincas". "Estos dos requisitos —dice más adelante-- previstos por la ley se encuentran ausentes en el título presentado y

causan una falta en el derecho de dominio de que es titular o, lo pretende ser, la parte actora".

Esta objeción del señor Procurador se resuelve fácilmente, si se recuerda que los terrenos baldíos podían adquirirse a cambio de títulos de concesión que el solicitante poseyera con anterioridad a la vigencia del Decreto de 20 de agosto de 1856 —artículo 8º—: pero si el solicitante determinaba en su petición unos terrenos cuya extensión excedía a la indicada en el título de concesión, ofrecía entonces comprar ese excedente en pública subasta, la cual estaba reglamentada en la tantas veces citada Ley 3ª de la Recopilación Granadina. Y así, practicada la mensura del terreno y el levantamiento del plano, y conocida con exactitud la superficie de las tierras, si resultaba el exceso previsto se procedía al remate y, verificado éste, se hacía la adjudicación de todo el globo de tierras, previo el cambio del título de concesión anterior y el pago del terreno excedente, adjudicación que pasaba al Gobierno Nacional para su aprobación definitiva, dada la cual, se procedía a dar posesión al adjudicatario y a expedirle el título de enajenación.

En el caso que se estudia, los señores Vicente B. Villa y Julián Vásquez presentaron títulos de concesión y determinaron por sus linderos las tierras que pretendían. Practicada la diligencia de mensura resultó que los títulos de concesión abarcaban una superficie un poco mayor que la pretendida por los solicitantes; es decir, que no hubo lugar a compra de tierras en pública subasta, sino simplemente a la conversión de los antiguos títulos de concesión por el nuevo de enajenación definitiva. Esto se vé claramente en la adjudicación hecha por el Poder Ejecutivo del Estado, que para mayor comprensión se transcribe en seguida:

"Despacho de Hacienda, Sección 1ª Medellín, a catorce de agosto de mil ochocientos sesenta i seis. — Aunque el giro que se había dado al expediente por los primitivos denunciantes **tendía a la compra en pública subasta de los terrenos que sobrasen hecha la adjudicación por los títulos presentados** entonces, no cree el P. E. que haya inconveniente legal en aceptar la propuesta que hace hoy el solicitante (la de simple conversión de títulos), puesto que él tiene derecho a hacer efectivos los títulos que posee en cualquiera porción de terreno así como lo tiene para desistir de la compra que había intentado, si así le conviene. Sin embargo como esta resolución está sujeta a la aprobación del Gobierno Nacional, a él deliere enteramente el Estado. **Los títulos que tratan de hacerse efectivos** valen 3.141 hectáreas y 76 áreas, **y los terrenos medios**... componen 3.136,7.750; de suerte que hecha la adjudicación en todo el terreno **sobran al interesado** hectáreas 4, 9850". Hecha la adjudicación, el expediente pasó al Gobierno Nacional para su examen y aprobación la cual fue dada en los siguientes términos:

"Despacho de Hacienda y Fomento. Bogotá, octubre 1º de 1867. Visto el expediente creado por los señores Julián Vásquez y Vicente B. Villa, solicitando la adjudicación **a cambio de títulos de concesión**, de dos porciones de tierras baldías en el Distrito de Nare, Estado de Antioquia; y resultando de él: que tanto por las declaraciones de cinco testigos contestes, como por la exposición de los Agrimensores, dichas tierras son baldías; que no son necesarias para uso alguno público; que los agrimensores nombrados oficialmente al efecto, practicaron la mensura de las expresadas tierras y levantaron los planos conforme a las reglas del caso; y que los solicitantes **han presentado siete títulos de concesión**, los cuales dan derecho a la adjudicación de tierras baldías en cualquier punto de la República. El P. E. resuelve: apruébase la resolución del Gobierno del Estado de Antioquia, dictada el 14 de agosto de 1866, adjudicando a los señores Julián Vásquez y Vicente B. Villa una extensión de tierras baldías en el Distrito de Nare del mismo Estado, por el valor total de tres mil ciento treinta y seis hectáreas, cinco mil seiscientos ochenta metros cuadrados (H. 3.136 — 5.680 m. c.)... La propiedad de dichos terrenos se transfiere a los señores Julián Vásquez y Vicente B. Villa, con todas sus anexidades y productos, con excepción de las minas de esmeraldas y sal gema que puedan contener... Desglósense y cancélense los siete títulos presentados; y por cuanto a que éstos valen tres mil ciento cuarenta y una hectáreas, siete mil seiscientos metros cuadrados (h. 3.141 — 7.600 m. c.) número mayor que el de la extensión que se adjudica, expídase por la diferencia de cinco hectáreas mil novecientos veinte metros cuadrados (H. 5 — 1.920 m. c.), el certificado prevenido por el Artículo 15 del Decreto Ejecutivo de 20 de agosto de 1856. Regístrese la adjudicación..." Etc.

De modo que, no sólo nó hubo tierras que excedieran a las determinadas en los títulos de concesión presentados por los señores Villa y Vásquez, sino que, al contrario, tales títulos de concesión determinaban terrenos un poco superiores a los pedidos por éstos. Luego no habiendo tierras que vender en pública subasta, mal podía verificarse el remate de que habla el señor Pro-

curador. Hubo simplemente conversión de títulos, y por el exceso en favor de los adjudicatarios y para los efectos de la posesión, se les expidió el certificado de que tratan los artículos 15 y 16 del citado Decreto de 20 de agosto de 1856.

A continuación de los actos anteriores, se les dio posesión en legal forma a los señores Villa y Vásquez, por medio de su apoderado Jesús Solunga, y luego se les otorgó la escritura la cual hizo el Administrador Principal de Hacienda Nacional, a nombre de la Nación por la suma de pesos "que confiesa el vendedor haber recibido la Nación en títulos de concesión que presentaron los compradores en la respectiva oficina nacional".

De conformidad con lo expuesto debe concluirse que el actor ha demostrado que los terrenos denominados 'Islitas' y 'Jabonales', salieron legalmente del patrimonio público antes de decretarse la reserva nacional del petróleo.

Determinación de las tierras

Por el medio probatorio técnico acostumbrado de la inspección ocular con dictamen de peritos ingenieros, la parte actora ha satisfecho también el requisito legal de la determinación precisa de las tierras objeto del pleito. Así lo reconoce la Procuraduría en el examen que hace de este aspecto del asunto en el alegato de conclusión.

La determinación de las tierras se hizo en el orden siguiente: a) Linderos de la porción territorial denominada "Islitas" de acuerdo con el título antiguo (escritura 699, de 26 de febrero de 1866, Notaría 2ª de Medellín); b) Linderos de la porción territorial denominada "Jabonales", de acuerdo con el título antiguo (Escritura 31, de 16 de enero de 1868, Notaría 2ª de Medellín); c) Linderos de la porción territorial de "Islitas" en presencia de los actuales títulos de propiedad de la compañía demandante; y d) Linderos de "Jabonales" en presencia de los títulos actos de propiedad de la Compañía actora.

A continuación se transcriben las partes fundamentales de la comentada inspección ocular:

"ISLITAS". (Diligencia del 21 de febrero de 1957). "En esta fecha se identificó un globo de terreno denominado "Islitas" ubicado en el Corregimiento de Puerto Nare, jurisdicción del Municipio de Puerto Berrío, así: Situados sobre la desembocadura del caño "San Pablo", en la ribera derecha del río Nare, se remontó dicho río en un bote de propiedad de la Compañía Mármoles y Cementos del Nare hasta donde dicho río es navegable, unos tres kilómetros antes de la desembocadura del río Samaná y luego debido a lo inaccesible del terreno, porque en este punto precisamente están las canteras que explota la Compañía de Cementos indicada y que caen verticalmente al lecho del río, el personal de la diligencia hizo uso del avión HK 594 P, y luego de localizar el río Nare se inició el vuelo sobre éste hasta la desembocadura del río Samaná, situada a tres kilómetros más arriba del punto donde la Compañía de Cementos tiene la planta que suministra energía a la fábrica de la Empresa. Luego continuando el vuelo sobre el río Samaná hacia arriba, se vio sobre su ribera derecha la desembocadura de la quebrada llamada "Bagre" y remontando el vuelo sobre el curso de esta quebrada se llegó hasta su nacimiento en la cordillera denominada "La Serranía"... Una vez hecha esta identificación aérea, el personal de la diligencia se trasladó rumbo hacia el caño "San Pablo", por la actual banca que ha de servir al Ferrocarril del Atlántico, que va paralela casi al caño "San Pablo" y desde la cual se divisa a trechos. Por dicha vía se llegó hasta la laguna "San Pablo", nacimiento del caño indicado y luego de bordearla de oriente a sur y de sur a occidente, se encontró la desembocadura de la quebrada "La Patiño" a dicha laguna, quebrada ésta que nace en la cordillera denominada "La Serranía" y cuyo curso se pudo apreciar en forma clara, lo cual no se pudo hacer desde el avión debido a su escaso caudal y a que su curso en parte atraviesa selvas sin descuajar. Así quedó perfectamente identificado el lote a que se refiere la escritura número 699 de 6 de febrero de 1866, de la Notaría Segunda de Medellín".

"ISLITAS" (Diligencia del 22 de febrero, determinación por los actuales títulos de propiedad). "De la porción territorial denominada Islitas", ya identificada... corresponden los inmuebles que se determinan en las siguientes escrituras:... ...Para la identificación de los bienes descritos en las escrituras citadas, el Tribunal confrontó los linderos allí determinados sobre el terreno y de acuerdo con los planos que presentó el apoderado general de la Compañía doctor Cyro, para que se tuvieran en cuenta, cuya relación al expediente se ordena..."

"JABONALES" (Diligencia de 10 de febrero "...el personal de la diligencia, a bordo del remolcador Inmarco número tres, inició la identificación del lote de terreno denominado "Jabonales", integrado por dos porciones, así: Una entre los ríos Nare y Magdalena, el caño del "Jabonal" y el que desemboca frente a la isla "La Angostura"; y la otra entre los ríos Na

y Nus, el caño del "Jabonal" y la cordillera de "Cerro Grande". Situado el personal de la diligencia en la confluencia del río Nare al Magdalena, se observó que el río Nare en este punto había cambiado de curso, con relación al que tenía en 1868, y se comprobó que un kilómetro más arriba y cerca a la población de Puerto Nare, existe un cauce seco que hasta marzo de 1956 estaba ocupado por las aguas del río Nare y que era exactamente el mismo cauce que tal río tenía en la fecha citada, el cual queda sobre el costado norte de la población de Nare; por eso la primera parte del lote "Jabonales" en la actualidad tiene una porción de terreno sobre la banda derecha del río Nare. Identificado este primer punto de referencia, se localizó sobre la margen derecha del río Magdalena el mojón astronómico que señala el plano acompañado al juicio, levantado por el ingeniero Alberto Díaz G. relacionado con la concesión de Palagua...; de allí y medidos por los señores peritos cuatrocientos doce metros y cuarenta y dos centímetros, rumbo sur 43º 01' 03", 682 E. se localizó el punto A. de la concesión Palagua sobre la margen derecha del río Magdalena; de este punto aguas abajo y pasando por el punto denominado de "La Angostura" y luego frente a la isla del mismo nombre, se encontró al final de dicha isla un caño que desemboca al río Magdalena, denominado caño de "La Brea" (explica aquí satisfactoriamente el Tribunal cómo obtuvo la identificación de este caño). (Diligencia del 20 de febrero) -- "En esta fecha se continuó la diligencia desde la antigua desembocadura del río Nare en el Magdalena, y por el curso de este río hasta la desembocadura del río Nus. Como el río Nus no es navegable y no hay acceso a sus riberas ni a pie ni a caballo por lo escarpado de la región, el personal de la diligencia siguió el curso de este río desde una colina que corre paralela al mismo por el lado izquierdo, y luego de haber recorrido una distancia de cuatro mil metros se encontró una cordillera llamada "Cerro Grande", que muere sobre la margen izquierda del río Nus y que es el punto aceptado en los títulos de 1868 como Puerto Minas, pero en la actualidad, según pudo observarse, no existen allí vestigios de ninguna construcción. Siguiendo el curso hacia el oriente de la cordillera "Cerro Grande" se encontraron los nacimientos del caño 'Jabonal' o 'Jabonales' y aguas abajo por dicho caño y en dirección hacia el sur, tras grandes dificultades y mediante la cooperación de los señores peritos, quienes verificaron mensuras e interpretaron planos, se localizó el charco denominado "La Cruz" en el mencionado caño... De un cerro cercano al charco antes indicado, se pudo observar perfectamente el punto por donde debe pasar una línea recta que partiendo del charco de "La Cruz" va a la confluencia del caño "La Brea" con el río Magdalena, quedando así identificado el lote de terreno a que se refiere la escritura número 31 de 16 de enero de 1868, de la Notaría 2ª de Medellín... Se advierte que la identificación por razones de conveniencia para el transporte del personal de la diligencia quedó hecha en sentido inverso a como aparecen relacionados los linderos en la escritura citada y los descritos en la diligencia son exactamente los mismos que en la escritura tantas veces citada constan".

"JABONALES" (Diligencia de 22 de febrero —determinación por los actuales títulos de propiedad). "...se procedió a la identificación solicitada bajo la letra d) del numeral 5º del pliego de pruebas de la parte actora, de la porción territorial denominada "Jabonales", ya identificada; a dichos terrenos corresponden los inmuebles que se determinan en las siguientes escrituras:..."

Ningún reparo tiene que hacer la Sala a la manera como se llevó a cabo la inspección ocular, ya que se hizo el recorrido completo de los linderos por los medios aptos para ello, y su reconocimiento se verificó con apoyo en la prueba escriturada, antigua y actual, con auxilio de los planos allegados legalmente al juicio, y con la asesoría técnica de los expertos ingenieros. Fue así como pudo establecerse claramente la relación de las tierras según la descripción de los títulos antiguos, con los terrenos que se determinan en las escrituras que tratan de la propiedad actual, y el hecho, como se verá luego, de la superposición en ellos de la zona de la concesión Palagua.

Los hechos observados sobre el terreno por el propio Tribunal Superior de Medellín, quien estuvo acompañado de los representantes de las partes en el juicio, y quienes no hicieron observación alguna, constituyen plena prueba sobre la existencia y determinación de los predios de la litis, al tenor de lo dispuesto por el artículo 730 del Código Judicial.

La labor de los peritos, desarrollada de acuerdo con el cuestionario propuesto por la parte actora, establece la superposición del área de la concesión "Palagua", originada en la propuesta Nº 638, en parte de los terrenos de "Islitas" y en parte de los terrenos de "Jabonales", tal como se aseveró en el libelo de demanda, en una extensión superficiaria de 5.000 hectáreas en el

primero, y de 650 hectáreas en el segundo, hecho que ilustran los peritos en el plano de la Concesión, con color rojo en la parte superpuesta de "Islitas" y con color azul en la parte superpuesta de "Jabonales". Los elementos de juicio de que se valieron los expertos (inspección ocular, planos, escrituras, etc.) y las consideraciones razonadas que fundamentan sus conclusiones, permiten valorar el dictamen como plena prueba, quedando así cumplido por la compañía demandante el presupuesto de la determinación precisa de las tierras.

Títulos de la propiedad actual

La Compañía "Mármoles y Cementos del Nare S. A." presentó en tiempo oportuno las siguientes escrituras públicas, debidamente registradas, que tratan de la adquisición de derechos de la propiedad en el terreno denominado "Jabonales":

Escritura Nº 344, de 23 de agosto de 1939, de la Notaría de Girardota, venta que le hace Carlos E. Rodríguez (fls. 22 y 23, cuaderno Nº 3).

Escritura Nº 3460, de 15 de diciembre de 1939, de la Notaría Cuarta de Medellín, dación en pago que le hace Hernando Botero. (fls. 24 a 29, cuaderno Nº 3).

Escritura Nº 4559, de 9 de noviembre de 1945, Notaría Primera de Medellín, venta que le hace Carlos E. Rodríguez. (Folios 30 a 32 cuaderno Nº 3).

Escritura Nº 595 de 29 de enero de 1948, de la Notaría Primera de Medellín, dación en pago que le hace Salvador Velásquez (fls. 33 a 34).

Escritura Nº 1634, de 10 de marzo de 1948, Notaría Primera de Medellín, venta que le hacen Jesús y Manuel Buitrago (Fls. 35 y 36, cuaderno Nº 3).

Escritura Nº 6185, de 23 de noviembre de 1948, Notaría Primera de Medellín, venta que le hacen Francisco Buitrago y Juan Galeano. (fls. 37 a 38 cuaderno Nº 3).

Escritura Nº 1735, de 28 de febrero de 1952, Notaría Primera de Medellín, venta que le hace Pablo Emilio Correa L. (folios 39 y 40, Cuaderno Nº 3).

Escritura Nº 4459, de mayo 25 de 1953, Notaría Primera de Medellín, venta que le hacen Avelino Monsalve y María Buitrago de Monsalve (fls. 41 a 42 cuaderno Nº 3).

De acuerdo con los certificados expedidos por los señores Registradores de Instrumentos Públicos y Privados de los circuitos de Puerto Berrío (folios 10 a 21), de Yolombó (fls. 40 a 42), de Marinilla (fls. 44 a 45), y de Santo Domingo (folios 47) que obran en el cuaderno Nº 5, los registros de las escrituras públicas que se dejan relacionadas, se hallan vigentes. Igualmente se certifica sobre la tradición ininterrumpida desde los primitivos adquirentes de 1868, señores Vicente B. Villa y Julián Vásquez hasta las personas que vendieron a la Compañía de Cementos demandante, con indicación de los números, las fechas y las notarías en donde se extendieron los respectivos títulos, y las fechas, números y libros en que se hicieron los registros de cada uno de ellos.

Presentó asimismo la Compañía actora, dentro de los términos legales, las siguientes escrituras públicas sobre adquisición de derechos en los terrenos denominados "Islitas":

Escritura Nº 879, de 18 de abril de 1939, Notaría Tercera de Medellín, venta que le hace Susana Olózaga de Calle (fls. 28 y 29, cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 270, de 15 de julio de 1939, Notaría de Girardota, venta que le hace Carlos E. Rodríguez (fls. 30 y 31 cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 288, de 28 de julio de 1939, Notaría de Girardota, venta que le hace Rafael Agudelo (fls. 32 y 33, cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 345, de 29 de agosto de 1939, Notaría de Girardota, venta que le hace Carlos E. Rodríguez (folios 34 y 35 cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 2814, de 18 de octubre de 1939 Notaría de Girardota, venta que le hace Elisa Martínez S. y otros (fls. 36 y 37 cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 455, de 16 de noviembre de 1940 Notaría de Girardota, venta que le hace Carlos E. Rodríguez (fls. 38 a 41, cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 3345, de noviembre 19 de 1942 Notaría Segunda de Medellín, venta que le hace Hernando Botero R. (folios 42 a 44 cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 3325, de octubre 16 de 1941, Notaría Primera de Medellín, venta que le hace Carlos E. Rodríguez (fls. 45 y 46, cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 251, de enero 23 de 1943, Notaría Primera de Medellín, permuta celebrada con Carlos E. Rodríguez (fls. 47 y 48, cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 097, de 14 de abril de 1943, Notaría Tercera de Medellín, venta que le hace Elvira Gutiérrez de Bravo (fls. 49 y 50 cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 3790, de 13 de octubre de 1951 Notaría Primera de Medellín, permuta con Rodrigo Rodríguez (fls. 51 y 52, cuaderno Nº 4).

Escritura Nº 4450, de 9 de noviembre de 194 Notaría Primera de Medellín, venta que le hace Carlos E. Rodríguez (fls. 53 a 55, cuaderno Nº 4

Todas las anteriores escrituras se hallan debidamente relacionadas en el certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Puerto Berrío (folios 27 a 38 del cuaderno Nº 5), certificado que igualmente se extiende a la tradición de los derechos de cada una de las personas que figuran como tradentes de la compañía actora, y de sus antecesores, hasta llegar a los primeros adquirentes, según el título conocido de 1866. Complementan el anterior, los certificados expedidos por los Registradores de Yolombó (fls. 23 a 25), Santo Domingo (fls. 50 a 51) y Marinilla (fls. 53 a 55), que obran en el cuaderno Nº 5. Y todos abarcan las tradiciones desde 1865 hasta el presente, con los datos de los números, fechas y Notarías en que se extendieron los actos, y los libros, números y fechas en que se hicieron los respectivos registros.

Queda comprobado, pues, el interés jurídico y legitimación en la causa de la demandante, con la presentación en el juicio de los títulos de propiedad actual y con los certificados de registro que comprenden un período mayor del de la prescripción extraordinaria cumpliéndose así el último de los presupuestos de la acción incoada.

Por todo lo expuesto, la acción debe decidirse en favor de la parte demandante, ya que ha probado los hechos aducidos y el derecho invocado en su demanda.

FALLO:

La Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara:

Primero — La porción de terreno situada en el Municipio de Puerto Berrío, Departamento de Antioquia, alinderada en el hecho 6º de la demanda, de una extensión aproximada de cinco mil hectáreas, y comprendida dentro del área del contrato celebrado entre la Nación y la Florida Petróleum Company a que se refiere el hecho 3º de la misma demanda, en calidad de porción integrante del terreno de "Islitas", salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Segundo — Como consecuencia de la declaración anterior, el subsuelo petrolífero de la porción territorial mencionada y cubierta por el área del contrato celebrado con la Florida Petroleum Company, es de propiedad de los dueños de dicha porción de terreno.

Tercero — La porción de terreno situada en el Municipio de Puerto Berrío, departamento de Antioquia, alinderada en el hecho 7º de la demanda, de una extensión aproximada de setecientas cincuenta hectáreas y comprendida dentro del área del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company de que dá cuenta el hecho 3º de la misma demanda, en calidad de porción integrante del terreno de "Jabonales", salió igualmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Cuarto — Como consecuencia de la declaración anterior, el subsuelo petrolífero de la porción territorial mencionada y cubierta por el área del contrato celebrado con la Florida Petróleum Company, es de propiedad de los dueños de dicha porción territorial.

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

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Faramillo Giraldo — Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS.— LUCRO CESANTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Ante el H. Consejo de Estado y por intermedio de apoderado, con fecha 16 de marzo de 1953, el señor **Jorge Echeverri Vargas** demandó a la Nación a fin de que ésta fuera condenada a pagarle "la suma que demuestre en el juicio que valen los perjuicios que le ocasionó por haber tomado con motivo de los trabajos públicos de ampliación, regularización y ornamentación de la carretera de occidente, en el sector que comunica a Bogotá con el Municipio de Fontibón, una zona de terreno perteneciente a la finca "La Legua", de propiedad de mi mandante, distinguida con el número 69-01 de la calle 13 de Bogotá, o el que actualmente posea en la nomenclatura municipal, y por haber efectuado por la misma causa obras en el frente de la indicada finca sobre la carretera mencionada, que le hicieron perder la totalidad de dicho frente".

Fundó el actor su acción en las afirmaciones que se sintetizan en seguida:

1ª—Ser propietario de la zona que se dice ocupada por la Nación, por habérsele adjudicado en mayor extensión en la división material de que da cuenta la escritura 4413 de 5 de octubre de 1945 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá. Según esta escritura se adjudicó al señor Jorge Echeverri Vargas el lote marcado con el número 1 del plano protocolizado con tal instrumento, el cual está señalado con el número 69-01 de la calle 13, con una cabida de ocho fanegadas 2.644 varas cuadradas con 78 centésimas de vara cuadrada, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte con la Avenida del Centenario (calle 13); por el Sur con hacienda "La Trinidad" que fue de Aristides Calderón y hoy de sus herederos y hacienda "Aranda" de María Vargas de Costa; por el oriente, con finca de Antonio Borda Carrizosa llamada "Hato de San Felipe"; y por el occidente, con predio denominado "Santa Lucía" de propiedad de Lucía Echeverri de Ritter".

2º—Que en los meses de abril y mayo de 1951 la Nación, por medio del Ministerio de Obras Públicas, directamente o a través de sus dependientes o delegados, tomó una zona de terreno que formaba parte del lote descrito en el numeral anterior con motivo de las obras de ampliación, regularización y ornamentación de la carretera de Occidente, en el trayecto que conduce de Bogotá a Fontibón;

3º—Que tal zona de terreno se destinó por la Nación a la llamada "Zona verde adyacente" de que trata el artículo 9º de la ley 12 de 1949;

4º.—Que esta "Zona verde adyacente" privó a la finca del demandante de la totalidad del frente que antes tenía sobre la carretera de Occidente;

5ª—Que la Nación no ha pagado al señor Echeverri el valor de la zona ocupada ni los demás perjuicios que le ocasionó.

En derecho fundó el demandante su acción en el artículo 30 de la Constitución Nacional y en el capítulo XXII de la ley 167 de 1941.

Presentada la demanda ante el H. Consejo de Estado, esta Entidad la tramitó legalmente hasta que por sentencia de fecha 20 de junio de 1955 la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad de algunas de las disposiciones del capítulo 22 de la ley 167 de 1941 y como consecuencia de tal declaración el H. Consejo de Estado perdió la competencia para poder seguir conociendo de los negocios de esta clase.

Expedido más tarde el Decreto Legislativo número 293 de 1956, el asunto llegó a esta Sala de Negocios Generales en donde se le ha dado la tramitación de rigor.

Las pruebas

A la demanda se acompañó la escritura pública número 4413 de 5 de octubre de 1945, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, registrada legalmente, en la cual consta la adjudicación que se hizo a Jorge Echeverri Vargas del globo de terreno descrito anteriormente en la división material llevada a cabo con su comunera señora Lucía Echeverri de Ritter. Se acompañó también la escritura pública número 841 de 10 de julio de 1936,

Notaría 4ª de Bogotá, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Hernando Echeverri Vargas en donde consta la adjudicación que se le hizo al mismo Jorge Echeverri Vargas de un derecho proindiviso sobre los terrenos de que formaba parte el lote adjudicado de conformidad con la escritura anteriormente citada.

Los anteriores instrumentos fueron presentados junto con el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, desglosado del expediente según auto de 20 de septiembre de 1954 (f. 71) y conforme al cual los títulos anteriormente mencionados se hallaban vigentes para el día de su expedición (10 de marzo de 1953).

Este certificado relaciona, además, la tradición de los terrenos mencionados hasta el año de 1884, es decir, por un lapso superior a 30 años contados hacia atrás.

Durante el término probatorio se presentaron los documentos y se practicaron las pruebas siguientes:

a) Un plano titulado "Partición en Aranda. Plano de Control", elaborado por el Ingeniero Carlos A. Báez; b) testimonio del mismo Ingeniero (f. 31, cuaderno número 1) sobre el hecho de ser exacta la extensión y linderos anotados en el plano de que trata el punto anterior y en el cual afirma que en el año de 1936, fecha de la elaboración del plano, entre la carretera Bogotá-Fontibón y la finca alinderada en la demanda, no se interponía ninguna zona verde ni colina a excepción de la zona normal de la carretera. c) Declaración juramentada del doctor Guillermo Garavito (fls. 33) quien depone en los siguientes términos: "Que efectivamente en su calidad de Ingeniero levanté el plano de varias fincas, entre ellas la denominada "La Legua", perteneciente al señor Jorge Echeverri Vargas; que dicho plano (el que figura en el expediente) corresponde en cuanto a extensión y linderos a la extensión y linderos de la finca cuando el plano fue levantado. El plano fue levantado en marzo de 1947; que evidentemente el frente de la finca tenía sobre la carretera de Occidente en tal época el que aparece en dicho plano, ya que para entonces no existía ninguna zona verde aledaña al costado sur de la carretera; sobre el plano respectivo tracé las líneas que indican la zona y que la Nación tomó de la finca referida para la ampliación y ornamentación de la carretera de Occidente, teniendo como punto de referencia el plano del Ministerio de Obras Públicas para dicha obra".

d) Declaraciones de Javier Ramírez y Rosendo Téllez (fls. 30 y 31 vto.) quienes afirman que en abril y mayo de 1951 fueron testigos de la iniciación de los trabajos de la Nación en la carretera Bogotá-Fontibón, frente a la finca del demandante, y que con tales trabajos corrieron la cerca que allí existía, unos siete metros al fondo del predio del señor Echeverri Vargas, llevándose los materiales de ella, pero poniendo en cambio otra cerca con postes de cemento.

e) Se presentó igualmente una copia del Diario Oficial número 27.674 de 10 de agosto de 1951 en el que aparece publicado el contrato celebrado entre los Ministros de Obras Públicas y de Hacienda con la firma Pardo Restrepo & Santamaría Ltda., el día 14 de diciembre de 1950 para la pavimentación de la carretera tantas veces aludida.

f) El plano de la Avenida de las Américas, determinando la finca del demandante frente a la vía pública, plano elaborado por el doctor Garavito en el año de 1949, como Ingeniero del Ministerio de Obras Públicas.

g) Las inspecciones oculares y avalúo pericial que se leen a fls. 40 y 41 y 50 del primer cuaderno, en la Secretaría de Obras Públicas y en el lugar de la ocupación, durante las cuales se midió e identificó el área de terreno y se estimó su valor. En auto de 18 de diciembre de 1956 se ordenó la ampliación del dictamen pericial, en la forma y con los resultados que adelante se expresan.

h) Copia de la cédula catastral número 508-27/22 que corresponde al predio de la calle 13 (carretera de Occidente) señalado con el número 69-01 que corresponde al lote sin puerta del señor Jorge Echeverri Vargas de que trata el presente litigio.

i) Copias de los planos levantados por los doctores Guillermo Garavito, Carlos A. Báez y Eladio Cifuentes respecto del lote de terreno del señor Jorge Echeverri Vargas, de la faja ocupada por la Nación, y de la vía en construcción.

j) Copias del decreto de nombramiento y posesión del doctor Bernardo Pardo Villaveces como Abogado Jefe de la Sección Jurídica del Ministerio de Obras Públicas.

k) Copia de la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio ordinario adelantado por la señora María Vargas de Costa contra la Nación, colindante del demandante en este juicio.

l) Copias de las cartas cruzadas entre los propietarios de los predios ocupados y el Ministerio de Obras Públicas sobre la valorización y pago de las fajas ocupadas con motivo de dicha obra.

Concepto del Procurador Delegado en lo Civil

El concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, se expresa así:

"Es oportuno agregar aquí que si, de conformidad con los elementos de convicción allegados al juicio, ha de condenarse a la Nación a pagar al demandante el valor del terreno ocupado, no es equitativo y justo, a juicio de esta Procuraduría, que se fije el monto de tal indemnización de acuerdo con el avalúo señalado por los peritos en su respectivo dictamen.

"En efecto: consideran estos que el valor comercial de la zona ocupada es de $ 22.00 por vara cuadrada y que como la extensión de dicha zona es de 743.86 varas cuadradas, su valor total comercial sería de $ 16.364.92 moneda corriente. Este dictamen pericial —conviene tener presente— fue rendido el 15 de julio de 1954.

"Pero sucede que, según la escritura pública número 7.126 otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá el 22 de octubre de 1954, es decir, tres meses después del dictamen pericial, el demandante señor Jorge Echeverri Vargas, vendió a la sociedad 'Fábrica de Pastas el Gallo Ltda.' el mismo predio 'La Legua' a que este juicio se refiere, con cabida de 83.408 varas cuadradas, por la cantidad de $ 427.883.04, esto es, a razón de $ 5.13 la vara cuadrada, debiéndose tener en cuenta que en dicha venta está incluído además de la zona verde que fue ocupada por las obras públicas, el derecho litigioso que el vendedor tiene en este negocio contra la Nación.

"De modo pues que en tales condiciones de disparidad absoluta entre el valor fijado por los peritos y el precio real en que tres meses después el demandante vendió el lote, la Procuraduría estima que las razones dadas a este respecto por los peritos no son fundadas y no satisfacen ni convencen, por cuyo motivo su dictamen en lo referente a este punto, no puede ser acogido como prueba en el juicio.

"Tampoco puede dársele un valor probatorio al dictamen pericial en el punto concerniente a la desvalorización de la finca, porque las razones o fundamento en que se apoya no llevan lógicamente a la conclusión que allí se obtuvo.

"Los peritos dicen, en efecto, que 'si se privó a la mencionada finca de la totalidad de su frente a la única vía pública a la cual lo tenía, por este solo hecho el predio ha sufrido una desvalorización'. Pero más adelante agregan: 'Es de suponer que el Ministerio de Obras Públicas no tenga interés en impedir totalmente el acceso de la carretera a la finca del señor Echeverri a través de la zona verde'.

"De suerte que si no quedó totalmente impedido el acceso de la vía pública, o sea, la carretera, a la finca del demandante, se deduce claramente que no se le privó a la mencionada finca de la totalidad de su frente y que, por consiguiente, el predio no ha sufrido desvalorización...".

ELEMENTOS AXIOLOGICOS DE LA ACCION PROPUESTA

a) Propiedad

El título o prueba de propiedad del predio afectado por la ocupación fue acreditado por el demandante señor Jorge Echeverri Vargas con las escrituras de que se hizo mención en un principio, acompañadas a la demanda y con el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, visible a fls. 1 del primer cuaderno que señalan la tradición del lote de que formaba parte la zona en disputa desde el año de 1884. Al tenor de ese certificado los títulos se hallan vigentes; sobre ellos no pesa ningún gravamen y el fenómeno de la prescripción extraordinaria ampararía la propiedad.

Es preciso concluir, en consecuencia, que el carácter o título con que el señor Echeverri Vargas se presenta a este juicio, ha sido acreditado en forma plena y completa.

b) Carácter público del trabajo

Para acreditar el carácter público del trabajo, el demandante presentó en primer término el número 27.671 del diario oficial donde aparece publicado el contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad Pardo, Restrepo & Santamaría Ltda., conforme al cual estos se obligaron a ejecutar por cuenta de la Nación los trabajos de construcción, ampliación y reparación del pavimento de la carretera que de Bogotá conduce a Fontibón, en el sector comprendido entre el kilómetro cero y el kilómetro 3. Este contrato, suscrito el 14 de diciembre de 1950, fue aprobado por el H. Consejo de Estado el 15 de marzo del año siguiente.

Con este mismo fin se presentaron los testimonios de Javier Ramírez y Rosendo Téllez, quienes declaran que en abril y mayo de 1951 presenciaron cuando por virtud de los trabajos de ampliación de la vía se corrieron las cercas que ence-

rraban la finca del demandante y la ocupación de una zona de propiedad de éste.

Las anteriores pruebas se hallan corroboradas con el testimonio del propio abogado del Ministerio de Obras, quien en la diligencia de inspección ocular practicada en las oficinas de tal dependencia, manifestó que la Sección de Carreteras de ese Ministerio había tenido a su cargo los trabajos de ampliación de la carretera nombrada y que la obra se ejecutó con intervención de los Ministerios de Obras Públicas y de Agricultura. También corrobora este punto la correspondencia que sobre el particular se cruzó entre el ya citado Ministerio de Obras y los particulares interesados, entre los cuales se halla el demandante.

La Sala estima que las anteriores pruebas son suficientes para acreditar el carácter público de la obra en virtud de la cual se privó al demandante de la zona de terreno de que trata la presente demanda, y que, por lo mismo, fue el Ministerio de Obras Públicas, representado por su titular, el causante del daño.

Acreditada en esta forma la responsabilidad de la Nación, cabe estudiar el último extremo de la acción propuesta, es decir, el daño causado y la indemnización correspondiente.

Monto de la indemnización

En su demanda el actor solicita se condene a la Nación a pagar "La suma que se demuestre en el juicio que valen los perjuicios" que se le ocasionaron por haber tomado la Nación una zona de terreno perteneciente a la finca La Legua de propiedad de mi mandante, distinguido con el número 69-01 de la calle 13 de Bogotá o el que actualmente posea en la nomenclatura municipal, y por haber efectuado por la misma causa obras en el frente de la indicada finca sobre la carretera mencionada que le hicieron perder la totalidad de dicho frente".

En orden a acreditar la existencia de tales perjuicios y a la determinación de su cuantía, además de la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por el H. Consejero Sustanciador del negocio, se solicitó la colaboración de expertos designados en la forma legal; se allegaron los planos de que atrás se dio cuenta, y otro oficial levantado por Carlos Augusto Ramírez.

Con estos elementos de juicio los expertos presentaron el dictamen correspondiente, al cual acompañaron otro plano levantado por ellos.

En la diligencia de inspección ocular se lee lo siguiente:

"Como todos los peritos se hallan debidamente posesionados de sus cargos se dio principio a la diligencia trasladándose todo el personal a la finca denominada La Legua, situada en la calle 13 número 69-01 de esta ciudad, en donde el Magistrado Sustanciador, en asocio de todo el personal de la diligencia, recorrió y constató el lindero Norte de la finca en toda su extensión, y la existencia en dicho lindero, que es el que queda sobre la carretera, de una zona verde plantada, sembrada y cercada. El Magistrado Sustanciador observó también que hacia el lindero oriental de la finca, contigua a la cerca de alambre que señala dicho lindero oriental se encuentra una faja de terreno de unos cinco metros de ancho aproximadamente, la cual divide la finca del actor de la que le sigue por el lado oriental, y que parece se encuentra proyectada como vía para dar acceso a la carretera tanto a la finca del demandante señor Echeverri como a las demás aledañas. Esta faja o zona también se encuentra cerrada pero no se observa que se haya realizado trabajo alguno de construcción sobre ella. Después de recorrido el lindero antes mencionado, se leyeron todos los puntos pertinentes del memorial de pruebas y se ordenó a los peritos rendir el dictamen que allí se solicita de ellos; el doctor Morales pidió entonces que se solicite de los peritos dictamen también, además de los puntos ya anotados en el memorial de pruebas, si el predio objeto de la pericia tiene o nó salida a la Avenida de las Américas, y que se entregue a dichos peritos todo el expediente de este juicio a fin de que con vista de él y especialmente de los documentos que allí obran, puedan rendir mejor su dictamen";

Los peritos rindieron su dictamen, visible a folios 60 a 62 en la siguiente forma:

"Con el propósito de obtener la mayor claridad en nuestros conceptos, y después de tomar las correspondientes medidas sobre el terreno, hemos elaborado un plano dibujado en escala de 1|1.000 que nos permitimos adjuntar al presente escrito.

"Para la elaboración de este dictamen hemos hecho un detenido estudio de todos los diferentes documentos que integran el expediente, y muy especialmente de los siguientes planos: el levantado por el Ingeniero Guillermo Garavito en marzo de 1947 y completado en 1951 que se halla dibujado en escala 1|2.000; el plano de partición del predio "Aranda" firmado por el Ingeniero Eladio Cifuentes; el plano de control de la partición de "Aranda", dibujado también en escala de 1|2.000 y suscrito por el Ingeniero Carlos A. Báez; y el plano titulado ampliación de la vía

Bogotá Fontibón elaborado en el Ministerio de Obras Públicas, dibujado en escala 1,1.000 y firmado por el Ingeniero Carlos Augusto Ramírez.

"Para contestar el cuestionario, seguiremos el mismo orden adoptado en el memorial de pruebas suscrito por el doctor Hernando Morales, apoderado de la parte demandante, y lo hacemos en la forma siguiente:

"Al punto 1 **Su lindero Norte en toda su extensión**".

"El lindero Norte de la finca denominada La Legua" de propiedad del señor Jorge Echeverri Vargas tiene una longitud de ochenta y ocho metros con ochenta y dos centímetros (88,82 mts.) y es la misma longitud que figura tanto en el plano del Ingeniero Guillermo Garavito, como también en el plano del Ministerio de Obras Públicas.

"Al punto II. **Si en la actualidad a todo lo largo de dicho lindero, cuya extensión se medirá, existe una zona verde plantada, sembrada y cercada que igualmente deberá medirse**".

"Tanto en el momento mismo de la inspección ocular verificada al predio, como posteriormente con la ocasión de las medidas que hemos tomado en aquel lugar, pudimos comprobar que a todo lo largo del lindero norte de la finca "La Legua", se halla una zona de terreno verde, plantada con algunos arbustos y sembrada con pastos. Esta zona se halla localizada entre el lindero norte del predio ya mencionado y la carretera que vá de Bogotá a Fontibón. Esta zona está cercada de manera total con cercas de alambre de púas, y postes de cemento. La longitud de esta zona es de ochenta y ocho metros con ochenta y dos centímetros (88,82 mts.) con un ancho medio de 28,64 mts; lo cual dá un área de 2.543,30 metros cuadrados.

"Al punto III. **Si dicha zona verde implica que la finca no tenga acceso a la carretera de occidente**".

"La zona verde a que nos hemos referido anteriormente, cubre en su total el lindero norte de la finca "La Legua"; por consiguiente y por hallarse cercada, impide totalmente el acceso a dicha finca de la carretera de occidente, o sea la vía Bogotá Fontibón.

"Al punto IV. **Si en concepto de los peritos, la zona verde referida ocupa terrenos de la finca La Legua, de propiedad del señor Jorge Echeverri Vargas, debiendo indicarse la extensión**".

"Podemos conceptuar que la zona verde ocupa una parte de los terrenos que fueron de la finca "La Legua", de propiedad del señor Jorge Echeverri Vargas, con fundamento en los siguientes documentos, que se encuentran en el expediente: a) En el plano levantado por el Ingeniero Guillermo Garavito en el año de 1947, está dibujado el lindero norte de la finca, que es el denominado "lindero actual". En este mismo plano que fué ampliado posteriormente, está indicado el nuevo lindero norte, o sea la cerca de alambre de púas y postes de cemento que en 1951 dispuso colocar el Ministerio de Obras Públicas y que está indicando que **hubo un desplazamiento hacia el sur de este lindero**. b) En las declaraciones juramentadas de los señores Javier Ramírez y Rosendo Téllez, que también se hallan en el expediente. Estos señores afirman que la cerca que constituía el lindero norte de la finca, fué retirada y reemplazada por otra con postes de cemento "colocada unos siete metros adentro por los obreros de la carretera". Es decir, que el **lindero norte de la finca fué corrido hacia el Sur.** c) En el plano denominado "ampliación de la vía Bogotá Fontibón" del Ministerio de Obras Públicas, firmado por el Ingeniero Carlos Augusto Ramírez, está indicando el lindero antiguo, el lindero que posteriormente fijó el Ministerio de Obras Públicas, y una línea más llamada "línea roja" que no es otra cosa que el nuevo paramento determinado por el mismo Ministerio. Es de advertir que en este plano, entre el lindero antiguo y el nuevo, se encuentra una leyenda que dice "área 466,20 m2. Esto indica que el **lindero norte de la finca La Legua fué corrido hacia el sur.** d) En la correspondencia cruzada entre el doctor Bernardo Pardo Villaveces, Abogado del Ministerio de Obras Públicas, y los propietarios de las fincas afectadas con la ampliación de la vía, cuyas copias se encuentran en el expediente en los folios 56 y 57 se vé que se adelantó una gestión ante el Ministerio y los propietarios para llegar a un acuerdo sobre el precio de las zonas de terreno que el Gobierno tomó para la ampliación de la carretera. Las explicaciones anteriores concuerdan todas para demostrar que el lindero norte de la finca La Legua fué desplazado hacia el Sur, y por consiguiente que la zona verde que hoy existe sí ocupa terrenos que fueron de la finca La Legua.

"La extensión de los terrenos de la finca que fueron ocupados por la zona verde no fué posible determinarla en el terreno, porque no hay rastro alguno de la localización del antiguo lindero. Pero conceptuamos que esta extensión es la que aparece en el plano firmado por el Ingeniero

Guillermo Garavito, que corresponde a un ancho medio de 5,26 metros por una longitud de 88.82; lo cual dá un área de 476,07 metros cuadrados, o sean 743,85 varas cuadradas, dando una pequeña diferencia con el dato que se halla en el plano del Ministerio de Obras Públicas...»

"Al punto V. **Los peritos se servirán avaluar comercialmente la zona o zonas tomadas de la finca La Legua de propiedad del señor Jorge Echeverri Vargas y utilizadas para la zona verde anexa a la calle 13 de Bogotá...**" Estimamos que el valor comercial de la zona ocupada por el Ministerio de Obras Públicas es de $ 22,00 por vara cuadrada. Esta estimación la fundamos en las siguientes razones: a) La urbanización denominada La Pradera un poco más abajo de la finca que nos ocupa, está vendiendo lotes en la actualidad, a razón de $ 30,00 de contado la vara cuadrada, incluyendo las obras de urbanización. Esta clase de obras cuesta en promedio en la actualidad a razón de $ 8,00 por vara cuadrada; descontando este último valor del precio de venta nos resulta un precio **sin obra** de $ 22,00 por vara, que es la suma que conceptuamos corresponde al valor comercial de la tierra en este lugar y **con frente a la calle 13.** De manera que como la extensión de la zona ocupada es, de 743,85 varas cuadradas, su valor total sería de $ 16.364,92 m/cte.

"Al punto VI. **Los peritos se servirán decir, si en su concepto la zona verde referida privó de la totalidad del frente a la finca La Legua sobre la vía pública indicada en el punto anterior, y si este hecho ha producido desvalorización a la finca mencionada y cual es el coeficiente de tal desvalorización**".

"Como lo decimos al contestar el punto III, la zona verde impide totalmente el acceso de la finca La Legua, a la carretera de Occidente, puesto que cubre la totalidad de su frente. Es evidente que si se privó a la mencionada finca de la totalidad de su frente a la **única vía pública a la cual lo tenía**, por éste solo hecho el predio ha sufrido una desvalorización.

"Para apreciar el coeficiente de desvalorización presentamos las obras necesarias que hay que construir para eliminar la causa de desvalorización y tomamos este valor para repartirlo en relación al área total, en la siguiente forma: 660 metros cuadrados de calzada en macadams de 6 m. de ancho a $ 6,00 el m2. son $ 3.960,00. Construcción de 315 metros cuadrados de andenes a $ 5,00 el m2. son $ 1.575,00 y construcción de 210 metros de sardineles a $ 3,00 el m/l. son $ 630,00 y 1.665 varas cuadradas a $ 22,00 son 36.630,00 lo que nos dá un total de $ 42.795,00 que repartido para el área total de la finca de 80.323 varas cuadradas dá un coeficiente de desvalorización de $ 0,53 por vara cuadrada. Es claro que esta apreciación es en el caso de efectuar las obras mencionadas, pues si éstas no se ejecutan el propietario tendría que adquirir zonas de terrenos vecinos para establecer entrada a su finca y nos abstenemos de considerar esta circunstancia, pues es de suponer que el Ministerio de Obras Públicas no tenga interés en impedir totalmente el acceso de la carretera a la finca del señor Echeverri a través de la zona verde.

"Al punto VII. **Los señores peritos se servirán avaluar las cercas que cerraban la finca sobre la carretera antes de las obras de ampliación y ornamentación a que se refiere este juicio, teniendo en consideración las declaraciones de los testigos que demuestran su preexistencia**".

"Considerando que en la Sabana de Bogotá, un kilómetro de cerca de alambre con cuatro hilos y postes de madera, sole costando en la actualidad al rededor de ochocientos pesos ($ 800,00), estimamos que una cerca de estas especificaciones y en longitud de ochenta y ocho metros aproximadamente, saldría costando unos setenta y cinco pesos ($ 75,00) m/cte". Más tarde se solicitó la ampliación del anterior dictamen y los peritos agregaron:

"Punto a) Evidentemente, en nuestro anterior dictamen, conceptuamos que el precio, para mediados del año de 1954, para la zona ocupada por la Nación (743 varas), fué de $ 22,00 por vara cuadrada. Claro está que para una fecha anterior, es decir para mediados de 1951, éste precio debió ser menor, y en nuestro concepto creemos que debió ser de $ 19,00 por vara cuadrada.

"Parece conveniente anotar que, en ambos casos hemos tenido presente que se trataba de avaluar un predio de pequeña extensión (743 varas), que ocupó la parte más valiosa de la finca La Legua, por ser la totalidad de su único frente sobre la vía pública. Si hubiéramos tratado de establecer los precios unitarios para la totalidad de la extensión de la finca (83.400 varas cuadradas) es lógico que hubiéramos llegado a precios notablemente inferiores. Esto quiere decir que no pueden ser iguales los precios unitarios cuando se van a vender 743 varas, que cuando se trata de vender 83.400.

"Además: cuando se trata de predios que tienen un solo frente sobre la vía pública; y su fondo es mayor que el frente, el precio unitario en las varias zonas paralelas al frente, disminuye a medida que estas zonas se van alejando de dicho frente. Es decir, que las zonas vecinas al para-

mento sobre la vía, tienen un mayor precio que las zonas ubicadas al fondo del mismo predio.

"Para llegar a establecer el precio de $ 19,00 por vara cuadrada para la zona ocupada por la Nación, y en la época de mediados de 1951, hemos hecho un detenido estudio de análisis y comparación con transacciones verificadas en lugares vecinos, teniendo en cuenta, además de **todas las circunstancias indicadas en el interrogatorio propuesto**, los demás factores que intervienen, en nuestro concepto, en la determinación del precio unitario para el predio a que nos hemos referido.

"No está por demás consignar aquí que en las varias averiguaciones que hemos hecho ahora, sobre precios actuales en las vecindades de la finca La Legua, y **con frente sobre la calle 13 o** carretera a Fontibón, las ofertas en venta han oscilado entre $ 50,00 y $ 65,00 por vara cuadrada. Obtuvimos una sola oferta a $ 45,00 pero para una extensión bastante grande o sea de 16.000 varas cuadradas. Por ejemplo, la firma urbanizadora Bonet y Cía. vende lotes ubicados sobre la calle 13 entre carreras 63 y 64 a razón de $ 60,60 por vara cuadrada.

"Punto b) Como se indica en el dictamen que rendimos en julio de 1954, antes de realizar los trabajos públicos a que se refiere la demanda, existía una zona de terreno comprendida entre la calzada de la carretera y el paramento de la finca denominada "La Legua"; o lo que es igual, entre la mencionada calzada y la línea denominada en el plano "cerca antigua".

"1º En todas nuestras vías públicas, nacionales, departamentales o municipales la zona de terreno dentro de la cual se halla localizada la faja pavimentada, pertenece a la entidad a cuyo cargo está la conservación de la vía. Como en el caso que contemplamos dicha conservación ha estado a cargo del Ministerio de Obras Públicas, parece lógico suponer que pertenece a la Nación la zona de terreno (de la carretera Bogotá Fontibón) comprendida entre la calzada y la línea marcada en el plano y denominada "cerca antigua".

"2º Como cuando se verificó la inspección ocular, ya se habían terminado los trabajos de ampliación de la carretera, no fué posible a los peritos medir la distancia que existió entre la "cerca antigua" y la calzada antigua. Pero de acuerdo con lo indicado en el plano titulado "Ampliación de la vía Bogotá Fontibón" elaborado en el Ministerio de Obras Públicas y firmado por el Ingeniero Carlos Augusto Ramírez, que se halla en el expediente, se vé que la distancia que existió entre la "cerca antigua" y la calzada antigua de la carretera y frente a la finca "La Legua" fué de 27,00 metros.

"3º La distancia media existente entre la cerca actual (postes de cemento) y la calzada actual de la carretera es de 31,79 metros.

"Punto C. Consideramos que una cerca de alambre igual a la denominada "cerca actual" con postes de cemento, se puede hacer en el lugar en que se halla, con un costo de $ 1.400,00 por kilómetro. De tal manera que en una longitud de 88,00 metros sale $ 123,20 m|cte.

"En las declaraciones juramentadas de los señores Javier Ramírez y Rosendo Téllez, que se hallan en el expediente, estos señores afirman que la cerca que constituía el lindero Norte de la finca, fué retirada y reemplazada por otra con postes de cemento colocada unos siete metros adentro **por los obreros de la carretera.** De acuerdo con estos testimonios, parece claro que la "cerca actual" con postes de cemento, fué construida por los obreros de la carretera; y por consiguiente hay que suponer que se hizo a costa de la Nación.

Punto D. En tesis general, la ampliación y mejor calidad de la pavimentación de una vía, sí produce valorización en los predios que dan frente sobre dicha vía. Pero en el caso que contemplamos, en nuestro concepto, lejos de producir valorización a la finca denominada La Legua, los trabajos mencionados han producido desvalorización, puesto que este predio fue privado de su frente sobre la carretera; frente que fue ocupado con una zona arborizada, cercada y montículos de tierra.

"Punto E. La diferencia entre el avalúo hecho por los suscritos en el año de 1954 y el precio de venta consignado en la escritura pública Nº 7126 de octubre del mismo año, puede tener varias explicaciones:

"1º Que el precio de $ 5,13 por vara cuadrada fue un precio notablemente bajo. Es decir, que está muy por debajo del valor comercial, para la fecha de la venta, en comparación con varias transacciones verificadas en terrenos vecinos y con frente sobre la carretera.

"2º Que dicha operación de venta se hizo por una gran extensión (83.600 varas), cuyo precio unitario tiene que ser menor que si la venta se hubiera hecho por una extensión bastante menor (743 varas).

"3º Que los peritos avaluamos una parte muy pequeña de la finca y lo más valioso, por ocupar únicamente su frente. No conceptuamos so-

bre precio unitario para la totalidad de la finca" y

"4) También se puede explicar tal diferencia por la desvalorización que sufrió la finca La Legua, al ser privada de su frente sobre la vía pública".

En relación con los avalúos contenidos en los anteriores dictámenes, observa la Sala que habrá de aceptarse el de diecinueve pesos ($ 19.00) por vara cuadrada fijado en la ampliación porque se refiere concretamente a la fecha en que se hicieron los trabajos. No tratándose aquí de una acción de dominio que imponga la devolución del bien, sino de obtener el pago de su valor, la jurisprudencia tiene aceptado que la condena se haga por el precio de aquel en el momento de la ocupación.

Por lo demás, el dictamen es fundado; se halla debidamente explicado y, además está rendido uniformemente. Por lo que deberá dársele, con la salvedad anotada y la que se hace a continuación, el valor de plena prueba (artículo 721 del C. J.). La Sala no lo acoge ni comparte, en cambio, respecto de la desvalorización que de la finca deducen los expertos por el hecho de haberse ampliado la carretera en la parte que da frente a ella. Para deducir tal desvalorización los peritos parten de que la obra privó a la finca de su frente hacia la carretera y de que para restituirla a su estado anterior sería necesario construir una nueva calle o vía pública, al tiempo que señalan las obras que sería necesario construir, y su costo, para obtener tal finalidad.

Para la Sala estas afirmaciones de los expertos carecen de todo fundamento porque como puede verse del plano y del dictamen rendido por ellos, desde antes de la ampliación de la vía el predio del demandante estaba separado de la carretera por una zona verde, de la misma manera que lo está hoy después de ejecutados los trabajos. Solamente que si antes esta zona tenía una anchura de veintisiete metros, hoy la tiene aproximadamente de 31,79 según se lee de la ampliación.

Esta afirmación de la Sala no sólo puede comprobarse en los planos presentados sino que se deduce claramente del dictamen y de la ampliación que de éste hicieron los expertos, a pesar de la diferencia que sobre el particular se observa entre aquél primeramente presentado (folios y ss. Cuaderno Nº 1) y la ampliación (folios y ss. Cuaderno Nº 2).

En efecto: en el primer dictamen los expertos, al responder al punto IV manifiestan que si bien no les es posible determinar sobre el terreno la extensión tomada para ampliar la zona verde por no existir huella alguna del antiguo lindero, son enfáticos al conceptuar que, teniendo en cuenta los planos elaborados por el doctor Guillermo Garavito, la zona ocupada tiene una superficie de 88,82 metros de largo por 5.36 metros de ancho; en tanto que al rendir la ampliación manifiestan que la distancia entre el lindero antiguo o "cerca antigua" y la también antigua calzada de la carretera era de 27 metros, y que la distancia media existente entre el lindero actual, o "cerca actual" con la también actual calzada de la carretera es de 31,79 metros. Conforme a esta ampliación el ancho de la zona ocupada por la Nación para ampliar la zona verde sería entonces de 4 metros con setenta y nueve centímetros (4,79).

Pero cualquiera que sea el dictamen que se acepte, sobre aspecto concreto, lo indudable y cierto es que en virtud de los trabajos públicos no se hizo sino ampliar en unos pocos metros la zona verde que entre el predio del demandante y la carretera ya existía desde antes de tales trabajos, y que la situación de la finca con relación a la vía pública es hoy igual, a la que tenía anteriormente. En otras palabras: que si el predio La Legua limitaba antes con una zona verde de 27 metros de ancho, hoy también limita con la misma zona: sólo que ésta es actualmente cuatro con setenta y nueve (4,79), o cinco con treinta y seis metros (5.36) más ancha.

De acuerdo con lo expuesto, también antes de los trabajos el demandante hubiera tenido necesidad de abrir una nueva calle para dar a sus terrenos frente a una vía pública, distinta a la llamada zona verde que hoy existe y que existía también anteriormente. Máxime si se recuerda que al tenor de la demanda y de las pruebas presentadas, la finca estaba antes debidamente cercada con alambre, en la misma forma en que la dejó la Nación después de los trabajos públicos realizados. De lo cual se desprende que debe rechazarse la partida que los peritos asignan a la apertura de esta nueva calle porque no existe ese factor de desvalorización. Ya lo dijo la Sala en un caso idéntico (sentencia de 1º de diciembre de 1956)... a) Como anteriormente se vio, los terrenos ocupados por la zona verde que allí existe hoy, pertenecían en parte a la Nación que los poseía contiguos a la carretera, lo cual está indicando que para la época de la ocupación el lindero norte de la propiedad de la demandante no lo formaba la carretera propiamente dicha sino otra faja de terreno que fué utilizada, junto con la que se tomó a la demandante, para zona verde; es decir, que bien ha podido la Nación

plantar dicha zona limitándola a los terrenos que ya eran de su propiedad sin que por ello se pudiera afirmar que la situación de la finca de la demandante se estuviera afectando. Conclusión ésta que se afirma al considerar que de autos se encuentra acreditado que para entonces la finca se hallaba también debidamente cercada y delimitada de la zona del gobierno; b) porque para darle frente a la carretera antes de la ampliación de la misma, la demandante hubiera tenido que construir, dentro de sus terrenos, una calle o carretera especial de la misma manera que también hoy, si la demandante quiere hacer urbanizables dichos terrenos, puede abrir, dentro de los suyos, la calle o carretera que los comunique con la propiedad Nacional; c) porque la construcción de un parque ornamental que antes no existía y la de una vía de especificaciones muy superiores a la anterior, no puede considerarse como factor de desvalorización, y antes bien, deben ser tomados como determinantes de un mayor valor".

En lo que respecta a la extensión de la zona de terreno que deberá pagarse al actor, ya se vió cómo los peritos manifiestan en su primer dictamen que esta zona tiene ochenta y ocho metros con ochenta y dos centímetros (88,82) de largo y una anchura de cinco metros treinta y seis centímetros (5,36), en tanto que, por los datos que suministran en la ampliación del mismo dictamen, ésta anchura es tan solo de cuatro metros con setenta y nueve centímetros (4,79).

La Sala acoge, sin embargo, lo dicho en el dictamen primeramente rendido, es decir, que la anchura de esta zona es de 5,36 metros. Esta conclusión aparece debidamente fundamentada, ya que la deducen del plano del doctor Guillermo Garavito, levantado varios años antes de la iniciación de este juicio, y porque en este punto el dictamen es uniforme, rendido sin lugar a la menor duda al responder la pregunta concreta que se les hizo sobre el particular. No ocurre lo mismo con las afirmaciones que los expertos hacen en la ampliación pues allí ellos no expresan cuál es la anchura de la zona ocupada por la Nación y se limitan a expresar las distancias existentes entre la finca y la carretera teniendo en cuenta la cerca antigua y la nueva cerca, y si bien es verdad que no debiera aparecer ninguna diferencia entre los datos obtenidos en una u otra forma, lo evidente es que en la ampliación los peritos no se refirieron a este aspecto concreto de la cuestión planteada.

Cercas

Tampoco la suma asignada por los peritos como valor de las cercas viejas puede incluírse en el monto de la indemnización que la Nación deberá pagar al actor, porque con los propios testimonios de Rosendo Téllez y Javier Ramírez (folios 30 y 31), traídos por él, se comprueba que la Nación construyó la cerca que existe actualmente, ya que afirman que vieron cuando los obreros de la carretera colocaron los nuevos postes y tendieron el alambre.

Los factores de indemnización anteriormente estudiados fueron los únicos alegados por el actor y también los únicos que fueron objeto de su actividad probatoria.

Nada dijo el actor, ni probó con relación al lucro cesante por lo cual la Sala considera que no puede ocuparse de este punto. En realidad, la demanda limitó sus peticiones a los perjuicios que resultaren probados. Además, constituyendo la base de toda condena al pago de perjuicios la comprobación de su existencia real, si ésta no se ha acreditado, sobra toda consideración al respecto. Ya lo dijo la Sala en la sentencia citada:

"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.

"En los juicios por ocupación so pretexto de trabajos públicos se ha considerado siempre que el daño emergente lo representa el valor del inmueble, y el lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de la ocupación. Pero como en toda indemnización por perjuicios, constituye requisito sine qua non que quien la demanda principiará por demostrar la existencia de esos perjuicios, el hecho de haberlos sufrido y que se deben a consecuencia de la ocupación. El solo hecho de la ocurrencia de ésta, si bien implica que se ha privado al propietario de un bien cuyo valor debe serle indemnizado, no implica necesariamente la existencia de perjuicios de otro orden, que haya dejado de reportarse una ganancia o provecho derivados de ese bien que es lo que constituye el lucro cesante. Puede ocurrir que se trate de bienes improductivos. Por eso para condenar por concepto de lucro cesante debe acreditarse también la cesación de lucro, de suerte que si falta esta prueba la condena no podrá producirse.

"En el presente caso no existe ninguna prueba de que se hayan causado perjuicios por ese concepto, ni la parte actora se refiere a ellos en su demanda... Verdad que la Corte ha estimado

que, 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, pero esta jurisprudencia no puede interpretarse desvinculada del principio general de que quien demanda perjuicios debe ante todo acreditar la existencia de éstos..."

Ni puede tampoco olvidarse que en el caso de autos no se trata de hacer efectiva la obligación de pagar una cantidad líquida de dinero, en forma que el lucro cesante pudiera estimarse en los intereses legales (art. 1617 del C. C.), sino de comprobar primeramente que se ha causado un daño y que éste debe avaluarse para poder ser indemnizado.

Se advierte, por último, que habiéndose acreditado con los testimonios ya mencionados antes de Rosendo Téllez y Javier Ramírez que los trabajos se ejecutaron en los meses de Abril y Mayo de 1951, y que según constancia secretarial la demanda fue presentada el 28 de Agosto de 1952, la presentación de dicha demanda debe tenerse como hecha dentro del término legal señalado por el artículo 269 del C. C. A.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto y acreditada como se halla la responsabilidad de la Nación, habrá de condenarse a ésta al pago de la zona ocupada; y negarse la condena relativa a la desvalorización que se dice causada por haberse privado al predio del demandante de frente sobre la vía pública, y también la que hace referencia al valor de las cercas.

Al tenor de lo dispuesto en la ley 167 de 1941, del total de la indemnización deberá descontarse el 20%.

Dada la naturaleza de la acción, se ordenará también que por el demandante se transfiera a la Nación el derecho de dominio sobre la zona ocupada.

En el presente caso, de la inspección ocular, del dictamen pericial y de los planos acompañados en el término probatorio resulta que la parte del predio del señor Jorge Echeverri Vargas, ocupada por la Nación, corresponde a una longitud de ochenta y ocho metros con ochenta y dos centímetros (88.82) por una anchura promedia de cinco metros con treinta y seis centímetros (5,36) lo que da un área de cuatrocientos setenta y seis metros con siete centímetros (476,07). A éstos metros los expertos señalan una equivalencia en varas cuadradas de setecientas cuarenta y tres con ochenta y seis centésimas que multiplicadas por $ 19,00 que es el valor dado por ellos a cada vara para el día de la ocupación se obtiene un total de catorce mil ciento treinta y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 14.133,34) que será la suma que la Nación deberá pagar al demandante, previo descuento del 20% ordenado por el artículo 268 del C. C. A. y que reduce esta cantidad a once mil trescientos seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 11.306,67).

Por las anteriores consideraciones, 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:

1º Declárase que con los trabajos de ampliación, regularización, ornamentación de la carretera que de Bogotá conduce a Fontibón, la Nación colombiana —Ministerio de Obras Públicas— ocupó materialmente la zona de terreno de que trata el presente juicio de propiedad del señor Jorge Echeverri Vargas y que con tal ocupación causó los perjuicios a cuyo pago aquí se condena al Estado. Esta zona tiene un área de 743,86 varas cuadradas y se halla ubicada en la parte norte de la finca denominada "La Legua" de propiedad del demandante, de esta jurisdicción de Bogotá y cuyos linderos especiales se relacionan en el plano presentado por los peritos y en el presentado por el mismo Ministerio de Obras Públicas.

2º Condénase a la Nación Colombiana —Ministerio de Obras Públicas— a pagar al demandante señor Jorge Echeverri Vargas, a título de indemnización por la ocupación a que se refiere el numeral anterior, la suma de once mil trescientos seis pesos con sesenta y siete centantavos ($ 11.306,67).

3º Simultáneamente con el pago ordenado en el punto anterior, el demandante señor Jorge Echeverri Vargas otorgará a favor de la Nación Colombiana escritura pública de venta de la zona de terreno de que se habla en el punto primero de esta parte resolutiva.

4º Quedan así resueltas las peticiones de la demanda con que se inició este juicio.

Revalídese el papel común usado en la actuación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y luego archívese el expediente.

Manuel Buenahora — Abelardo Gómez Naranjo — José Jaramillo Giraldo — Salvo el voto, Camilo Rincón Lara — Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR CAMILO RINCON LARA

Afirman mis distinguidos colegas de Sala, en el fallo que antecede, que el actor nada dijo, ni probó, con relación al lucro cesante por lo cual la Corte no puede ocuparse de ese punto; y que, además, "constituyendo la base de toda condena al pago de perjuicios la comprobación de su existencia real, si ésta no se ha acreditado, sobra toda consideración al respecto".

En apoyo de esta tesis reproduce la mayoría de la Sala las consideraciones expuestas por ella en otros fallos.

El suscrito Magistrado ha disentido en muchos casos iguales al de autos de los puntos de vista consignados sobre este particular por la mayoría de la Sala; entre otras razones porque la indemnización de perjuicios comprende, según el artículo 1613 del C. C. tanto el daño emergente como el lucro cesante, de manera que cuando se demanda dicha indemnización, —como se demandó expresamente en este negocio— debe condenarse al pago de ese lucro representado, en estos casos, por los intereses legales sobre la suma que se fije como monto del daño emergente.

A este respecto he aducido en muchos salvamentos de voto las razones de orden jurídico que sustentan mis apreciaciones y que ahora me permito reproducir una vez más. 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 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, la 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 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 art. 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 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 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 2172 2173 página 649); en el de Mauricio Alvarez Correa contra la Nación (G. J. Nº 2157 2158 página 332) y en e

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 ocupado 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.

CUANDO EL EXPEDIENTE ES RETIRADO DE LA SECRETARIA PARA NOTIFICAR PERSONALMENTE UNA PROVIDENCIA A UN FUNCIONARIO PUBLICO SOLO EL DIA QUE SE DEVUELVE PUEDE EL SECRETARIO RESPALDAR CON SU FIRMA LA DILIGENCIA Y ES ENTONCES CUANDO SE ENTIENDE SURTIDA LA NOTIFICACION, AUNQUE EL FUNCIONARIO FIRME EN FECHA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente doctor Gómez Naranjo)

Siendo llegada la oportunidad de decidir del recurso de apelación concedido al Departamento de Antioquia en auto de fecha cinco (5) de julio último, procede a ello este Despacho, en orden a lo cual estima conveniente hacer transcripción de los "ANTECEDENTES" que se tuvieron en cuenta en el referido auto para resolver en forma favorable el recurso de hecho de que dan cuenta estos autos. Dicen así dichos "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 dá por notificado del auto en referencia. Esta constancia tiene una segunda fecha, 20 de junio, en la cual, según allí 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 con apoderado de la parte demandante, en el cual se 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 21 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 pruebas del Departamento fue presentada 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, nuestras razones asisten al Departamento para sustentar el recurso propuesto. Se refieren ellas al primer período para pedir pruebas en el juicio de la referencia. 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

bido decretar las pruebas solicitadas pues que ellas se refieren a los mismos hechos..."

"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 justicio y en Sala de Decisión RESUELVE: NO SE REPONE el auto de 14 de julio pasado".

"

"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 —esta 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".

Se considera:

El Tribunal, según queda expuesto, declaró que las pruebas pedidas por la Gobernación de Antioquia, lo fueron extemporáneamente, porque el memorial fue presentado el 6 de julio de 1956, y el juicio se había abierto a prueba por auto de fecha 25 de mayo; el 29 del mismo mes se envió el expediente para notificación al señor Gobernador, y con fecha 20 de junio se dio por notificado de dicho auto de apertura a prueba, mediante una constancia suscrita por él mismo, pero sin la firma del Secretario del Tribunal.

Ocurrió, de otro lado, que el expediente fue devuelto a la Secretaría del Tribunal el día 25 de junio a las 5 p. m. según constancias procesales, y fue en esa fecha cuando firmó el Secretario la constancia de la notificación, constancia que llevaba la sola firma del Gobernador. Es claro en consecuencia, que fue en esa fecha cuando quedó perfeccionada la notificación de la providencia que abrió a prueba el juicio, pues se trata de una notificación personal como lo establece el numeral 2º del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil. Y el artículo 308 de la misma obra enseña la forma y manera de hacer las notificaciones personales, y establece que esa diligencia debe ser firmada por el notificado y por el Secretario o el subalterno que hace la notificación.

Alegar la fecha de una constancia de notificación imperfecta, es decir, con la sola firma del notificado, para deducir que en esa fecha comenzó a correr un término, es violar las disposiciones procedimentales citadas, y cerrarle la puerta a una de las partes para el ejercicio de sus derechos.

Solamente en el caso de que el señor Gobernador, por medio de un memorial firmado por él y dirigido al Tribunal, hubiera manifestado que conocía la providencia, se entenderían surtidos los efectos de la notificación, como lo previene el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, mientras el expediente no hubiera regresado a la Secretaría del Tribunal y se anotara en el mismo por parte del Secretario la fecha y la hora de su recibo, no podía comenzar a correr el término respectivo.

Por las razones anotadas, en el presente caso, el término para pedir las pruebas y el sucesivo para practicarlas, comenzó a correr el día 26 de junio de 1956.

En la aplicación de las disposiciones legales sobre procedimiento, debe imperar un amplio criterio de justicia, porque de lo contrario se corre el riesgo de sacrificar el derecho a las ritualidades rigurosas de un formalismo exagerado; porque, como lo establece el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil "los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

En consecuencia, REVOCA el auto proferido con fecha 14 de julio de 1956, por medio del cual se resolvió que las pruebas solicitadas por la Gobernación de Antioquia son extemporáneas, y en su lugar ORDENASE la práctica de dichas pruebas.

Devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Medellín.

Notifíquese y cópiese.

Abelardo Gómez Naranjo — Jorge García M. Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA DE CASACION CIVIL.

La simple adjudicación de una singular porción de terreno y de que da cuenta determinada hijuela, no confiere al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada sino cuando en el causante o respectivo causahabiente radicaba tal derecho. — Frente a terceros la simple hijuela de adjudicación no es título suficiente para reivindicar. — Las condiciones que configuran la acción reivindicatoria deben establecerse plenamente para evitar el fracaso de la acción. — La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre restitución de un inmueble adelantado por Ana María Chaves Posada y otros contra Timoleón Pedraza. — Magistrado Ponente: doctor Daniel Anzola Escobar 3

Dominio.—El fundamento último de la posesión es el derecho de propiedad, y aunque se trate de dos instituciones jurídicas diferentes, sólo la posesión ejercida por el verdadero propietario, es la única que puede oponerse a todos y ejercerse con exclusión de cualquiera otra persona.—El tenedor precario, está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre dominio y restitución, adelantado por Catalina Rodríguez de González contra el Dr. Guillermo Millán. — Magistrado Ponente: doctor Enrique Giraldo Zuluaga 11

Acción resolutoria y sus efectos con relación a las partes y a los terceros poseedores. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre resolución de un contrato, adelantado por Efraín Cruz Perdomo contra los herederos o representantes de Jorge Saavedra A. señores Belisa Rojas de Saavedra y otros. — Magistrado Ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 17

Debiendo la Corte examinar en orden lógico los cargos aducidos, consecuencialmente corresponde en primer término el estudio del fundado en la causal 7ª del artículo 520 del C. J.—El motivo de casación fundado en esta causal, sólo puede referirse a la abstención de conocer por razón de la materia.—Cuando en el juicio de dominio pide el demandante se declare que su título debe prevalecer sobre el del opositor porque el de éste es inoperante, inválido, no por ello puede afirmarse que a la acción de dominio se acumuló la encaminada a obtener la nulidad del título relativo al dominio del demandado. — La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre reivindicación de un inmueble, adelantado por Nicolás Vanegas contra el Municipio de Quipile. Magistrado Ponente: doctor Daniel Anzola Escobar 26

El concepto formal de desarmonía entre lo que dice la demanda y lo resuelto en la sentencia, es lo que constituye esencial y únicamente la causal segunda del artículo 520 del C. J. — La sentencia que declara probada una excepción perentoria no es casable por la causal segunda. — Técnica de casación. — La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de unas decisiones judiciales, adelantado por José del Carmen Cely y otra, en su condición de herederos de Federico Rodríguez Mendoza, contra la Sociedad "Compañía de Samacá, S. A." Magistrado Ponente: doctor Pablo Emilio Manotas ... 3

Simulación y nulidad. — Diferencias. — Acciones de nulidad y de simulación o prevalencia. — Efectos jurídicos. Diferen-

Págs.

cias. — Evolución de la jurisprudencia en la prueba de la simulación. — Imposibilidad de prueba escrita y de un principio de esta en la simulación. — Distintas posiciones del heredero frente a la prueba del juego simulatorio. — Presunciones judiciales de simulación y de fraude. — Fundamentos objetivos de la condenación en costas. — La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil, en el ordinario sobre simulación, adelantado por Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro Enrique Goyeneche. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga 40

Todo aquel que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, siempre que no se trate de bienes de la Nación o entidades de derecho público, que hayan sido declarados imprescriptibles. — Procedimiento que debe seguirse en los casos contemplados por la Ley 120 de 1928. Si el Agente del Ministerio Público no formula oposición deja de ser parte en el juicio que se siga con otro opositor. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio sobre declaración de pertenencia de un inmueble, adelantado por Lisandro Villalba Nieto contra Elvira Barriga v. de Calderón y otros. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Garavito Durán 63

Acción reivindicatoria. — La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. — Si no hay sentencia no puede haber casación, por sustracción de materia jurídica. — La Corte reitera la doctrina anterior. — La Sala declara improcedente el estudio del recurso de casación —doble— y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, para que se pronuncie en forma legal la decisión de fondo en el ordinario sobre propiedad de unos lotes de terreno, adelantado por la "Sociedad Agrícola del Sinú S. A." y otro contra el Municipio de Bogotá y otros. — Magistrado Ponente: doctor Pablo Emilio Manotas . . 67

En el traslado ordenado por el artículo 530 del Código Judicial debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 374 del mismo Código. — En este sentido se resuelve un pedimento formulado dentro del juicio ordinario sobre pago de unos contratos de seguros, adelantado por Antonio Bassil contra The Sun Insurance Office Limited y otra. — Magistrado Ponente: doctor Juan Manuel Pachón Padilla 70

La Providencia que declara fundadas las objeciones a la partición en juicio de sucesión, es auto interlocutorio y aunnando no existe disposición expresa de la Ley que ordene su pronunciamiento en Sala de Decisión, la misma naturaleza del acto exige que se profiera en Sala Plural. — La Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio de sucesión de Amalia Calderón de Bravo. — Magistrado Ponente: doctor Enrique Giraldo Zuluaga 71

En la acusación por interpretación errónea de la Ley, es deber del recurrente, para que su acusación sea viable, indicar cuál fue la interpretación equivocada que de las disposiciones hizo el fallador y cuál es la correcta que a tales normas corresponde. — Físicamente es imposible la sustracción de bienes raíces, dado que éstos no pueden transportarse de un lugar a otro, pero jurídicamente sí se les puede cambiar su situación. — Los vocablos 'efecto' y 'objeto' como modo de distinguir los bienes raíces. — Sustracción de bienes de la herencia. — No implica sustracción de bienes herenciales, el que el demandado en acción de simulación, se oponga a las declaraciones de la demanda, o proponga la excepción de prescripción de la acción que se ejercita. — La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa, adelantado por José Antonio Amaya Méndez y otra contra Manuel José Amaya Méndez. — Magistrado Ponente, Dr. Guillermo Garavito Durán 76

El instrumento público que recoge un contrato tiene para los otorgantes tanta eficacia probatoria como obligatoria; y para los terceros sólo está previsto de eficacia probatoria y no así de la obligatoria. — Ver

Págs.

en una confesión, o en general en cualquier elemento probatorio, lo que en ella o en él no conste constituye la esencia del error de hecho "que aparezca de modo manifiesto en los autos". — Lesión enorme. — La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme, adelantado por Elvira Sánchez de Sánchez contra José Acevedo Camacho. — Magistrado Ponente: doctor Daniel Anzola Escobar . 89

Pago de lo no debido. — "Condictio indebiti". — En la demanda es donde se señala al demandado, porque el principio de disposición de las partes es la regla de nuestro Procedimiento Civil. — El Juez tiene poder de dirección de los debates judiciales, pero restringido. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre restitución de unas sumas de dinero, adelantado por Julio Mazabel contra "Sociedad Villegas Hermanos S. A." — Magistrado Ponente: doctor Francisco de P. Vargas Vélez 103

Regulación y control del tránsito y circulación de vehículos automotores. — Empadronamiento y matrícula de éstos en las Oficinas de Circulación y Tránsito. — Título de propiedad. — Soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas, cuando no se demuestra que han incurrido en errores de derecho, o de hecho, que aparezcan de modo manifiesto en los autos. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario sobre reivindicación de un vehículo automotor, adelantado por Raúl Mejía Saldarriaga contra Carlos Ruíz G. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Garavito Durán 111

Cuando se trate de configurar un cargo de casación por inconsonancia, con fundamento en la causal 2ª del artículo 520 del C. J. es necesario que se precisen con toda claridad tanto las súplicas como las acciones ejercidas. — La confesión hecha por una de las partes en juicio, sobre la tradición de un fundo, cuya mensura constituye la parte fundamental de la controversia, no es prueba adecuada. — Cuándo tienen aplicación las acciones concedidas al comprador en los eventos contemplados en el artículo 1.888 del C. Civil. — El principio básico de las convenciones es el de la libre estipulación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre incumplimiento de un contrato de compraventa, adelantado por Juan Clímaco Cabrera contra Antonio Palau R. Magistrado Ponente: doctor Enrique Giraldo Zuluaga 118

Si a la víctima corresponde demostrar el hecho que dio ocasión al daño, el perjuicio que sufrió como resultado del hecho dañoso y la relación de causalidad entre uno y otro elemento, el demandado debe comprobar que el ilícito aconteció por culpa de la víctima, o que se produjo por la intervención de un elemento extraño, por fuerza mayor o caso fortuito, si es que aspira a que se le exonere de la obligación de indemnizar. — No siempre el sobreseimiento definitivo en favor del autor material del daño, extingue la acción de responsabilidad civil contra el mismo. — Técnica de la demanda de casación. — La Corte no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales, adelantado por Hernando Corredor y otros contra el Municipio de Medellín. — Magistrado Ponente: doctor Daniel Anzola Escobar 125

SALA DE CASACION PENAL

Es presupuesto indispensable de la acción, acreditar la calidad de abogado en el profesional acusado por faltas cometidas en el ejercicio de la abogacía. — Pruebas aptas para demostrar tal calidad. — Finalidad de la inscripción. — De la conducta a rendir cuentas no surge la indelicadeza o conducta deshonesta que la ley 69 de 1945 toma en cuenta para sancionar a los profesionales que en ellas incurran. — El hecho de iniciar una demanda ejecutiva, no es acto sancionable así tienda la acción al cobro de honorarios profesionales. — Se confirma la providencia consultada por el Tribunal Superior de Cartagena, en el negocio que se

Págs.

adelanta al doctor Alberto Mendoza Díaz, por faltas contra la moral profesional. — Magistrado Ponente: doctor Luis Sandoval Valcárcel 144

Homicidio y lesiones personales — Conexidad de delitos. — La conexidad objetiva. El admitir o desestimar la competencia por conexión es una cuestión cuya dilucidación corresponde primariamente al Juez. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso que se adelanta a Vianor Grajales Ramírez y Luis Horacio Ramírez Ramírez, por los delitos de homicidio y lesiones personales. — Magistrado Ponente: doctor Santiago Cadena Copete 148

La conexidad debe examinarse en relación con el derecho penal sustantivo y con el procesal penal. — Procesalmente considerada, no se refiere a los elementos constitutivos de cada delito, sino al nexo que exista entre varios ilícitos. — La conexidad en concreto surge del examen de los hechos desde su origen hasta la consumación del último de los delitos cuyo nexo se pretende averiguar. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso que se adelanta contra Alfredo Campo López y otro, por el delito de homicidio y lesiones personales. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 152

Extinción de la acción penal. — La imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales. — Comprobada en forma legal la defunción del procesado cuando está pendiente la decisión del recurso de casación, interpuesto exclusivamente en relación con la pena privativa de la libertad, la Corte debe abstenerse de resolverlo. — No así cuando se recurre en casación por perjuicios, caso en el cual sí está obligada a avocar su estudio, pese al fallecimiento del procesado. — La Corte se inhibe de conocer del recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso que se adelanta a Gratiniano Pinto Rojas, por los delitos de homicidio y hurto. Magistrado Ponente: doctor Santiago Cadena Copete 167

Págs.

Delitos de responsabilidad. — Jurisdicción y competencia. — La Corte revoca la providencia consultada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso que se adelanta al doctor Rafael Díaz Herrera, por el delito de falsas imputaciones. — Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 169

Quiebra. — Cómo se acreditan algunas obligaciones. — Posiciones y declaraciones. — Efectos y consecuencias de éstas y aquéllas. — Diferencia. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso que se adelanta al doctor Jaime Angulo Bossa, por los cargos que se le formularon. Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 171

Injuria. — El examen de las actuaciones de los litigantes por parte del Juez, no constituye delito contra la integridad moral — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso que se adelanta al doctor Lisandro Martínez Zúñiga, por los cargos que se le formularon. — Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 175

La amistad como causal de impedimento y recusación. — Se declara que el Magistrado doctor Jorge Eduardo Giraldo Vanegas está impedido para conocer del proceso contra Roberto Pacres Rubio y otros, por peculado. — Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve 178

La errónea estimación de la personalidad o el desconocimiento de alguna de las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, acreditada en el proceso, o la aceptación de otra sin respaldo en él, no se pueden alegar en casación dentro de la segunda causal del artículo 567 del C. P. P. sino dentro de la que le precede. — El reconocimiento de la buena conducta anterior de un procesado puede coexistir con el de personalidad peligrosa. — Aspectos de la 1ª circunstancia contenida en el artículo 37 del C. P. — La 9ª de las circunstancias de menor peligrosidad, a que se refiere el

Págs

artículo 28 del C. P. implica la existencia de dos elementos: presentación ante la autoridad y confesión. — La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso que se adelanta a Joaquín Díaz Garzón, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 180

Diferencias entre las sociedades anónimas comunes y aquellas que, como la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, nacen por obra de una ley para fomentar la economía nacional. — El objeto del Decreto 1858 de 1951, es el de dar seguridad a los bienes de las Empresas o instituciones en que tenga parte el Estado y evitar que sus empleados, al apropiárselos o disponer de ellos indebidamente, queden sujetos a penalidad más benigna. — La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso adelantado a Luis Felipe Arteaga Peña, por el delito de peculado. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 188

Fin primordial del recurso extraordinario de revisión. — Los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. — Quien alega la causal 5ª como fundamento del recurso extraordinario de revisión, está obligado a presentar las pruebas no conocidas en los debates o los elementos que estructuren los hechos nuevos que se pretende acreditar. — El Estado de peligrosidad y el delito no corresponden, en lo penal, a un mismo concepto. — Se niega la revisión del proceso seguido contra Francisco Plinio Torres Silva en el Juzgado Superior de Policía de Bogotá, por infracciones al Decreto 0014 de 1955, por el cual fue sancionado. — Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 195

Procedimiento que debe observarse en la tramitación del incidente de colisión de competencias. — La Corte se abstiene de resolver la suscitada dentro del proceso que se adelanta a Tulio Reyes Ortiz, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 199

El cobro de un cheque extraviado, es un delito que se comete en el lugar donde se hace efectivo el pago de su correspondiente valor. — Se dirime una colisión de competencia suscitada dentro del proceso que se adelanta a Carlos Alfonso Arteaga Canedo por el delito de estafa. — Magistrado Ponente: doctor Santiago Cadena Copete .. 201

Máximo de pena que debe tenerse en cuenta para decidir de la admisibilidad del recurso de casación, cuando del proceso conoció en primera instancia un Juez de Circuito. La Corte declara bien denegado por el Tribunal Superior de Ibagué, el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado, dentro del proceso que se adelanta a Gustavo Aranzazu Aristizábal, por el delito de falso testimonio. — Magistrado Ponente: doctor Santiago Cadena Copete 203

La inscripción de un profesional en las oficinas judiciales o administrativas, es suficiente, por sí sola, para demostrar la calidad de abogado en ejercicio. — La no asistencia del apoderado a las diligencias de indagatoria y careo, no constituye falta contra la ética y la moral profesional. — Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado al doctor Leonidas Cantillo Ordóñez, por faltas contra la ética profesional. — Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve 205

La circunstancia que modifica la responsabilidad y atenúa la sanción en los delitos de homicidio o lesiones personales, es la de que esos hechos se cometan "en riña que se suscite de un modo imprevisto". — Finalidad y alcance. — Qué configura la modalidad de la riña imprevista. — Interpretación del veredicto del Jurado. — Provocación e imprevisión. — No se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado a Francisco Lemos Gordillo, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 209

Págs

Si al cometer el hecho, el procesado era particular y no cometió delito militar, no le ampara el fuero. — El sólo paso de una situación a otra —de particular a militar— no es suficiente para crear el fuero. — El temor del procesado de no hallar imparcialidad en el juez ordinario no es suficiente para que la colisión se decida a favor de la justicia militar. — Se dirime la colisión de competencias suscitada en el proceso adelantado contra Jesús Barrera o Sepúlveda y otros, en el sentido de declarar que su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria en cuanto se relaciona con Julio Humberto Yepes Roldán, y no a la justicia penal militar; y que en consecuencia, debe proseguirse la causa ante el Juez Quinto Superior de Medellín. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 214

En la parte resolutiva de la providencia en que se da aplicación al artículo 153 del C. P. P. debe indicarse con precisión, la causa por la cual es pertinente. — Se confirma la cesación del procedimiento adelantado contra el doctor Neftalí Narváez, por no existir los hechos que se le imputan. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 217

Es antitécnico pedir la casación de las sentencias de primero y segundo grado. — Demostrada la ausencia de prueba principal, de origen civil, debe acudirse a la supletoria de cualquier clase, sin que la falta de la pericial excluya la partida de origen eclesiástico. — Presunción de veracidad a favor de quienes hacen sentar una partida referente al estado civil. — No hay contradicción entre los dos órdenes de legislación, civil y penal, en cuanto a edad básica para el ilícito de violencia carnal. — En el supuesto de que el artículo 318 del C. P. siente presunción simplemente legal, debe demostrarse, para alegar error esencial de hecho, la discrepancia entre la edad fisiológica y la cronológica. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso adelantado contra Emiliano Sinisterra, por el delito de violencia carnal. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 220

Págs

Tratándose de afecciones o dolencias de larga duración, es procedente el cambio de radicación del proceso, de acuerdo con el artículo 58 del C. de Procedimiento Penal. Se emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta, a Jorge Tulio Gutiérrez Rolón, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve 227

Dentro de las causales de recusación, en los procesos penales, no se hallan comprendidos los consejos, opiniones o pronunciamientos que no entrañan una vinculación de la mente del funcionario a lo sustantivo o sustancial de la materia sub judice. — Se resuelve un impedimento manifestado por un Magistrado de la Corte, para conocer del proceso que se adelanta a Lonvigildo Díaz y otros, por los delitos de homicidio y encubrimiento, respectivamente. Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve 229

Como los Jueces de Instrucción Criminal carecen de fuero, sólo pueden ser juzgados en primera y segunda instancias, por los de Circuito y por los Tribunales Superiores, en su orden. — La Corte se abstiene de conocer de la consulta de la cesación del procedimiento decretado por el Tribunal Superior de Neiva, en favor del doctor Marcos Nivia Guzmán, dentro del proceso que se le adelanta por los delitos de falsedad y abuso de autoridad. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 231

La Corte carece de competencia para juzgar a los Jueces de Menores en segunda instancia, por no estar comprendidos en disposiciones constitucionales ni legales, que los sustraigan de las normas comunes. — Deben ser juzgados en primera instancia por los del Circuito correspondiente. — La Corte se abstiene de conocer de la consulta de la cesación del procedimiento definitivo decretado por el Tribunal Superior de Quibdó, a favor del doctor Julio Alvarez Cuesta, por los delitos de falsedad y peculado. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 233

Págs.

El auto cabeza de proceso, de por sí, no es el que da calidad concreta de instructor, puesto que apenas es acto jurisdiccional en que se reconoce la necesidad de investigar si los hechos constituyen o no infracción penal, y la simple denuncia no hace obligatorio en todos los casos iniciar las diligencias sumarias, porque puede hallarse evidentemente desprovista de fundamento. Al proceso pertenecen diligencias y proveídos anteriores al auto cabeza de él. — El parentesco lejano no implica presunción contraria a la imparcialidad del Juez o funcionario. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso adelantado al doctor Eduardo Hernández Mejo, por el delito de prevaricato. — Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa 235

Si un funcionario prescinde de la diligencia de inventarios y avalúos sucesorales por no presentarse los títulos de dominio para la determinación de los inmuebles dejados por el causante, esa irregularidad no implica falta grave ni leve contra la moral profesional del abogado que representa los intereses de las partes. — La investigación de que trata el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, sólo es procedente cuando se trata no de sobreseimiento definitivo sino de sentencia definitiva y absolutoria. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado al doctor Ernesto Gallo Q. por faltas contra el decoro profesional. — Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 239

Obligaciones del defensor en lo penal.—Nombramiento de nuevo apoderado. — Efectos que produce. — El cumplimiento del artículo 12 de la Ley 69 de 1945 no implica la afirmación del delito, sino simplemente la orden de investigarlo. — Se confirma la absolución proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en favor del doctor Alejo Valenzuela Ramírez, en el proceso que se le adelanta por faltas contra la moral profesional, y se ordena adelantar investigación por un posible delito de calumnia contra Carlos Julio Urbina. — Magistrado Ponente, doctor Domingo Sarasty Montenegro 242

El simple nombramiento o designación de defensor no impone el deber correlativo del ejercicio del cargo. — Qué es lo que imprime tal carácter. — Condiciones para la sustitución y efectos de ésta. — La petición del defensor para que se cancele la inscripción de abogado ante el Juzgado del conocimiento, no implica, necesariamente, la terminación del cargo. — Se confirma la absolución proferida por el Tribunal Superior de San Gil, dentro del proceso que, por faltas contra la moral profesional, se adelanta al doctor Raúl Rueda Durán. — Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro 245

A los Fiscales de los Juzgados Superiores se les adscribió, por medio del artículo 1º del Decreto 1231 de 1951, la facultad de instruir los sumarios por delitos de competencia de los últimos, en tanto que a los Jueces Municipales se les dió, por el artículo 9º ibidem, el carácter de Jefes de Instrucción que habían tenido los del Decreto, quienes conservaron únicamente la atribución de poder investigar, a su voluntad, las infracciones de su conocimiento. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cali en el proceso que se adelanta al doctor Rogerio Patiño Guerrero, por los cargos que se le hicieron como Fiscal del Juzgado Primero Superior de aquel Distrito. — Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve 248

SALA DE CASACION LABORAL

Los Salarios indemnizatorios por mora en el pago de prestaciones sociales para efectos de fijación de la cuantía, frente al recurso de casación. — No se admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo dictado por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario laboral adelantado por Alejandro López Prieto contra Antonio José Meneses. Magistrado Ponente: doctor Sergio Antonio Ruano 232

Trabajo ocasional. — Subordinación. — La libre apreciación probatoria en materia laboral. — La enfermedad no interrumpe el vínculo contractual. — La Corte casa lo

Págs.

sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Marino Rivas contra la "Empresa Transportadora, S. A.". Magistrado Ponente: doctor Enrique Arámbula Durán 251

Es improcedente formular acusación por violación directa de la Ley, simultáneamente con violación indirecta por errores en la apreciación de pruebas. — Interés jurídico para alegar nulidades procesales. — Técnica de casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó, en el ordinario laboral adelantado por Septimio Mosquera contra Abraham Rumié. — Magistrado Ponente: doctor Juan Benavides Patrón 261

El error de hecho en casación laboral. — Error en la apreciación de la prueba indiciaria. — La presunción de contrato de trabajo admite prueba en contrario. — La tacha del testimonio en el proceso laboral. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán, en el ordinario laboral adelantado por Carlos Ochoa contra Alfonso Duque Arango. Magistrado Ponente: doctor Miguel Antonio Constain 268

Transmisión de la cesantía por causa de muerte del trabajador. — El orden sucesoral establecido en el artículo 294 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere a los beneficiarios del seguro de vida, pero no a la cesantía. — Derechos de los colaterales al cobro de cesantía y seguro de vida. — Procedimiento para el pago de cesantía en caso de muerte. — Cuando no hay beneficiarios forzosos especiales, el seguro de vida no aprovecha al patrono, como se ha querido interpretar: sencillamente, desaparece el derecho. — Aplicación de la Ley nueva. — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Víctor Alonso Lozano, como hermano legítimo de Célimo Méndez y para la sucesión de éste, contra Alfredo Posada. Magistrado Ponente: doctor Sergio Antonio Ruano 280

Págs.

Alegación de la excepción de ilegitimidad de personería adjetiva a través de la causal 1ª de casación. — Manera de sanear estos vicios procesales. — Solidaridad de la sociedad y de sus socios respecto al pago de sus deudas laborales. — La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Alfonso Vásquez Z. contra Gilberto Peláez. — Magistrado Ponente: doctor Enrique Arámbula Durán 284

Los trabajadores al servicio de contratistas por administración delegada para la ejecución de obras públicas, tienen el carácter de trabajadores oficiales y sus relaciones laborales, cuando hay contrato de trabajo, se gobiernan por las normas anteriores al Código Sustantivo del Trabajo que regulaba la situación de los trabajadores particulares. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Juan A. Bayuelo contra la Sociedad "Winston — Mantilla — Montilla". — Magistrado Ponente: doctor Miguel Antonio Constain 289

Formulación de la demanda de casación. — Acusación por errónea interpretación de pruebas. — Técnica del recurso. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Inés Herrera contra Lorenzo Botero Jaramillo personalmente y como representante de la firma Botero Jaramillo y Cía. Ltda. — Magistrado Ponente: doctor Enrique Arámbula Durán 294

Se declara desierto un recurso de hecho por falta de sustentación. — Así lo resuelve la Corte, respecto del recurso interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal de Montería, en el ordinario laboral, adelantado por Cornelio Escobar Rojas contra la Empresa constructora denominada Muñoz y Salazar y Co. Ltda. — Magistrado Ponente: doctor Juan Benavides Patrón 296

Interpretación del artículo 52 del Decreto Nº 2127 de 1945, en relación con el artículo 1º

Págs.

del Decreto N° 797 de 1949 — **La mora de las Cajas de Previsión hace incurrir en mora a la Administración.** — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Carlos J. Ramírez contra el Municipio de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor Enrique Arámbula Durán 297

Salvamento de voto del H. Magistrado doctor Juan Benavides Patrón, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Índice 301

En casos de despido por causa de quiebra, los créditos laborales no van al juicio de quiebra, sino que deben ser pagados de preferencia como gastos por el Síndico. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por José Antonio Medina Escobar contra "Compañías Unidas de Transportes S. A." en quiebra. Magistrado Ponente: doctor Miguel Antonio Constaín 303

En la reclamación para la indemnización total y ordinaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el trabajador debe comprobar suficientemente la culpa del patrono. — **En materia laboral no es posible aplicar con absoluto rigorismo el rechazo del testimonio por el solo hecho de que quien lo rinda sea empleado del patrono.** — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Marina Llano v. de Maldonado, en su propio nombre y en el de su menor hijo Jorge Hernán Maldonado Llano contra el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nales. — Magistrado Ponente: doctor Sergio Antonio Ruano 306

Concubinato y contrato de trabajo. — **El error de derecho en casación laboral.** — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Popayán, en el ordinario laboral adelantado por Alejandrina Muñoz Méndez contra la sucesión de Gustavo Astudillo, representada por Emilia Astudillo y otra. — Magistrado Ponente: doctor Enrique Arámbula Durán 314

De las proposiciones jurídicas completas. — **Examen de una acusación por error de hecho en caso de sustitución de patronos.** — **Técnica de casación.** — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por José H. Barrios contra la sociedad denominada "Transportes Barrio Castilla El Matadero Moderno Ltda". Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón 320

Se refiere la doctrina sobre interpretación del artículo 52 del Decreto Número 2127 de 1945 y del 1º del Decreto 797 de 1949. Interpretación errónea. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Manuel García contra el Municipio de Bogotá. — Redactaron: Magistrados: doctores Juan Benavides Patrón y Miguel Antonio Constaín. — (Negocio de la Sala del Magistrado Benavides Patrón 325

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Índice 330

La condenación por "salarios caídos", procede de cualquiera que sea el monto de las tarifas laborales y debe decretarse desde el momento de la terminación del contrato de trabajo. — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Rafael Ospina Méndez contra la Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Ltda. — Magistrado Ponente: doctor Enrique Arámbula Durán 332

Sociedad de hecho y contrato de trabajo. — **La figura del socio empleado en esta clase de sociedades.** — **No se requiere que la consignación de que trata el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo se haga por los trámites establecidos por el Código Judicial para el pago por consignación de las deu-**

Págs.

das comunes, y puede hacerse ante cualquier Juez de Trabajo competente aunque después no conozca del pleito. — Cuándo puede declararse la excepción de pago por haberse efectuado esta consignación. Finalidad de la Resolución número 26 de 1951 del Departamento Nacional del Trabajo. — Los períodos de suspensión del contrato de trabajo pueden descontarse por el patrono al liquidar la prima de servicios. — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Mauricio Razzeti contra Salustio Victoria. — Magistrado Ponente: doctor Juan Benavides Patrón 338

No se aclara la sentencia anterior. — Así lo resuelve la Sala en providencia de 15 de noviembre de 1957, proferida en el mismo juicio ordinario laboral adelantado por Mauricio Razzeti contra Salustio Victoria. Magistrado Ponente: doctor Juan Benavides Patrón 355

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de las acciones indemnizatorias por causa de ocupación permanente de la propiedad privada con ocasión de trabajos públicos, aunquando la demanda se haya presentado con anterioridad al fallo de inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941. — Requisitos para que el avalúo pericial constituya plena prueba y con base en él pueda hacerse condena en concreto. — Declaración de extinción del derecho de dominio de los terrenos baldíos. — Se confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio que sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, adelantaba Juan N. Vélez contra el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nales. - Magistrado Ponente: doctor Abelardo Gómez Naranjo 356

Se declara ejecutoriada la sentencia de primera instancia por no haber suministrado la parte apelante papel sellado durante el término legal. — Así lo resuelve la Sala respecto del fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato, adelantado por Carlos A. Larios Vides contra la Beneficencia de Bolívar o Junta de Asistencia Social del Departamento. — Magistrado Ponente: doctor Manuel Buenahora 366

Caducidad de la acción de indemnización por trabajos públicos. — No hay caducidad de la instancia por falta de actividad del actor después del auto de citación para sentencia ni por falta de revalidación de papel común. — Se reforma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, adelantado por Hernán Hoeck contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado Ponente: doctor Abelardo Gómez Naranjo 368

Incidente de liquidación de una sentencia. — La Sala fija el valor de los perjuicios de que trata la parte resolutiva de la sentencia proferida por ella misma, en el ordinario de Rafael Gutiérrez Hoyos contra la Nación. — Magistrado Ponente: doctor Camilo Rincón Lara 375

Determinación del inmueble en acción de pertenencia del subsuelo petrolífero. — La Sala niega las peticiones de la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, instaurada por Emilia Isabel de la Hoz contra la propuesta de la International Petróleum (Colombia) Limited. Magistrado Ponente: doctor Camilo Rincón Lara 377

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos existentes en terrenos salidos del patrimonio del Estado según el régimen del Decreto Ejecutivo de 20 de agosto de 1856. — La Sala hace las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantada por la Sociedad "Mármoles y Cementos del Nare S. A." contra la Nación. — Magistrado Ponente: doctor José Jaramillo Giraldo 383

Acción de indemnización de perjuicios por trabajos públicos. — Lucro cesante. — Se hacen las declaraciones solicitadas por Jor-

Págs.

ge Echeverri Vargas contra La Nación. — Magistrado Ponente: doctor Manuel Buenahora 394

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 404

Cuando el expediente es retirado de la Secretaría para notificar personalmente una providencia a un funcionario público, sólo el día que se devuelve puede el Secretario respaldar con su firma la diligencia y es entonces cuando se entiende surtida la notificación, aunque el funcionario firme en fecha anterior. — Se revoca el auto apelado y en su lugar se ordena la práctica de las pruebas denegadas en el juicio ordinario adelantado por Rafael Angulo contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponente: doctor Abelardo Gómez Naranjo 405

ACLARACION DEL SECRETARIO DE LA SALA PLENA

El suscrito Secretario de la Corte deja testimonio que en el repartimiento general de negocios de Sala Plena, que corre publicado en la Gaceta Judicial, Tomo LXXXIII, Nos. 2171 a 2173 página 425, se incurrió en el error de hacer figurar, bajo el No 6, la queja de Jacinto R. Villamizar como presentada contra todos los Magistrados del Tribunal Superior de Pamplona, cuando en realidad ese negocio se refiere únicamente al Magistrado de ese Tribunal, doctor Luis Francisco Colmenares S.

Bogotá, 22 de agosto de 1957.

Jorge Soto Soto

Secretario

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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes no es tan solamente en aprender el decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

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

LICENCIA NUMERO 451,
DE 7 DE MARZO DE 1936

Registrado para curso libre de porte en el Servicio Postal.

PRIMERA PARTE

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 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 MANOTAS—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.

Octubre, Noviembre y Diciembre de 1957.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXVI - BOGOTA, COLOMBIA, OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1957 Nos. 2188-2189-2190

S A L A P L E N A

EL DECRETO-LEY 1209 DE 1954 NO REVIVE LA CLASE DE LOS ABOGADOS RECIBIDOS PERMITIENDO CONTRA LA CONSTITUCION NUEVAS INSCRIPCIONES DE ESTOS, SINO QUE AUTORIZA, O MEJOR, MANTIENE LA AUTORIZACION PARA EJERCER, A QUIENES SE HUBIESEN MATRICULADO ANTE UN TRIBUNAL SUPERIOR CON ANTERIORIDAD AL 16 DE FEBRERO DE 1945.—LAS INSCRIPCIONES DE PERSONAL QUE NO TENGAN TITULO PROFESIONAL, HECHAS CON POSTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL DECRETO-LEY 1209 DE 1954, SON NULAS. — LOS ABOGADOS RECIBIDOS O DE CUALQUIER OTRA CATEGORIA DISTINTA DE LOS TITULADOS, NO PUEDEN, EN PROPIEDAD, ADMINISTRAR JUSTICIA

1 — De la locución "en adelante" con que empieza el artículo 71 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945, surge con toda claridad que la exigencia de título profesional para que las personas puedan ser inscritas como abogados y puedan asimismo litigar en causa propia o ajena, salvo las excepciones que se remitieron a la ley, es ordenamiento de futuro, de imperio que nace al entrar en vigor aquel precepto y al que debe señalarse como fecha inicial el 16 de febrero de 1945, porque fue en este día cuando recibió la debida sanción el Acto Legislativo que lo contiene (Diario Oficial Nº 25769 de 17 de febrero de 1945). Hasta entonces, quienes habían cumplido los requisitos de las leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, que reglamentaban el ejercicio de la profesión de abogado, podían obtener matrícula de tales, aunque no fuesen titulados; y sólo desde entonces quedó reservado a éstos último el derecho a inscribirse en los Tribunales Superiores, para los efectos del dicho ejercicio profesional. Por esto la Ley 69 de 1945, que se dictó en desarrollo del artículo 46 de la Constitucional Nacional, extendió las excepciones para litigar sin título a las personas que hasta el 16 de febrero de 1945 hubiesen sido recibidas como abogados conforme a las leyes indicadas de los años de 1928 y 1931, según puede leerse en el Parágrafo del artículo 1º de la Ley 69 citada. Y por eso asimismo el artículo 13 de la dicha Ley 69 declaró nulas las inscripciones que se hubiesen hecho a favor de los no titulados, a partir del citado 16 de febrero de 1945, fecha ésta que por todo lo expuesto traza una línea divisoria entre la posibilidad para obtener matrícula de abogado sin título y la imposibilidad para legalizarla por medio distinto del instrumento profesional.

El Decreto Ley Nº 1.209 de 1954 permite

ciertamente litigar en causa propia o ajena a personas que no tienen este título; pero como tal permisión la concedía en los abogados recibidos "con anterioridad al 16 de febrero de 1945", precisa declarar que ella se mantiene en los términos constitucionales, esto es, se refiere al tiempo señalado por el artículo 69 del Estatuto, ya que su ordenamiento para que sólo los titulados puedan ser inscritos como abogados se fijó "en adelante" o sea, a partir del indicado 16 de febrero de 1945. No es, pues, que el Decreto reviva la "anterior clase de los recibidos", sino que la mantiene en la forma señalada por el precepto fundamental.

Por lo demás, como para litigar en causa propia o ajena se requiere —salvo para los casos de excepción— ser abogado inscrito según la Carta esta exigencia obliga no sólo a los titulados sino a los de la categoría de los recibidos. Aunque el Decreto, pues, no lo exprese así con propiedad de redacción, tampoco es susceptible de exégesis distinta y no cabe afirmar que haya suprimido este requisito, ni que señale menos condiciones para los unos que para los otros.

Finalmente, entre el Decreto Ley Nº 1.203 de 1954 y el artículo 3º de la Ley 69 de 1945 existe conformidad de conceptos, en punto a la materia principal examinada. Pues "abogado titulado e inscrito" según dice aquél no significa cosa distinta que lo expresado por la segunda al hablar de "abogado inscrito", ya que para serlo a partir del 16 de febrero de 1945, se requiere título profesional; y el ejercicio por parte de abogado recibido con anterioridad a ésta última fecha a que alude el decreto, también estaba contemplado por el parágrafo del artículo legal. Todo ello se conforma con el mandato de la Constitución, que sólo prohibió "en adelante" la inscripción de personas que no tuviesen título de abogado. Las diferencias entre esos dos preceptos de desarrollo tan sólo atienden a los casos excepcionalmente señalados en que pueden litigar personas que no tienen el carácter de abogados inscritos; y de estas reglamentaciones, para las que el constituyente autorizó al legislador, no cabe decir que tuviesen posibilidad única en la primera ocasión en que se las produjera y que quedara agotada en 1945 con la expedición de la Ley 69, ni que lleven a la norma general a quienes quedaron excluídos del ejercicio de la profesión. Lo primero, porque la autorización al legislador no le fue conferida con ese límite de agotamiento, y lo segundo, por su naturaleza, repugna a las diversas y sucesivas regulaciones de que puede ser objeto. Lo segundo porque no permite el desempeño de la profesión de modo general y con la finalidad de la reforma del año de 1945, a personas que no pueden ser inscritas como abogados. Simplemente, la frase del decreto 1203 de 1954, coincidiendo con lo establecido por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 69 de 1945 señala los casos en que se puede litigar sin ser abogado inscrito, conforme al querer excepcional del constituyente, pero sin que para el ejercicio general queden habilitados quienes no tienen título que les haya permitido inscribirse, o no hayan logrado esa inscripción en el Tribunal Superior antes de entrar en vigencia el artículo 31 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945.

En lo que toca a la pretendida violación de los derechos adquiridos por los abogados titulados, en cuanto ellos y solamente ellos pueden ser inscritos para ejercer la profesión, basta anotar que el Decreto Ley 1.203 de 1954 no revive, la clase de los abogados recibidos permitiendo contra la Constitución nuevas inscripciones de éstos; sino que autoriza, o mejor, mantiene la autorización para ejercer, a quienes se hubiesen matriculado ante el Tribunal Superior con anterioridad al 16 de febrero de 1945, lo que no está prohibido por el artículo 69 de la Carta, que sólo dispuso esa distinta "en adelante", y lo que se conforma con el artículo 13 de la misma Ley 69 (no suspendido por el decreto 1.203) que declara nulas las inscripciones posteriores. Se refiere el fenómeno indicado a la obtención de matrícula ante el Tribunal Superior, antes de la fecha mencionada, pues a la declaración de tal organismo la que autoriza el ejercicio de la abogacía en cualquier lugar del país, resultando así la inscripción en cada dependencia judicial un simple registro de aquella matrícula, como lo expresa el artículo 13 de la Ley 69 de 1945 y lo sugieren las Leyes 62 de 1926 y 21 de 1931. Lejos, pues, de violentar derecho alguno el Decreto Ley 1.203 de 1954 respeta las situaciones anteriores y dispone correctamente sobre las posteriores, conforme

dose de modo debido con el mandato constitucional que generó en 16 de febrero de 1945 una regulación de futuro para el ejercicio de la abogacía, en términos que desde entonces y únicamente desde entonces sólo pueden ser inscritos como abogados, por el Tribunal Superior, las personas que tengan título profesional.

2 — La consideración de que por haberse abolido el requisito del título para litigar puedan, consecuencialmente, administrar justicia, en virtud de designación en propiedad, quienes no lo posean y, concretamente los "abogados recibidos", no tiene ningún fundamento."

Yerra quien da por sentado que un reglamento indebido, acerca de la abogacía abre las puertas del desempeño judicial a los abogados recibidos o a cualquier otra categoría de no titulados, pues los artículos 150, 155, 157, 158 y 159 de la Constitución que fijan las calidades al efecto, concretan la del punto en estudio en los abogados titulados, en forma que no permite extensión ni analogía algunas.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, noviembre 23 de 1957.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón)

En ejercicio de la acción que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional, el doctor Carlos A. Saavedra ha demandado declaración de inexequibilidad sobre el Decreto Ley Nº 1.209 de 12 de abril de 1954 "por el cual se sustituye el artículo 1º de la Ley 69 de 1945".

El demandante se identificó manifestando ser mayor y vecino de esta ciudad, abogado titulado e inscrito y estar cedulado bajo el Nº 45.123. Su libelo fue recibido por la Secretaría de la Corporación, el 20 de mayo del año primeramente citado, y en él se transcribe de modo incompleto el texto del decreto acusado.

Las razones del pedimento pueden sintetizarse así:

a) El artículo 43 de la Codificación Constitucional excluyó definitivamente del ejercicio de la abogacía a las personas que no tengan la calidad de abogados titulados; y aunque permitió que la ley estableciera excepciones, éstas, por su carácter, sólo pueden ser para ciertos casos y no para todos, y no deben llevar a la norma general a quienes quedaron expresamente excluidos.

Sin embargo, el decreto ley hace aptos para ejercer la profesión de abogado a los titulados y a los recibidos, desvirtuando con estos últimos el sentido y la finalidad de la reforma del año de 1945 y excediendo los límites fijados por el constituyente, pues otorga igualdad de derechos a dos clases de profesionales cuando aquel ejercicio está reservado a la única de los graduados. En otras palabras, el decreto revive la abolida denominación de los "recibidos", y aun con menores exigencias, pues a ellos no les impone, como hace con los titulados, la condición adicional de ser inscritos.

b) El legislador comprendió exactamente el alcance y el valor del artículo 71 del Acto Legislativo Nº 1º de 1945, cuando sin propasar sus límites dictó la Ley 69 del mismo año, suspendida por el Decreto 1209, y fijó las excepciones autorizadas, las cuales se cnesminaron no a que pudieran inscribirse como abogados quienes no lo son sino a qué determinados actos que hacen relación a la autoridad, la cuantía, algunas oposiciones, etc. pudiesen efectuarse judicialmente por personas no inscritas. Esta era la reglamentación exacta y jurídica del principio constitucional, y cumplida por el legislador la función abstracta de desarrollarla o la concreta que le fué atribuída, "no parece que subsista indefinida y repetidamente la misma facultad, porque ésta es una y no múltiple, mas aunque lo fuese debe tener y tiene un límite infranqueable: no exceder ni restringir la norma superior porque uno u otro de estos actos equivale a violarla".

c) El decreto acusado viola además el artículo 30 de la Constitución, porque la reforma de 1945 (artículo 71 del Acto Legislativo Nº 1 de este año) dio origen a los derechos de que sólo pudiesen ser inscritos como abogados, ejerciesen la profesión y desempeñasen ciertos cargos de la rama jurisdiccional, aquellas personas que hubieran adquirido o adquirieran el correspondiente título de idoneidad. "Este precepto, como digo, originó un derecho adquirido para quienes ya habían adquirido el título y para quienes lo adquirieran en el futuro, y a la vez canceló automáticamente la posibilidad de ejercer la profesión a aquellas personas que venían haciéndolo en virtud de normas y reglamentaciones anteriores, como las leyes 62 de 1928 y 21 de 1931 y sus decretos reglamentarios, que establecían quiénes podían ejercer poderes, haciendo distintas clasificaciones, como las de abogados aceptados, consagrados, recibidos etc. Pero la Reforma Constitucional del año 45 derogó todas esas normas, y limitó el derecho para los abogados titulados, ex-

eluevamente. Siendo ello así, como en realidad lo es cualquier reglamentación posterior que amplíe la norma, o le dé una elasticidad que la Constitución no tiene, es violatoria de la misma y por ende, el derecho adquirido con arreglo a las leyes civiles por personas naturales, que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, viene a quebrantarse con el decreto que demando".

ch) En cambio, no es posible hablar de la violación de derecho alguno de las personas que antes de la vigencia de la norma constitucional venían ejerciendo la profesión por una tolerancia, o a falta de una reglamentación de superior jerarquía, ya que por lo mismo, antes del año de 1945 el derecho de esas personas, como tal, no existía aún. "Esto para concluir que lo que fué limitado por la Constitución en virtud del principio general que autoriza para escoger profesión, no puede ser ampliado con el pretexto de reglamentar. Y por lo que a esto respecta debo agregar que no es posible adquirir un derecho que pudiera llamar "ilegítimo" porque lo que es ilegítimo no es derecho, ni fuente de derechos y, no siéndolo nadie puede "adquirirlo".

Sería pues, desacertado decir que la regla superior del Acto Legislativo de 1945, que reglamentó la profesión de abogado, hubiese violado algún derecho, ya que éste no existía; mas sí cabe afirmar que la norma inferior del decreto acusado, dictada con miras a reglamentar pero excediendo los precisos límites de la Constitución, viola derechos creados por esta misma.

d) A consecuencia de las violaciones anteriores aparecen igualmente infringidos los artículos 150, 165, 167 158 y 159 de la Carta que señalan la calidad de titulado para desempeñar los cargos de Magistrados y de Jueces. Pues si "para accionar ante ellos se requiere ser abogado titulado, abolido este requisito cualquiera podrá litigar, pero también cualquiera podrá administrar justicia."

e) Finalmente, el decreto reforma la Constitución por un medio distinto del que establece el artículo 218 de ella misma.

En su oportunidad, el señor Procurador General de la Nación rindió concepto adverso a las pretensiones del demandante, por considerar que el decreto acusado no es violatorio del artículo 40 de la Carta ni de los otros textos que se presentan infringidos de modo consecuencial.

Cumplidos como se hallan los trámites de rigor, la Corte ha de pronunciarse mediante las siguientes consideraciones:

El artículo 40 de la Codificación Constitucional (Acto Legislativo Nº 1 de 1945, artículo 71) estatuye:

"En adelante sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional.

"Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la Ley establecerá excepciones". (Diario Oficial Nº 25769 de 17 de febrero de 1945).

El artículo 1º de la Ley 69 de 1945, sustituido por el Decreto Ley 1.209 objeto de la acusación que se decide establecía:

"ARTICULO 1º — Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, salvo las excepciones siguientes:

"a) En los juicios cuya cuantía no exceda de cien pesos ($ 100,00);

"En los juicios cuya cuantía exceda de cien pesos ($ 100,00) sin pasar de trescientos ($ 300.00) que se ventilen en los Municipios que no sean cabecera de Circuito y en donde no se hallen inscritos por lo menos cinco abogados.

"b) En los que cursan en los Juzgados de los Lazaretos;

"c) En los asuntos de que conocen los funcionarios de Policía, por competencia a menos que se trate de querellas civiles de Policía promovidas en Municipios en donde ejerzan de modo habitual cinco o más abogados inscritos;

"d) En el ejercicio de acciones públicas consagradas por la Constitución o concedidas por la Ley;

"e) En los actos de oposición en diligencias judiciales o administrativas, como en los secuestros, entregas o seguridad de bienes, posesión de minas y otros análogos; pero la acción posterior a que dé lugar la oposición intentada o consumada en el momento de la diligencia, deberá ser patrocinada por abogado inscrito, si lo exigen la naturaleza o cuantía del juicio;

"f) Para formular ante cualquier autoridad denuncias o querellas o ejercitar el simple derecho de petición que consagra el artículo 45 de la Constitución.

"PARAGRAFO. — Extiéndense las excepciones autorizadas por el artículo 40 de la Constitución Nacional a las personas que con anterioridad al 16 de febrero de 1945, hayan sido recibidas como abogados de conformidad con las leyes 62 de 1928 y 21 de 1931" (Diario Oficial Nº 26019 de 27 de diciembre de 1945).

Para mejor comprensión de la materia, la Corte estima conveniente transcribir otro precepto de esta misma Ley 69, no suspendido por el De-

creto Ley 1.209 de 1954. Tal el artículo 13, cuyo tenor es el siguiente:

"Son nulas las inscripciones que los Tribunales Superiores hayan hecho a partir del día 16 de febrero de 1945, para matricular abogados no titulados. Los Tribunales procederán inmediatamente a cancelar dichas matrículas, y darán aviso a todos los Juzgados y Tribunales del país para que éstos cancelen, asimismo, los registros que hayan hecho de tales matrículas". (Diario Oficial indicado).

Y el Decreto acusado reza así:

"**Artículo Primero** — El artículo primero de la Ley 69 de 1945, quedará así:

"**Artículo 1o** — Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado titulado e inscrito, o abogado recibido con anterioridad al 16 de febrero de 1945, salvo las excepciones siguientes:

"a) En los juicios cuya cuantía no exceda de cien pesos ($ 100,00);

"b) En los juicios cuya cuantía no pase de mil pesos ($ 1.000,00), que se ventilen en los Municipios que no sean Cabecera de Circuito y en donde no ejerzan habitualmente por lo menos dos abogados inscritos;

"c) En los que cursan en los Juzgados de Lazareto;

"d) En los asuntos de que conocen los funcionarios de Policía, por competencia, a menos que se trate de querellas civiles de Policía promovidas en los Municipios en donde ejerzan de modo habitual cinco o más abogados inscritos;

"e) En el ejercicio de acciones públicas consagradas por la Constitución, o concedidas por la Ley, y

"f) En los actos de oposición en diligencias judiciales o administrativas, como en los secuestros, entregas o seguridad de bienes, posesión de minas y otros análogos; pero la acción posterior a que dé lugar la oposición intentada o consumada en el momento de la diligencia, deberá ser patrocinada por abogado inscrito, si lo exigen la naturaleza y cuantía del juicio.

"**Artículo Segundo** — Este Decreto rige desde su expedición, y suspende todas las disposiciones legales que le sean contrarias". (Diario Oficial Nº 28460 de 22 de abril de 1954).

De la locución "en adelante" con que empieza el mandato constitucional transcrito en primer término, surge con toda claridad que la exigencia de título profesional para que las personas puedan ser inscritas como abogados y puedan asimismo litigar en causa propia o ajena, salvo las excepciones que se remitieron a la Ley, es ordenamiento de futuro, de imperio que nace al entrar en vigor aquel precepto y al que debe señalarse como fecha inicial el 16 de febrero de 1945, porque fue en este día cuando recibió la debida sanción el Acto Legislativo que lo contiene. (Diario Oficial Nº 25769 de 17 de febrero de 1945). Hasta entonces, quienes habían cumplido los requisitos de las leyes 62 de 1928 y 31 de 1931, que reglamentaban el ejercicio de la profesión de abogado, podían obtener matrícula de tales, aunque no fuesen titulados; y sólo desde entonces quedó reservado a estos últimos el derecho a inscribirse en los Tribunales Superiores, para los efectos del dicho ejercicio profesional. Por esto la Ley 69 de 1945, que se dictó en desarrollo del artículo 40 de la Constitución Nacional, en forma que el demandante califica de técnica y ajustada a derecho como en verdad lo fué, extendió las excepciones para litigar sin título a las personas que hasta el 16 de febrero de 1945 hubiesen sido recibidas como abogados conforme a las leyes indicadas de los años de 1928 y 1931, según puede leerse en el parágrafo del artículo 1º también transcrito. Y por eso asimismo el artículo 13 de la dicha Ley 69 declaró nulas "las inscripciones que se hubiesen hecho a favor de los no titulados, a partir del citado 16 de febrero de 1945, fecha ésta que por todo lo expuesto traza una línea divisoria entre la posibilidad para obtener matrícula de abogado sin título y la imposibilidad para lograrla por medio distinto del instrumento profesional.

El Decreto acusado permite ciertamente litigar en causa propia o ajena a personas que no tienen este título pero como tal permisión la concreta en los abogados recibidos "con anterioridad al 16 de febrero de 1945", precisa declarar que ella se mantiene en los términos constitucionales, esto es, se refiere al tiempo señalado por el artículo 40 del Estatuto, ya que su ordenamiento para que sólo los titulados puedan ser inscritos como abogados se fijó "en adelante", o sea, a partir del indicado 16 de febrero de 1945. No es, pues, que el Decreto reviva la "abolida clase de los recibidos", sino que la mantiene en la forma autorizada por el precepto fundamental.

Por lo demás, como para litigar en causa propia o ajena se requiere – salvo para los casos de excepción— ser abogado inscrito según la Carta, esta exigencia obliga no sólo a los titulados sino a los de la categoría de los recibidos. Aunque el Decreto, pues, no lo exprese así con propiedad de redacción, tampoco es susceptible de exégesis distinta y no cabe afirmar que haya suprimido este requisito, ni que señale menos condiciones para los unos que para los otros.

Finalmente, entre el decreto acusado y el artículo 1º de la Ley 69 de 1945 existe conformidad de conceptos, en punto a la materia principal examinada. Pues "abogado titulado e inscrito" según dice aquél no significa cosa distinta que lo expresado por la segunda al hablar de "abogado inscrito", ya que para serlo a partir del 16 de febrero de 1945, se requiere título profesional; y el ejercicio por parte de abogado recibido con anterioridad a esta última fecha a que alude el decreto, también estaba contemplado por el parágrafo del artículo legal. Todo ello se conforma con el mandato de la Constitución, que sólo prohibió "en adelante" la inscripción de personas que no tuviesen título de abogado. Las diferencias entre esos dos preceptos de desarrollo tan sólo atienden a los casos exceptivamente señalados en que pueden litigar personas que no tienen el carácter de abogados inscritos; y de estas reglamentaciones, para las que el constituyente autorizó al legislador, no cabe decir que tuviesen posibilidad única en la primera ocasión en que se las produjera y que quedara agotada en 1945 con la expedición de la Ley 69, ni que lleven a la norma general a quienes quedaron excluídos del ejercicio de la profesión. Lo primero, porque la autorización al legislador no le fué conferida con ese límite de agotamiento, ni la materia, por su naturaleza, repugna a las diversas y sucesivas regulaciones de que puede ser objeto. Lo segundo, porque no permite el desempeño de la profesión de modo general y con la finalidad que censura el demandante, a personas que no puedan ser inscritas como abogados. Simplemente, la frase del decreto acusado, coincidente con lo establecido por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 69 de 1945 señala los casos en que se puede litigar sin ser abogado inscrito, conforme al querer exceptivo del constituyente, pero sin que para el ejercicio general queden habilitados quienes no tienen título que les haya permitido inscribirse, o no hayan logrado esa inscripción en el Tribunal Superior antes de entrar en vigencia el artículo 71 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945. Resultan pues, infundadas las razones principales del impugnador.

En lo que toca a la pretendida violación de los derechos adquiridos por los abogados titulados, en cuanto ellos y solamente ellos pueden ser inscritos para ejercer la profesión, hasta anotar que el Decreto Ley no revive, como se aduce, la clase de los abogados recibidos permitiendo contra la Constitución nuevas inscripciones de éstos; sino que autoriza, o mejor, mantiene la autorización para ejercer, a quienes se hubiesen matriculado ante el Tribunal Superior con anterioridad al 16 de febrero de 1945, lo que no está prohibido por el artículo 40 de la Carta, que sólo dispuso cosa distinta "en adelante", y lo que se conforma con el artículo 13 de la misma Ley 69 (no suspendido por el decreto 1.209) que declara nulas las inscripciones posteriores. La Corte refiere el fenómeno indicado a la obtención de matrícula ante el Tribunal Superior, antes de la fecha mencionada, pues es la declaración de tal organismo la que autoriza el ejercicio de la abogacía en cualquier lugar del país, resultando así la inscripción en cada dependencia judicial un simple registro de aquella matrícula, como lo expresa el artículo 13 de la Ley 69 de 1945 y lo sugieren las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931. Lejos, pues, de vulnerar derecho alguno el Decreto acusado respeta las situaciones anteriores y dispone correctamente sobre las posteriores, conformándose de modo debido con el mandato constitucional que generó en 16 de febrero de 1945 una regulación de futuro para el ejercicio de la abogacía, en términos que desde entonces y únicamente desde entonces sólo pueden ser inscritos como abogados por el Tribunal Superior, las personas que tengan título profesional.

Ningún fundamento reviste, por todo lo expuesto, la preocupación del acusador acerca de que por haberse abolido el requisito del título para litigar puedan, consecuencialmente, administrar justicia, en virtud de designación en propiedad, quienes no lo posean, y concretamente, los "abogados recibidos". Pues la inexistencia del supuesto se opone a la verdad de su conclusión. Debiéndose agregar que la afirmada por el libelista adolece también de error, al dar por sentado que un reglamento indebido acerca de la abogacía abre las puertas del desempeño judicial a los abogados recibidos o a cualquier otra categoría de no titulados, pues los artículos 150, 155, 157 158 y 159 de la Constitución, que fijan las calidades al efecto, concretan la del punto en estudio en los abogados titulados, en forma que no permite extensión ni analogía algunas. Tampoco prosperan, por lo tanto, las acusaciones consecuenciales afirmadas respecto de dichos textos.

Por último, no cabe hablar de violación del artículo 218 de la Carta fundamental, pues el decreto acusado no la reforma.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena oído el concepto del Señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con él, y no encontrando otros motivos de inconstitucionalidad, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 21

de la Constitución de la República de Colombia DECLARA EXEQUIBLE el Decreto Ley Nº 1.209 de 12 de abril de 1954 "por el cual se sustituye el artículo 1º de la Ley 69 de 1945".

Publíquese, cópiese, notifíquese o insértese en la GACETA JUDICIAL. Comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia y archívese el expediente.

José Jaramillo Giraldo — Daniel Anzola Escobar — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Manuel Bucnahura — Santiago Cadena Copete — Miguel Antonio Constain — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Garavito Durán. Enrique Giraldo Zuluaga — Abelardo Gómez Naranjo — Guillermo Hernández Peñalosa — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla. Camilo Rincón Lara — Sergio Antonio Ruano — Luis Sandoval Valcárcel—Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Francisco de Paula Vargas V. — Jorge Soto Soto, Srio.

SE ABSTIENE LA CORTE DE DECIDIR LA DEMANDA DE NULIDAD DE LA ELECCION DE MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO HECHA POR EL CONSEJO DE ESTADO PARA EL BIENIO DE 1950 A 1952. — EXCEPCION DE COSA JUZGADA

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente Dr. Camilo Rincón Lara

El doctor Gilberto Moreno, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 190 de la Ley 167 de 1941, en libelo presentado el 31 de julio de 1950, demandó la nulidad de la elección verificada el diez y ocho del mes y año citados, por el Honorable Consejo de Estado, relativa a Magistrados de lo Contencioso Administrativo en todo el país para el bienio de 1950 a 1952 y como petición subsidiaria demandó la rectificación de los respectivos escrutinios que precedieron a dicha elección,

Procedimiento

Presentada la demanda, fué admitida por auto de 23 de septiembre de 1950 y se ordenó fijar en lista el asunto por el término legal para los efectos del numeral 3º del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Posteriormente, el Magistrado Sustanciador solicitó informe a la Secretaría sobre si se habían propuesto o cursaban ante la Corte otras demandas relacionadas con la nulidad impetrada por el actor en este juicio.

En obedecimiento a lo anterior, el señor Secretario de la Sala rindió el informe respectivo, en el cual se lee:

"Previo examen de los correspondientes libros, atentamente informo que la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo para todo el país, hecha el 18 de julio de 1950, fué demandada por el doctor Gilberto Moreno mediante el libelo de 3 fojas que encabeza este expediente, como también mediante el libelo de 26 fojas útiles, negocios que se radicaron ambos el mismo día, según se desprende de las siguientes atestaciones tomadas del Libro Radicador de Corte Plena.

"1950—31 de julio. Nº 107 — Demanda presentada por Gilberto Moreno, para que la Corte decrete la nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo en los quince departamento del país. Consta de 26 fojas útiles.

"31 de julio. 108 — Demanda presentada por Gilberto Moreno, para que la Corte decrete la nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo en los quince departamentos del país. Consta de 3 fojas útiles.

"Respetuosamente informo también que el negocio del cual se da fe en el número 107 antes transcrito fué fallado con ponencia del señor Magistrado Dr. Manuel José Vargas, negativamente, el 12 de febrero de 1952, se publicó en la Gaceta Judicial número 2110, página segunda y siguientes y se archivó el 6 de marzo de 1952".

Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría solicita que la Corte se abstenga de pronunciarse sobre el fondo de la nulidad demandada, comoquiera que, vencido el período bienal de 1950 a 1952 de Magistrados de lo Contencioso Administrativo, existe sustracción de la materia a que se refiere el libelo de acusación.

SE CONSIDERA:

La Corte observa que —como lo informó la Secretaría de la Sala— el 31 de julio de 1950 el doctor Gilberto Moreno presentó dos demandas idénticas en sus términos y en sus finalidades, puesto que en ambas solicitó la nulidad de la elección y subsidiariamente la rectificación de los escrutinios verificados en la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo hecha por el Consejo de Estado para el período —ya concluído— de 1950 a 1952.

En efecto, la parte petitoria del libelo a que se contrae este asunto, dice textualmente:

"1º Que se declare la nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo en los quince departamentos del país para formar la paridad en el conocimiento de los asuntos electorales a que se refiere el Decreto Nº 902046 de

junio 17 de 1950, elección practicada por el Consejo de Estado el día 18 de julio del presente año por haber intervenido en dicho acto no sólo los siete miembros que componen esta Corporación de acuerdo con la Carta Constitucional sino tres personas más que no tienen ese carácter; como consecuencia de esta nulidad, que se repita la elección de los Magistrados a que se refiere.

"2º Que igualmente se declare la nulidad de la elección de que se trata a causa de no haberse aplicado las disposiciones constitucionales y legales que consagran el sistema del cuociente electoral; y como consecuencia de esta petición se repitan dichas elecciones o se rectifiquen los escrutinios para sujetarlos al régimen del cuociente electoral.

"3º Subsidiariamente solicito que se haga la rectificación de los escrutinios para que se aplique el sistema del cuociente electoral si la Honorable Corte considera que no es el caso de declarar la nulidad impetrada".

En la otra demanda promovida por el doctor Gilberto Moreno el mismo día 31 de julio de 1950, se pidió:

"1º Que se declare la nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo en los quince departamentos del país practicada por el Consejo de Estado el día 18 de julio del presente año, a causa de haber intervenido en dicho acto no sólo los siete miembros que componen esta Corporación de acuerdo con la Carta Constitucional sino también tres personas más que no tienen este carácter; que como consecuencia de esta nulidad, se repita la elección de miembros de dichos Tribunales.

"2º Que igualmente se declare la nulidad de la elección de que se trata, a causa de no haberse aplicado las disposiciones constitucionales y legales que consagran el sistema del cuociente electoral; y que como consecuencia de esta petición se repitan dichas elecciones o se rectifiquen los escrutinios para sujetarlos al régimen del cuociente electoral.

"3º Subsidiariamente solicito que se haga la rectificación de los escrutinios, para que se aplique el sistema del cuociente electoral si la H. Corte considerare que no es el caso de declarar la nulidad impetrada".

El actor en las dos demandas cuyos contenidos petitorios se transcribieron, invocó como normas violadas los artículos 138 y 172 de la Constitución Nacional, el transitorio señalado en la letra a) del Acto Legislativo Nº 1º de 1945, los arts. 3º y 204 de la Ley 167 de 1941, la Ley 39 de 1946 y "demás disposiciones reguladoras del sistema del cuociente electoral".

Como se advierte por el tenor literal de las dos demandas citadas, el doctor Gilberto Moreno acusó de nulidad el acto o actos relacionados con la elección de Magistrados de lo Contencioso Administrativo efectuada por el Honorable Consejo de Estado con fecha 18 de julio de 1950, pretendiendo ejercitar así dos acciones sobre un mismo objeto, fundadas en idénticas causas jurídicas, demandas que han debido ser acumuladas para que el fallo decidiera sobre el contenido de las dos peticiones y no lo fueron.

Ahora bien: La Corte en fallo que lleva fecha 12 de febrero de 1952, publicado en la Gaceta Judicial en el Tomo LXXI, páginas 2 a 5, decidió la primera demanda de nulidad propuesta por el doctor Gilberto Moreno.

Como se observa que la cuestión sub judice planteada por el demandante doctor Gilberto Moreno en este negocio es la misma que se debatió y resolvió en el juicio iniciado por el mismo interesado, según se deja expuesto, se concluye que sobre esa cuestión existe ya la situación jurídica de cosa juzgada y por lo mismo no puede la Corte pronunciarse sobre las peticiones invocadas en el presente juicio.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que se ha producido el fenómeno de cosa juzgada y por consiguiente no puede decidirse sobre las peticiones de la presente demanda.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

José Jaramillo Giraldo — Daniel Anzola Escobar — Enrique Arámbula Durán — Manuel Buenahora — Juan Benavides Patrón — Santiago Cadena Copete — Miguel A. Constaín — Rafael Durán Trujillo, Conjuez. — Enrique Giraldo Zuluaga — Guillermo Garavito Durán — Abelardo Gómez Naranjo — Guillermo Hernández P. Pablo Emilio Manotas — Camilo Rincón Lara Sergio Antonio Ruano — Julio Roberto Salazar Perez, Conjuez. — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho Francisco de P. Vargas Vélez — Jorge Soto Soto, Secretario.

ESTADO DE DERECHO. — CONTENIDO DE LAS CONSTITUCIONES. — PERTURBACION DEL ORDEN PUBLICO. — NATURALEZA JURIDICA DE LA REVOLUCION Y DEL DERECHO DE LA REVOLUCION. — REVOLUCION Y GOLPE DE ESTADO. — LA REVOLUCION QUEBRANTA EL ORDEN JURIDICO AUNQUE SU OBJETO SEA EL RESTABLECIMIENTO DE ESE MISMO ORDEN.—LIMITACIONES DE LA REVOLUCION. — EL MOMENTO DEL PUEBLO CONSTITUYENTE. — DOCTRINAS Y CARACTERISTICAS DE LOS GOBIERNOS DE FACTO. — EL GOBIERNO DE FACTO ES UN PRODUCTO DE LA REVOLUCION.—REVOLUCION REALIZADA A TRAVES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES. — GOBIERNO DE FACTO Y FUNCIONARIOS DE FACTO. — EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL NO TRANSFORMA EL GOBIERNO DE FACTO EN DE JURE. — LA GUARDA DE LA CONSTITUCION. LA COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES ES LIMITADA. — LA CORTE NO PUEDE CONOCER DE LOS PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL. — CARACTERISTICAS DE LOS DECRETOS DICTADOS CONFORME AL ARTICULO 121 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — QUE SE ENTIENDE POR DERECHOS DE GENTES. — ACUSACION POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS Nos. 0247 Y 0251 DE 1957

1 — El estado de derecho presupone un conjunto de ordenamientos jurídicos o reglas relativas al gobierno y vida de la comunidad. Tales ordenamientos regulan la forma de gobierno y sus deberes y derechos frente a los ciudadanos, así como los deberes y derechos de éstos en relación con el Estado. Por regla general, las Constituciones contienen una parte dogmática, que está compuesta por las normas que consagran los denominados derechos individuales y garantías sociales, y otra, orgánica, que comprende los preceptos referentes al Poder Público y a sus órganos, que estructuran la vida jurídica y política del Estado. Al traducirse el poder en actos externos, queda sometido a la Constitución y a las leyes, normas que organizan y reglamentan la vida jurídica dentro de la concepción del Estado de derecho.

Pero en la vida de los pueblos hay momentos de crisis políticas, sociales, económicas y jurídicas —guerra exterior, conmoción interna— que llevan a la turbación del orden público. Entonces las normas jurídicas ordinarias pueden ser incapaces para conjurar los peligros derivados de esas situaciones, y la normalidad jurídica en algunos de sus aspectos se suspende, para dar paso a la denominada legalidad marcial, que puede estar prevista por el mismo Constituyente. Si existe la norma preestablecida, los actos del gobierno deben sujetarse a ella, y si sobre éstos hay guarda jurisdiccional, esas determinaciones caen bajo su imperio.

2 — La revolución, la insurrección, el golpe de estado llevan al poder a quienes hasta entonces han carecido de título para ejercerlo, o teniéndolo, se han desviado de la normalidad institucional para conservarlo, o en fin, producirse con el propósito de restablecer al legítimamente depuesto.

Sin examinar, por no ser indispensable, la manera pacífica o violenta como se haya producido, puede afirmarse que la esencia de la revolución se halla en el quebrantamiento del orden jurídico preexistente, en el quebrantamiento de las normas institucionales en todo o en parte. Así, la revolución puede atentar contra la totalidad de la estructura jurídica del Estado, consignada en determinada constitución; o, simplemente, dirigirse contra su parte orgánica. Cualquiera de estas situaciones engendra el llamado derecho de la revolución, que se da aún cuando se trate de volver a las instituciones que se juzgan quebrantadas, porque si los hechos se hubieran encaminado dentro de las normas anteriores, se quitaría todo sentido revolucionario al movimiento, ya que no habría perturbación del orden preexistente. Pero dentro de un sistema jurídico positivo, no puede hablarse de un derecho

a la revolución, sino que, por el contrario, de acuerdo con aquél ella se debe considerar inoperante e ilícita; la valoración del movimiento político, para calificarlo de justo e injusto, solo puede hacerse mediante principios generales jurídico políticos. La revolución, por su misma esencia, quebranta el orden constitucional costúmeo.

Es un error frecuente el de enjuiciar los hechos generadores del derecho de la revolución a la luz de la norma preexistente. Aquéllos irán siempre contra éste, así sea en forma indirecta, como cuando, con el fin de restaurar las instituciones conculcadas, se toman medios revolucionarios, que por su naturaleza, no pueden ajustarse a dichas instituciones. Por otra parte, dentro del derecho que surge de los hechos revolucionarios, por la tendencia de los detentadores del poder a legitimarse, puede aceptarse el derecho anterior en lo que no pugne con el nuevo, y entonces las actos de la revolución quedan sometidos al derecho preexistente, en cuando aquélla lo prohija. En cambio, si la revolución considera que parte de este derecho no puede coexistir con ella misma, la rechaza por el estado de necesidad, ya que estaría de por medio su supervivencia, porque si se da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la Nación. En estas condiciones, la revolución crea derecho por su propia declaración de voluntad, que tiene validez jurídica como DERECHO INTERMEDIO entre la legalidad anterior y la que se procura establecer. Por esto los efectos político jurídicos de la revolución son manifiestamente distintos de los del simple golpe de estado que, por originarse exclusivamente en la fuerza, ata a sus ejecutores en un todo a las normas vigentes.

3 — El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía, latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente.

4 — Algunos, colocados en el punto de vista del origen de la DOCTRINA DE FACTO, como no creada para las revoluciones, aseguran que en América no se presenta este tipo de gobiernos, salvo cuando se dio en México el paso de la República a la Monarquía y a inversa en el Brasil; suponen que no existen más revoluciones que las de estructura y hacen caso omiso de las demás, con el argumento de que la constitución republicano democrática puede ser reformada en todos aquellos países, total o parcialmente, y esto excluye una verdadera doctrina de la revolución, ya que cualquier cambio se alcanza con los medios señalados por la misma Carta. Y es porque sólo se tiene en cuenta que, en sus orígenes ingleses y en su evolución estadinense, la doctrina DE FACTO no surgió de la revolución, a diferencia de la doctrina que los franceses denominan continental y que pudiera llamarse latina, que consiste en llegar al concepto de gobierno DE FACTO como producto de la revolución, entendida no solo como cambio estructural del Estado sino en cuanto comprende variaciones de la parte orgánica de la Constitución por medios no previstos en ella. Por eso puede decir Burdeau que "se entiende por gobierno DE FACTO un gobierno creado ya en contradicción con la constitución existente, ora IPSO FACTO en el caso de inexistencia de un orden estatal anterior" (TRAITE DE SCIENCE POLITIQUE, T. IV, Nº 293, ed. de 1950), y que la originalidad de un gobierno de esta índole radica en que ejerce la autoridad sin fundamento constitucional, en lo que se opone al DE JURE, en que la práctica del poder se hace de conformidad con el estatuto preexistente. De ahí que no puedan calificarse estos gobiernos mediante el concepto de legitimidad o ilegitimidad política, porque se trata precisamente, y con exclusión de otros ajenos al jurídico propiamente tal, de que el gobierno encuentre o no, dentro del derecho coexistente con su aparición y ejercicio de sus funciones el título que le permita ejercer la autoridad, y en este sentido, como lo afirma el tratadista citado, y cuya doctrina se acaba de resumir, todo gobierno DE FACTO es revolucionario.

Es oportuno advertir que la teoría de los FUNCIONARIOS "DE FACTO", que se orienta dentro de una concepción de gobierno DE JURE, como lo contempla la doctrina, no es aplicable a la de los go-

biernos DE FACTO, que como se acaba de ver, están encuadrados dentro de la teoría de la revolución.

Cuando no se trata de la simple sustitución de personas en el ejercicio del poder, como sucede en el golpe de estado, si se presentan cambios, ya en la parte dogmática, ora en la orgánica de la constitución, se rompen sus principios, porque, como es evidente, se pretende producir o la caducidad del orden constitucional preexistente, o al menos su alteración. Por otra parte, conviene advertir que en algunos casos de transformación total, se guardan las formas anteriores, quitándoles la sustancia, y aparentemente, se conserva la estructura anterior, como sucedió en los de las revoluciones totalitarias de presente siglo, cuyos jefes fueron llevados al gobierno por los modos constitucionales preexistentes, y cuya obra fue realizándose paulatinamente dentro de los mismos preceptos anteriores a su llegada al gobierno, hasta privarlos de todo contenido, sin que, por haber guardado aquellas apariencias, pueda jamás sostenerse que no fueron revolucionarios los movimientos o revolucionario el gobierno surgido de ellos.

Queda por examinar otro aspecto de la cuestión. Para que de un gobierno se pueda afirmar que es DE HECHO, además de su origen, debe tenerse presente, en primer lugar, que sea gobierno, es decir, que ejerza todas las funciones de tal y luego que el asentimiento no sea la pura pasividad explotada como sobredicho, según lo prevenía Jesé. Así el examen debe hacerse para cada caso concreto, y además recordarse que al siquiera el reconocimiento internacional implica la transformación del gobierno DE FACTO en gobierno DE JURE, porque esta problema es absolutamente interno: el reconocimiento es un acto político del gobierno que lo hace en que obran consideraciones propias de cada país que lo verifica, pero no puede influir en la calificación que debe hacerse de acuerdo con el derecho nacional del gobierno reconocido.

8 — La guarda jurisdiccional de la Constitución es un corolario de la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes —en el significado amplio de esta última palabra— y medio de garantizar la idea del derecho. Ella se ejerce preventivamente para vigilar la actividad legislativa y paralizarla cuando sus medidas se consideren inconstitucionales, o invalidando la norma ya expedida, y aún mediante la declaratoria de inaplicabilidad. Los dos últimos fines se obtienen por vía de acción o de excepción, conforme a procedimientos que difieren tanto por su mecanismo como por sus consecuencias jurídicas.

La vía de acción es el procedimiento directo, en que cualquier ciudadano acude ante la Corte Suprema de Justicia para que ésta declare la conformidad o inconformidad del acto acusado con la Constitución. De esta suerte se ejerce el control por un órgano jurisdiccional único, al que el constituyente mismo inviste de tal facultad. La decisión produce efectos ERGA OMNES. La defensa, por vía de excepción, se obtiene por la declaratoria de inaplicabilidad de la Ley a un caso concreto, con efectos simplemente relativos. El artículo 214 de la actual codificación constitucional consagra el primer sistema; el 215, el segundo.

No todo acto que atente contra la integridad de la Constitución, inmediatamente fija con nitidez su alcance, de tal suerte que el referido artículo contiene un principio sustantivo y la norma que la regula y garantiza: por el primero, a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución, y por la segunda, que es su desarrollo, se le otorga la facultad de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos allí enumerados. La competencia de la Corte es entonces restrictiva, porque la enumeración es taxativa.

El acto legislativo No 3 de 1910, en su artículo 41 confería a la Corte la facultad de decidir sobre "los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales". Se establecía pues una competencia de carácter general para que la Corte conociera de la constitucionalidad de leyes y decretos, sin excepción ni límite alguno, de tal suerte que se consagró un control jurisdiccional pleno o ilimitado, y entonces si era afirmativa la competencia de la Corte para todos los actos emanados del gobierno y del legislador.

Pero el acto legislativo No 1 de 1945 res-

tringió esa competencia, en materia de decretos, a los que dicte el gobierno en ejercicio de las atribuciones que le dan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y las que le confiere el art. 121 de la Constitución. Así, lo que era amplio e ilimitado se suprimió, para reemplazarlo por un control limitado a determinados actos del gobierno, y las facultades de la Corte, en sentido abstracto y general, fueron limitadas por el mismo constituyente. Que tales facultades no se extienden a todo acto que se considere inconstitucional, lo está diciendo, a más de lo anterior, el hecho de que jamás se ha intentado que esta corporación conozca de los proyectos de actos reformatorios de la Constitución, a pesar de que en el presentado por el Gobierno a las Cámaras Legislativas para la reforma de 1945 se hubiese querido adscribirle esa competencia.

"Tan evidente es ello, que el Gobierno, en su proyecto incluyó la siguiente invocación: "212. Una reforma de la Constitución no podrá ser declarada inexequible por la Corte Suprema sino cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas por este artículo. El Gobierno sólo podrá objetar la reforma cuando le llegue para su promulgación después de los debates de la segunda legislatura ordinaria". Así pues, el control jurisdiccional sobre proyectos de reforma constitucional, aunque limitado en la forma que indicaba el gobierno, fue negado y no quedó incorporado en ninguna norma constitucional, de tal suerte que, la Corte no puede, con fundamento en el antecedente, afirmar su competencia sobre proyectos de enmiendas de la Carta, competencia que no se consagró acaso porque en el fondo podía implicar la interferencia de un poder constituído en el poder constituyente, y porque un control de esta naturaleza podía colocar a uno de ellos —el judicial— por encima del mismo constituyente.

Lo propio aconteció con la modificación propuesta en el artículo 147 del proyecto, que decía: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo o en su forma, y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno, como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma; o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación. TAMBIEN DECIDIRA LA CORTE SI UNA REFORMA CONSTITUCIONAL ES EXEQUIBLE CUANDO EL GOBIERNO LA OBJETE POR NO HABERSE AJUSTADO EN SU FORMA DE EXPEDICION A LAS NORMAS FIJADAS EN EL ARTICULO 209". La explicación que entonces dió el Gobierno es la de que: "La modificación de este artículo, el 149 de la Constitución, consiste en atribuir a la Corte, como facultad nueva, la de decidir definitivamente sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el gobierno como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma, agregando también que la Corte podrá declarar inexequible el proyecto de ley objetado por el Gobierno como inconstitucional, si no se acomoda su forma a las disposiciones de la Carta, es decir, si ha sido expedido con violación de las normas constitucionales. Se agrega la atribución de la Corte de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos legislativos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales. Como se ve, no se dá la facultad a la Corte de juzgar sobre la forma de las leyes o decretos legislativos acusados por inconstitucionales en acción pública, sino solamente de decidir, en estos casos, cuando el Gobierno, que es colegislador, objete por inconstitucional o violador de la ley orgánica, un proyecto de ley cuya expedición no se acomoda a los trámites establecidos en la Carta".

Así, pues, de la competencia de la Corte se sustraen, los proyectos de enmienda de la Constitución, los decretos reglamentarios dictados por el Gobierno, en uso a la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 120, y los decretos simplemente ejecutivos. No es lógico ni jurídico sostener que la competencia de la Corte, como encargada de velar por la integridad de la

Constitución, se entiende a todos los casos en que tal integridad esté amenazada. Si tal acontece, la Corte asume jurisdicción. Esta competencia es de carácter y de orden público y para el caso, como ya se anotó, no enunciativa sino limitativa, de modo que este control jurisdiccional no puede aplicarse por analogía, sino exclusivamente a los casos previstos en la Carta. Lo contrario es desconocer la voluntad del constituyente y aplicar el control a situaciones que la norma no regula.

6 — El artículo 121 de la Constitución Nacional impone al Derecho de Gentes categoría de ley escrita nacional. Y es evidente también que aquella locución tiene dos acepciones. Pero no lo es menos que el artículo 121 sólo hace referencia a una de ellas, como se sabe por sus antecedentes en la Constitución original de 1886. La Constitución se refiere por modo expreso al Derecho de Gentes, como elemento normativo, entre otros puntos, de la guerra entre naciones, o sea en el mismo sentido que le da el derecho internacional. Siendo esto así, no puede comprenderse cómo se da esta base a los decretos acusados, números 0247 y 0251 de 1957, para ampararlos dentro del artículo 121, o sea, dentro de una de las clasificaciones hechas para determinar la competencia de la Corte, dado que no trata de regular en ninguna forma el tratamiento de prisioneros ni punto alguno semejante.

Los decretos que se dictan conforme al artículo 121 de la Constitución no tienen carácter permanente sino transitorio y pierden su vigencia cuando se declara restablecido el orden público. Su imperio permanente deben recibirlo del legislador. Además, por regla general, tales decretos contienen determinaciones legales, y no constitucionales; de ahí que por su medio el Gobierno sólo pueda suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio y dictar las normas que, en su interín, deban reemplazarlas.

7 — Los decretos números 0247 y 0251 de 1957, se sustraen a la competencia de la Corte por su naturaleza jurídica, sin que esto quiera decir que la revisión no esté limitada por el bien común y los principios del derecho natural, además de las normas constitucionales y legales que ella misma haya adoptado.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

El doctor Pedro Nel Rueda Uribe, en ejercicio de la acción pública a que se refiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, pidió a la Corte que, en guarda de la integridad de aquél estatuto, declare, una vez agotados los trámites legales, "que es inexequible por inconstitucional y en consecuencia que no rige después de vuestro fallo, el Decreto Nº 0247 de 1957, dictado el 4 del presente mes por la llamada Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia y firmado por sus Miembros y por todos los del Consejo de Ministros, excepto por el titular de la Cartera de Relaciones exteriores, y consecuencialmente que es inexequible el Decreto Nº 0251 de los mismos mes y año, que lo reforma parcialmente". Con posterioridad a la presentación de la demanda, el doctor Rueda Uribe hizo llegar al expediente, debidamente autenticado, el periódico oficial en que se insertaron los decretos acusados.

La Demanda

Señaló como disposiciones constitucionales violadas las siguientes: "La del artículo 218 por sí misma y en relación con las de los artículos 2º y 105 y los arts. 94 y 100.

"La del artículo 121 directamente y la misma en relación con el artículo 57, el 122 y con los arts. 124 y 125".

Se viola el artículo 218 porque el decreto principalmente acusado señala para la reforma de la Constitución un procedimiento distinto del que contiene aquel artículo, fundamentada a su turno esta norma en los artículos 2º y 105, de acuerdo con los cuales por una parte, la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que deben ejercerse de acuerdo con lo que establece la misma Constitución; y por otro lado "los representantes constitucionales de la Nación entera son "los individuos de una y otra cámara", es decir, "los miembros del congreso". El decreto contraría lo anterior por cuanto quiere hacer representar la Nación solo por hombres y mujeres mayores de 21 años que quieran intervenir en el

plebiscito, y trata de que se ejerzan los poderes públicos en términos contrarios a los constitucionales, de donde surge "la consecuencia clara de que el Decreto acusado viola también estas disposiciones".

Los artículos 91 y 100 son violados en forma indirecta pero clara al querer realizar una reforma constitucional por medio de personas sin facultades y además, sin las calidades de legisladores.

Se considera que el decreto principalmente acusado quebranta el artículo 121 de la Constitución, en primer término, porque el hecho de convocar a plebiscito para reformarla con manifiesta violación de ella, no puede ser una de las facultades "que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre Naciones", y porque entre las facultades, taxativamente determinadas, del Presidente o del Gobierno, en los eventos que allí se contemplan, no está el de poder convocar a plebiscitos con el objeto indicado. En segundo lugar, de acuerdo con el artículo en cita, si no puede el Gobierno derogar las leyes ni menos la Constitución, una reforma constitucional verificada con sistema diverso del acto legislativo deroga el artículo 218 de la Constitución. En tercer término, al no irse privativamente al Consejo de Estado se violó, con los decretos acusados, el artículo 123 de la Codificación Constitucional. Por último, "porque la Junta Militar que dictó el Decreto no es ni el Gobierno ni el Presidente constitucionales, y es claro que el artículo 121, cuando en forma alternativa se refiere ya al Presidente, ya al Gobierno, hace relación a Presidente o Gobierno Constitucional y no a Gobiernos de hecho o de facto, como lo es la llamada "Junta Militar de Gobierno", elegida caprichosa y arbitrariamente por un ciudadano, sin facultades legales para ello. El art. 57 de la Constitución define lo que es Gobierno. Por contragolpe se violó también esa disposición por parte del Decreto acusado. No puede alegarse, para aceptar a la Junta Militar como Gobierno, la ausencia del Presidente titular. Para ese evento de ausencia las disposiciones aplicables son las enunciadas por los artículos 124 y 125 de la Constitución, de acuerdo con los cuales, el ejercicio del Gobierno, en tales casos, corresponde al Designado y a falta de éste, a los Ministros en su orden, o a los Gobernadores, en la forma señalada por la segunda de estas dos disposiciones, ambas igualmente violadas".

El decreto principalmente acusado despedaza y destruye el conjunto sistemático de la organización constitucional y del supremo orden jurídico de la República, en concepto de demandante. "Se trata, sencillamente de dar un auténtico y real golpe de estado que de realizarse, se convertiría en tremendo precedente reiterable en lo futuro a cada paso, cuando el capricho de los gobernantes o el interés de los gobiernos partidistas o las psicosis revolucionarias lo reclamen o lo aconsejen". A la Corte, como encargada de la guarda de la Constitución, en ejercicio de su derecho, acude el demandante en "defensa de nuestro orden jurídico constitucional sin que deba omitir el cumplimiento de este deber ni el ejercicio de aquel derecho por consideración o por temor a las reacciones que pueda producir la actual hiperestesia en relación con el plebiscito", dado que a un hombre prudente le es posible resistir aquella fuerza, ésta no sirve de excusa. Y luego manifiesta no ser del caso el entrar a analizar el contenido de la reforma propuesta ya que la demanda se fundamenta en el método adoptado y en la ausencia de facultades de la Junta Militar para dictarlos, pero agrega que presentará —como efectivamente lo hizo— alegato posterior, para ampliar diversos puntos.

Finaliza la demanda con la afirmación de que no es necesario hacer constar que ella no constituya mero acto político de inconformidad con el llamado 'Frente Civil' ni contra la "candidatura nacional", nacidos y consolidados antes de hablarse de plebiscito y de ser concebido éste. "La H. Corte, en cambio, puede, además de salvaguardar la integridad de la Ley suprema de la República, salvar el prestigio de esa política del Frente Civil, impidiendo que comience sus desarrollos con un golpe de estado". La Corte debe decidir antes del 1º de diciembre próximo, "fecha en que los Decretos acusados han de realizarse y agotarse su vigencia".

El Concepto de la Procuraduría

Se sintetizan a continuación los minuciosos capítulos del concepto rendido por el señor Procurador General de la Nación.

Primero — Defecto de forma — Para que, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, se pueda afirmar que la transcripción de la disposición acusada se ha hecho literalmente, es menester, como lo ha sostenido reiteradamente la Procuraduría que el demandante presente el ejemplar del Diario Oficial, autenticado en forma, o en su defecto, la copia auténtica correspondiente, expedida por funcionario competente, porque sólo así se consigue fijar la materia, ob-

jeto de la litis. A este efecto el colaborador de la Corte hubo de hacer las pertinentes solicitudes para llenar el vacío que observó "dado lo angustioso del tiempo y para que no pueda decirse que se han empleado procedimientos dilatorios para impedir que el fallo se produzca oportunamente, o de que se trata de rehuir responsabilidades", pero el demandante suplió la falta antes de que las gestiones de la Procuraduría hubiesen culminado por lo cual ésta considera satisfactoriamente subsanada la deficiencia.

Segundo — Competencia de la Corte — Luego de transcribir el Título XX de la Constitución Nacional, la Procuraduría resume diciendo que las atribuciones de la Corte para conocer de la exequibilidad de decretos acusados como inconstitucionales, se restringen a los dictados por el Gobierno "en uso de las facultades que se le confieren por el legislador bien sea por autorizaciones para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional; bien cuando se le reviste por tiempos de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen (artículo 76, ordinales 11 y 12); o a aquéllos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que trata el artículo 121 de la misma Constitución". De los decretos no expedidos según las mencionadas facultades, conoce la jurisdicción contencioso administrativa. La competencia de la Corte está pues, fijada mediante el sistema mixto de enumeración legislativa y de cláusula general, idea que recibe amplitud, para hacer la aplicación de que a la Corte se le ha señalado una serie de actos claramente determinados, de que debe conocer, y al Consejo de Estado aquellos que no son de la competencia de la primera. Aunque pareciera que de la presente acusación de inconstitucionalidad debe conocer la última entidad, porque en los preámbulos de los decretos no aparece en virtud de qué autorizaciones legales fueron dictados, o al menos por no haber dicho el Gobierno que lo hacía en virtud de las atribuciones a éste conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional, la Procuraduría estima sinembargo que corresponde a la Corte conocer de tal acusación.

A la Corte confió el constituyente, de manera general, la guarda de la integridad de la Constitución, o sea, velar porque ésta se observe en casos como los expresados en el artículo 214, que dan atribuciones fundamentales al gobierno, y le hacen partícipe en la función legislativa o llegan a reemplazarla, como sucede al dictar los decretos de que trata el artículo 121. El Consejo de Estado, en cambio, solamente tiene competencia, según las doctrinas más aceptadas, para conocer de la constitucionalidad de los decretos simples o llamados decretos ejecutivos. Antes del Acto Legislativo No 1 de 1945, la Corte conocía de la exequibilidad de los proyectos de ley, de las leyes y de todos los decretos acusados como inconstitucionales, pero después se dio al Consejo de Estado el conocimiento de las acusaciones de inconstitucionalidad de los decretos comunes o ejecutivos. "La Corte Suprema, en una palabra, ejerce el control constitucional de la ley y con ella de los decretos que tienen fuerza de ley y, dentro de las previsiones normales del Constituyente, no son otros que aquéllos que dicta el Gobierno en virtud de autorizaciones especiales o extraordinarias (Decretos extraordinarios, ord. 11 y 12 del Art. 76) o en virtud y por razón del estado de sitio y como consecuencia de la declaración de turbación del orden público (Decretos Legislativos, Art. 121)". El colaborador de la Corte cita, en apoyo de su tesis, dos tratadistas de derecho administrativo, que señalan el uno las normas acusables ante la Corte y el Consejo de Estado, y el otro lo radical de la reforma introducida por el ordinal 10º del artículo 34 del Código contencioso administrativo; y añade, además, la clasificación que la misma Corte ha hecho, de los decretos emanados del órgano ejecutivo —decretos legislativos propiamente tales, decretos con fuerza de leyes o decretos leyes o de carácter extraordinario, decretos con base en autorización especial y expresa de carácter ordinario, decretos reglamentarios y decretos simplemente ejecutivos—, para señalar que para los juicios de inexequibilidad de las tres primeras clases es competente la Corte, en tanto que el Consejo de Estado lo es para las dos restantes.

Determinados, las respectivas competencias, dentro de qué órbita caen los decretos acusados? Para el señor Procurador "no cabe la menor duda de que tales normas expedidas por la Junta Militar de Gobierno y autorizadas con la firma de todos los Ministros del Despacho Ejecutivo pertenecen a la de los llamados Decretos Legislativos, dictados por razón de la conmoción anterior que viene padeciendo el país de larga data, por razón de hallarse turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional y proferido si no en virtud de disposiciones legales y constitucionales sí de las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes y con el fin de que por el medio indicado en ellos de una reforma institucional producto de acuerdo de los partidos polí-

ticos, el país pueda regresar a la normalidad y recuperar su fisonomía de país democrático regido por sus instituciones constitucionales y legales".

Luego de anotar que, sobre lo anterior se extenderá al analizar el alcance del artículo 121, el concepto del Ministerio Público continúa manifestando que no se trata de actos de gobierno o imperio, conocidos en la doctrina francesa y no susceptibles de recurso jurisdiccional, primeramente porque no hay disposición que los autorice, de tal manera que los decretos de carácter legislativo a que se refiere el artículo 121 de la Constitución caen dentro de la competencia de la Corte, "a quien, por cláusula general, y a este respecto" "se le confía la guarda de la Constitución". Los únicos actos que escapan al recurso jurisdiccional son el decreto en que se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional o parte de él y las leyes que aprueban tratados y convenciones internacionales; el primero de tales actos, porque como lo sostiene la Corte, la responsabilidad en que pudieron incurrir el Presidente de la República y los Ministros debe deducirla el Congreso, y las segundas, porque los actos a que se refieren están sujetos a la jurisdicción de Cortes internacionales. Y por último, no es acto de imperio el Decreto acusado porque sólo ha podido dictarse en uso de las atribuciones del artículo 121 aunque no lo diga, y tiene todas las modalidades de los dictados en estado de sitio, de acuerdo con el citado artículo.

Tercero — Trascendencia del fallo — Analizado el presupuesto procesal de la competencia, el Procurador General de la Nación, como cabeza del Ministerio Público que es la Procuraduría, representante de la sociedad que "debe obrar siempre en interés de la legalidad, en el deseo de que las normas cristianas, democráticas y civilizadas se restablezcan y a que vuelva a imperar un Estado de Derecho en que la constitución y las leyes sean respetadas y cumplidas", dedica este capítulo a la trascendencia del fallo, que versaría sobre puntos que afectan el acuerdo de las grandes colectividades políticas que deponiendo odios, rencores y malquerencias, proclamando un programa que garantice la paz por lapso considerable, en que mediando diversos factores enumerados en el concepto, harán que "la patria se reconstituya", usando nuevamente de la expresión de los Constituyentes de 1886 y convalezca de sus pasados dolores y extravíos y vuelva a ser nuevamente orgullo del continente americano".

Cuarto — Fundamentos filosóficos y doctrinales. Lo excepcional de las normas acusadas y lo poco usual de los procedimientos adoptados, imponen la necesidad de investigar si tales actos tienen un fundamento filosófico jurídico y antecedentes históricos que los justifiquen". En orden a este estudio, y para hacer un esbozo de la soberanía y del origen de la sociedad o del Estado, la Procuraduría comienza por acudir a la definición de la ley, según Santo Tomás de Aquino y según el artículo 4º del CC. para inferir que en ambas "resalta como principio fundamental el concepto de soberanía, dictada por quien tiene el cuidado de la comunidad para el bien común, dice el uno, manifestación de la voluntad soberana el otro".

Luego de anotar cómo el Estado es sociedad perfecta y organismo, que no mecanismo, de origen que debe situarse en Dios y no producto de un pacto social, recuerda el colaborador de la Corte prenociones que a continuación se expresan, para deducir de ellas los principios básicos y las consecuencias aplicables al problema que ha de dilucidar la Corte.

La primera de tales prenociones es la de que el hombre por su naturaleza está destinado a vivir en sociedad. Indicado el paso de la familia primitiva a la nación, precisado cómo hasta en los pueblos nómades el conglomerado recibía órdenes de un superior, dicho cómo el hombre se fue arraigando en determinados sitios y abandonó la caza por la agricultura, y cómo "la propiedad y la sociedad son coetáneos e intrínsecos a la naturaleza del hombre", se continúa en el concepto del Ministerio Público: "En estas condiciones precisas de permanencia en un territorio fijo, de construcción de habitaciones, así fueran muy deficientes, fueron formándose asociaciones y grupos que posteriormente se convirtieron en pueblos regidos por una autoridad e instituciones permanentes trasunto de la autoridad paternal y de allí surgió poderosa y fuerte la idea de nacionalidad y de patria que tiene sus raigambres más profundas en la sociabilidad que Dios infundió en la humana naturaleza y a la cual no se puede sustraer". Varias autoridades, que van desde Aristóteles hasta Carle y Vanni, pasando por León XIII, Santo Tomás y Montesquieu, se citan para hacer notar ya cómo el hombre está ordenado, en fuerza de su naturaleza, a la sociedad política, ora a mostrar cómo "el mismo que creó la sociedad creó también la autoridad", o cómo el consorcio civil es ley de la humanidad y, finalmente cómo la sociedad es fenómeno universal, natural y necesario. De lo anterior se concluye que, si la sociedad civil tiene su fundamento en la naturaleza y si la autoridad dimanada de esa

misma naturaleza es impuesta por su autor, Dios, se deduce claramente el origen divino de la autoridad destinada a gobernar la sociedad. Si la autoridad en sí considerada deriva de Dios como de su causa primera, en concreto "tiene su fundamento inmediato en el querer de los hombres o en las instituciones positivas de los pueblos". Sobre la delegación del poder hecha por Dios, para el gobierno de la sociedad constituída, el concepto del Ministerio Público cede el lugar a las claras enseñanzas del P. José María Ucía, quien expone con sus matices, los dos principales sistemas en que se afirma que el poder político es conferido directa e inmediatamente por Dios a todo el cuerpo social o a los gobernantes supremos de los estados.

Quinto — La soberanía — De los datos anteriores se infiere que "la soberanía no es otra cosa que el poder o facultad que tiene la sociedad para organizarse o constituirse, en virtud de su misma naturaleza y dentro de las normas de la ley natural, darse su propio gobierno y establecer la manera de ejercerlo", principios que reposan en la igualdad "de los individuos ante la ley y en la acorde voluntad para dictarla y cumplirla", medida esta última mediante la mayoría que haga válida la decisión, siempre que no esté en desacuerdo con los postulados morales.

Como ejemplo histórico de lo que es en sí la soberanía, se recuerda la solemne fórmula utilizada para recibir juramento al rey aragonés. Y luego se continúa con el desarrollo de la idea de soberanía nacional, comentando el artículo 2º de la Constitución Nacional a la luz de lo antes expuesto y del preámbulo de la misma Constitución. "Contrariamente a lo que piensan muchos, no es la expresión del principio roussoniano de una soberanía incontrolada derivada únicamente del pueblo, sino derivada de fuente divina y destinada al logro de los más altos fines de la sociedad civil". A pesar de sostenerse que con esta norma constitucional pretendió especialmente terminar con la caótica situación surgida del federalismo, sin embargo "lo que resalta fuertemente en la fórmula de este artículo es la facultad primaria del conjunto social para dictar sus propias normas" facultad soberana pero no ilimitada, ya que no puede contrariar la soberanía popular ni la ley natural ni la divina positiva, porque si no fuera así habría que admitirse que una nación "podría cambiar su estructura moral para entregarse a doctrinas comunistas antidemocráticas y contrarias a la dignidad humana, lo que es absurdo. "Pero dentro de esos límites es preciso reconocer que el poder primario constituyente reside en el pueblo mismo y que el poder constituyente previsto en la Constitución es secundario y consecuencial a aquél". Se esclarece lo anterior con una cita de Recasens, según el cual debe hacerse distinción entre el poder constituyente y la competencia legal establecida por una constitución para reformarla parcialmente, porque el titular de esta competencia no posee el carácter de poder constituyente en sentido estricto, pues deriva sus facultades de la misma constitución que va a reformar y cuya identidad esencial debe persistir a través de las modificaciones que normalmente se le introduzcan. "Esta facultad de reformar la constitución aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el derecho constituído; y a fuer de tal, está regulada y limitada por éste. En cambio, el poder constituyente puede estructurar el Estado como quiera, sin restricciones, libre de toda vinculación a organizaciones pretéritas". Si la teoría expuesta "no puede aceptarse con la excesiva amplitud con que la plantea el autor" por razones atrás anotadas, de la cita surge también otra conclusión: la de que "si el poder constituyente primario tiene facultad para estructurar el Estado, **a fortiori**, para hacer reformas parciales no por ello menos trascendentes, impuestas por la necesidad y cuando no funcionan los organismos reformadores previstos en la Constitución porque quien puede lo más, puede lo menos".

Después de transcribir al mismo autor, en lo que se refiere a la codicidad de una constitución, caso en el cual "el poder constituyente de la plena soberanía nacional asume el carácter de única autoridad legítima", termina el Procurador General de la Nación este capítulo así: "No es posible que a pretexto de no violar la Constitución, se acepte, que ésta se continúe en fuerza de las circunstancias violándose sistemáticamente".

Sexto — Antecedentes históricos — Se refiere al plebiscito. Recordando, mediante las definiciones que transcribe, que aquél "es una medida política con la cual se ha tratado de dar carácter de legalidad a las revoluciones, golpes de Estado y otros actos fuera de fuerza", y de señalar su uso en Roma, España, Francia y Alemania, se hace un recuento de la forma plebiscitaria utilizada en Colombia desde tiempos de la Independencia hasta el siglo presente, comenzando por el antecedente federalista de 1815, que produjo la más completa anarquía al autorizar constituciones para cada una de las provincias, entre las cuales la del Socorro a su turno autorizó las locales, re-

formables plebiscitariamente. Se menciona como consulta plebiscitaria la verificada en 1850, para invitar a las provincias, por medio de sus orgánismos representativos, para que se decidiese sobre la forma confederal de la República. Se reseña igualmente el decreto del general Mosquera, en su carácter de Presidente Provisorio y Supremo Director de la Guerra, por medio del cual creó el congreso de plenipotenciarios, del que surgió la constitución de 1863, que por haber resultado irreformable condujo, en forma asaz conocida, a su caducidad, declarada por el presidente Núñez, quien a su turno, fundándose en el antecedente inmediato, excitó a los gobiernos de los Estados federales para enviar delegatarios al Consejo nacional "para deliberar sobre los términos en que deberá procederse a la reforma de la Constitución"; de este Consejo surgieron las bases de la nueva Constitución, puestas a la aprobación plebiscitaria "de segundo grado", o sea, sometidas a la de los cabildos de la República, por medio del decreto respectivo, precedido por una alocución presidencial, de la que transcribe apartes el concepto de la Procuraduría, que subraya, entre otras, la frase siguiente: ....."La reforma se halla, por tanto, sancionada de antemano por el voto inequívoco de los pueblos". Transcribe igualmente la vista fiscal apartes de la exposición del presidente Núñez al instalarse el consejo de Delegatarios y de la respuesta redactada por el señor Caro. El acuerdo de aquella entidad, en que se sentaron las bases en referencia, fue sancionado por el ejecutivo y puesto a la aprobación de los cabildos mediante decreto, de donde infiere el comentarista citado por la Procuraduría que tales bases no pueden ser modificadas ni ampliadas "sino mediante efectivo, ordenado y solemne plebiscito, para que no se incurra en el peligroso vicio de que trata el discurso de don Miguel Antonio Caro. . ." a más de considerar vigente el decreto respectivo "al menos analógicamente" como reglamentación de plebiscitos constitucionales "por no haber sido expresa ni tácitamente derogada, aunque bajo el gobierno del General Reyes, en que no se decretó ni llevó a cabo, en realidad, un verdadero plebiscito, se hubiera hecho caso omiso de tan sabia reglamentación, que se amoldó a la tradición de tales actos en Francia".

Y hace la Procuraduría un paralelo entre el procedimiento que en 1885 se siguió y el que quiere llevarse a cabo: primero, por la situación crítica de antes y la de ahora: segundo, porque entonces sostuvo la legitimidad del gobierno uno de los partidos y la fracción más fuerte del otro y "solamente el acuerdo político entre ellos produjo frutos de salud", y hoy también se han unido los partidos "y desean vivamente una reforma de la Constitución que permita el regreso a la normalidad y a los cauces civiles de la Nación"; tercero, porque no pudiéndose en aquella época convocar a elecciones de congreso o asamblea constituyente, se apeló al nombramiento de delegatarios de los estados para la redacción de las bases, y hoy "no habiendo Asamblea Constituyente, ni siendo posible por la necesidad de tranquilidad y de paz, el convocar un congreso", para que proceda según el artículo 218 de la Constitución, "se ha apelado al procedimiento de nombrar una comisión paritaria de eminentes personalidades, para que acordaran los puntos que debían someterse a la opinión pública"; cuarto, porque en 1885 se sometieron las bases a aprobación plebiscitaria de los cabildos, quizá las únicas entidades que funcionaban normalmente, y ahora las propuestas de la comisión paritaria se someten a tal procedimiento, aunque "por razones de todos conocidas los organismos municipales, formados de manera poco democrática, fueron suspendidos por el nuevo Gobierno, y era preferible acudir directamente al pueblo, lo que en lugar de quitarle fuerza le da vitalidad a la reforma", aunque se anote la diferencia fundamental entre la constitución de 1863, prácticamente irreformable, y la de 1886 que "estableció la manera como podían hacerse las reformas, y las ulteriores enmiendas las hicieron más fáciles"; como las actuales circunstancias impiden un curso normal debe seguirse en la reforma el procedimiento plebiscitario directo.

Después de este paréntesis, prosigue el recuento histórico acerca de los plebiscitos, con el de la convocatoria de asamblea nacional, verificada por el presidente Reyes, en decreto legislativo número 29 de 1905, fundado en solicitudes hechas por los cabildos. El acto Legislativo Nº 9 de aquel año, sirvió de base al decreto 126 de 1910, en que el presidente González Valencia convocó la Asamblea Nacional y cuyo texto, así como parte de la alocución presidencial correspondiente, copia el concepto del Ministerio Público. Después de anotar que el acto Legislativo Nº 3 de 1910 hizo fundamental enmienda al artículo 121 de la constitución, dice aquel concepto: "Las reformas constitucionales del año de 1910, se hicieron en la forma prevista en la Constitución y ellas fueron, pudiera decirse, ordinarias y de rutina, hasta el acto legislativo Nº 1º de 1936, que marcó rumbos nuevos un tanto exóticos y sufrió el rechazo de gran parte de la opinión ciudadana".

Por el acto legislativo de 1945 se hizo un reajuste que señaló un principio de acuerdo entre los partidos, alterado en 1946, en que se entabló "una lucha implacable por el poder", y los hechos del 9 de abril y posteriores incidencias llevaron a la violencia. Los intentos de conciliación han sido vanos. "El anhelo de una reforma constitucional que actualizara y vitalizara la Constitución de 1886, la atemperara a las circunstancias actuales, a los cambios ambientales, al medio sociológico del país y a sus necesidades económicas y a su desarrollo, ha sido de común sentir entre los colombianos de hace más de dos lustros a esta parte". De estos anhelos es muestra el mensaje presidencial al congreso de 1951. Reunida previamente una comisión de estudios constitucionales, que funcionó solo con miembros de un partido, el acto legislativo Nº 1º de 1952 aprobó la convocatoria de Asamblea Constituyente, en que se atendió, más que a la representación proporcional de los partidos, a la representación de los Departamentos, entidades públicas y otras, así como se dio asiento a los expresidentes. A esta Asamblea, a la que un partido tuvo representación reducida y muchos de los miembros de éste se excusaron de asistir, correspondió en 1953 "declarar legítimo el título de Presidente de la República en el Teniente General Gustavo Rojas Pinilla a quien se autorizó para ejercer el cargo hasta la terminación del período que se había iniciado ya que también declaró este Acto Legislativo, que el día 13 de junio de ese año había quedado vacante el cargo de Presidente de la República". Indicadas las actividades de la referida Asamblea, y dicho que en 1956 se desvió de los propósitos que la habían originado y habiendo determinado "disolverse dándole al Gobierno la facultad de convocar una nueva, casi a su exclusivo arbitrio", comenta la Procuraduría: "resulta evidente que la Asamblea Nacional Constituyente, no pudo cumplir los altos fines para que había sido convocada y poco a poco fué perdiendo de su prestigio hasta convertirse en una entidad intrascendente cuyo último acto fué la elección que para Presidente de la República se hizo con más de un año de antelación en quien venía rigiendo los destinos del país". Por lo demás el gobierno "fué perdiendo la aureola de opinión popular que inicialmente lo había acompañado a raíz del golpe de estado del 13 de junio de 1953", y que le hubiera permitido encauzar a la Nación por caminos de bienandanza, si se hubiera guiado por razones de conveniencia patriótica de bien común" aunque el Procurador General de la Nación agregue que todavía no ha llegado la hora de que "el veredicto de la historia se pronuncie en forma definitiva" y se haya limitado simplemente a registrar hechos históricos, como antecedentes necesarios para solución del problema planteado, dice, para terminar este capítulo: "Como consecuencia de su impopularidad, de haber desviado los fines para que fué convocada la Asamblea Nacional Constituyente, de haber impuesto su propia reelección presidencial, de haber contrariado en forma persistente la opinión pública, añadido a una grave crisis económica y social, el Gobierno resignó sus poderes y lo entregó en las primeras horas del 10 de mayo próximo pasado, a una Junta Militar que ha venido gobernando el país en medio de las mayores vicisitudes y dificultades, pero que ha sabido orientarse con un criterio democrático al logro de aspiraciones populares y con el propósito irrevocable de restaurar las instituciones civiles de la República".

Séptimo Gobierno de Facto — Reconocido, en el documento que se sintetiza, que la Junta Militar de Gobierno constituye gobierno de hecho, entra a examinar el valor de sus decisiones y si "el consenso con que ha llegado a rodearlo la opinión pública puede producir una legitimación de su autoridad", haciendo notar que el decreto acusado tiende a conceder aquella legitimación.

Rechazada, en principio, la idea de que la legitimidad de un gobierno de hecho pueda aceptarse "por el buen resultado con que haya llegado a asumir la dirección del Estado, por ser esta una doctrina reñida con las normas de la moral y de la justicia, acepta la Procuraduría que con el consentimiento y acatamiento de la opinión pública, en aras del bien común, esta clase de gobiernos puede subsistir y dictar normas, que deben recibir acatamiento en cuanto repriman la anarquía y propendan al bien común, dado que una sociedad no puede vivir sin gobierno, como lo exige su propia naturaleza. "El bien común o lo que con mayor precisión el Pontífice León XIII llama **bonum commune patriae** es la regla principal y el criterio moral que debe tenerse en cuestiones relacionadas con tan delicada y difícil cuenta para resolver acertadamente las diversas cuestiones relacionadas con tan delicado y difícil materia". Prosigue el estudio de los gobiernos de hecho a la luz de las enseñanzas del mismo Pontífice que reiteran lo antes dicho, pero después de citar la encíclica "Au Milieu" anota que el respeto y obediencia a tal clase de gobiernos "no son totalmente definitivos sino en cierto modo provisionales, mientras así lo demanden las exigencias legítimas y los justos intereses del bien

común", porque cesadas tales exigencias, el hecho debe ceder al derecho y lo físico a lo moral, para lo cual deben emplearse los medios que los ciudadanos prudentes, honrados y patriotas consideren oportunos. Halla aplicables a las circunstancias actuales de la República la admonición contenidas en la 'Libertas': "...Cuando tales cosas sucedieren, será justo procurar al estado otra organización, dentro de la cual se puede obrar libremente; porque entonces no se pretende libertad inmoderada y viciosa, sino que se busca en alguna manera alivio para el bien común de todos", fines éstos que son los del plebiscito, a juicio del comentarista quien pasa luego a exponer los principios de Gaston Jeze.

Comienza el desarrollo de este punto con la cita textual del mencionado tratadista, en cuanto se relaciona con la diferencia entre funcionario de derecho, funcionario de hecho y usurpador de funciones; y al transcribir sus opiniones cuando habla de funcionarios de hecho en tiempo de crisis política o social, y reconociendo que tal aparte se refiere a subalternos, considera sin embargo que el principio general allí contenido es aceptable. Pero halla luego un texto de aplicación especial a los gobernantes de hecho, y lo transcribe en sus partes pertinentes, que pueden resumirse de la siguiente manera: en Francia, como principio de derecho público, consagrado por numerosos precedentes, y basado en la necesidad social de asegurar la regularidad de los servicios públicos y de impedir la anarquía, se establece que quienes toman el poder o asumen el gobierno, por consecuencia de una revolución, hallan investidura admisible por el asentimiento o la pasividad más o menos generales, y en el ejercicio pacífico y público de la función. Pero el gobernante de hecho no es usurpador porque posee investidura, aunque irregular, y su título se halla en el deseo general de la inmensa mayoría de "impedir la anarquía, mantener en el país, a toda costa, el orden y la paz públicos". Subraya la Procuraduría el que la aceptación del hecho consumado se facilita y la investidura se hace más admisible cuando, quienes asumen el gobierno de hecho, son los mismos que ya participaban de manera activa en el gobierno. Si la aceptación general del hecho consumado es el título que se invoca, con todo suele "dársele una interpretación tendenciosa" porque se toma la no protesta como expresa manifestación de voluntad; pero si existe realmente, es decir, si no hay protesta general, es admisible este título manifiestamente irregular. Después de transcribir las tres fases que van desde el golpe de fuerza hasta la transformación del gobierno de hecho en gobierno regular, la Procuraduría termina con la cita textual de las conclusiones de Jeze, que son: a virtud de principios de derecho público francés, si no son usurpadores sino gobernantes de hecho los provisionales, "ello es a condición de que gocen de una investidura admisible"; el carácter de gobernantes de hecho da a sus actos jurídicos validez jurídica; y por esto, sin discusión, se consideran válidos leyes, nombramientos, deliberaciones etc. Elaborados, establecidos o concluidos por los gobernantes de hecho".

Antes de pasar al siguiente capítulo, el concepto del Ministerio Público señala una diferencia fundamental entre la concepción católica y la del tratadista francés, en cuanto la de éste "es utilitarista y materialista y se conforma más que todo con el buen éxito del golpe de fuerza o de la rebelión", "pero ambas llegan a un mismo resultado práctico. A saber: la validez jurídica de los actos gubernamentales de los gobernantes de hecho".

Octavo — Artículo 121 de la Constitución. El "ius gentium", norma positiva de derecho. Luego de transcribir lo pertinente del primitivo art. 121 de la Constitución y el del 33 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, dice: "La simple lectura de los textos lleva a la conclusión de que las facultades gubernamentales en estado de sitio se ampliaron considerablemente con la adopción del artículo 33 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, pues al paso que la Constitución del 86 el Gobierno solamente podía apelar a las reglas del Derecho de Gentes, en defecto de la ley, según el artículo 33, que se comenta de tales facultades está investido, además de la Ley, 'Es decir, que tiene las autorizaciones que le da la Ley, mas las del Derecho de Gentes". Y entonces pregunta qué es este Derecho, a lo que responde exponiendo las dos principales acepciones en que puede entenderse, la primera como "un cierto conjunto de normas de humanidad aplicables en caso de beligerancia o de guerra internacionales", con preceptos más que todo de carácter negativo; como el de prohibir el uso de gases venenosos o letales, el fusilamiento de prisioneros etc.; en la segunda acepción, el Derecho de Gentes se viene a confundir con los postulados del derecho natural, o sea, con los que autorizan "para hacer todo aquello que no pugne abiertamente con la Ley Natural impuesta por Dios en la conciencia de los hombres". Pero sea cual fuere la interpretación que se de al significado del Derecho de Gentes, fué elevado, por el acto legislativo de 1910,

o norma positiva "en el cual puede fundarse el Gobierno para dictar medidas encaminadas al restablecimiento del orden público y a su mantenimiento posterior, y de ahí que el Presidente y los Ministros sean responsables" "por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas" en el artículo en cuestión, o sea las dadas por la ley y por el Derecho de Gentes, de donde se infiere que el gobierno "para reprimir la conmoción interior, o la guerra exterior, en el caso que se estudia en el primer evento pueda dictar todas las disposiciones (subrayado en el original) que, para reprimir la conmoción interior, autoriza el derecho de gentes y no solamente, como lo tiene establecido la doctrina de la Corte, aquellas encaminadas a debelar el alzamiento, sino a eliminar las causas a que pudiera haber obedecido; que pueden ser de índole sociológica, económica y aún moral". Dadas las circunstancias "qué cosa más natural, más lógica, más de acuerdo con el Derecho de Gentes, que aprovechar la patriótica convivencia de los partidos para adoptar una reforma constitucional que viene a eliminar esa lucha por el poder y a establecer un interregno de convivencia y a devolverle al país su fisonomía civil, democrática, civilizada y cristiana?" Y con el fin de mostrar el entendimiento de los partidos y el propósito de concordia nacional, se toman apartes de diversas manifestaciones hechas por "importantes hombres de la nacionalidad al respecto", con la aclaración de que "el plebiscito debe mirarse como un procedimiento de excepción impuesto por la fuerza de las circunstancias, como el último anhelo colectivo para restablecer el orden y encauzar el país hacia la civilidad. El plebiscito es también un arma peligrosa que, subrepticiamente, han empleado las tiranías para mantenerse en el poder. Por ello, está muy bien que en el art. 13 de las bases plebiscitarias se establezca que en adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso en la forma establecida por el art. 218 de la Constitución, para cerrar así la puerta, ojalá para siempre, a un procedimiento que si conveniente y necesario en las actuales momentos, podría ser funesto para la vida de la nacionalidad".

"Todo este largo estudio, señores Magistrados, —dice la Procuraduría General de la Nación— podría condensarse en la frase latina estampada en el pórtico del Senado de la República: SALUS POPULI SUPREMA LEX". Y termina pidiendo se declare la exequibilidad de los decretos materia de la acusación.

Consideraciones de la Corte:

Revolución y gobierno "de facto" — El estado de derecho presupone un conjunto de ordenamientos jurídicos o reglas relativas al gobierno y vida de la comunidad. Tales ordenamientos regulan la forma de gobierno y sus deberes y derechos frente a los ciudadanos, así como los deberes y derechos de éstos en relación con el Estado. Por regla general, las Constituciones contienen una parte dogmática, que está compuesta por las normas que consagran los denominados derechos individuales y garantías sociales, y otra, orgánica, que comprende los preceptos referentes al Poder Público y a sus órganos, que estructuran la vida jurídica y política del Estado. Al traducirse el poder en actos externos, queda sometido a la Constitución y a las leyes, normas que organizan y reglamentan la vida jurídica dentro de la concepción del Estado de derecho.

Pero en la vida de los pueblos hay momentos de crisis políticas, sociales, económicas y jurídicas —guerra exterior, conmoción interna— que llevan a la turbación del orden público. Entonces las normas jurídicas ordinarias pueden ser incapaces para conjurar los peligros derivados de esas situaciones, y la normalidad jurídica en algunos de sus aspectos se suspende, para dar paso a la denominada legalidad marcial, que puede estar prevista por el mismo Constituyente. Si existe la norma preestablecida, los actos del gobierno deben sujetarse a ella, y si sobre éstos hay guarda jurisdiccional, esas determinaciones caen bajo su imperio.

La revolución, la insurrección, el golpe de Estado llevan al poder a quienes hasta entonces han carecido de título para ejercerlo, o teniéndolo, se han desviado de la normalidad institucional para conservarlo, o en fin, producirse con el propósito de restablecer al ilegítimamente depuesto.

Sin examinar, por no ser indispensable, la manera pacífica o violenta como se haya producido puede afirmarse que la esencia de la revolución se halla en el rompimiento del orden jurídico preexistente, en el quebrantamiento de las normas institucionales en todo o en parte. Así, la revolución puede atentar contra la totalidad de la estructura jurídica del Estado, configurado en determinada constitución; o simplemente, dirigirse contra su parte orgánica. Cualquiera de esta situaciones engendra el llamado derecho de la revolución, que se da aún cuando se trate de volver a las instituciones que se juzgan quebrantadas, porque si los hechos se hubieran encauzado dentro de las normas anteriores, se quitaría

todo sentido revolucionario al movimiento, ya que no habría perturbación del orden preexistente. Pero dentro de un sistema jurídico positivo, no puede hablarse de un derecho a la revolución, sino que, por el contrario, de acuerdo con aquél, ella se debe considerar inoperante e ilícita; la valoración del movimiento político, para calificarlo de justo e injusto, sólo puede hacerse mediante principios generales jurídico políticos. La revolución, por su misma esencia, quebranta el orden constitucional coetáneo.

Es un error frecuente el de enjuiciar los hechos generadores del derecho de la revolución a la luz de la norma preexistente. Aquéllos irán siempre contra ésta, así sea en forma indirecta, como cuando, con el fin de restaurar las instituciones conculcadas, se toman medios revolucionarios que, por su naturaleza, no pueden ajustarse a dichas instituciones. Por otra parte, dentro del derecho que surge de los hechos revolucionarios, por la tendencia de los detentadores del poder a legitimarse, puede aceptarse el derecho anterior en lo que no pugne con el nuevo, y entonces los actos de la revolución quedan sometidos al derecho preexistente, en cuanto aquélla lo prohija. En cambio, si la revolución considera que parte de este derecho no puede coexistir con ella misma, la rechaza por el estado de necesidad, ya que estaría de por medio su supervivencia, porque si se da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la Nación. En estas condiciones, la revolución crea derecho por su propia declaración de voluntad, que tiene validez jurídica como derecho intermedio entre la legalidad anterior y la que se procura establecer. Por esto, los efectos político jurídicos de la revolución son manifiestamente distintos de los del simple golpe de estado que, por originarse exclusivamente en la fuerza, ata a sus ejecutores en un todo a las normas vigentes.

La Junta Militar de Gobierno, se ha dicho, tuvo su origen en la dejación del mando que hizo el ciudadano que legítimamente venía ejerciéndolo, pero con ello no se produjo un golpe de estado ni una simple rebelión. Las circunstancias en que se verificó no dejan lugar a dudas, y si hubiesen existido algunas, los gestores del movimiento del 10 de mayo las han disipado al enunciar las finalidades que se proponían con él, que no eran la simple sustitución de personas.

Si la democracia moderna, al decir de Kelsen, "descansa sobre los partidos políticos cuya significación crece con el fortalecimiento progresivo del principio democrático" y de ellos "nace una parte muy esencial de la formación de la voluntad colectiva", en el caso presente es indispensable estudiar el origen del movimiento, su desarrollo y sus fines en el acuerdo de los partidos políticos, cuya voluntad está consignada en los que se han llamado pactos de Benidorm, Bogotá y Sitges. En el primero de esos documentos se hacen las siguientes manifestaciones: "La necesidad inaplazable de recomendar a los dos partidos políticos históricos una acción conjunta destinada a conseguir el rápido regreso a las formas institucionales de la vida política y a la reconquista de la libertad y a las garantías que han sido el mayor orgullo patrimonial de las generaciones colombianas hasta la presente..." "La necesidad de volver a crear la República, buscando la fuente del poder en sus orígenes populares... y el regreso a la normalidad jurídica vivamente anhelado por todos los partidos". En el documento de 20 de marzo, al tratar de la crisis política, se enuncia como sistema de solución el "del leal entendimiento y conjunción de los dos partidos tradicionales para presentar una cívica resistencia a la destrucción sistemática del patrimonio moral, institucional y jurídico de Colombia..."; y se declara que han llegado a la convicción de que sin un esfuerzo conjunto no se puede restablecer la Constitución y que sólo cuando ella vuelva a regir, en todo su imperio, con sus controles, sus poderes coordinados y diferentes, sus garantías para la persona humana, sus libertades para la vida política, será posible contemplar una revisión que, hecha en un ambiente sereno y sin presión oficial alguna, asegure la mejor convivencia de los colombianos por medio de una representación auténtica de los intereses e ideas de los partidos en todas las ramas del poder; esa solución es también la de comprometerse fiel y solemnemente a crear un gobierno civil que se ejerza a nombre de los partidos, que los represente por igual, en el cual ambos colaboren y que esté sostenido por una sólida alianza que no permita su naufragio ni lo deje inclinarse hacia la hegemonía; tipo de gobierno que no sea un tránsito fugaz hacia otra lucha por el poder".

En el pacto de Sitges, después de acordar los fines que los dos partidos políticos se proponen, se sugiere el sistema para su ejecución y se dice que "tales enmiendas se lleven a la aprobación o rechazo de la opinión pública por medio de un plebiscito muy sencillo y concreto que otorgue al sistema paritario en las corporaciones públicas, y en general al entendimiento de los dos partidos, un apoyo indiscutible por la apelación a la fuen-

te más pura del poder. Quedará así consolidado el acuerdo de los partidos para la reconquista de su patrimonio cívico común. Realizado ese plebiscito en el más breve tiempo, y aprobadas las enmiendas por el pueblo en forma directa, entrarán a regir inmediatamente. Se convocarán las elecciones para el parlamento sobre las nuevas bases y para constituir también los cuerpos colegiados constitucionales y elegir el Presidente de Colombia.

"Un plebiscito así concebido dará ocasión a los partidos empeñados conjuntamente en explicarlo al pueblo y en defender las tesis que se han comprometido a practicar, de hacer simultáneamente una intensísima campaña de paz que deberá tener dos características: una inflexible dureza de las directivas nacionales, departamentales y locales, contra los violentos, contra los delincuentes, contra los aprovechadores del sectarismo, contra los traficantes de la muerte que se están ocultando bajo las banderas de partido, todos los cuales deben ser excluidos y desamparados de todo apoyo y a quienes ha de negárseles la protección de las colectividades políticas para sus actos ilícitos, entregándolos sin vacilación a la justicia, y una persuasiva y constante tarea de reconciliación de los ánimos y de lucha contra el sectarismo que da tan atormentada fisonomía a nuestra nación. Acordados los dos partidos en las bases de la enmienda constitucional enunciada, tienen perfecto derecho de solicitar al Gobierno que las someta formalmente al plebiscito nacional, y el gobierno, que ha dicho que solo aspira al restablecimiento de la normalidad, tendrá el deber de abrir al pueblo el camino para expresar su voluntad sobre esas fórmulas que ya le han propuesto y que no hay autoridad distinta que pueda ejecutar con título justo".

De tiempo atrás se viene sosteniendo que, para terminar con la lucha de los partidos, deberían distribuirse por mitad el ejercicio del poder, no en una sola de sus ramas sino en todas y de hecho se había concretado en cuanto hace a la jurisdiccional. Posteriormente, aquel principio tuvo su desarrollo lógico en la aspiración a una reforma constitucional que, por hallar inadecuados los medios previstos en la misma constitución o por el de Asamblea Nacional Constituyente, debía someterse directamente al pueblo; los puntos concretos en que se recogió aquella aspiración, además del de reafirmar el regreso a la Constitución de 1886, haciendo con esto a un lado algunos actos legislativos vigentes, fueron en síntesis los que siguen, que en una u otra forma repercutían, así fuera por tiempo limitado algunos, en la parte orgánica de la codificación constitucional a la que se quería regresar: transformar la representación proporcional de los partidos (Art. 172 de la Constitución) en la igualdad de representación de solo dichos dos partidos; restringir las atribuciones del presidente de la República relativas al nombramiento y remoción de los Ministros (Art. 120) por cuanto el Ministerio se compondrá, por mitad, de miembros de aquellos dos partidos; modificar el sistema de remuneración de los miembros del congreso (Art. 113) y la forma de votación de las leyes (Art. 81); transformar la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en cuanto a su composición y en cuanto a la duración de los cargos (Artículos 148 y 136), y en la manera como han de proveerse (Artículos 149 y 136).

Estos postulados en que se concretan las bases del movimiento, hacen ver cómo no se trata de una reforma total de la Constitución.

De donde puede afirmarse que la revolución tampoco es total sino parcial, y el derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea, lo que denominan los expositores el momento del pueblo constituyente.

No es que se eluda la consideración de fondo del problema. La ocurrencia es otra: la misma Constitución invocada para afirmar que no se puede hacer una enmienda, porque a ello se opone su artículo 218, no le ha conferido a la Corte Suprema de Justicia, en ninguna de sus disposiciones, esa competencia constitucional como luego se examinará.

Posteriormente también se indicará el problema planteado al sostenerse en el acto que se pretende ejecutar que la "Constitución Política de Colombia es la de 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo Nº 1 de 1947 inclusive, y con las siguientes modificaciones", porque allí se enuncia que no hay un regreso simple a la Constitución, sino la declaratoria nítida de que ésta se adopta modificada.

Se infiere, pues que, a pesar del carácter regresivo que sus gestores le han querido imprimir, el movimiento no busca un simple retorno a la Constitución: existen puntos que impiden estimarlo así. Además, debe recordarse que sobre casi todos ellos, con mucha anterioridad se había

planteado la necesidad de una reforma por considerarse que la Constitución de 1886, con sus enmiendas posteriores, en varios de sus aspectos había resultado inadecuada para las circunstancias.

De lo expuesto se desprende otra consecuencia la de que el Gobierno surgido por virtud de los hechos revolucionarios, es **de facto**, concepto que conviene esclarecer. Algunos, colocados en el punto de vista del origen de la **doctrina de facto**, como no creada para las revoluciones, aseguran que en América no se presenta este tipo de gobiernos, salvo cuando se dió en Méjico el paso de la República a la Monarquía y a la inversa en el Brasil; suponen que no existen más revoluciones que las de estructura y hacen caso omiso de las demás, con el argumento de que la constitución republicana democrática puede ser reformada en todos aquellos países, total o parcialmente, y esto excluye una verdadera doctrina de la revolución, ya que cualquier cambio se alcanza con los medios señalados por la misma Carta. Y es porque sólo se tiene en cuenta que, en sus orígenes ingleses y en su evolución estadirense, la doctrina **de facto** no surgió de la revolución, a diferencia de la doctrina que los franceses denominan continental y que pudiera llamarse latina, que consiste en llegar al concepto de gobierno **de facto** como producto de la revolución, entendida no solo como cambio estructural del Estado sino en cuanto comprende variaciones de la parte orgánica de la Constitución por medios no previstos en ella. Por eso puede decir Burdeau que "se entiende por gobierno **de facto** un gobierno creado ya en contradicción con la constitución existente, ora **ipso facto** en el caso de inexistencia de un orden estatal anterior" (TRAITE DE SCIENCE POLITIQUE, T. III Nº 293 ed. de 1950) y que la originalidad de un gobierno de esta índole radica en que ejerce la autoridad sin fundamento constitucional, en lo que se opone al **de jure**, en que la práctica del poder se hace de conformidad con el estatuto preexistente. De ahí que no puedan calificarse estos gobiernos mediante el concepto de legitimidad o ilegitimidad política, porque se trata precisamente y con exclusión de otros ajenos al jurídico propiamente tal, de que el gobierno encuentre o no dentro del derecho preexistente con su aparición y ejercicio de sus funciones, el título que le permita ejercer la autoridad, y en este sentido, como lo afirma el tratadista citado y cuya doctrina se acaba de resumir, todo gobierno **de facto** es revolucionario.

Es oportuno advertir que la teoría de los funcionarios "de facto", que se orienta dentro de una concepción de gobierno **de jure**, como lo contempla la doctrina, no es aplicable a la de los gobiernos "**de facto**" que, como se acaba de ver, están enmarcados dentro de la teoría de la revolución.

Cuando no se trata de la simple sustitución de personas en el ejercicio del poder, como sucede en el golpe de Estado, si se presentan cambios, ya en la parte dogmática, ora en la orgánica de la constitución, se rompen sus principios porque, como es evidente se pretende producir o la caducidad del orden jurídico institucional preexistente, o al menos su alteración. Por otra parte, conviene advertir que en algunos casos de transformación total, se guardan las formas anteriores, quitándoles la sustancia y aparentemente se conserva la estructura anterior, como sucedió en dos de las revoluciones totalitarias del presente siglo, cuyos jefes fueron llamados al gobierno por los modos constitucionales preexistentes, y cuya obra fue realizándose paulatinamente dentro de los mismos preceptos anteriores a su llegada al gobierno, hasta privarlos de todo contenido, sin que por haber guardado aquellas apariencias, pueda jamás sostenerse que no fueron revoluciones los movimientos ni revolucionario el gobierno surgido de ellos.

Queda por examinar otro aspecto de la cuestión. Para que de un gobierno se pueda afirmar que es **de hecho**, además de su origen, debe tenerse presente en primer lugar, que sea gobierno, es decir que ejercite todas las funciones de tal y luego que el asentimiento no sea la pura pasividad explotada como adhesión, según lo precave Jèze. Así el examen debe hacerse para cada caso concreto, y además recordarse que ni siquiera el reconocimiento internacional implica la transformación del gobierno **de facto** en gobierno **de iure** porque este problema es absolutamente interno: el reconocimiento es un acto político del gobierno que lo hace en que obran consideraciones propias de cada país que lo verifica, pero no puede influir en la calificación que deba hacerse de acuerdo con el derecho nacional del gobierno reconocido.

Ahora bien. La Junta Militar de Gobierno, de la que provienen los decretos acusados, originada en el movimiento revolucionario que, en parte culminó el 10 de mayo, indudablemente ejerce todas las funciones gubernamentales y también es cierto que, a más de no estarlo disputando nadie ese ejercicio, ha recibido apoyo explícito: los inconformes no han hecho manifestacio-

nes que puedan indicar el volumen de su reacción y en gran parte aceptan los hechos cumplidos. La Junta, por lo demás, ha declarado su deseo de volver a los cauces constitucionales es decir, acogió en este extremo el punto de vista de los gestores del movimiento.

La guarda de la Constitución y la competencia de la Corte — Sentadas las bases anteriores, y ya dentro del examen de los textos positivos, ha de estudiarse la competencia de la Corte por razón de la naturaleza de los actos acusados, para fijar si, conforme a las atribuciones que la Constitución y la ley le otorgan, se halla la de enjuiciar dichos actos.

La guarda jurisdiccional de la Constitución es un corolario de la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes —en el significado amplio de esta última palabra— y medio de garantizar la idea del derecho. Ella se ejerce preventivamente para vigilar la actividad legislativa y paralizarla cuando sus medidas se consideren inconstitucionales, o invalidando la norma ya expedida, y aún mediante la declaratoria de inaplicabilidad. Los dos últimos fines se obtienen por vía de acción o de excepción, conforme a procedimientos que difieren tanto por su mecanismo como por sus consecuencias jurídicas.

La vía de acción es el procedimiento directo, en que cualquier ciudadano ocurre ante la Corte Suprema de Justicia para que ésta declare la conformidad o inconformidad del acto acusado con la Constitución. De esta suerte se ejerce el control por un órgano jurisdiccional único, al que el constituyente mismo inviste de tal facultad. La decisión produce efectos **erga omnes**. La defensa, por vía de excepción, se obtiene por la declaratoria de inaplicabilidad de la Ley a un caso concreto con efectos simplemente relativos. El artículo 214 de la actual codificación constitucional consagra el primer sistema; el 215 el segundo.

No todo acto que atente contra la integridad de la Constitución, inmediatamente fija con nitidez su alcance, de tal suerte que el referido artículo contiene un principio sustantivo y la norma que lo regula y garantiza: por el primero a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución, y por la segunda que es su desarrollo, se le otorga la facultad de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos allí enumerados. La competencia de la Corte es entonces restrictiva, porque la enumeración es taxativa.

El acto legislativo No 3 de 1910, en su artículo 41 confería a la Corte la facultad de decidir sobre "Los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales". Se establecía pues una competencia de carácter general para que la Corte conociera de la constitucionalidad de leyes y decretos, sin excepción ni límite alguno, de tal suerte que se consagró un control jurisdiccional pleno e ilimitado, y entonces sí era afirmativa la competencia de la Corte para todos los actos emanados del gobierno o del legislador.

Pero el acto legislativo No 1 de 1945 restringió esa competencia, en materia de decretos, a los que dicte el gobierno en ejercicio de las atribuciones que le dan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y las que le confiere el artículo 121 de la Constitución. Así, lo que era amplio e ilimitado se suprimió, para reemplazarlo por un control limitado a determinados actos del gobierno, y las facultades de la Corte, en sentido abstracto y general, fueron limitadas por el mismo constituyente. Que tales facultades no se extienden a todo acto que se considere inconstitucional, lo está diciendo, a más de lo anterior el hecho de que jamás se ha intentado que esta corporación conozca de los proyectos de actos reformatorios de la Constitución, a pesar de que en el presentado por el Gobierno a las Cámaras Legislativas para la reforma de 1945 se hubiese querido adscribirle esa competencia.

Tan evidente es ello, que el Gobierno, en su proyecto incluyó la siguiente innovación: "212 Una reforma de la Constitución no podrá ser declarada inexequible por la Corte Suprema sino cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas por este artículo. El gobierno sólo podrá objetar la reforma cuando le llegue para su promulgación después de los debates de la segunda legislatura ordinaria". Así pues, el control jurisdiccional sobre proyectos de reforma constitucional, aunque limitado en la forma que indicaba el gobierno, fue negado y no quedó incorporado en ninguna norma constitucional de tal suerte que la Corte no puede, con fundamento en el antecedente, afirmar su competencia sobre proyectos de enmiendas de la Carta, competencia que no se consagró acaso porque en el fondo podía implicar la interferencia de un poder constituido en el poder constituyente, y porque un control de esta naturaleza podía colocar a uno de ellos —el judicial— por encima del mismo constituyente.

Lo propio aconteció con la modificación propuesta en el artículo 147 del proyecto, que decía: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía l

guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo o en su forma, y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno, como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma; o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación. **También decidirá la Corte si una reforma constitucional es exequible cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas en el art. 209**". La explicación que entonces dió el gobierno es la de que: "La modificación de este artículo, el 149 de la Constitución, consiste en atribuir a la Corte, como facultad nueva, la de decidir definitivamente sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el gobierno como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma, agregando también que la Corte podrá declarar inexequible el proyecto de ley objetado por el Gobierno como inconstitucional, si no se acomoda su forma a las disposiciones de la Carta, es decir, si ha sido expedido con violación de las normas constitucionales, se agrega la atribución de la Corte de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos legislativos, acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales. Como se ve, no se dá la facultad a la Corte de juzgar sobre la forma de las leyes o decretos legislativos acusados por inconstitucionales en acción pública, sino solamente de decidir, en estos casos, cuando el Gobierno, que es colegislador, objete por inconstitucional o violador de la ley orgánica, un proyecto de ley cuya expedición no se acomoda a los trámites establecidos en la Carta".

Así pues, de la competencia de la Corte se sustraen, los proyectos de enmienda de la Constitución, los decretos reglamentarios dictados por el gobierno, en uso a la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 120, y los decretos simplemente ejecutivos. No es lógico ni jurídico sostener que la competencia de la Corte, como encargada de velar por la integridad de la Constitución, se extienda a todos los casos en que tal integridad esté amenazado. Si tal aconteciere, la Corte usurparía jurisdicción. Esta competencia es de derecho y de orden público y para el caso, como ya se anotó, no enunciativa sino limitativa, de modo que este control jurisdiccional no puede aplicarse por analogía, sino exclusivamente a los casos previstos en la Carta. Lo contrario es desconocer la voluntad del Constituyente y aplicar el control a situaciones que la norma no regula.

El artículo 121 de la Constitución Nacional — No se está en presencia de proyecto de ley objetado por el gobierno como inconstitucional, ni de una ley. Mucho menos ante decretos dictados en ejercicio de las atribuciones dadas por los ordinales 11 y 12 del artículo 76. Queda por examinar si los actos demandados se dictaron en ejercicio de las facultades que el artículo 121 de la Constitución confiere al gobierno.

Es cierto que la referida norma imprime al Derecho de Gentes categoría de ley escrita Nacional. Y es evidente también que aquella locución tiene dos acepciones. Pero no lo es menos que el artículo 121 sólo hace referencia a una de ellas, como se sabe por sus antecedentes en la Constitución original de 1886. La Constitución se refiere por modo expreso al Derecho de Gentes, como ciencia normativa, entre otros puntos, de la guerra entre naciones, o sea en el mismo sentido que le da el derecho internacional. Y siendo esta así, no puede comprenderse cómo se da esta base a los decretos acusados, para encajarlos dentro del artículo 121, o sea dentro de una de las clasificaciones hechas para determinar la competencia de la Corte, dado que no se trata de regular en ninguna forma el tratamiento de prisioneros ni punto alguno semejante.

Ni siquiera interpretando el artículo 121 de la Carta, en el sentido de ley natural, podría inferirse que se trata de actos comprendidos en esa norma positiva, para darle competencia a la Corte, porque no es el soberano de que habla el señor Procurador, el que ha hecho uso del derecho natural para producir la reforma, sino que es el gobierno quien ha convocado al plebiscito para promoverla.

Los decretos que se dictan conforme al artículo 121 de la Constitución no tienen carácter permanente sino transitorio y pierden su vigencia cuando se declara restablecido el orden público. Su imperio permanente deben recibirlo del legislador. Además, por regla general, tales decretos contienen determinaciones legales, y no constitucionales; de ahí que por su medio el Gobierno sólo puede suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio y dictar las normas que, en el interin, deban reemplazarlas.

Los decretos acusados no contienen preceptos de orden legal sino constitucional. Por su forma y por su contenido no son de aquellos a que

alude el artículo 121. Por el aspecto estrictamente formal, el primero de ellos que dice: "decreto legislativo sobre plebiscito para una reforma constitucional", no se refirió al artículo 121 en ninguna de sus partes, ni como es de uso en los actos a que esta norma se refiere, declaró suspendida disposición alguna contraria al mismo decreto. De ahí que su fundamento no radique en la facultad conferida al gobierno por el artículo 121, sino en la derivada del estado de necesidad para cumplir los fines de la revolución. A más de los argumentos adjetivos surgidos de su forma, dicho decreto tiene este fundamento esencial: "La Junta Militar de Gobierno de la República de Colombia, interpretando la opinión nacional expresada en los acuerdos suscritos por los partidos políticos..." lo que indica cómo su espíritu excluye toda idea de que se haya dictado según procedimientos normales.

En cuanto al elemento "estado de necesidad, a que atrás se aludió, basta observar que los fines de la revolución desaparecerían si no pudiese cumplirlos en la forma señalada en los decretos acusados, por la ausencia transitoria del órgano representativo —el legislativo— que, de acuerdo con el artículo 218, llevase a cabo la reforma.

En resumen, los decretos acusados se sustraen a la competencia de la Corte por su naturaleza jurídica, sin que esto quiera decir que la revolución no esté limitada por el bien común y los principios del derecho natural, además de las normas constitucionales y legales que ella misma haya adoptado.

Si aquellos actos no caen dentro de la competencia de la Corte, ésta tiene que declararlo así, de conformidad con las normas de la Carta que regula la materia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, oído el concepto del Ministerio Público, SE INHIBE de conocer de la demanda por carecer de competencia para ello.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial. Archívese el expediente. Comuníquese a los señores Ministros de Gobierno y de Justicia.

Juan Benavides Patrón — Daniel Anzola Escobar — Enrique Arámbula Durán, con salvamento de voto. — Manuel Buenahora, con salvamento de voto. — Santiago Cadena Copete, con salvamento de voto. — Miguel Antonio Constain. — Jesús Estrada Monsalve, con salvamento de voto. Guillermo Garavito Durán, con salvamento de voto. — Enrique Giraldo Zuluaga — Abelardo Gómez Naranjo — Guillermo Hernández Peñalosa — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón Padilla, con salvamento de voto. — Camilo Rincón Lara — Sergio Antonio Reano, con salvamento de voto. — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Eliberto Téllez Camacho Francisco de P. Vargas Vélez — Remigio González Gooding, Conjuez. — Jorge Soto Soto, Secretario".

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HH. MAGISTRADOS ARAMBULA DURAN, MANUEL BUENAHORA, CADENA COPETE, ESTRADA MONSALVE, GARAVITO DURAN, PACHON PADILLA Y RUANO

Hemos suscrito con salvamento de voto la providencia anterior por las razones que a continuación exponemos:

Consideraciones Generales

A) En el estudio de la acción de inexequibilidad consagrada en el artículo 214 de la Carta Fundamental debe partirse del presupuesto ineludible de que la voluntad del pueblo colombiano ha sido invariablemente la de organizarse como Estado de Derecho, mediante el establecimiento de un orden jurídico escalonado y jerárquico en cuyas bases el Estatuto Supremo recoge los principios de filosofía política y de estructuración institucional destinadas a asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz y, con ellos, el afianzamiento de la unidad nacional.

Por un sistema de competencias cuidadosamente regulado, los órganos de la administración, y cada autoridad dentro de su órgano respectivo, actúan desde su propia órbita, en tanto que los gobernados se preservan, con el empleo de recursos eficaces, de los abusos y desvíos del poder. Es así como el acatamiento a la Ley no se refiere solamente a los miembros del grupo social, sino que obliga primordialmente a las autoridades constituidas, cuyo ámbito de acción encuentra en el escollo de ordenamientos previos su delimitación necesaria. "Gobierno de leyes y no de hombres", como reza la sentencia norteamericana, es fórmula útil para distinguir el gobierno de los pueblos civilizados, donde impera la fuerza de la ley, del Jefe de la tribu primitiva, respaldado únicamente en la Ley de la fuerza.

Sin estas consideraciones preliminares no se entendería suficientemente nuestra profunda convicción de que en Colombia, organizada como Estado de Derecho, no se concibe ningún acto de administración que escape al control jurisdiccional y que en manera alguna pueda la Corte, so abdicar de su misión por excelencia, sustraerse al deber de examinar la tacha de inconstitucionalidad que se ha sometido a su dictamen, aplazando hacia el campo de la conveniencia la función de aplicar el derecho consagrado en disposiciones positivas. Cuando el interés del gobernante o los anhelos populares se hallan en contradicción con claras prescripciones legales no puede el Juez, como tal, reconocerlos; y esto es, por lo demás lo que promete el Magistrado cuando jura cumplir con la Constitución y la ley. Basta a nuestro propósito lo dicho. Como lo observa Juan Dabin, "hay principios tan evidentes de suyo, que hablar de ellos es debilitarlos".

B) El artículo 214 de la Carta establece:

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución".

Como consecuencia de esta importante facultad, que constituye también un deber, se consagra en el mismo precepto la acción de **inexequibilidad**, palabra cuya acepción jurídica es oportuno precisar. Los actos acusados se declaran **exequibles** cuando su ejecución es procedente por haberse ajustado el Gobierno, al expedirlos, a los mandatos de la Carta; y se declaran **inexequibles** en el caso contrario. De esta manera, para decidir acerca de la exequibilidad o inexequibilidad de un acto del Gobierno, la Corte se limita a confrontarlo con las normas constitucionales que se dicen violadas, para definir, en estricto derecho, su conformidad o inconformidad con ellas. Toda preocupación de otra índole es extraña a la función de la entidad, cuya misión es jurisdiccional y no política. En el caso presente, la conveniencia o inconveniencia del plebiscito a que se convoca por los Decretos demandados, los beneficios o daños que de él puedan derivarse, problema es que a la Corporación le está vedado resolver.

La Competencia

Siendo característica del Estado de Derecho la doble circunstancia de que ningún acto de la administración se ejecute cuando rebasa las precisas facultades que a cada una de las Ramas del Poder le fueron conferidas, y la institución en favor del ciudadano del derecho de enjuiciar los proferidos en esas condiciones, la Ley de Leyes proveyó al equilibrio de las instituciones disponiendo en su Título XX "De la Jurisdicción

Constitucional" lo que a continuación se transcribe:

"Artículo 216. — A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del art. 76, y el art. 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

"En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación (Art. 53 del Acto Legislativo número 1º de 1945)".

"Artículo 216 — Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del art. 76, y el art. 121 de esta Constitución (Artículo 41 del Acto Legislativo Número 1º de 1945)".

Una lectura superficial de las normas transcritas, especialmente de la última, podría dar a entender que la competencia para conocer de las demandas sobre inconstitucionalidad de decretos no expedidos por el Gobierno en uso de las atribuciones de que allí se hace mención corresponde, de modo privativo, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Con todo, la delimitación de las respectivas competencias se esclarece al recordar que el espíritu del constituyente de 1945 fue el de dejarle exclusivamente al Consejo de Estado la facultad de conocer de los decretos de contención administrativa, dada su naturaleza especial, y reservarle a la Corte la relacionada con aquellos que, sin ser de esa especie, pudieran lesionar los principios en que reposa el régimen adoptado por el país desde su aparición en el concierto de las repúblicas democráticas. Sólo que, como los actos que impulsan la marcha ordinaria de la administración son igualmente susceptibles de afectar derechos individuales garantizados en el articulado de la Carta, el mismo Constituyente le adscribió a la justicia administrativa el respectivo conocimiento. Resulta, por tanto, indudable que es a la Corte Suprema a quien "se le confía la guarda de la integridad de la Constitución". La forma de redacción general de la cláusula no permite interpretación distinta, y es la necesidad de armonizar su texto con el del art. 216 lo que da lugar a la excepción de los Decretos de contención administrativa como de competencia del Consejo de Estado. Así lo ha considerado la jurisprudencia de ambas Corporaciones y así lo acepta la decisión que motiva nuestro discernimiento, en la cual la incompetencia de la Corte no se hace depender de que sea la jurisdicción administrativa la llamada a decidir sobre la constitucionalidad de los Decretos impugnados, sino de la naturaleza de éstos. El parecer de los juristas es unánime en el sentido de que al Consejo de Estado le corresponde únicamente declarar nulidades.

Se arguye que en los Decretos demandados no se dice expresamente que se dictaron en uso de las facultades de los numerales 11 y 12 del art. 76, ni en ejercicio de las atribuciones del art. 121; y que habiéndose expedido solamente con base en el acuerdo de los partidos no puede la Corte entrar a conocer de ellos, porque la enumeración del artículo 214 es taxativa. Se olvida que no es el señalamiento de la disposición que le atribuye una determinada facultad al Gobierno lo que les dá a los actos existencia jurídica, sino su naturaleza, y que la validez y obligatoriedad de los mismos no puede hacerse consistir, sin que se incurra en excesivo formalismo, en la omisión que se echa de menos. Qué fácil le sería a un gobernante irresponsable (de jure o de facto) restablecer en un Decreto la pena de muerte o la esclavitud, seguro de que las puertas de la Corte le fueron cerradas a la ciudadanía con el cerrojo de una jurisprudencia semejante! Para desestimar el argumento, basta considerar que a cada uno de los actos acusados se les da el título de "Decreto Legislativo"; que ambos se numeran dentro de la serie de Decretos de esa especie; que uno y otro se suscriben por todos los Ministros del Despacho Ejecutivo, y que su intención manifiesta es la de restaurar el orden público. Aparte de que el Decreto número 0252 del año en curso, reglamentario de los acusados, invoca el art. 121 de la Carta, lo que no se explica en el supuesto de que las normas a que hace referencia, y a las cuales se vincula substancialmente, se hubieran expedido sin fundamento en la disposición últimamente citada.

No es menos inconsistente la razón de que la única base de los referidos Decretos es el acuerdo de los partidos políticos, porque tal planteamiento sólo habría conducido al estudio de los móviles que determinaron su expedición por el Go

bierno con fines a la declaratoria de su constitucionalidad, materia que es ajena al presupuesto de la competencia. Detenerse en el examen del bueno o mal uso que hiciera el Gobierno de sus facultades, buscarle a la actividad oficial justificaciones extra constitucionales o indagar sobre el carácter de la investidura con que obró la Junta Militar en el caso sometido al enjuiciamiento de la Corte no eran temas para discutir en el debate previo del conocimiento. Si había una demanda de inexequibilidad; si la facultad —deber de la Corporación es la de guardar— la integridad de la Carta, y si los Decretos se acompañaron al libelo en copia autorizada y corresponden, inconfundiblemente, a los que se expiden en virtud de lo dispuesto en el art. 121, no era posible fundamentar una decisión de incompetencia con razonamientos referentes al fondo mismo del problema.

Puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que los planteamientos políticos riñan con la conservación del orden público establecido; pero en tal caso, son aquellos los que deben ceder ante éste, y no a la inversa. Al decir que el "estado de necesidad" imponía la expedición de los Decretos, la mayoría de la Corporación ha entrado nuevamente en materia sólo definible en providencia de fondo, sin advertir que era posible llevar a cabo la reforma por cauces constitucionales, entre otros propiciando la elección del Congreso llamado a expedir el Acto Legislativo especial previsto en el art. 218 de la Carta que dice:

"La Constitución sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno, para su examen definitivo en la siguiente Legislatura ordinaria; por éste nuevamente debatido, y últimamente aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara. Si el Gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el Presidente del Congreso (Artículo 93 del Acto Legislativo número 1º de 1945).

La Junta Militar y el Control Jurisdiccional

Se ha dicho por la mayoría de la Sala (no por la mayoría que el Decreto 3519 de 1949 exige, sino por la absoluta en que nuestros colegas resolvieron constituirse) que la Junta Militar actualmente en ejercicio del mando es un Gobierno parcialmente revolucionario y de facto, cuya actividad escapa, por esa razón, al control jurisdiccional. Sin desconocer el origen extraconstitucional de la Junta de Gobierno, la conclusión es, en nuestro sentir, gratuita, y no resiste el menor análisis ni por el aspecto histórico, ni por el aspecto jurídico. En efecto, tanto los miembros de la Junta Militar de Gobierno —en los 14 puntos de su programa de acción gubernativa— y en los discursos, conferencias y declaraciones en que han venido fijando su pensamiento— como los dirigentes de los partidos políticos —en los acuerdos de Benidorm, Bogotá y Sitges y en las exposiciones destinadas a explicarlo al país el alcance del movimiento del 10 de mayo— han declarado explícitamente que no se trata de cambiar la organización que se dio a sí misma la Nación Colombiana, desde que se reconstituyó "en forma de República unitaria" en el año de 1886 hasta la reforma de 1947 inclusive, sino de reafirmarla en sus bases esenciales introduciéndole las enmiendas que se le recomiendan a la ciudadanía en el texto de los Decretos acusados, como convenientes al logro de la reconciliación de las dos grandes colectividades en que se ha dividido tradicionalmente la opinión nacional y al consiguiente restablecimiento del orden público perturbado.

Al distinguir Carre de Malberg, con la exactitud científica que le es peculiar, la reforma constitucional que se realiza pacífica, regular y jurídicamente, de la que se hace de manera violenta (revolución o golpe de Estado) se expresa en los siguientes términos: "Esta reforma puede ser más o menos extensa; puede tener por objeto, bien revisar la Constitución en algunos puntos limitados, bien derogarla y reemplazarla totalmente. Pero cualquiera que sea la importancia de este cambio constitucional, sea total o parcial, **habrá de operarse según las reglas fijadas por la misma Constitución que se trata de modificar.** Y, en efecto, desde el momento en que se hace abstracción de la revolución y de los golpes de Estado, que son procedimientos constituyentes de orden extrajurídico, hay que reconocer que el principio de derecho que se impone en una nación organizada **es que la creación de la nueva Constitución solo puede ser regida por la Constitución antigua, la cual, en espera de su derogación, permanece aún vigente; de tal modo que la Constitución nueva nace en cierto modo de la antigua y la sucede, encadenándose con ella sin solución de continuidad.**

Si es dentro de estos principios como la Junta Militar que ejerce el poder ha anunciado el retorno a la Constitución Nacional vigente, y si los actos que ella realiza "son jurídicamente válidos" por razón de la "investidura irregular pero admisible" de que ha sido dotada mediante la

adhesión del pueblo (requisitos que diferencian al usurpador del Gobernante de facto, en la opinión de Gaston Jeze y otros constitucionalistas no menos ilustres), no podemos compartir el parecer que sustrae del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia Decretos que ha sometido a la jurisdicción constitucional el mismo Código Supremo a que se pretende regresar de conformidad con sus propias disposiciones y con sujeción a ellas. Sin contar con que es Rafael Bielsa quien sostiene la necesidad del control jurisdiccional aún para el ejercicio de la potestad legislativa de los gobiernos revolucionarios cuando dice: "Es, en substancia, una legislación de emergencia que se conformará o no a los principios de la Constitución (excepto el de la división de los poderes ejecutivo y legislativo) y, en su caso, se impugna por el recurso de inconstitucionalidad, que es extraordinario ante la Corte Suprema. Para su conformidad con la Constitución, o el respeto a ésta, es siempre uno de los supuestos esenciales de la revolución. Puede la revolución tener como fin el restablecimiento de la Constitución hollada o violada sistemáticamente por el gobierno derribado por la revolución; y puede tener por objeto modificaciones substanciales del sistema político-constitucional. Esta definición es esencial para legitimar (subraya el autor) el gobierno revolucionario con el asentimiento del pueblo, que es donde reside la soberanía originaria".

Tales son las razones de carácter doctrinario que, sumadas a las de orden histórico y jurisprudencial, nos impiden acoger la tesis de mayoría, de imprevisibles consecuencias en la vida jurídico política del país, según la cual la actividad de los Gobernantes de facto se coloca por fuera y por encima de la jurisdicción constitucional, en situación privilegiada respecto de los Gobernantes de jure, con evidente riesgo de los derechos civiles y garantías sociales, que obviamente requieren una mayor protección y defensa más eficaz en los tiempos de crisis institucional que en las épocas normales, en que la continuidad de los servicios públicos se encuentra asegurada por autoridades regulares en ejercicio pacífico del mando.

Para los Decretos dictados en ejercicio de la facultad instituída en el artículo 121 de la Carta sólo se había contemplado la responsabilidad política del Gobierno; y fué el Constituyente de 1945 quien, por el Acto Legislativo número 10 de ese año (214 de la actual Codificación) hizo caer bajo el poder de la jurisdicción constitucional dichos actos. Desde ese momento, Colombia se colocó a la cabeza de los Estados de Derecho mejor estructurados, y si la Corte no ejerce la augusta misión que se le ha encomendado se sitúa voluntariamente en una falsa posición de renuencia que recuerda la admonición con que los constitucionalistas de todas las edades han fustigado la inactividad de los organismos en reposo: Quid custodet custodes? ¿Quién vigila al vigilante?

Pero hay un documento que, por sí solo debió haber sido suficiente para excluir de la controversia toda posibilidad de abstención para conocer del negocio, fundada en el origen del acto (investidura irregular del Gobernante). Nos referimos a la carta que, con fecha 9 de agosto último y con la firma de la totalidad de los Magistrados de la Corte, se le dirigió a la Junta Militar de Gobierno por conducto del señor Ministro de Justicia, y que reza en lo pertinente:

"Ninguna perturbación en el Organo Ejecutivo, ya se efectúe por los caminos de la revolución o por los cauces legales, debe acarrear cambios en las demás ramas del poder legítimamente constituídas, porque la permanencia e intangibilidad de las instituciones es presupuesto indispensable de toda sociedad organizada. Reemplazar una Corte de jure por una de facto sería invertir los términos mismos de la Constitución a que se desea regresar, según se ha dicho. Si lo que se quiere es destruirla, los caminos indicados son otros.

"...Los Magistrados de la Corte no pueden ser depuestos como lo fueron los Oidores en los comienzos de la nacionalidad, cuando aún no se había operado el tránsito de la Independencia a la República, y no había una Constitución. Colombia es, desde hace algún tiempo, una nación jurídicamente organizada, y sus instituciones no están a merced de revoluciones anárquicas que las desconozcan, retrotrayendo el país a su nebulosa original.

"Declaramos, por último, que... recogemos la bandera de la legalidad en momentos en que grupos políticos intentan acabar con toda organización jurídica, para que la historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia no pueda registrar el caso de que los encargados de la guarda de la Constitución asistieron impasibles a los intentos de violarla y no supieron cumplir la doctrina que manda oponer "la legalidad contra las vías de hecho".

Al evocar hoy el aludido mensaje, cuya exclusiva finalidad fué la de salvaguardar principios vinculados en aquella hora a la permanencia de los actuales Magistrados en sus cargos mientras no fuesen reemplazados por el Congreso, no hemos encontrado razón ninguna que nos permita

desandar, en tan breve tiempo, el camino recorrido. Continuamos sustentando, ya no con relación al mantenimiento de determinadas personas en el más alto Tribunal de Justicia sino con referencia a la defensa misma del Código Supremo, cuya "integridad" nos ha sido confiada, que no puede darse circunstancia alguna de orden extrajurídico capaz de privar a la Corte del ejercicio plenario de la jurisdicción constitucional, porque ésta es la única valla entre la libertad y la anarquía; y porque, al decir autorizado del Profesor López de Mesa, "el estado de hecho se implantó y actúa para enmendar las perturbaciones que ha padecido el estado de derecho, pero de éste subsiste una gigantesca estructura, a la cual no puede aplicársele la dialéctica del otro".

Que "los Decretos acusados no contienen preceptos de orden legal, sino constitucional" declara la mayoría. Si ello fuera cierto habría que aceptar que la Rama Ejecutiva podría asumir las funciones del Constituyente. Lo demandado son actos que buscan una reforma institucional por un sistema que era preciso examinar si pugnaba o no con la Carta. Con esa afirmación se confunden los Decretos en sí con la reforma que se pretende hacer por medio del plebiscito, la cual no tendrá vigencia sino una vez efectuada la votación y conocido su resultado.

Sobre el carácter permanente, no transitorio, de los Decretos Legislativos, observamos que, si el concepto se refiere a los actos acusados, éstos se agotan cuando se vote el plebiscito y si alude a la reforma misma, ella se ha señalado para el decurso de doce años, lapso que en la vida de una Nación no puede llamarse permanente.

La circunstancia de que en los Decretos no se suspendan preceptos de derecho positivo, no significa que se hubieran dictado sin apoyo en el art. 121, pues esta disposición faculta al Gobierno para estatuir sobre materias no reglamentadas, en cuyo caso no hay lugar a suspensión de normas. Por lo demás, no siempre en los Decretos Legislativos se expresan los mandatos legales que allí se suspenden, unas veces por falta de técnica y, en general, por entenderse que las disposiciones contrarias al acto quedan de hecho suspendidas.

Finalmente, se habla por la mayoría del "derecho intermedio" pero éste no existe como no existe la moral intermedia. Entre los partidos pueden suscribirse armisticios para la pacificación del país, y ello es laudable. Sólo que entre la revolución y la Carta no hay, ni puede haber, transacciones ni pactos. Para el Tribunal que tiene su guarda, el Estatuto es sagrado.

Por las razones expuestas reafirmamos nuestro concepto sobre la competencia de la Corte para conocer de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos acusados.

Bogotá, 28 de noviembre de 1957.

Enrique Arámbula Durán — Manuel Buenahora — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Garavito Durán — Juan Manuel Pachón Padilla — Sergio Antonio Ruano.

FACULTADES DE LOS PRESIDENTES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES PARA CONCEDER LICENCIAS A LOS MAGISTRADOS DE LOS MISMOS. — TERMINO DE ELLAS Y MOTIVOS PARA CONCEDERLAS. — ELECCION DE JUECES DE CIRCUITO DE LISTAS DE NOMBRES NO SOMETIDOS A LA APROBACION DE LA CORTE.—LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL ARTICULO 174 DE LA CONSTITUCION NACIONAL PARA NOMBRAMIENTOS, SOLO COMPRENDE A LOS PARIENTES DENTRO DEL CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD O SEGUNDO DE AFINIDAD CON ALGUNO DE LOS MAGISTRADOS O JUECES QUE INTERVIENEN EN LA ELECCION

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente, doctor Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

Para que se adelante la correspondiente investigación, el señor Procurador General de la Nación puso en conocimiento de esta Entidad la querella del señor Fiscal del Tribunal Superior de Quibdó, por los cargos contenidos en los oficios Nos. 4 y 15 de enero del presente año.

HECHOS:

Las acusaciones del doctor Marcial Barrios formuladas a los actuales Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, son las siguientes:

a) "Los Magistrados del H. Tribunal Superior Judicial de este Distrito, vienen haciendo uso de salidas de la localidad con alguna frecuencia sin que haya una causa poderosa que legalmente justifique esas ausencias, que en muchos casos han tenido por móvil verdadero asistir a carnavales, ventilar negocios particulares, etc. operando por medio de solicitudes verbales en horas extraoficina"; y,

b) "Que el H. Tribunal, prescindiendo de la lista enviada a la H. Corte Suprema de Justicia para efectos de la escogencia de candidatos a la judicatura y de la que esta Superioridad remitiera al Tribunal para de allí tomar los nombres de quienes debieran nombrar, ha hecho designaciones en individuos que ni siquiera figuraron en ninguna de las listas, y lo que es más, en individuos censurados por la Corte y que tienen parentescos políticos con uno de los Magistrados".

INVESTIGACION

La tramitación se adelantó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto Nº 3665 de 1950, y dentro de ella se adujeron estos documentos:

1º Copia de los Acuerdos de nombramiento de los doctores Alfonso Ayala Jiménez, Marino Abadía Valencia, Ricardo Echeverry Ferrer y L. Mardonio Salazar para Magistrados del Tribunal.

2º Copia de los respectivos Acuerdos de nombramiento de Jueces del Circuito, hechos por el Tribunal Superior de Quibdó.

3º Copia del oficio del Fiscal del Tribunal en respuesta a la petición del Presidente del Tribunal, en el cual se pedía concretar los cargos motivos de la acusación, y expresa:

"Ante esa Presidencia en relación con un oficio dirigido por este organismo a la Procuraduría General de la Nación, sin tener en cuenta que no sería precisamente a ese H. Tribunal sino al inmediato superior —la supradicha entidad— quien estaría obligado a concretar en el caso de que le exigiera, no obstante me permito insinuarle que el asunto queda esclarecido de una manera sencilla: comparar la lista de los candidatos enviada al Tribunal por la H. Corte Suprema de Justicia, con la lista de los Jueces actualmente nombrados por la Corporación que usted preside".

4º Lista de los candidatos enviada por la Corte al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, como también de la proposición en la cual se dice que la escogencia de nombres que deben desempeñar los respectivos Juzgados, quedan al criterio de los Magistrados que integran el Tribunal.

5º La Corte al hacer la escogencia de nombres que deben fijar en la lista para Jueces del Circuito del Tribunal de Quibdó, no veto el nombre del doctor Hortensio Castro Aluma, únicamente lo censuró para que esa entidad examinadas las acusaciones que se le hacían, comprobara si ellas tenían fundamento o nó.

6º Los descargos que hacen los Magistrados del Tribunal a las acusaciones formuladas por su Fiscal, pueden resumirse así:

Alfonso Ayala Jiménez

De la lista de nombres aprobada por la Corte, cuatro fueron vetados y tres censurados; de estos el doctor Hortensio Castro Aluma "fué calificado como beligerante en política y perseguidor de funcionarios leales al gobierno" pero examinados los cargos de conformidad con la facultad dada por la Corte al Tribunal. Esta entidad llegó a la conclusión de que esas acusaciones no tenían fundamento, y por esto le nombró Juez de Circuito.

El doctor Castro Aluma tiene un parentesco lejano con el doctor Ricardo Echeverri Ferrer, parentesco de afinidad de tercer grado. "Su nombramiento no viola la prohibición consagrada por el artículo 174 de la Constitución Nacional, ya que en esta disposición se prohíbe el nombramiento de "parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

En cuanto a los permisos o salidas de que habla el Fiscal del Tribunal dice que no ha pedido permiso sino de sus vacaciones judiciales para lo cual no necesita autorización expresa.

En cuanto al cargo referente a nombramientos de personal no incluído por la Corte, el Tribunal "procedió a nombrar interinos una vez que se agotó la lista de nombres enviada por dicha Entidad.

Marino Abadía Valencia

En referencia al cargo de nombramientos de Jueces no incluídos en la lista de la Corte, expresa que "se nombraron a todos los individuos que figuraron en las listas y que no fueron vetados y que solamente cuando se agotaron los candidatos de las listas, se procedió a nombrar individuos en interinidad. También consta que agotadas las listas la Corporación aprobó una moción por medio de la cual se le solicitaba al Ministerio de Justicia el envío de listas de abogados titulados de uno y otro partido que estuvieran dispuestos a aceptar y acreditar su idoneidad para hacerlos figurar en nuevas listas que la Corporación remitiría a la H. Corte Suprema de Justicia para su estudio y aprobación".

Sobre nombramiento del doctor Hortensio Castro Aluma dice que es inexacto el cargo de que por haber sido censurado por la Corte no podía ser nombrado, pues la misma Corte dijo que "respecto de los simplemente censurados que el Tribunal **podía nombrarlos** si, de acuerdo con sus propias informaciones carecían de veracidad las referencias en que se funda la censura" y en cuanto al parentesco de Castro Aluma con el Magistrado Echeverri Ferrer, no está comprendido dentro de las prohibiciones legales".

Finalmente en relación al cargo de no asistir a las oficinas por "concurrir a carnavales o ventilar negocios particulares", dice que "es inexacto porque cuando ha hecho uso de alguna licencia presidencial ha sido por enfermedad y previo el permiso correspondiente".

Ricardo Echeverri Ferrer

"El nombramiento de Jueces interinos tuvo lugar —dice el deponente— cuando la lista de nombres enviados por la Corte fué agotada y cuando se tuvo conocimiento de que los nombrados en propiedad no aceptaban los cargos". La elección de Juez del Circuito del doctor Castro Aluma se hizo porque "no había impedimento legal alguno, tanto por el aspecto de la censura de que habla el señor Fiscal, como en lo concerniente al parentesco político que tiene con el suscrito, por cuanto tal parentesco no existe en el grado previsto en el artículo 174 de la Constitución Nacional, lo cual era sabido por dicho acusador al presentar la queja, partiendo del supuesto de que no desconoce la Ley. Por esto precisamente fué por lo que antes califiqué de actitud insidiosa, la de hacer referencia a lo del parentesco político con uno de los Magistrados, con el presumible fin de llevar al ánimo del superior la falsa impresión de que el Tribunal estaba infringiendo la Ley que prohíbe que la elección de Juez recaiga en personas que no tengan los vínculos de parentesco contemplados en la misma".

En cuanto a los permisos, afirma que los cargos son imprecisos y que es al Presidente del Tribunal a quien corresponde la facultad de "apreciar la causa justificativa de la no asistencia de los Magistrados a la Oficina, lo mismo que para conceder los permisos y "que si el señor Fiscal tiene alguna acusación debe probar sus afirmaciones de ser injustificadas las faltas de asistencia o los respectivos permisos, ya que desde todo punto de vista resulta inadmisible que

su criterio al respecto pueda primar sobre el del Tribunal".

L. Macdonio Salazar

En cuanto a nombramientos de Jueces del Circuito expresa que "los diversos nombramientos que se ha visto obligado a hacer el Tribunal, obedece ante todo a la no aceptación de los abogados integrantes de las listas, de los cargos para que han sido designados; negativa que han explicado tanto los profesionales chocoanos, como los no chocoanos, por diversas causas más o menos justificativas".

"Agotadas las listas por este medio y subsistiendo algunos despachos importantes con la grave dificultad de que al frente de ellos se encontraban funcionarios no titulados, no suficientemente idóneos, o que fueron vetados por esa Superioridad razón por la cual tenían que ser inmediatamente sustituídos, el Tribunal se ha visto en la precisión de nombrar, en calidad de interinos, algunos distinguidos abogados chocoanos o no chocoanos".

En lo relativo a la licencia afirma que quien califica la causa de ellas es el Presidente del Tribunal quien si encuentra justificados los motivos las concede, y caso contrario las niega, haciendo uso de la facultad que para ello le otorga el Art. 53 numeral 11 del Código Judicial. Manifiesta que los cargos formulados por el Fiscal del Tribunal carecen de seriedad y que no tienen respaldo alguno para demostrarlos.

Se considera:

Las licencias de las cuales hicieron uso algunos Magistrados fueron concedidas en virtud de la facultad legal del numeral 11 del art. 53 del Código Judicial, que permite otorgar permiso por el término de cinco días en un mes para cada uno de los Magistrados, cuando no se retarde por ello la marcha de los negocios. Es obvio que esos permisos se concedieron por motivos de salud y dentro de las condiciones expresadas en la misma disposición que se comenta. No hay prueba directa ni indirecta que haga —por lo menos— presumir que esas licencias se concedieron "para asistir a carnavales" o para ventilar o atender negocios particulares, como lo dice el Fiscal. Esta afirmación no ha sido comprobada y si el acusador tenía conocimiento de los móviles o razones que tuvo en cuenta el Presidente del Tribunal para conceder esas licencias, su deber era el de cooperar a su demostración, máxime cuando fué requerido para concretar dichos cargos, y en esta forma explicar y determinar los puntos base de su querella; entonces se limitó a expresar que puntualizara las razones de su acusación cuando su inmediato superior le exigiera, es decir, eludió concretar cargos que dieron origen a la querella.

En cuanto a la modalidad de que los Magistrados hubieran elegido Jueces de Circuito de listas de nombres no aprobados por la Corte, la conducta de los acusados está suficientemente justificada con las exposiciones que dieron a sus actos. Los nombramientos en interinidad se hicieron después de que se agotaron los nombres de la lista a la cual por disposición legal tenía que sujetarse al hacer los nombramientos en propiedad. La renuncia de las personas elegidas, por una parte, y la imposibilidad de enviar nuevas listas a la Corte para su aprobación, por otra, fueron las razones o motivos que tuvieron en cuenta los Magistrados del Tribunal para nombrar Jueces en interinidad. Esa elección no fué arbitraria ni caprichosa; ella obedeció a la necesidad de cumplir con su deber y a la obligación que tenía de reemplazar el personal de Jueces que había sido vetado por la Corte.

La designación recaída en la persona del doctor Hortensio Cortés Aluma para Juez del Circuito, no es un hecho constitutivo de sanciones disciplinarias, porque el doctor Cortés Aluma no fué vetado por la Corte sino simplemente censurado (fs. 26), y de conformidad con la autorización concedida por esta Entidad a los respectivos Tribunales, los Magistrados tenían plena facultad para estudiar la conducta de las personas que no fueron vetadas y si del examen sobre condiciones de preparación, honorabilidad y demostración de que los cargos motivos de la censura no tenían fundamento, llegaban a la conclusión de que esa persona podía ser elegida, el nombramiento que en tales condiciones se hiciera no estaba afectado de tacha legal, ni pugna con las determinaciones de la Corte sobre escogencia de personal.

La circunstancia de existir entre el doctor Castro Aluma y el doctor Echeverri Ferrer un parentesco de afinidad, no afecta de validez la elección, ni el acto en sí comporta motivo de sanción disciplinaria para los Magistrados que intervinieron en la designación, porque la prohibición contenida en el artículo 174 de la Constitución Nacional para nombramientos, sólo comprende a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con alguno de los Magistrados o Jueces que intervienen en la elección; y el parentesco de afinidad de que habla el querellante, no es el que contiene la prohibi

ción o impedimento: por consiguiente, los Magistrados acusados no han cometido ninguna falta disciplinaria porque su determinación está sujeta en un todo a las prescripciones legales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley declara que no hay lugar a imponer sanciones disciplinarias a los doctores L. Mardonio Salazar Mario Abadía Valencia, Alfonso Ayala Jiménez y Ricardo Echeverri Ferrer.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Jaramillo Giraldo — Daniel Anzola Escobar — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Manuel Buenahora — Santiago Cadena Copete — Miguel Antonio Constaín — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Garavito Durán — Enrique Giraldo Zuluaga — Abelardo Gómez Naranjo — Guillermo Hernández P. — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón P. — Ornilo Rincón Lara — Sergio Antonio Ruano — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Francisco de P. Vargas V. — Jorge Soto Soto, Secretario.

IMPEDIMENTO DEL SR. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO POR PRESUNTO INTERES EN EL PLEITO

Tanto para garantizar la independencia y la correcta actividad funcional de los jueces y Agentes del Ministerio Público, como la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, se han instituído en nuestra ley las causales de impedimento y recusación inspiradas por motivos que se refieren generalmente: a) A la acumulación de funciones dentro del mismo negocio; b) Al interés y c) al afecto.

Tales principios sufren una excepción en el art. 4º de la ley 96 de 1936, justificada por cuanto en esta clase de negocios no se controvierten intereses particulares sino que se mira a si determinada disposición legal viola o no los preceptos constitucionales. Así, en dicho artículo se limitan las causales a las relaciones entre el funcionario y la norma acusada y al parentesco entre el mismo y el actor o su apoderado. Pero aquellas se refieren exclusivamente al Magistrado, según se desprende de la redacción de la norma. En cambio, para el Ministerio Público, rige el art. 166 del C. de P. Civil, sin excepción alguna. Si el legislador hubiera querido que para éste las causales de impedimento y recusación en juicios como el presente fueran las mismas señaladas para el Magistrado, así lo habría dicho de modo expreso. Y al no haberlo hecho debe concluirse que respecto del Ministerio Público conserva en toda su vigencia el artículo mencionado del C. de Procedimiento Civil que exige en causal de impedimento el interés real o presunto que pueda existir, al prescribir:

"Los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés".

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y siete.

VISTOS:

El señor Procurador General de la Nación doctor Eduardo Piñeros y Piñeros interpone, por medio de escrito de fecha tres del mes de septiembre último, recurso de súplica contra el auto de fecha tres del mismo mes, por el cual el señor Magistrado Ponente doctor Manuel Buenahora, no aceptó el impedimento propuesto por aquél en este asunto.

Apoya su solicitud en lo siguiente:

"En primer lugar, si bien es cierto que el art. 4º de la Ley de 1936 establece que no habrá más causales de impedimento que haber dictado la disposición acusada, haber sido Miembro del Congreso que la dictó o estar dentro del cuarto grado de parentesco de consanguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado, no es menos cierto que estos impedimentos no se refieren al Ministerio Público sino "al Magistrado" que ha de conocer del negocio o que ha de fallarlo. Así se entiende de la lectura del artículo 4º de la Ley 96 de 1936".

"Respecto del Ministerio Público existe disposición especial en el Código Judicial como lo es el art. 166, para toda clase de asuntos en que intervenga el Ministerio Público, impedimento proveniente del interés real o presunto que pueda existir".

Tramitado el recurso en forma legal, se procede a decidirlo así:

Tanto para garantizar la independencia y la correcta actividad funcional de los jueces y agentes del ministerio público, como la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia se han instituído en nuestra ley las causales de impedimento y recusación inspiradas por motivos que se refieren generalmente: a) A la acumulación de funciones dentro del mismo negocio; b) interés, y c) al afecto.

Tales principios sufren una excepción en el art. 4º de la Ley 96 de 1936 justificada por cuanto en esta clase de negocios no se controvierten intereses particulares sino que se mira a si determinada disposición legal viola o no los preceptos constitucionales. Así, en dicho artículo se limitan las causales a las relaciones entre el funcionario y la norma acusada y al parentesco entre el mismo y el actor o su apoderado. Pero aquellas se refieren exclusivamente al Magistrado, según se desprende de la redacción de la norma. En cambio, para el Ministerio Público, rige el art. 166 del C. de P. Civil, sin excepción alguna. Si el legislador hubiera querido que para éste las causales de impedimento y recusación en juicios como el presente fueran las mismas señaladas para el Magistrado, así lo habría dicho de modo expreso. Y al no haberlo hecho debe concluirse que respecto del Ministerio Público conserva en toda su vigencia el artículo mencionado del C. de Procedimiento Civil que exige en causal de impedimento el interés real o presunto que pueda existir, al prescribir:

"Los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés".

nario y la norma acusada y al parentesco entre el mismo y el actor o su apoderado. Pero aquellas se refieren exclusivamente al Magistrado, según se desprende de la redacción de la norma. En cambio, para el Ministerio Público rige el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, sin excepción alguna. Si el legislador hubiera querido que para éste las causales de impedimento y recusación en juicios como el presente fueran las mismas señaladas para el Magistrado, así lo habría dicho de modo expreso. Y al no haberlo hecho debe concluirse que respecto del Ministerio Público conserva en toda su vigencia el artículo mencionado del Código de Procedimiento Civil, que erige en causal de impedimento el interés real o presunto que pueda existir, al preceptuar:

"Los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés".

Sentado lo anterior, debe estudiarse el alcance de la manifestación del señor Procurador, quien dice:

"...El demandante, en su escrito manifiesta que habla en su propio nombre "aunque para fines que interesan a mi oficina profesional y concretamente a mi cliente, la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, SAYCO.

"Por honrosa distinción de la Junta Directiva, el día 11 de abril de 1956, fui nombrado Presidente Honorario de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia "SAYCO", según consta en la copia de la Proposición, que me permito acompañar a la presente.

"Por ello, y con el respeto que esa Honorable Corporación me merece, me permito manifestar que me declaro impedido para emitir el concepto que se me solicita en el presente caso, al tenor de lo dispuesto por el artículo 166 del C. de P. C. en relación con el artículo 3º de la Ley 96 de 1936".

No cabe duda de que entre el señor Procurador General de la Nación doctor Eduardo Piñeros y Piñeros y la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia "SAYCO", de la que es aquél Presidente Honorario y a la cual le interesa el resultado del juicio, según lo manifiesta expresamente el demandante, existe un vínculo por lo menos afectivo que hace incómoda la posición del señor Agente del Ministerio Público para intervenir en este negocio. En realidad de verdad a él no puede serle indiferente que la sociedad que preside, así sea en forma honorífica, salga o no beneficiada como consecuencia de la acción que se ha entablado.

Y como, además, el impedimento atañe a la intimidad de la conciencia del funcionario que lo manifiesta pues él es quien puede valorar los motivos de incompatibilidad entre el cumplimiento de su deber y los factores que podrían perturbar la serenidad de su criterio, sin que valga pensar en un exceso de escrúpulo, porque la medida no puede estar en manos extrañas sino en el fuero de aquél, síguese que debe aceptarse la manifestación del señor Procurador.

Por lo expuesto, se revoca el auto recurrido y, en su lugar, se declara legal el impedimento manifestado por el señor Procurador General de la Nación doctor Eduardo Piñeros y Piñeros, a quien se separa del conocimiento de este asunto. De conformidad con el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, y como no hay suplente que pueda reemplazarlo, se nombra para que actúe como Agente del Ministerio Público **ad hoc** al señor Procurador Delegado en lo Civil doctor Virgilio J. Suárez, de cuya designación se dará cuenta al Gobierno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José Jaramillo Giraldo — Daniel Anzola Escobar — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Santiago Cadena Copete — Miguel Antonio Constaín — Jesús Estrada Monsalve — Guillermo Garavito D. — Enrique Giraldo Zuluaga — Abelardo Gómez Naranjo — Guillermo Hernández P. — Pablo Emilio Manotas — Juan Manuel Pachón P. Camilo Rincón Lara — Sergio Antonio Ruano — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — Francisco de Paula Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

EFECTOS DE LA ACUMULACION DE AUTOS EN CUANTO A LOS TERMINOS. TERMINO PARA FORMULAR EL RECURSO DE CASACION CUANDO LA PARTE RECURRENTE ESTA FORMADA POR MAS DE UN LITIGANTE PERO TIENE UN SOLO APODERADO. — CASO DE LA MUERTE DE UN MANDATARIO CUANDO EL MANDANTE NO HA AUTORIZADO EXPRESAMENTE LA DELEGACION PARA DETERMINADA PERSONA

1 — La acumulación de autos que la ley autoriza por economía procesal y para evitar la división de la continencia de la causa, produce, como primera consecuencia, además de convertir los dos juicios en uno solo, la de ligar a litigantes diferentes en una sola parte, aunque no sostengan exactamente unas mismas pretensiones, y sometiéndolos, por tanto, a un término común.

2 — El artículo 533 del C. J. que se refiere al término común de que dispone la parte opositora para formular su alegato, le ha servido a la jurisprudencia para deducir que también la parte recurrente, cuando se halle constituída en la misma forma, tiene derecho a recibir idéntico tratamiento.

Pero es práctica en la Corte que cuando la parte recurrente se halle formada por más de un litigante y tenga un sólo apoderado, el término del traslado para presentar la demanda de casación será únicamente de treinta días porque es de presumirse que si tienen un solo apoderado no existen entre ellas intereses opuestos y por consiguiente resulta antitécnico y contrario a su conveniencia, que debe ser la de la rapidez en el trámite, ampliar el término del traslado por encima de los treinta días que otorga el artículo 536 del C. J. Aparte de que no existe norma legal que permita esa ampliación.

3 — La ley autoriza la sustitución del poder y para ello no necesita el apoderado autorización expresa, "pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios". (Art. 2161 del C. C.) Habiendo fallecido el sustituidor, como en el caso presente, no hay quien responda de los hechos del sustituto. Además, como muy bien lo anota el peticionario, para que se constituya un nuevo mandato entre mandante y delegado y no se extinga por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario, es necesario que la sustitución haya sido convenida y autorizada expresamente para determinada persona. Esta doctrina se deduce, a CONTRARIO SENSU, de lo dispuesto en el artículo 2163 del C. C.

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

En el juicio ordinario de Antonio Bassil contra The Home Insurance Company y The Sun Insurance Office Limited, el señor apoderado de las compañías demandadas manifiesta en memorial anterior que en su concepto el traslado para presentar la demanda de casación quedó mal corrido y en consecuencia solicita que se ordene correr nuevo traslado a cada compañía por separado para que lo fundamenten, por aparte, en los términos que a bien tengan.

Funda su petición, en síntesis en las siguientes razones:

a) Que se trata de un juicio ordinario seguido por Antonio Bassil contra The Home Insurance Company y de otro juicio ordinario, "hoy acumulado el uno al otro", seguido por el mismo Bassil contra otra compañía de seguros totalmente diferente de la anterior, que es The Sun Insurance Office Limited y que no hay ninguna disposición que establezca que el traslado debe ser común para las dos compañías.

b) Que según el art. 533 del C. J. cuando son

tres o más los litigantes que forman la parte demandada se surta traslado común para todos ellos en la secretaría "de donde se saca la conclusión de que si la parte demandada está integrada por menos de tres litigantes, es decir, por dos, a cada uno de esos dos litigantes debe corrérsele el traslado por quince días".

c) Que "es equivocado pensar que como un mismo abogado representa a los dos litigantes que interpusieron el recurso de casación debe correrse un traslado por treinta días a los dos litigantes conjuntamente, o a su abogado, como si por el hecho de tener dos litigantes un mismo abogado no debiera entenderse que dos litigantes son dos litigantes sino un solo litigante".

d) Que en el auto en que se ordena correr traslado para presentar la demanda de casación se dice que el memorialista es apoderado principal y sustituto, en su orden, de las dos entidades recurrentes, pero que él nunca ha actuado como apoderado principal de ninguna de ellas, sino simplemente de sustituto y que lo ocurrido fue que The **Home Insurance Company** le dio poder para representarla en un incidente de exhibición, pero únicamente para ese incidente.

e) Que con motivo de la muerte del doctor Juan Samper Sordo, apoderado principal de las dos compañías demandadas, lo que está acreditado en los autos con la correspondiente partida de defunción, se llamó la atención de la Corte sobre si era o no el caso de poner en conocimiento de dichas compañías ese fallecimiento y la Corte dijo que no por haber entendido que quien suscribe este memorial tenía el carácter de apoderado principal de Home Insurance Company y de sustituto de Sun Insurance Office Limited.

f) Que conforme al artículo 2163 del Código Civil, cuando la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato que sólo puede ser revocado por el mandante y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario por lo cual "no habiendo autorizado las compañías demandadas expresamente la sustitución que se hizo a quien suscribe este memorial, ocurrido el fallecimiento del anterior mandatario, el mandato a éste otorgado se extinguió".

SE CONSIDERA:

1º Por haberse decretado una acumulación de autos se hallan reunidos en un solo proceso los dos juicios ordinarios iniciados separadamente por Antonio Bassil contra The Home Insurance Company, y The Sun Insurance Office Limited. Este acto, que la ley autoriza por economía procesal y para evitar la división de la continencia de la causa, produce, como primera consecuencia además de convertir los dos juicios en uno solo, la de ligar a litigantes diferentes en una sola parte, aunque no sostengan exactamente unas mismas pretensiones, y sometiéndolos, por tanto a un término común.

2º El artículo 533 del C. J. que cita el memorialista, y que se refiere al término común de que dispone la parte opositora para formular su alegato, se ha servido a la jurisprudencia para deducir que también la parte recurrente, cuando se halle constituida en la misma forma tiene derecho a recibir idéntico tratamiento.

3º Es práctica en la Corte que cuando la parte recurrente se halle formada por más de un litigante y tenga un solo apoderado el término del traslado para presentar la demanda de casación será únicamente de treinta días porque es de presumirse que si tienen un solo apoderado no existen entre ellos intereses opuestos y por consiguiente resulta antitécnico y contrario a su conveniencia, que debe ser la de la rapidez en el trámite, ampliar el término del traslado por encima de los treinta días que otorga el artículo 530 del C. J. Aparte de que no existe norma legal que permita esa ampliación.

4º Tiene razón el memorialista al afirmar que en este juicio no ha figurado como apoderado principal de ninguna de las dos compañías demandadas y que el poder que le confirió The Home Insurance Company fue para un incidente determinado, y nada más que para ese incidente, lo cual no lo habilita para que se le considere como su apoderado principal en el juicio.

5º La ley autoriza la sustitución del poder y para ello no necesita el apoderado autorización expresa, "pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios". (Art. 2161 del C. C.). Habiendo fallecido el sustituidor, como en el caso presente, no hay quien responda de los

hechos del sustituto. Además, como muy bien lo anota el peticionario, para que se constituya un nuevo mandato entre mandante y delegado y no se extinga por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario, es necesario que la sustitución haya sido convenida y autorizada expresamente para determinada persona. esta doctrina se deduce, a **contrario sensu**, de lo dispuesto en el artículo 2163 del C. C.

En mérito de lo anterior, se ordena poner en conocimiento de las Compañías demandadas el fallecimiento de su apoderado Dr. Juan Samper Sordo y la actuación de su sustituto Dr. Hernando Castilla Samper.

Cópiese y notifíquese personalmente a los Gerentes de las Compañías demandadas.

Juan M. Pachón Padilla — Jorge Soto Soto, Secretario.

PRUEBAS DIRECTAS E INDIRECTAS. — INDICIOS. — REQUISITOS PARA SU APRECIACION. — SOBERANIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA EN LA APRECIACION DE ESTA PRUEBA.—RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS

1 — Los problemas que suscitan las llamadas pruebas indirectas, son de los de mayor importancia, tanto en la teoría del Derecho probatorio como en lo que se relaciona con su aplicabilidad.

"Pruebas indirectas, dicen los doctrinantes, son aquellas circunstancias que en realidad se relacionan indirectamente con el objeto de la prueba, circunstancias que no constituyen un testimonio directo o inmediato en contra o a favor de la situación que se trata de decidir, como se puede decir de las declaraciones de testigos, como en muchos casos puede afirmarse también del dictamen pericial y de los otros medios probatorios llamados "directos" pero, que por su relación con otras circunstancias, conducen a las mismas conclusiones que las pruebas directas".

Definición ésta deducida de la regla clásica, aún no revaluada, sobre pruebas judiciales de Bentham: "Toda decisión fundada en una prueba es un producto de la conclusión siguiente: de la existencia de un hecho dado, llego a deducir la existencia de otro". Y de donde surge la discriminación entre pruebas directas e indirectas, según la relación de inmediatez o de mediatez de la existencia del hecho dado con la del otro a deducir.

Así, el camino a seguir de las pruebas directas es más corto que el de las indirectas. Cuando se opera con éstas, se recorre una vía mucho más complejo para las conclusiones: de un hecho particular hay que ir a otro, de otro para pasar a un tercero y así sucesivamente, hasta llegar al hecho básico a probar. Estriba la complejidad además, en que tratándose de pruebas indirectas, frecuentemente es preciso utilizar varias series de elementos de esta naturaleza, con la particularidad, muy singular por cierto, de que pueden no coincidir en todos los casos y de que en algunos otros pueden entrar incluso en contradicción una con otra".

La cuestión de las pruebas indirectas está pues, relacionada teóricamente con distintos problemas de la doctrina de las pruebas: autenticidad de lo que constituye el indicio; coincidencia o armonía de los indicios, relación entre éstos y las presunciones que se deducen de ellos y calidad y valor de éstas como pruebas judiciales. De allí, que la aplicación de las pruebas indirectas sea mucho más compleja y difícil que la de las directas.

Lo típico del indicio es que no tiene valor de prueba, "per se", sino unido a otras circunstancias. Entonces, cuando se hace uso de las pruebas indirectas es necesario establecer la conexión de unos hechos con otros, proceso de determinación de esa conexión como de su calificación en el cual goza, o se le concede, un dilatado margen de discernimiento a los juzgadores de instancia. Porque uno de los méritos indudables de esta clase de pruebas es su objetividad: "las cosas son cosas, los hechos son hechos y éstos, como es sabido, son fosados", como tales tienen la virtud de su naturalidad, su falta de artificio esto es, su autenticidad.

Así las cosas, la importancia de las pruebas indirectas no se determina solo, en términos generales, por la calidad de estas mismas pruebas como por su situación con respecto a otras pruebas, por su conexión y relación con éstas. Porque, ellas son fragmentos de hechos, retazos de acciones que es necesario reunir en un todo único, compararlos unos con otros y con otros hechos mediante un proceso de análisis y síntesis para reducirlos a un sistema, a un conjunto armónico.

De las anteriores consideraciones doctrinales se deducen como criterio o sistema para la apreciación de las pruebas indirectas, las siguientes conclusiones:

1ª La prueba indirecta adquiere validad procesal y valor probatorio en conexión con otras pruebas; 2ª La conexión mutua de las pruebas indirectas debe ser tal que todas

ellas constituyen los eslabones de una misma cadena, y en tal forma que, desprendido uno de ellos se quebranta toda la cadena y pierden la categoría de indicio cada una de las pruebas por separado. En consecuencia, lo que debe existir es un sistema de pruebas indirectas, y no un grupo de indicios dispersos, sin conexión entre sí interna; 3ª Las pruebas indirectas deben guardar armonía, tanto entre sí como con el hecho principal que se quiere probar; 4ª Las pruebas indirectas deben estar tan fundamentadas que de su apreciación general no se pueda eliminar, quebrantar una sola de ellas por medio de una contraprueba.

2 — Dada la naturaleza de la prueba indirecta, la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte tiene declarado, que si no es absoluta la libertad de apreciación de esta clase de prueba, por parte del sentenciador de segunda instancia, éste sí goza o se le concede un dilatado margen de discernimiento en el proceso de su conexión y ratificación; y que el examen que haga de la importancia y trascendencia del enlace preciso y directo que debe existir entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, no puede impugnarse con éxito en casación, a menos que se ataque en forma la certeza del primero, por hallarse subordinada la deducción, no a condición alguna concreta, sino a reglas indeterminadas del criterio humano, que es meramente subjetivo al igual que se aprecian las declaraciones de los testigos por las reglas del criterio racional, sin que a este respecto pueda eficazmente impugnarse en fallo casado no se combate en forma la existencia y realidad del hecho que se declara probado.

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

(Magistrado Ponente: doctor Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes:

La señora MARINA GARCIA LOPEZ, como representante legal de su menor hijo GUIDO RAFAEL GARCIA, y por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta a "los menores Josué, Berta, Raúl María Elisabeth, Belvina y Felisa de Nubatra Señora de Fátima Canal Cárdenas", para que por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y mediante sentencia que cauce ejecutoria se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA — Que GUIDO RAFAEL GARCIA, es hijo natural del señor JOSUE CANAL SORZANO.

"SEGUNDA — Que como consecuencia de la declaración anterior se diga que GUIDO RAFAEL GARCIA es heredero de Josué Canal Sorzano.

"TERCERA — Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene que, dentro del juicio de sucesión de Josué Canal Sorzano que cursa como lo quedó establecido en el Juzgado 2º Civil de Cúcuta, debe adjudicársele a GUIDO RAFAEL GARCIA CANAL la cuota que le corresponde de conformidad con las disposiciones de la Ley 45 de 1936.

"CUARTA — Que si se oponen se condene en costas a los demandados".

Como hechos se afirman en la demanda: Que Marina García y Josué Canal Sorzano procrearon un hijo que nació el 26 de mayo de 1953, quien fué bautizado con el nombre de Guido Rafael el 29 de agosto de ese año, habiendo sido su padrino don Carlos García Lozada; Guido Rafael es hijo natural de Marina García, bajo cuya potestad se halla; los demandados han sido reconocidos como herederos de Josué Canal Sorzano en su condición de hijos legítimos, y quien había muerto el 26 de mayo de 1954 dejando bienes de fortuna.

"Don Josué Canal Sorzano fué sin lugar a dudas el padre natural del niño Guido Rafael, hijo de Marina García, hecho que se desprende de una cualquiera de las dos circunstancias siguientes o de ambas a la vez; o de existir escrito de don Josué en el que se hace una confesión inequívoca de paternidad, o de haber existido entre el mismo don Josué y doña Marina, mi poderdante, de una manera notoria, relaciones sexuales estables".

Se invocan pues, las causales tercera y cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

El Juez del conocimiento desestimó la causal tercera y halló probada la cuarta, en su sentencia del 14 de septiembre de 1955, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"1º Declarar que Guido Rafael García es hijo natural de Josué Canal Sorzano. En consecuencia, ofíciese al Cura Párroco de la iglesia de San José de esta ciudad para que al margen de la co-

correspondiente partida de nacimiento se tome nota del nuevo estado civil.

"2º Declarar como consecuencia de lo anterior, que Guido Rafael García, tiene derecho real de herencia sobre la universalidad de los bienes pertenecientes a la Sucesión de Josué Canal Sorzano en condición de hijo natural.

"3º Abstenerse de ordenar lo pedido en el punto tercero de la demanda.

"4º Condénase en costas a la parte demandada".

Apelada esta decisión por la parte demandante conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, decidiéndola definitivamente en sentencia de 24 de marzo de 1958 y cuya parte resolutiva expresa:

"1º Aclarada como está en la parte motiva de esta providencia la sentencia recurrida del señor Juez 1º en lo Civil del Circuito de Cúcuta, se confirma la parte resolutiva de ella;

"2º Condénase en las costas del recurso de apelación que se está fallando a la parte recurrente".

El Tribunal en la motivación de su fallo descarta el estudio de la causal tercera, confesión inequívoca por escrito, invocada en la demanda para suplicar la declaración de paternidad natural, por considerar que siendo favorable la sentencia a la parte demandante y siendo la demandada la única apelante, no procede ese estudio, y por consiguiente, sólo considera la de las relaciones sexuales estables y notorias. Para ello, critica el análisis que de la prueba testimonial hace el Juez a quo y afirma que: "Ninguno de los testimonios acredita los extremos de estabilidad y notoriedad, pues el Juzgado complementa apartes de un testimonio con otro"; que, ninguna de las declaraciones "contiene o manifiesta a la vez que el hecho de las relaciones sexuales entre los mentados personajes se hayan sucedido con el cumplimiento a la vez, de las tres características o circunstancias de notoriedad, estabilidad y realización dentro de los períodos mínimo y máximo en relación con el nacimiento y determinados por la ley tan perentoriamente". Y que, "por lo tanto, el caso sub judice es el de que los testimonios traídos a los autos no dan materia para establecer en ninguna forma la plena prueba testimonial sobre las relaciones sexuales estables, notorias y dentro de las cuales tenía que haber nacido el niño Guido Rafael, no antes de ciento ochenta días de principiadas, como término mínimo, ni después de trescientos días de terminadas, como *período máximo*, circunstancias esenciales que deben caracterizar las relaciones sexuales de la madre con el pretenso padre, para que pueda presentarse, surgir en la mente del juzgador la presunción de paternidad natural, para así poderla declarar convincentemente, como la ley, la jurisprudencia y los tratadistas lo exigen clara y categóricamente". Y concluye: "Luego lógicamente la reunión de dos en dos de estos testimonios, realizados en todas las formas que el caso lo permita, no pueden dar el resultado que nuestra ley de procedimiento civil (art. 697) exige categóricamente para que constituyan plena prueba, es decir, que dos testigos concuerden en el hecho **y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar**".

Después de las anteriores consideraciones referentes a la prueba testimonial directa, el Tribunal estudia y analiza: "LA PRUEBA INDICIARIA EN EL CASO DE AUTOS", a través de los artículos 69. y 1768 del Código Civil, en relación con las disposiciones de los artículos 696, 697, 594, 472 y 593 del Código Judicial, para expresar:

"Según diferentes tratadistas sobre pruebas judiciales, la indiciaria requiere los siguientes requisitos indispensables, para llegar a producir plena prueba en el ánimo del juzgador:

"a) Que el hecho o acto jurídico que se desea demostrar por medio de la prueba indiciaria, sea susceptible de tal clase de prueba (art. 596 C. J.);

"b) Que el hecho básico o indicador se encuentre probado plenamente (art. 666 C. J.);

"c) Que siendo dos o más los indicios, como deben serlo, (a menos que se trate de uno necesario), no se refieran a uno solo; o, en otros términos, que los varios argumentos no dependan de un solo argumento (art. 667 C. J.);

"d) Que sean graves, precisos y concordantes (arts. 594 y 605 C. J.)".

Considera el Tribunal, en su orden, lo que él denomina el primero, segundo, tercero y cuarto requisitos que deben llenar los indicios. Y en cuanto al primero dice después de reproducir algunas doctrinas de esta Corporación: "En el caso de autos tenemos que existen los testimonios que hemos analizado y que, como se ha dicho, con ellos se encuentran comprobadas las relaciones sexuales de don Josué Canal Sorzano con doña Marina García López, madre natural del impúber Guido Rafael, con las características de estabilidad y de haber existido con las limitaciones de tiempo, señaladas en la ley y en cuanto al hecho del nacimiento del menor mencionado; pero solo uno mero de estos testimonios contiene o demuestra suficientemente la característica o circunstancia de la notoriedad. Además, existen en el expediente diferentes cartas escritas y firmadas por don Josué que demuestran esta circuns-

tancia de notoriedad, fuera de las de estabilidad y de limitación en el tiempo, respecto al nacimiento del presunto hijo natural y que formano otro indicio. Luego si es legalmente eficaz la prueba indiciaria para comprobar la única circunstancia que falta para demostrar en estas relaciones sexuales, de las que se quiere presumir la declaratoria de la paternidad natural del señor Canal Sorzano para el citado menor".

En relacion con el segundo de los requisitos dice: "En cuanto al indicio sobre las relaciones sexuales estables, notorias y limitadas en cuanto al tiempo y en relación con el nacimiento del presunto hijo natural, indicio contenido en las cartas de don Josué a doña Marina, que obran en los folios y cuadernos citados, tenemos que se ha efectuado el cotejo de esas cartas de acuerdo con lo prescrito en el artículo 654 del C. J. y que da una prueba incompleta, un indicio más o menos grave o vehemente, según las otras circunstancias enumeradas en la última parte del art. 656 del mismo Código.

"Ya se ha transcrito la parte respectiva de la sentencia recurrida en que juntando este indicio grave que produce el dictamen pericial del cotejo de las cartas mencionadas con otros indicios, como el de ir dirigidas algunas al apartamento de "El Gallo de Oro" el mismo que Josué Saieh afirma haber arrendado al Sr. Canal y que el testigo Rodrigo Arzendaño asevera estar comisionado por el mismo señor Canal para tomarlo en arrendamiento; y el expresar la carta del 12 de enero de 1954 que don Josué dirigió de Cúcuta a doña Marina, quien se encontraba en Bogotá (Fs. 34 y 35 del C. Nº 2), lo siguiente: "Hoy te adjunto un cheque del Banco de Bogotá por $ 150,00 lo cual no hice antes porque la carta del 2 de los corrientes solamente la recibí antier". Envío de cheque que se encuentra constatado en el informes o certificación del Banco de Bogotá sobre los cheques, giros o cheques giros expedidos a favor de doña Marina García López y girados o comprados por don Josué Canal Sorzano (F. 74 del C. citado), el que en la parte pertinente dice así: "Certificamos que el día 11 de enero de 1954 expedimos un cheque a cargo de nuestra Casa Principal en Bogotá, por la cantidad de ciento cincuenta pesos ($ 150,00) a favor de MARINA GARCIA LOPEZ y por cuenta de don JOSUE CANAL SORZANO.

"La reunión de todos estos indicios hace que esta Sala tenga por bien hecha la calificación de plena prueba que la sentencia recurrida les ha dado, puesto que reúnen los requisitos que la técnica probatoria exige para formar plena prueba, y que estamos analizando".

Respecto al tercer requisito, dice el Tribunal que, "realmente se palpa en las pruebas analizadas, que los argumentos o indicios no se refieren a uno solo, por una parte, pues unos se fundamentan en los hechos observados por los testigos, especialmente en el testimonio de la señora María Magdalena Gómez de Nieto, analizado amplia y suficientemente; y otros se basan en la confesión extrajudicial que contienen las referidas cartas (art. 608 C. J.)".

En el examen del cuarto requisito, el sentenciador se refiere a la condición de graves que deben tener los indicios en cuanto a los elementos necesarios inherentes y capaces de "producir un raciocinio lógico en la mente del juzgador, del cual se deduzca también lógicamente una conclusión igualmente lógica; raciocinio que debe tener una lógica tan suficiente que contemplado, o mejor, sometido a la crítica de los principios de causalidad y de contradicción, salga no solo perfectamente intacto sino robustecido". Así mismo, hace alusión a la calidad de precisos que deben tener los indicios, como a la de concordantes, entendiendo por tal "la conexión que de cada uno se haya desprendido, sea totalmente armónica con la de todos y con la de cada uno de los demás, de modo que todos ellos lleven armónicamente a producir una sola y firme certeza que configure la característica de plena prueba sobre el hecho o los hechos que se necesitan comprobar".

Con aplicación del criterio anotado, el Tribunal hace el estudio y análisis de los hechos que se derivan, como demostrados, de la prueba testimonial y de la confesión extrajudicial que contienen las cartas que obran en los autos, "en todas ellas -dice- campean los indicios de esas relaciones sexuales con sus tres características o circunstancias tantas veces dichas".

De ese estudio analítico y conexo de las pruebas testimoniales de confesión extrajudicial, el Tribunal saca la siguiente conclusión:

"Ahora es obvio que estos indicios que surgen de esta correspondencia cumplen también los requisitos de graves, precisos y concordantes como obviamente se establece al compararlos con las explicaciones ya dadas sobre ellos.

"Luego, el haz de indicios que se deducen del mismo fundamento o argumento de la observación de los testigos constituyen con el otro haz de indicios que se deducen del mismo fundamento o argumento de la confesión extrajudicial de las cartas cotejadas y analizadas, la plena prueba requerida sobre las relaciones sexuales estables

notorias y con las limitaciones legales en cuanto al tiempo, tenidas entre los personajes mencionados y de las cuales nace suficientemente convincente la presunción de paternidad natural de don Josué Canal Sorzano respecto al niño Guido Rafael García y que es necesario declarar en la presente sentencia".

El recurso de casación

Lo interpuso la parte demandada y agotado su trámite procede la Sala a decidirlo.

"Yo la acuso —la sentencia— dice el recurrente, con base en la causal primera del art. 520 del Código Judicial, por ser dicha sentencia violatoria de ley sustantiva, por aplicación indebida ocasionado por apreciación errónea de las pruebas y por falta de apreciación de otras pruebas, como adelante lo especificaré, con lo cual incurrió el Tribunal en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos. Y en errores de derecho sobre preceptos probatorios.

"Las disposiciones legales sustantivas violadas por el Tribunal son los artículos 1º y 4º (ordinal 4º) de la Ley 45 de 1936, en cuanto reconoce a Guido Rafael García la calidad de hijo natural de Josué Canal Sorzano; 1321, C. C. 85 de la Ley 153 de 1887 y 18 de la citada Ley 45 de 1936, en cuanto la sentencia reconoce al mentado Guido Rafael derecho consecuencial a aquélla calidad para recoger herencia de su pretendido padre natural.

"Con los errores de hecho en la apreciación de las pruebas y con la falta de apreciación de otras pruebas, errores que, repito, aparecen de modo manifiesto en los autos, quebrantó el Tribunal directamente los artículos 593, 594, 597, 601, 653, 654, 656, 660 a 668 inclusive, y 687, 688 y 696 a 700 del Código Judicial, sobre pruebas: violación directa de estos preceptos que ocasionó la indirecta, por aplicación indebida, de aquellas leyes o preceptos sustantivos citados en el aparte anterior".

El recurrente, para demostrar los errores por los que acusa la decisión del Tribunal, hace un estudio previo sobre la prueba indiciaria y en el cual se comprende: "a) La prueba de indicios y sus condicios; b) Las relaciones sexuales y sus condiciones; c) Los testimonios y los indicios; y b) La casación y la prueba de indicios", con cita de los artículos 660 y ss. del C. J. "sobretodo el 663 ibidem; 665 y 666 del mismo estatuto. Alude además, a las condiciones que exige el art. 4º —ordinal 4º— de la Ley 45 de 1936, para declarar la paternidad natural, y a que el Tribunal "admite que los indicios se pueden probar por testigos" y que "es acertado ese concepto" y, a que si en la apreciación de la prueba de indicios son soberanos los Tribunales, ella es atacable en casación cuando se incida en error de hecho manifiesto: como en el caso de que "se tomara por indicio un hecho no demostrado en autos".

En el desenvolvimiento de la tesis que se viene exponiendo, el recurrente manifiesta que: "Como el Tribunal tuvo en cuenta cuatro series de indicios, expuestas eso sí en forma descabellada y contradictoria, para proceder en orden, se estudiará cada una de ellas", en el orden siguiente: "1º Los indicios que se desprenden de los testimonios; 2º El indicio que se desprende de las cartas escritas por el señor Canal; 3º El indicio del arrendamiento de un apartamento; 4º El indicio de un giro o cheque girado por el señor Canal a favor de doña Marina".

En su tarea de demostrar los errores de hecho manifiestos, el libelista recurrente analiza, por separado, los testimonios que el Tribunal tuvo en cuenta en su fallo: los de los señores Carlos García Lozada, María Magdalena Gómez de Nieto, Rafael García Lozada, Rodrigo Avendaño, Vicente Chacón, José A. Saieh y Rafael Castillo Molina para expresar que "nada tiene que añadir a la reputación que hace el Tribunal de esos testimonios", y con el fin de afirmar: "El Tribunal después de rechazar unos testimonios como no demostrativos de unas relaciones sexuales estables, notorias y coincidentes con el tiempo, los considera luego como base de indicios de las mismas relaciones sexuales. Los seres humanos hay que suponer que realizan estas relaciones, únicamente por indicios o presunciones, como la jurisprudencia lo ha dicho multitud de veces, y se desprende de la naturaleza misma de las cosas. Los testigos o declarantes no atestiguan ni declaran sobre las relaciones mismas, sino sobre datos o hechos que hacen presumirlas, que hace deducirlas, en una palabra, deponen sobre indicios. Los tales indicios no aparecen comprobados, según se desprende de la refutación del Tribunal".

En cuanto al indicio que el sentenciador deriva de las diferentes cartas que obran en el expediente escritas y firmadas por Josué Canal Sorzano, dice el recurrente que: "Este indicio cae completo, si se tienen en cuenta estas razones: a) Que el cotejo de las firmas no ofrece mérito probatorio alguno; b) Que este indicio está probado por otros indicios; c) Que las cartas, de suyo, no pueden acreditar relaciones sexuales y notorias; d) Que la llamada por el Tribunal "confesión extrajudicial" de las cartas no está demostrada; y

a) Que la tal confesión quedó descartada en la segunda instancia".

Se refiere la acusación al cotejo de las firmas para glosar que él, "no ofrece mérito probatorio", porque: "eso no es un dictamen pericial, porque los peritos apenas dicen que la letra de las cartas y la letra de la firma de unas escrituras se parecen, lo cual es hacer una afirmación sin fundamento técnico ni científico alguno que demuestra nada. El Tribunal, quebrantó pues, directamente, aquel artículo 656 del Código Judicial teniendo por probado un hecho o circunstancia que no lo está; este indicio está probado por otros indicios, contra lo vedado por el artículo 666 del Código Judicial de que un indicio debe estar probado plenamente y nunca por medio de otros indicios. Aquí ni siquiera es por indicio sino por conjeturas. Igual quebrantamiento directo del precepto citado sobre pruebas. Aunque el Tribunal dice que este indicio no está probado con otros indicios, al aceptar tal prueba, incurrió en error de derecho".

Se extiende el recurrente en algunas otras consideraciones sobre las cartas para glosar: "La llamada por el Tribunal "confesión extrajudicial" de paternidad natural no está demostrada. Erró pues, el Tribunal al tener como confesión las tales cartas, quebrantando el artículo 606 del Código Judicial, y quebrantó también el artículo 666 del mismo Código, que estatuye que cada indicio tiene que "probarse plenamente".

"Finalmente la confesión quedó descartada en la segunda instancia, no solo como prueba sino como causal o motivo de declaración de paternidad. Es el Tribunal la entidad que, después de refutar la existencia de la confesión extrajudicial de las cartas, aceptando la tesis del Juzgado", expresa en la sentencia: "Este análisis se ha hecho con el objeto de que esta providencia contenga en su parte motiva el estudio completo de las cuestiones propuestas en la demanda, ya que legalmente el Tribunal carece de competencia para modificar la decisión del a-quo en lo referente a esta causal, puesto que se lo veda el art. 494 del Código Judicial, —de la reformatio in pejus— por ser únicamente la demandada el apelante, y estar ella resuelta a su favor y no contemplarse en el caso a que se refiere la última parte de, artículo citado.

"El Tribunal, pues, citó la disposición que posteriormente iba a quebrantar teniendo por acreditada una causal de declaración de paternidad excluida del proceso".

La acusación sigue con las glosas, por separado, a: "EL INDICIO DEL ARRENDADIENTO DE UN APARTAMENTO", el denominado "Gallo de Oro"; a "EL INDICIO DE UN GIRO DE CHEQUE GIRADO POR EL SEÑOR CANAL A FAVOR DE DOÑA MARINA", en relación con la carta de fecha 13 de enero de 1956, dirigida por el señor Canal a la señora Marina y con los Certificados expedidos por el Banco de Bogotá —Casa Principal— sobre los cheques girados por don Josué a favor de doña Marina, para concluír:

"En resumen y conclusión, los indicios que el Tribunal tuvo por probados para fundar en ellos la declaración de paternidad natural, no lo están en manera alguna. Por tanto quebrantó el Tribunal directamente las disposiciones del Código Judicial sobre pruebas que se dejan citadas y, como consecuencia quebrantó indirectamente los preceptos antes citados sobre filiación natural y derechos hereditales".

Considera la Corte:

La transcripción de los apartes esenciales de la acusación indican que los ataques a la sentencia recurrida, lo son por errores evidentes de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas de donde se deduce, por el recurrente, violación de varios artículos de carácter probatorio, lo que condujo, al Tribunal de Pamplona, a la indirecta de las normas sustantivas de los artículos 1º y 4º —ordinal 4º— de la Ley 45 de 1936, 1321 del Código Civil, 85 de la Ley 153 de 1887 y 18 de la ley 153 de 1887 y 18 de la ley primeramente citada, todo con la finalidad de que se infirme la declaración del estado civil de hijo natural demandado y reconocido por los sentenciadores de instancia. Los distintos aspectos del cargo inciden en la apreciación de la prueba indirecta —indiciaria— y de presunciones, sobre la paternidad natural demandada, o mejor, de la investigación de ésta, que es lo que autoriza, propiamente el estatuto sobre filiación natural, Ley 45 de 1936 art. 4º que se afirma violado.

Los problemas que suscitan las llamadas pruebas indirectas, son de los de mayor importancia, tanto en la teoría del Derecho probatorio como en lo que se relaciona con su aplicabilidad.

"Pruebas indirectas, dicen los doctrinantes, son aquellas circunstancias que en realidad se relacionan indirectamente con el objeto de la prueba, circunstancias que no constituyen un testimonio directo e inmediato en contra o a favor de la situación que se trata de decidir, como se puede decir de las declaraciones de testigos, como en muchos casos puede afirmarse también del dictamen pericial y de los otros medios probatorios

llamados "directos", pero, que por su relación con otras circunstancias, conducen a las mismas conclusiones que las pruebas directas".

Definición ésta deducida de la regla clásica, aún no revaluada, sobre pruebas judiciales, de Bentham: "Toda decisión fundada en una prueba, es un producto de la conclusión siguiente: de la existencia de un hecho dado, llega a deducir la existencia de otro". Y de donde surge la discriminación entre pruebas directas e indirectas, según la relación de inmediatez o de mediatez de la existencia del hecho dado con la del otro a deducir.

Así, el camino a seguir de las pruebas directas es más corto que el de las indirectas. Cuando se opera con éstas, se recorre una vía mucho más compleja para las conclusiones: de un hecho particular hay que ir a otro, de otro particular, a un tercero, y así sucesivamente, hasta llegar al hecho básico a probar. Estriba la complejidad, además, en que tratándose de pruebas indirectas, frecuentemente es preciso utilizar varias series de elementos de esta naturaleza, con la particularidad, muy singular por cierto, de que pueden no coincidir en todos los casos y de que en algunos otros pueden entrar incluso en contradicción una con otra".

La cuestión de las pruebas indirectas está pues, relacionada teóricamente con distintos problemas de la doctrina de las pruebas: autenticidad de lo que constituye el indicio; coincidencia o armonía de los indicios, relación entre éstos y las presunciones que se deducen de ellos y calidad y valor de éstas como pruebas judiciales. De allí, que la aplicación de las pruebas indirectas sea mucho más compleja y difícil que la de las directas.

Lo típico del indicio es que no tiene valor de prueba, "per se", sino unido a otras circunstancias. Entonces, cuando se hace uso de las pruebas indirectas es necesario establecer la conexión de unos hechos con otros, proceso de determinación de esa conexión, como de su calificación, en cuanto goza, o se le concede, un dilatado margen de discernimiento a los juzgadores de instancia, que, uno de los méritos indudables de esta clase de pruebas es su objetividad: "las cosas son cosas, los herbos son hechos y éstos como es sabido, son tozudos", como tales tienen la virtud de la naturalidad, su falta de artificio, esto es, su autenticidad.

Así las cosas, la importancia de las pruebas indirectas no se determina solo, en términos generales, por la calidad de estas mismas pruebas considerada por su situación con respecto a otras pruebas, por su conexión y relación con éstas. Porque, ellas son fragmentos de hechos, retazos de acciones, que es necesario reunir en un todo único, compararlos unos con otros y con otros hechos mediante un proceso de análisis y síntesis para reducirlos a un sistema, a un conjunto armónico.

De las anteriores consideraciones doctrinales se deducen como criterio o sistema para la apreciación de las pruebas indirectas, las siguientes conclusiones:

1ª La prueba indirecta adquiere calidad procesal y valor probatorio en conexión con otras pruebas; 2ª La conexión mutua de las pruebas indirectas debe ser tal que todas ellas constituyen los eslabones de una misma cadena, y en tal forma que, desprendido uno de ellos, se quebranta toda la cadena y pierden la categoría de indicio cada una de las pruebas por separado. En consecuencia, lo que debe existir es un sistema de pruebas indirectas, y no un grupo de indicios dispersos, sin conexión entre sí interna; 3ª Las pruebas indirectas deben guardar armonía, tanto entre sí como con el hecho principal que se quiere probar; 4ª Las pruebas indirectas deben estar tan fundamentadas que de su concatenación general no se pueda eliminar, quebrantar una sola de ellas por medio de una contraprueba.

La demanda provoca la investigación de la paternidad natural de Josué Canal Sorzano en relación con su presunto hijo Guido Rafael García y busca la correspondiente declaración o reconocimiento judicial de ese estado civil, con los efectos que ella implica ante la ley.

"El estatuto de la ley 45 de 1936, regula los derechos de los hijos naturales, con relación al padre, sobre la base del reconocimiento expreso de aquellos y sobre la de la investigación y prueba de la paternidad. Formas de reconocimiento señaladas en los artículos 3º y 4º del mencionado estatuto. Esto es, que nuestra legislación positiva optó por el sistema mixto, a diferencia de otras que apenas aceptan o acogen el primero, reconocimiento directo por ministerio de la ley —ipso jure— y reconocimiento indirecto, tácito, con fundamento en la autorización de la investigación de la paternidad por la vía de las presunciones. De allí, que el sistema colombiano de abordar los problemas de la determinación, la prueba y los efectos jurídicos de la paternidad causada fuera del vínculo del patrimonio, no acusa los acentuados caracteres del derecho excepcional ni la técnica propia de las que en otros tiempos fueron llamadas disposiciones "odiosas", que justificaban como criterio general de hermenéutica, el de apli-

car tales normas en forma absolutamente restrictiva, sin aspirar a que ellas obtuvieran su efectiva consagración y su fin completamente realizado.

"La Ley 45 de 1936, tuvo la fortuna, así puede decirse, de marcar una visible reacción contra la corriente de extremado rigor e iniciada en el Código Napoleónico en relación con la filiación legítima, pues lejos de rechazar la investigación de la paternidad, la tolera, o mejor, la autoriza definitivamente, admitiéndola en determinados casos —artículo 4º— cuando de los llamados hijos naturales se trata, siendo muy notorio su doble propósito, ya logrado, de atenuar el rigorismo prohibitivo instaurado en la legislación derogada y el de mejorar la posición jurídica de la prole natural, reconociéndole mayores y más claras ventajas de orden familiar y patrimonial, que las que le otorgaba esa antigua legislación. En opuesto sentido no existen razones legales que permitan dar un trato de favor a las demandas sobre declaración judicial de paternidad, situándolas al margen de las prescripciones y garantías generales que constituyen la trama esencial del proceso". (Gaceta Judicial, Tº LXXXIV, Nos. 2177 y 2178, páginas 30 y ss. Casación de 22 de febrero de 1957).

En el caso sub judice, las partes y los sentenciadores de instancia aceptan como hecho demostrado las relaciones sexuales habidas entre Josué Canal Sorzano y Marina García López, pero no la calidad de estables y notorias a que alude el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y en el tiempo que fija esta norma.

El Tribunal después de operar, directa y previamente, con las pruebas directas: escritas —cartas— y testimonial encontró que éstas, si establecían las relaciones sexuales, no alcanzaban por sí solas, a determinar la calidad de estables y notorias, no sin antes haber desestimado la causal tercera invocada, confesión inequívoca de paternidad. Ante esta situación y ante la de que "dentro de la hipótesis que contempla el artículo 4º ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, norma que no autoriza agravar las condiciones que el reconocimiento de la filiación ha de reunir, imponiendo al mismo tiempo mayores requisitos formales que los que el texto legal establece, o atribuyéndole, como especial exigencia de orden procesal, la de que al ejercitarse la correspondiente acción ha de presentarse la prueba del reconocimiento, escalonando la entrada a la indirecta sobre la presunción o prueba de la paternidad propiamente dicha, que es lo que exige el precepto, ya que éste lo que autoriza, en sus precisos términos es la investigación de ésta con base en la situación allí definida. En efecto, dicho texto expresa: "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural..." Entonces, el Tribunal optó por buscar la verdad mediante el empleo de la prueba indirecta que campeaba en el proceso.

Así, del hecho particular de las relaciones sexuales existentes entre don Josué Canal Sorzano y doña Marina García López, pasó al de la vivienda o habitación en el Hotel de propiedad de la señora María Magdalena Gómez de Nieto, por parte de doña Marina y por cuenta de don Josué, a las frecuentes visitas de éste hasta altas horas de la noche, a los paseos en automóvil, todo esto durante el lapso de año y medio; de aquí al arrendamiento del apartamento denominado "El Gallo de Oro", el suministro de alimentación durante la vivienda en este sitio, los giros y cheques girados por don Josué a favor de doña Marina, el contenido de las numerosas cartas y las diferentes fechas de éstas, antes y después del nacimiento del niño Guido Rafael, el cambio de domicilio de doña Marina para evitarle disgustos familiares a don Josué, y así sucesivamente, recogió hechos, acciones y los comparó entre sí y con otros hechos mediante un proceso de análisis y síntesis para formar con esos eslabones una cadena, o mejor, un sistema y llegar al hecho básico o conclusión a probar: la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias entre don Josué Canal Sorzano y doña Marina García López en el tiempo de que trata el artículo 4º ordinal 4º de la Ley 45 de 1936.

A este criterio del Tribunal, autorizado por la teoría de las pruebas judiciales y la jurisprudencia, para la apreciación de las pruebas indirecta —indiciaria— le opone el recurrente el suyo propio: aplicación del procedimiento de desarticulación de la prueba indiciaria, o sea; el de la estimación aislada de cada indicio, sin consideración a los demás, para por medio analítico de algunas de sus partes componentes, llegar así a una conclusión opuesta a la que se deduce de la combinación y conexión sintética de todos sus factores, sistema que fué el empleado por el sentenciador.

Dada la naturaleza de la prueba indirecta los indicios, la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte tiene declarado, que si no es absoluta la libertad de apreciación de esta clase de prueba, por parte del sentenciador de segunda instancia, éste sí goza o se le concede un dilatado margen de discernimiento en el proceso de conexión y calificación; y que el examen que haga de la importancia y trascendencia del en-

preciso y directo que debe existir entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, no puede impugnarse con éxito en casación, a menos que se ataque en forma la certeza del primero por hallarse subordinada la deducción, no a condición alguna concreta, sino a reglas indeterminadas del criterio humano, que es meramente subjetivo, al igual que se aprecian las declaraciones de los testigos por las reglas del criterio racional, sin que a éste respecto pueda eficazmente impugnarse un fallo cuando no se combate en firme la existencia y realidad del hecho que se declara probado.

Todo lo dicho conduce a la no aceptación de los cargos por errores de hecho evidentes en los autos y de derecho en la apreciación de la prueba estudiada, y de consecuencial violación de los artículos 1º y 4º ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, 1321 del C. C. 85 de la ley 153 de 1887 y 10 de la citada Ley 45 de 1936.

Por lo 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona de fecha 24 de marzo de 1958.

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 — Jorge Soto Soto, Secretario.

ES REQUISITO INDISPENSABLE DE LA ESCRITURA DE COMPRAVENTA QUE EL INMUEBLE SE DETERMINE POR SU UBICACION Y LINDEROS, REQUISITO QUE NO PUEDE SUPLIRSE CON DECLARACIONES DE TESTIGOS.

Como por encima del interés particular de las personas se hallan el interés general de la sociedad que requiere precisión y certidumbre en los actos, la ley ha establecido solemnidades especiales para ciertos contratos que por su importancia económica deben quedar a cubierto de dudas y rectificaciones posteriores. Esta necesidad ha impuesto límites al principio fundamental de la libertad de las partes en la elección de las formas, principio proclamado por el derecho civil moderno, en oposición a la excesiva acción intelan del derecho romano, cuya ingerencia en los negocios privados prácticamente había anulado la voluntad individual. Por eso hay contratos en que la forma es condición de su existencia, y no puede ser omitida ni alterada sin perder su validez jurídica.

Uno de esos contratos es el de compra venta de bienes raíces en que la escritura pública es formalidad que debe observarse so pena de nulidad. La falta de instrumento, además de la nulidad del acto, acarrea, como consecuencia, la imposibilidad de poderse reemplazar por otras pruebas. El art. 2594 del Código Civil señala los requisitos que debe llenar la escritura y entre ellos está el de expresar la situación y linderos del inmueble, con indicación de su nombre, si es rural y el de la calle donde está ubicado y el número que lo distingue, si fuere urbano.

Como en la escritura de venta no se determinó por sus linderos la parte de la finca que fue materia de la exclusión o reserva y si se dió la alinderación general del inmueble en que estaban radicados los derechos cedidos, su omisión no podía suplirse con declaraciones de testigos, o sea, con medios probatorios distintos a la misma escritura, porque a ello se opone no sólo el art. 1760 del Código Civil y el artículo 2594 de que atrás se ha hecho mérito, sino también el artículo 2653 de la misma obra que sanciona con la nulidad del registro de todo título o documento en que no se designe con claridad el nombre, la situación, los linderos y el valor de la finca.

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

(Magistrado ponente: doctor Juan M. Pachón Padilla)

Se decide sobre el recurso de casación incoado contra la sentencia de 9 de septiembre de 1955, proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario promovido por Esther Torres Díaz contra Rosa María Velandia.

Antecedentes:

1º Erasmo Torres H. adquirió durante su matrimonio con Esther Díaz el predio rural "Fávita", por escritura Nº 126 de 15 de octubre de 1885 de la Notaría de Ibagué.

2º La cónyuge de don Erasmo falleció el 1º de junio de 1887 y poco después éste vendió el citado inmueble a su hermano Leonidas Torres H. por escritura Nº 80 del 5 de mayo de 1888 de la Notaría de Suaita.

3º En 1888 ó 1889 don Erasmo contrajo nuevo matrimonio con su cuñada doña Elvira Díaz y de esta unión nació la demandante Esther Torres Díaz.

4º Por escritura número 369 de 18 de octubre de 1897 de la Notaría 2ª de Tunja don Erasmo readquirió de Leonidas Torres el inmueble que le había vendido nueve años antes.

5º Por escritura Nº 489 de 30 de junio de 192[illegible] de la misma Notaría Segunda de Tunja, don Erasmo vendió a su hijo Marco Antonio Torres "los derechos y acciones que como gananciales en la sociedad conyugal con su finada esposa la señora Esther Díaz de Torres, tiene y le corresponde" en el mencionado terreno de Fávita.

6º En el instrumento anterior don Erasmo d[illegible]

claró "que excluye de estas ventas un potrero denominado "Los Laureles" que quedó dentro del terreno que se deja alinderado".

7º En el mismo instrumento don Erasmo declaró también "que se reserva por los días de su vida, los usufructos de los derechos que aquí vende, de suerte que el comprador no entrará en posesión de esos derechos sino hasta después de la muerte del otorgante".

8º Don Erasmo falleció el 26 de septiembre de 1923 y su viuda doña Elvira Díaz de Torres el 30 de septiembre de 1935.

9º Por escritura número 982 de 17 de octubre de 1925 de la Notaría 1ª de Tunja, Marco Antonio, Mercedes y Sara Torres, vendieron a Emigdio Velandia "el primero de los vendedores, la cuarta parte de un terreno, ubicado en la vereda de "Fávita", de la jurisdicción del Municipio de Gámbita, en el Departamento de Santander del Sur, el cual se denomina también "Fávita" y los derechos y acciones que le correspondan por herencia de su finada madre la señora Esther Díaz de Torres; y las segundas de los vendedores, los derechos y acciones que los correspondan por herencia de su finada madre la misma señora Esther Díaz de Torres, en el mismo terreno".

10º Por escritura número 25 de 9 de febrero de 1952 de la Notaría Segunda de Moniquirá, Emigdio Velandia vendió a Samuel Fernández los derechos y acciones de que trata el punto anterior.

11º Por escritura número 36 de 10 de mayo de 1938 de la Notaría de Gámbita, Samuel Velandia Fernández vendió a Emigdio Velandia Fernández, quien recibe para Rosa María y Plinio Velandia Parra "sus derechos y acciones proindivisos del terreno denominado "Fávita", de por mitad entre ellos dos".

12 En el sucesorio de Plinio Velandia Parra le fueron adjudicados a su viuda Blanca Hurtado de Velandia, en común y proindiviso con Rosa María Velandia Parra, los derechos y acciones que tenía en el terreno de "Fávita", conforme a lo expresado en el punto anterior.

13 Los mencionados terrenos le fueron adjudicados a la señorita Rosa María Velandia Parra en virtud de la partición amigable efectuada con la señora Blanca Hurtado de Velandia, según consta en la escritura Nº 671 de 16 de abril de 1953 de la Notaría 5ª de Bogotá.

La demanda

Con fecha 25 de agosto de 1953 la señorita Esther Torres Díaz, por medio de apoderado, entabló demanda contra la señorita Rosa María Velandia, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Declarar que la sucesión de los señores Erasmo Torres H. y Elvira Díaz de Torres representada por mi poderdante la señorita Esther Torres Díaz es dueña del potrero o lote de terreno rural denominado Los Laureles que hacía parte de la finca llamada Fávita, ubicado en la vereda de este último nombre de la comprensión municipal de Gámbita, alinderado el referido potrero o lote así: por el pie desde la confluencia de las quebradas "Sabanalarga y Fávita", toda esta última quebrada arriba hasta la punta de un cimiento, lindando por este costado con terrenos de Salvador Sierra; por un costado, de la punta de este cimiento en línea recta hasta dar a un mojón en el sitio denominado "Loma Pelada", sigue por toda la cuchilla de "Loma Pelada" hasta su terminación en un morro, lindando por este costado con terrenos de herederos de Esteban Espitia, Agapito Forero y Abelino Garavito; por cabecera, desde el morro en línea recta hasta un cuarto morro, lindando con terrenos de herederos de Emigdio Velandia; de este último morro sigue por toda la cuchilla abajo hasta encontrar la quebrada de "Sabana Larga"; y por el otro costado, toda esta quebrada abajo hasta su confluencia con la quebrada "Fávita", punto de partida, y encierra, lindando por este costado con herederos de Emigdio Velandia.

"2º Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la demandada Rosa María Velandia a restituir y entregar a la señorita Esther Torres Díaz en su carácter de representante de la sucesión de sus padres Erasmo Torres H. y Elvira Díaz de Torres dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia o en el término prudencial que el señor Juez le señale, el potrero denominado Los Laureles que se describe y singularizado por su ubicación y linderos en el punto anterior de estas peticiones, y que la demandada está poseyendo materialmente.

"3º Condenar a la misma demandada Rosa María Velandia a pagar a la sucesión de los señores Erasmo Torres H. y Elvira Díaz de Torres, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o en algún término prudencial que el señor Juez le señale, todos los frutos naturales objeto de la reivindicación y que actualmente está poseyendo materialmente y no solamente los percibidos sino también los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y acti-

vidad teniendo el lote o potrero en su poder, desde el día en que empezó a poseer, como poseedora de mala fé que es.

"4º Condenar asimismo a la demandada señorita Rosa María Velandia a pagar los costos y costas del presente juicio, si se opone a esta acción".

Las sentencias de instancia

Tramitado el juicio, el Juez del conocimiento, Primero del Circuito Civil del Socorro, lo decidió en sentencia de 5 de febrero de 1955, en la cual resolvió lo siguiente:

"Primero — Absuélvese a la demandada señorita Rosa María Velandia de los cargos que le fueron formulados en la demanda propuesta por la señorita Esther Torres Díaz y que dio origen al presente juicio.

"Segundo — Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados. Comuníquese.

"Tercero — Condénase en costas a la parte demandante, representada por la señorita Esther Torres Díaz. Tásense".

Apelada esta providencia por la actora, el Tribunal Superior de San Gil, en fallo de 9 de septiembre de 1955, la confirmó en todas sus partes y condenó en costas a la apelante.

El Juzgado no accedió a las peticiones de la demandante, basándose en las siguientes consideraciones:

"El título que en su favor invoca en este juicio la demandante es la escritura Nº 489 de 30 de junio de 1923, otorgada en la Notaría 2ª de Tunja, en la cual el vendedor se reservó "un potrero denominado "Los Laureles" que queda dentro del terreno que se deja alinderado" (es decir dentro de la finca de "Fávita"), pero con la circunstancia de que se omitió describir en la escritura los linderos del potrero reservado. En estas condiciones el objeto de la reserva quedó afectado de indeterminación por falta de alinderamiento y el título en que consta carece de eficacia para los efectos de la acción propuesta, en razón de lo que se deja dicho con respecto al primero de los requisitos enunciados.

"Con el propósito de suplir las deficiencias del título, la parte demandante adujo declaraciones de personas que dicen haber conocido el potrero de "Los Laureles" por los linderos indicados en la demanda; pero esta prueba es inaceptable, porque la determinación del objeto de la reserva constituye elemento esencial de un contrato solemne, en el cual la escritura pública es requisito ad substantiam actus, y como tal no puede suplirse ni adicionarse con declaraciones de testigos (art. 1760 del C. C.)

"La falta de alinderamiento en el título determinó a su vez una identificación necesariamente incompleta, pues tal prueba no puede limitarse a una confrontación entre lo poseído por el demandado y el bien descrito en la demanda, —como ocurrió en el caso de autos—, sino que además es necesario establecer la correspondencia con la descripción del objeto contenida en los títulos del demandante.

"Aunque lo dicho hasta aquí sería suficiente para desestimar la acción, proceden sin embargo algunas breves consideraciones en torno a un punto muy controvertido en autos, el referente al dominio de la parte demandante.

"Aparece demostrado que con anterioridad al título de adquisición de la finca de "Fávita" invocado en la demanda, es decir a la escritura Nº 369 de 18 de octubre de 1897, por la cual Erasmo Torres dijo comprar a Leonidas Torres la referida finca, ya el mismo Erasmo había adquirido dicho inmueble por compra a Eufracio Huertas, según escritura Nº 126 de 15 de octubre de 1885. De suerte que de no mediar otro título entre los dos que se dejan mencionados, la compraventa válida sería la de 1885 y no la de 1897, pues en esta última el Sr. Torres habría comprado cosa propia y el contrato sería ineficaz al tenor de lo dispuesto en el artículo 1772 del C. C. En tal supuesto sí habría entrado al patrimonio de la primera sociedad conyugal, es decir, a la formada con doña Esther Díaz, y la demandante, que representa a la sociedad de doña Elvira Díaz, carecería por lo tanto de acción.

"Al mismo resultado se llega si se acepta la existencia de la escritura Nº 80 de 5 de mayo de 1888 de la Notaría de Gámbita, no allegada a los autos pero relacionada en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre tradición del inmueble, según la cual don Erasmo vendió a don Leonidas Torres la referida finca de "Fávita". En efecto, como el predio ha sido adquirido por don Erasmo en 1885 durante su matrimonio con doña Esther Díaz, ingresó al patrimonio de la sociedad conyugal (Art. 1781, 50 C.); y como dicha sociedad se disolvió por muerte de la cónyuge, ocurrida el primero de julio de 1887, al vender don Erasmo sin previa liquidación de la sociedad el 5 de mayo de 1888 mediante la escritura Nº 80 de la Notaría de Gámbita, hizo venta de cosa ajena, inoponible al verdadero dueño mientras no interviniera el fenómeno de la prescripción. (Art. 1871 C. C.). En este caso el verdadero dueño sería la socie-

conyugal disuelta e iliquida Erasmo Torres - Esther Díaz, de la cual deriva sus derechos, a través de una serie de títulos, la señorita Rosa María Velandia.

"Y la prescripción no pudo operar a favor del señor Leonidas Torres porque éste si en realidad tuvo título —lo cual no se ha demostrado plenamente—, no alcanzó a poseer regularmente por el término de diez años; ni a favor de don Erasmo Torres, porque éste además de que no podía cambiar por sí solo el título de su posesión, no poseyó para sí sino para la sociedad conyugal con su primera esposa, doña Esther Díaz de Torres.

"Es bien sabido que para adquirir por prescripción, se necesita verdadera posesión, la cual supone además de la tenencia material el ánimo de señor y dueño, incompatible con el reconocimiento del dominio ajeno. Don Erasmo Torres reconoció explícitamente el dominio de la sociedad conyugal formada con su primera esposa al decir en la escritura 489 de 30 de junio de 1923 que vendía "los derechos y acciones que como gananciales en la sociedad conyugal con su finada esposa la señora Esther Díaz de Torres tiene y le corresponde en un terreno ubicado en la vereda de "Fávita"... el cual compró durante su matrimonio con la señora Esther Díaz de Torres, al doctor Eufrasio Huertas..."

"Respecto al elemento subjetivo de la posesión ha dicho la Corte:

"El ánimo, como cosa subjetiva que es, ofrece dificultades de comprobación, cuando se trata de establecer el de un tercero pero no cuando el propio sujeto se encarga de confesar que no lo tiene..." (G. J. Nº 2138 - 2139, página 110). Y en el mismo fallo se cita la siguiente jurisprudencia: "El **animus sibi habendi** se halla establecido cuando está comprobada la voluntad aparente de poseer, sin perjuicio, claro está, de que para destruir la existencia de este elemento esencial de la posesión, pueda contraprobarse acreditando que el pretendido o aparente poseedor reconoció efectivamente el derecho ajeno en la misma cosa".

"No habiendo operado el fenómeno de la prescripción, el dominio de "Fávita" no salió del patrimonio de la sociedad conyugal Erasmo Torres - Esther Díaz, y en consecuencia la reserva que el señor Torres hizo del potrero de "Los Laureles" en la escritura 489 de 1923, en caso de tener validez habría operado en favor de dicha sociedad, pero no en favor de la sociedad conyugal Erasmo Torres - Elvira Díaz, constituída por el segundo matrimonio del señor Torres, y en nombre de la cual acciona, en su condición de heredera, la señorita demandante.

"Lo anterior quiere decir que la parte actora tampoco acreditó el derecho de dominio invocado en la demanda; y la conclusión de todo lo expuesto no puede ser otra que la absolución de la parte demandada, con costas a cargo de la demandante (Dto. 0243 de 1951, art. 2º)".

El Tribunal en su sentencia "reproduce y prohija" las razones anteriores y por su parte aduce las siguientes:

Sobre la identificación del inmueble que se reivindica dice:

"Dada la definición del artículo 946 del C. C. la acción de dominio se ejerce sobre cosas singulares. Siendo esto así, es incuestionable que la cosa debe aparecer claramente singularizada en el título del reivindicante. No basta por tanto que la cosa esté singularizada en la demanda y que esa cosa sea la misma poseída por el demandado, sino que es preciso que la cosa singularizada en la demanda sea la misma cosa singular descrita en el título del actor. De ahí que, como lo dijo el Juzgado, la identificación no puede limitarse a la confrontación del bien poseído por el demandado y el bien descrito en la demanda, sino que además es indispensable establecer la correspondencia con la descripción del objeto contenido en el título del demandante".

Luego agrega:

"...don Erasmo Torres adquirió la finca de Fávita por medio de la escritura Nº 389 de 18 de octubre de 1887. Luego, por medio de la escritura Nº 489 de 30 de junio de 1923, don Erasmo, le vendió a Marco Antonio Torres sus gananciales en la sociedad conyugal formada con su esposa Esther Díaz vinculados en la finca de Fávita, excluyendo de la venta el potrero llamado Los Laureles que hace parte de la misma finca de Fávita, pero sin señalar los linderos del potrero excluído. Y es este potrero excluído de la venta el que se dice que no ha salido del patrimonio de don Erasmo y el que se pretende reivindicar. Verificada así la venta en 1923, cabe preguntar: Fué vendida toda la finca de Fávita? No. Se vendieron los gananciales de don Erasmo vinculados en **toda** la finca de Fávita? No, porque se excluyó el potrero de Los Laureles. Hubo pues venta de una parte de la finca de Fávita y se dejó de vender otra parte de la misma finca. Cuál fué la parte de la finca de Fávita que se vendió? No se sabe porque no se le señalaron los linderos a esa parte vendida. Y tampoco se sabe cuál fue la parte no vendida porque tampoco se le señalaron los linderos. Si a la parte vendida se le

hubieran señalado linderos, podría decirse que el resto de la finca de Fávita corresponde al potrero de Los Laureles. Y si a la parte no vendida, el potrero de Los Laureles, se le hubieran señalado linderos, podría decirse que el resto de la finca de Fávita corresponde a la parte en que don Erasmo vinculó la venta de sus gananciales.

"No se sabe pues hasta dónde fue la venta y hasta dónde no fue esa venta. En semejantes condiciones, podrá admitirse que los testigos digan lo que los contratantes no dijeron? En absoluto. Y en semejantes condiciones, podrá admitirse que el potrero de Los Laureles que se intenta reivindicar es una cosa singular, clara y precisamente determinada en el título de la actora? La respuesta negativa es perentoria y contundente".

Respecto a la demostración del derecho de dominio de la actora, expresa el Tribunal:

"...acepta el apelante que al vender Erasmo Torres a Leonidas Torres la finca de Fávita por medio de la escritura Nº 80 de 5 de mayo de 1888, vendió cosa ajena, ya que la mencionada finca de Fávita pertenecía a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Erasmo Torres - Esther Díaz. Pero como Erasmo Torres volvió a adquirir la finca de Fávita, a título oneroso, por medio de la escritura Nº 369 de 18 de octubre de 1897 la adquisición la hizo para la sociedad conyugal formada a la sazón con su segunda esposa doña Elvira Díaz de Torres. Entonces Erasmo Torres no hizo más que continuar la posesión que le transfirió su antecesor Leonidas Torres, y añadiendo la de este último a su propia posesión como lo previene el artículo 778 del C. C. se cumplió un lapso mayor de treinta años contados desde la venta de Erasmo a Leonidas en 1888 hasta la venta de Erasmo a Marco Antonio Torres en 1923, lapso durante el cual quienes hubieran podido intentar las acciones pertinentes para recuperar el derecho que se le arrebalara a la primera sociedad conyugal Torres - Díaz, permanecieron en la más completa inactividad, razón por la cual el título de Erasmo Torres quedó saneado de todos los vicios de que pudo adolecer en un principio.

"Desde la venta de Erasmo Torres a Leonidas Torres en 1888, hasta la venta del mismo Erasmo a Marco Antonio Torres en 1923, transcurrieron más de treinta años, como lo afirma el recurrente. Con todo, Erasmo no vendió a Marco Antonio Torres la finca de Fávita como cosa propia y como cuerpo cierto. Vendió los derechos y acciones que le correspondían como gananciales en la sociedad conyugal con su primera esposa Esther Díaz de Torres, reconociendo expresamente que la finca la había adquirido durante su matrimonio con la señora Esther del doctor Eufracio Huertas y que tal finca se hallaba en común y proindiviso con los demás herederos de su nombrada esposa Esther Díaz de Torres. Esto quiere decir que Erasmo Torres, en 1923, reconoció que la finca de Fávita no le pertenecía exclusivamente sino que ella pertenecía a la sociedad conyugal Erasmo Torres - Esther Díaz. Reconoció con consiguiente que no la tuvo en su poder con ánimo de señor y dueño. Y en últimas, y en el peor de los casos, renunció a la prescripción, como lo permite el art. 2514 del C. C."

"Pues bien. Si Erasmo Torres no adquirió la finca de Fávita por prescripción, dedúcese de allí que no se extinguieron los derechos de la sociedad conyugal Erasmo Torres - Esther Díaz sobre la misma finca, toda vez que, según voces del art. 2538 ibidem, "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho".

"Y así mismo, si Erasmo Torres no adquirió la finca de Fávita por prescripción, tal finca no ingresó al patrimonio de la sociedad conyugal Erasmo Torres - Elvira Díaz, y de contera, el potrero de Los Laureles que hace parte de dicha finca, no pertenece a la sociedad conyugal para la cual se ha intentado la acción reivindicatoria".

El recurso de casación

Con fundamento en la causal primera de casación, el apoderado de la parte recurrente formula a la sentencia tres cargos:

El primero se hace consistir en ser la sentencia violatoria del art. 946 del C. C. por falta de aplicación al caso del pleito, por manifiestos errores de hecho y de derecho al apreciar la demanda, el contenido y mérito probatorio de la escritura Nº 489 de 30 de junio de 1923, de la Notaría 2ª de Tunja, el mérito probatorio de las declaraciones que luego especifica, la inspección ocular y el dictamen pericial solicitados por la parte actora para identificar el inmueble objeto de la reivindicación "y al desestimar, virtualmente, el contenido y mérito probatorio de la escritura Nº 369 de 18 de octubre de 1897, otorgada en la Notaría 2ª de Tunja".

El segundo se basa en los mismos conceptos y términos del primero y se presenta como subsidiario de éste para el caso de que la Corte estime que la infracción de la norma mencionada, el artículo 946 del C. C. mejor que por falta de aplicación es por indebida aplicación al caso de la controversia.

El tercero se presenta por violación de los ar-

ticulos 752, 753, 1870 y 1871 del Código Civil por manifiesto error de hecho al apreciar las declaraciones de don Erasmo Torres en la escritura Nº 489 de 1923 de la Notaría Segunda de Tunja y, como consecuencia de ese error la sentencia quebrantó los artículos 753 y 1871 del Código Civil, por falta de aplicación el primero y por aplicación indebida el segundo... y quebrantó asimismo, por idénticos conceptos, el artículo 1870 del citado Código.

Estudio de los cargos

Para sustentar el primer cargo dice, en síntesis lo siguiente:

a) Que es un concepto errado del Tribunal afirmar que el título que la demandante invoca en su favor es la escritura Nº 489 de 30 de junio de 1923 de la Notaría 2ª de Tunja, porque el verdadero título en que ella funda la acción reivindicatoria, como causahabiente de la sociedad conyugal ilíquida que formaron Erasmo Torres y Elvira Díaz y como interesada o partícipe en sus respectivas sucesiones, es la escritura Nº 369 de 18 de octubre de 1937 de la Notaría 2ª de Tunja, por medio de la cual don Erasmo compró a Leonidas Torres la finca de "Fávita", de la cual formaba parte el potrero o lote de Los Laureles, según lo expresa en forma indubitable el hecho a) del libelo y lo ratifican los ordinales b), c) y d). Y añade:

"Y como ni expresa ni tácitamente existe en el libelo de demanda afirmación alguna que contradiga o siquiera desvirtúe este concepto resulte manifiesto el error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar el contenido de aquella pieza, ignorando el verdadero título de la acción que allí se sostiene, para suplantarlo artificiosamente por el que, en la escritura de 30 de junio de 1923, le sirve de fundamento a la contraparte para respaldar el derecho que cree tener sobre un objeto, que no es, ni mucho menos, el que constituye la materia de la reivindicación".

b) Que mediante la citada escritura de 1923, Erasmo Torres vendió a Marco Antonio Torres los derechos y acciones que creía tener sobre parte de la finca de "Fávita", con exclusión expresa del dominio que había adquirido sobre el potrero de Los Laureles que hasta entonces venía formando parte de aquella finca. "Lo cual significa que habiendo sido aquella parte el objeto exclusivo de las estipulaciones contractuales, los vicios o defectos en que hubiera podido incurrirse, inclusive los originados en el silencio o indeterminación de linderos de las dos partes, la vendida y la reservada, apenas si afectan la validez de la enajenación y consiguientemente la del título del comprador, pero no la del dominio que ya tenía el vendedor sobre la parte que se reservó, que fue extraña al contrato, como exactamente acontece con el potrero de Los Laureles que mi mandante reivindica".

A continuación sostiene que la reserva o exclusión que limita la extensión del objeto que se enajena no constituye título alguno de dominio porque nadie puede adquirir lo que ya tiene en su patrimonio y que el Tribunal vio en esa reserva un título adquisitivo de dominio que no existe respecto de la porción reservada.

Que el silencio de linderos para la parte excluída de la venta también comporta, automáticamente, la indeterminación de los de la parte vendida y que por no apreciarlo así el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho al ver en la escritura 489 de 1923 un título adquisitivo de dominio respecto del potrero de "Los Laureles" que no existe, "y cuando le desconoció sus naturales efectos jurídicos a la declaración de reserva de dominio o exclusión de la venta que en el mismo instrumento hizo su legítimo dueño, reconociéndoselos en cambio, al contrato de venta que allí se contiene respecto a un objeto que, por aparecer delimitado en extensión mayor a la que se enajenaba, quedó sin identificar, dejando por consiguiente, sin validez legal ninguna aquel contrato".

c) Que las anteriores equivocaciones condujeron al Tribunal fatalmente a otro nuevo error de derecho, "por haber desestimado, negándole mérito legal probatorio, a los medios en los cuales se identificó dentro del juicio el potrero de 'Los Laureles' o sea las declaraciones de Avelino Garavito, Elvira Pandiño, Andrés Poveda, Miguel Cabrera y Eliécer Acevedo, la inspección ocular y el dictamen pericial de los peritos José Tobías Becerra, Manuel Pradilla y Servilio M. Pabón".

Se considera:

Ciertamente, el Tribunal tuvo en cuenta la escritura Nº 489 de 30 de junio de 1923, de la Notaría 2ª de Tunja, por la cual Erasmo Torres, vendió a Marco Antonio Torres, los derechos y acciones que tenía en la finca Fávita y excluyó de la operación un potrero denominado "Los Laureles". Pero, de ello no dedujo que ese fuera el único título de dominio invocado por la actora. Además, aunque se trataba de un concepto errado el afirmar que dicha escritura era el título presentado para la acción reivindicatoria, tal concepto no constituye error de hecho capaz de quebrantar la sentencia porque el principal soporte

de ésta consiste en considerar que la singularización del bien cuya restitución se impetra, no se encuentra acreditada.

Como por encima del interés particular de las personas se halla el interés general de la sociedad que requiere precisión y certidumbre en los pactos, la ley ha establecido solemnidades especiales para ciertos contratos que por su importancia económica deben quedar a cubierto de dudas y rectificaciones posteriores. Esta necesidad ha impuesto límites al principio fundamental de la libertad de las partes en la elección de las formas, principio proclamado por el derecho civil moderno, en oposición a la excesiva acción tutelar del derecho romano, cuya ingerencia en los negocios privados prácticamente había anulado la voluntad individual. Por eso hay contratos en que la forma es condición de su existencia, y no puede ser omitida ni alterada sin perder su validez jurídica.

Uno de esos contratos es el de compra venta de bienes raíces en que la escritura pública es formalidad que debe observarse so pena de nulidad. La falta de instrumento, además de la nulidad del acto, acarrea como consecuencia, la imposibilidad de poderse reemplazar por otras pruebas. El art. 2594 del Código Civil señala los requisitos que debe llenar la escritura y entre ellos está el de expresar la situación y linderos del inmueble, con indicación de su nombre, si es rural y el de la calle donde está ubicado y el número que lo distingue, si fuere urbano.

Como en la escritura de venta no se determinó por sus linderos la parte de la finca que fue materia de la exclusión o reserva y sí se dio la alinderación general del inmueble en que estaban radicados los derechos cedidos, su omisión no podía suplirse con declaraciones de testigos, o sea, con medios probatorios distintos a la misma escritura, porque a ello se opone no sólo el artículo 1760 del Código Civil citado por el Tribunal y el 2524 de que atrás se ha hecho mérito, sino también el artículo 2656 de la misma obra que sanciona con la nulidad del registro de todo título o documento en que no se designe con claridad el nombre, la situación, los linderos y el valor de la finca. Por consiguiente, no hay violación de ley sustantiva por parte del Tribunal.

Pero, existe otro aspecto de la cuestión que también es preciso tener en cuenta, y que incide mayormente en la controversia, cual es el de que don Erasmo Torres, por medio de la mencionada escritura 489 de 1923, sólo vendió "derechos y acciones". De tal modo, que no se trata de la venta de un cuerpo cierto. En la escritura se dice que los derechos y acciones que se venden equivalen "a la mitad del terreno en que están vinculados", mas tal circunstancia nada agrega a su condición de indeterminados, aunque se presuma que son iguales a la mitad de la finca, porque en la comunidad cada comunero es dueño de un derecho proindiviso sobre todo el bien y sobre cada una de sus partes. **Totus in toto, totus in cualibet parte.**

Así pues, como se trata de un derecho no determinado que para singularizarse requiere la correspondiente división del inmueble sobre el cual radica —la que a la fecha del contrato no se había ejecutado— la exclusión del potrero de "Los Laureles" de la venta sólo podía producir efecto, siempre que se hubiera determinado por su situación y linderos, porque sin estar materializado sobre el terreno era completamente imposible saber a qué comunero le iba a corresponder, en definitiva dicho potrero.

Por último, no está demás advertir que, para el caso, resulta inocuo el argumento de que "el silencio de linderos de la parte excluída de la venta, automáticamente comporta la indeterminación de los de la parte vendida", porque el objeto de la venta, se repite, no fue un cuerpo cierto y determinado, sino derechos y acciones vinculados a un inmueble cuyos linderos generales se expresaron en la escritura.

Por las mismas razones anteriores, se debe rechazar el segundo cargo, puesto que se basa en los mismos conceptos y sólo se ha presentado, subsidiariamente, para el caso de que debiendo prosperar el primero se estime que la norma quebrantada lo fuera por indebida aplicación al caso de la controversia y no por falta de aplicación como se había planteado. Pero, como se ha visto al no existir los manifiestos errores de hecho y de derecho alegados en el primer cargo, la sentencia tampoco puede ser violatoria de la ley sustantiva por indebida aplicación de la norma citada como no lo fue por falta de aplicación.

En cuanto al tercer cargo relativo a la prevalencia del título invocado por la demandante sobre el opuesto por la demandada, no hay por qué examinarlo, pues al faltar, como se ha visto, uno de los elementos esenciales de la acción de dominio, el de la plena identificación del bien cuya restitución se persigue, resulta inútil ese examen

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, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en el juicio ordinario iniciado por Esther Torres Díaz contra Rosa María Velandia.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

LA CUANTIA DE UN JUICIO PUEDE MODIFICARSE POR EL POSTERIOR DESISTIMIENTO DE UNA DE LAS ACCIONES IMPETRADAS EN EL LIBELO. — CORRECCION DE LA DEMANDA.

1 — Si adquiere firmeza procesal la estimación de la cuantía de una acción si no fue oportunamente objetada por el demandado, no es menos cierto que en derecho y en el hecho, puede ella quedar modificada por el abandono resultante del desistimiento de una o de varias de las acciones que hayan sido acumuladas al iniciar la litis. Es otros términos: si es firme la cuantía de las varias acciones incoadas en la demanda si ella no fuere oportunamente objetada, sin embargo, puede variar y varía si el actor desiste de alguna o algunas de ellas y el desistimiento fuere aceptado y procedente.

2 — El derecho de aclarar o corregir las demandas consagrado por el artículo 208 del C. J. se entiende concedido, únicamente, "para depurarla de los defectos que tenga o para incluir en nueva demandazón o ADICIONAR los hechos y peticiones"; no para excluir una o varias de las acciones o cambiarlas en su totalidad.

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

(Magistrado ponente doctor Daniel Anzola Escobar)

El 4 de febrero de 1956, la señora Pastora Arriaga a nombre de la sucesión de Juan Garcés, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria ante el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó contra la señora Luz de la Torre de Mosquera Garcés. "con el fin de que sea condenada a restituir a la sucesión por mí representada un solar ubicado en esta ciudad" que por su situación y linderos particularizó en el libelo; y "a pagar los perjuicios por la ocupación del bien y las costas del juicio". "Estimó la cuantía de la acción en diez mil pesos".

Posteriormente, el 4 de marzo de 1957, cuando el negocio se encontraba a conocimiento del Tribunal Superior por apelación del fallo de primera instancia, el apoderado de la demandante manifestó, expresamente, que "desistía de la indemnización de perjuicios incoada junto con la reivindicación"; y agregó: "dentro de la valorización total de la demanda, la acción de perjuicios vale un mil pesos moneda legal.

Al desistimiento de la acción por perjuicios inicialmente acumulada recayó la siguiente providencia: "Por estar presentado en forma legal y por parte legítima con facultad para desistir, se admite el desistimiento a que se refiere el memorial anterior... En consecuencia, las cosas quedarán en el estado que tenían antes de ser intentada la demanda, respecto a la acción de indemnización de perjuicios incoada junto con la de reivindicación..."

Por sentencia de 17 de mayo del año en curso el Tribunal revocó la del inferior, absolvió a la demandada de los cargos de la demanda y condenó en las costas del juicio a la parte vencida, decisión contra la cual la parte actora interpuso el recurso de casación.

El Tribunal en proveído de 3 de julio siguiente —en vista de que la cuantía del litigio quedó reducida, por el desistimiento de la acción sobre indemnización de perjuicios, a suma inferior de la señalada por el art. 1º del Decreto 3547 de 1950— no concedió el recurso de casación. La parte recurrente interpuso reposición y en subsidio solicitó copia de la pertinente actuación; negada la reposición y expedidas las copias, con base en ellas recurrió de hecho ante la Corte.

La parte actuante impugna la pertinente decisión del Tribunal aduciendo estas consideraciones:

"1º Estimada la cuantía de una acción y no habiéndose objetado al ser contestada la demanda, posteriormente no puede alterarse esa situación jurídico procesal. Los desistimientos posteriores de cualquier acción no significan corrección de la demanda, que debería hacerse en la debida oportunidad procesal. Y si la demanda no fue corregida, sus estamentos (sic) quedan inatacables hasta el fin, así sea que se desista de una acción o que el juez niegue una o todas las peticiones del libelo.

"2º Si en la demanda se dijo que se fijaba la

cuantía de la acción en diez mil pesos, no pudo aludirse a acción distinta que la principal o sea la reivindicatoria, es decir tuvo que referirse esa cuantía a bien objeto de la restitución. Si se hubiera dicho que se estimaban las acciones en diez mil pesos, podría entenderse que se incluía en ese guarismo el valor de los posibles perjuicios. Pero usar el término acción en singular, no pudo el demandante referirse a algo diferente de la reivindicación que es la acción de dominio.

"El argumento de que debe entenderse que el demandante se acomodaba en un todo al texto del art. 205 del C. Judicial, es arbitrario porque son muchas las demandas que no se acomodan a esa prescripción.

"En el caso de acumulación de acciones, como el presente, fijada la cuantía de una de ellas, merced a la cual se determina la competencia, las demás acciones siguen la misma suerte de la de mayor cuantía, es decir corresponden al juez a quien se asigna el conocimiento de éstas últimas.

"Y justamente eso ocurrió. Se estimó la cuantía de la acción reivindicatoria, que era suficiente para determinar la competencia y la viabilidad del recurso de casación.

"Ahora bien, si existiere algún motivo de duda, el Tribunal ha debido ordenar un avalúo del bien y no echar por el fácil atajo de negar un recurso tan importante, como para impedir que la Corte revise el absurdo fallo dictado, en el que los mismos Magistrados que habían reconocido un derecho de dominio claro y evidente, lo niegan posteriormente".

Considera la Corte:

Hecho distinto del derecho que tienen las partes para impedir que en la controversia se alteren los extremos de la litis, es la facultad que el art. 461 del C. J. concede a los litigantes para desistir del pleito, reconvención, incidente o recurso propuesto. Si adquiere firmeza procesal la estimación de la cuantía de una acción si no fue oportunamente objetada por el demandado, no es menos cierto que en derecho y en el hecho, puede ella quedar modificada por el abandono resultante del desistimiento de una o de varias de las acciones que hayan sido acumuladas al iniciar la litis. En otros términos: si es firme la cuantía de las varias acciones incoadas en la demanda si ella no fuere oportunamente objetada, sin embargo, puede variar, y varía, si el actor desiste de alguna o algunas de ellas y el desistimiento fuere aceptado y procedente.

Sobre estos particulares es pertinente la transcripción de la siguiente doctrina de la Corte:

"Si la supresión de una o más de varias acciones incoadas o de varias peticiones formuladas en el libelo determinan indudablemente alteración en él, no por esta sola circunstancia puede negarse el desistimiento parcial, en cuanto no lesiona el derecho referido. Si, por ejemplo, al demandar en reivindicación se ha pedido la restitución del respectivo bien y además se han demandado sus frutos, el juez no puede más celoso por la causa del demandante que éste mismo, negarse a admitir el desistimiento de esta última petición y la consiguiente reducción de sus pretensiones a la entrega de la cosa". (Casación, 29 de marzo de 1938. G. J. Nº 2034, página 271).

De consiguiente, el desistimiento o renuncia que la actora presentó de una de las acciones y que el Tribunal aceptó, modificó de hecho la cuantía del pleito y dejó sin valor alguno lo que al respecto pudo haberse decidido en la sentencia.

Pero el recurrente se empeña en sostener que en su demanda estimó únicamente la cuantía de la acción reivindicatoria con prescindencia de la correspondiente a la de la acción acumulada y consideró que al hacerlo no solamente determinaba la competencia del juez (art. 205 del C. J.), sino que por efecto de la acumulación objetiva de las dos acciones, la jurisdicción para conocer de la primera atraía el conocimiento de la segunda. Sin embargo, concluye, que con el desistimiento de la petición sobre perjuicios quedó intacta la estimación de $ 10.000.00 que señaló en la demanda, lo que dice, le da derecho a que se le conceda el recurso de casación que interpuso contra la sentencia del Tribunal.

De la lectura atenta del escrito de demanda se establece, sin lugar a duda, que la actora solicitó dos declaraciones, la **restitución** de un solar y **el pago de los perjuicios** por la ocupación irregular del bien, acciones cuya cuantía, en conjunto, estimó en diez mil pesos.

La misma argumentación que emplea el recurrente para sostener que lo avaluado por él fue únicamente la simple acción reivindicatoria, podría, en su caso, hacerse valer para la acción por perjuicio, puesto que a ninguna de las dos se refirió en concreto y porque no existe dato o constancia en el libelo que suponga que al estimar la cuantía del litigio en diez mil pesos, aludió únicamente a la acción reivindicatoria. Habrá que admitirse que en ese valor incluyó ambas acciones.

Suponiendo en gracia de discusión que la determinación adolece de ambiguedad por el em-

pleo en singular del vocablo "acción", la duda la despeja el propio demandante cuando al desistir de la acción por perjuicios, dijo: "Dentro de la valorización total de la demanda la acción de perjuicios valía un mil pesos moneda legal". Debe entenderse, no tiene otra interpretación, que en los diez mil pesos a que se hizo alusión en la demanda, mil corresponden a la acción por perjuicios y el resto, la cantidad de nueve mil, al valor del inmueble objeto de la reivindicación.

Tampoco puede alegarse que lo que se operó con la supresión de la petición sobre indemnización de perjuicios fue una corrección de la demanda, porque el derecho de aclarar o corregir las demandas consagrados por el artículo 208 del C. J. se entiende concedido, únicamente, "para depurarla de los defectos que tenga o para incluir un nuevo demandado o adicionar los hechos y peticiones"; no para excluír una o varias de las acciones o cambiarlas en su totalidad. Por lo demás, la corrección de la demanda procede únicamente en la primera instancia del juicio.

Se anota finalmente, que el Tribunal no podía ordenar el avalúo del bien para saber si era o no admisible el recurso de casación como así lo sugiere el recurrente, porque como lo tiene repetido la Corte, "contra la estimación de la cuantía hecha por el demandante, sin oposición del demandado, no caben pruebas de ninguna especie".

Ha quedado demostrado que la actora justipreció el valor del terreno demandado en $ 9.000.00 y que a su restitución se concretó el litigio; y como la cuantía del libelo resulta menor de la que señala la ley para que el recurso de casación pueda tener cabida, debió el juzgador negarlo como así lo hizo.

En esas circunstancias la providencia recurrida se ajusta en un todo a la ley por lo cual debe mantenerse, y en consecuencia negarse el recurso de hecho contra ella interpuesto en el anterior escrito.

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 admite el recurso de hecho a que se refieren estas diligencias y dispone dar aviso al Tribunal de la negativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Garavito Durán — Darío Ansola Escobar — Salvo mi voto, Pablo Emilio Manotas Enrique Giraldo Zuluaga — Juan M. Pachón Padilla — Francisco de P. Vargas — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR PABLO EMILIO MANOTAS

Por no compartir en su integridad la tesis sostenida por el resto de mis distinguidos compañeros de Sala y por implicar ella una rectificación categórica a la doctrina que reiteradamente ha venido imperando en la Corte, a partir del mes de diciembre del año de 1945, salvo mi voto por los siguientes motivos:

Según los términos del proveído recurrido de hecho, originario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, el motivo fundamental que se tuvo en cuenta para denegar el recurso de casación, no fué otro que el de haberse estimado por el actor en el libelo respectivo la cuantía de la demanda en la suma de diez mil pesos ($ 10.000 00) y posteriormente haberse desistido de la acción indemnizatoria de perjuicios, suma ésta que quedó reducida a la de nueve mil ($ 9.000.00), y la cual debe tenerse inmodificable como cuantía para todos los efectos procesales, inclusive para determinar la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario de casación.

La Corte en resoluciones de 30 de marzo y 19 de junio de 1950, con motivo de las decisiones de los respectivos recursos de hecho interpuestos contra los autos que denegaron los de casación contra las correspondientes sentencias de segundo grado, dictadas en unos juicios ordinarios reivindicatorios y circunstancias iguales al caso en estudio, dijo

"Esta doctrina, como lo ha advertido ya varias veces esta Sala, ha sido objeto de una rectificación fundamental, aunque no unánime, a partir del 14 de diciembre de 1945 (G. J. Tomo LXII página 85) en que se aceptó la posibilidad de la existencia del verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del C. J. sobre el valor real del litigio para efectos de la concepción del recurso de casación aún en los casos en que la cuantía haya sido fijada por el demandante en el libelo inicial, sin objeción del demandado, en cifra que no alcance el mínimo que señala la ley para dar acceso a este recurso extraordinario.

"La competencia judicial que se fija por razón de la naturaleza del asunto, o por la calidad de las partes, o del lugar donde debe ventilarse, con subordinación a la competencia por razón de la cuantía (arts. 150, 154 del C. J.) se vincula a las instancias del juicio y sirve para determinar la competencia necesaria, principal u originaria del primer grado. La competencia de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, colocada en el vértice de la organización judicial con su finalidad primordial de adoctrinar sobre la aplicación de la ley para uniformar la jurisprudencia nacional, no corresponde a esa clasificación legal fundada con el objeto, el sujeto, el territorio y la cuantía. Pertenece a la que todos los tratadistas de derecho procesal denominan competencia funcional, que aunque no catalogada en el código opera dentro de nuestra organización judicial. Las cuantías señaladas en el artículo 519 del C. J. ninguna relación tienen con las que exige la ley para fijar la competencia, ni con la manera legal de su determinación (artículo 205, 206 ibidem). Esas cifras se refieren propiamente a la pretensión del demandante, a "lo que se demanda" —relación sustancial— y no a lo que para efectos de competencia llama el código cuantía, que es relación simplemente procesal. Como bien se sabe, el recurso de casación, instituído en interés de la ley, por su propia índole y las finalidades que persigue, debería proceder contra toda sentencia de última instancia, como algunas veces lo ha explicado esta Sala, y sólo por consideraciones de orden práctico, para evitar la congestión de la Corte, ha establecido el legislador restricciones para su concesión. Este es el alcance y sentido de las cuantías del artículo 519, que así resultan completamente desconectadas de las que establece el código "para fijar la competencia", que es manera de distribuir los negocios judiciales en su inicio, y no como allí sucede para servir simplemente de cedazo legal. Esta diferencia de fines y de categorías entre la cuantía "para fijar la competencia" y la que abre la puerta a la casación, es visible en la prohibición que la ley hace a la Corte para declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda (artículo 529 in fine. C. J.) y estaba inequívocamente establecida en el artículo 4º de la ley 90 de 1920, cuya doctrina sigue siendo la que jurídicamente se aviene más con el carácter funcional de la competencia que compete a la Corte en Casación, y que no hay por qué subordinar al concepto y reglas de competencia original por razón de la cuantía. "El Tribunal antes de decidir

sobre la concesión del recurso —decía la citada disposición— cuando la demanda no tenga por objeto una cantidad determinada o cuando de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito, ordenará que por medio de peritos se fije la cuantía de la acción, aunque en la demanda se determinen dichas cuantías".

"No es inútil reproducir una vez más las razones y explicaciones en que se funda la doctrina sobre cuantía para efectos de la casación, visible a páginas 110 a 112 del Tomo LXVI de la Gaceta Judicial:

"La cuantía que el demandante debe fijar en el libelo con que inicia su juicio, no tiene, según los términos del artículo 205 del C. J. otro objeto ni otro alcance que fijar la competencia del Juez ante quien presenta su petición o demanda, determinándola en una cifra exclusivamente destinada a darle a su juicio la categoría procedimental de mayor o menor cuantía (artículo 109, 119 y 145 del C. J.) y a mover, en consecuencia, la jurisdicción de los jueces de circuito o municipales, que según el artículo 196 del C. Judicial "en los juicios en que la competencia se fija por el valor de las acciones que se ejercitan, éstas son de mayor o menor cuantía. Son de mayor cuantía las que versan sobre un valor que exceda de trescientos pesos, y de menor cuantía las otras". La cuantía pues, que el actor señala en su demanda y que se hace invariable por la aceptación tácita o expresa del demandado o por la determinación judicial cuando se impugna, no se puede utilizar legalmente dentro del procedimiento civil para nada distinto de fijar la competencia del juez cuando ésta depende de la estimación de la cuantía, y dentro de esa estimación u objetivo de abrir determinada puerta jurisdiccional para un pleito que se inicia, se explica perfectamente su irrevocabilidad desde el punto de vista de la nulidad que por incompetencia de jurisdicción quedaría en otra forma como permanente amenaza sobre todas las actuaciones judiciales. "Esta cuantía a que se viene haciendo referencia para graduarla de mayor o menor no es precisamente la del pleito o valor de la cosa que se demanda, que puede versar como en este caso, sobre una acción reivindicatoria de valor determinado cuya validez sería la base para justipreciarla. Estas dos cosas son perfectamente diferenciables y diferentes de que las que se exigen indispensablemente en toda demanda civil, entre "lo que se demanda", de valor indeterminado y "la cuantía para fijar la competencia". No hay base en la ley de procedimiento para decir que la cuantía de un juicio sea un valor único inalterable para todos los efectos legales; por el contrario, el código señala cuantías distintas para efectos diversos, como puede verse en el citado artículo 205 y en el 610 de allí, en que se alude a una "para fijar la competencia" y en el 284 de la misma obra en que se impone al peticionario la obligación de estimar la cuantía de su acción indeterminada, "Para los efectos del embargo y secuestro", y como puede verse también en las disposiciones que abren la vía extraordinaria de la casación a los juicios de determinada cuantía mínima (artículo 519 del C. J.), seguramente por considerar vinculada a ella su importancia para la uniformación de la jurisprudencia nacional, y por otros motivos que tienen que ser diferentes a los buscados para fijar una competencia original simplemente. Si la ley para los efectos de la declinatoria de jurisdicción, exige al actor en acción de valor indeterminado que aprecie su cuantía en mayor o menor para lo cual le basta señalar una cifra que exceda o no alcance a la que legalmente deslinda la competencia de los Jueces de Circuito con la de los Municipales, no hay razón para alegar esta apreciación, ya que produjo sus efectos legales, predeterminados con ocasión de otra ocurrencia tan importante como es la de procedencia del recurso extraordinario de casación para lo cual está determinada otra cuantía distinta con criterio también distinto. En un caso la obligación legal consiste en decir si el interés de una demanda es mayor o menor de trescientos pesos y en el otro si monta como mínimo a tres mil pesos. Habría que entender que toda fijación de cuantía inicial en la demanda que no alcanzara el límite aritmético que da acceso a la casación constituye una renuncia implícita a ese recurso, de naturaleza y trámites extraordinarios, para lo cual sería necesario que la ley no hubiera establecido sino una fijación de la verdadera cuantía del pleito para todos los efectos legales, desde la determinación del Juez de primer grado hasta la posibilidad de acusar la sentencia definitiva de segunda instancia ante la Corte, y ya se vio que esta interpretación no tiene apoyo en la ley".

"Esta doctrina de la mayoría de la Sala de Casación Civil, corresponde al criterio fijado por la Comisión Redactora del Código Judicial, ampliado con los conceptos jurídicos que se dejan transcritos, en el informe relativo al articulado sobre el recurso extraordinario de casación, que puede leerse en la obra "Ley 105 de 1931 sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil Colombia-

nos", páginas 143 y 144, autor doctor Guillermo Mesa Prieto".

Además, estudiada por otro aspecto la cuestión planteada y con apoyo en la actuación que en copia se ha traído para fundamentar el recurso de hecho interpuesto, emerge el verdadero motivo de duda a que alude el artículo 524 del Código Judicial. En efecto, el demandante recurrente, en el escrito en que interpuso el recurso de casación, dijo: "Para que la Corte tenga la oportunidad de corregir los graves errores que contiene la sentencia proferida por esa Corporación, me permito interponer contra ella el recurso de casación. De una vez pongo de presente al Tribunal que la acción reivindicatoria fué estimada en cuantía de diez mil pesos. Si no obstante lo dicho en la demanda, se llegare a tener motivo de duda, que no lo creo, en relación con la cuantía de la acción, le pido disponer el avalúo del bien objeto del litigio". Y en el escrito de reposición del auto que denegó el recurso de casación el mismo recurrente expresó: "Tengo las siguientes razones para este pedimento: Al momento de interponer el recurso el bien que se pretende reivindicar vale más de diez mil pesos, dado su extensión y ubicación. Ha debido por lo mismo el señor Magistrado, si no quería exponer a una de las partes a un daño irreparable ordenar su avalúo, tal como se lo sugerí al interponer el recurso. Así se guardaba un equilibrio justiciero en el debate. En la demanda se fijó COMO VALOR DE LA ACCION, LA SUMA DE DIEZ MIL PESOS. ¿DE CUAL ACCION SE HABLO? Individualmente de la acción reivindicatoria, que es la principal, puesto que la de perjuicios proviene de aquélla. Si no hay dominio no puede haber perjuicio, es obvio por lo tanto que el actor al fijar el valor de la acción, en singular, se refirió a la de dominio o sea a la reivindicatoria. Si se hubiera dicho el valor de las acciones, en plural, o el valor del juicio, entonces en la suma de diez mil pesos, sí hubiera quedado englobado el valor de la acción de perjuicios. Como la acción de perjuicios fué desistida, justamente porque ellos no se causaron y nada valían, no hay razón para que el Tribunal se tome la facultad de darle algún valor por medio de un razonamiento desprovisto de respaldo probatorio".

Afirmaciones aquéllas que están respaldadas en la demanda principal, en el desistimiento de la acción consecuencial indemnizatoria, en los memoriales transcritos antes y las providencias que denegaron los recursos de casación y de reposición interpuestos. Piezas éstas que por otra parte crean una situación de diferendo entre la cuantía real del litigio y la señalada en la demanda principal, configurándose así el verdadero motivo de duda sobre la cuantía exacta del litigio y por tal motivo, debió darse aplicación por el Tribunal al procedimiento indicado en el artículo 524 del Código Judicial.

Y como hasta el momento se desconoce, si el valor del litigio alcanza a la suma de diez mil pesos, lo conducente sería ordenar al Tribunal que provea a la práctica de la diligencia pedida en los escritos comentados para que con base en lo que de ella resulte, conceda o niegue el recurso de casación interpuesto oportunamente, claro está, que previa admisión del de hecho que estudia la Sala.

Bogotá, octubre veinticinco de mil novecientos cincuenta y siete.

Pablo Emilio Manotas

NATURALEZA DEL JUICIO SOBRE BIENES VACANTES.—INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN ESTA CLASE DE JUICIOS.—MODIFICACIONES DE LA LITIS DESPUES DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACION. — LA CANCELACION DEL SECUESTRO COMO CONSECUENCIA DE LA ABSOLUCION DEL DEMANDADO NO ES INCONGRUENTE CON LA PRINCIPAL DISPOSICION DEL FALLO. LA EQUIVOCACION EN EL NOMBRE DE UNA PARTE NO ES CAUSAL DE NULIDAD, SI DE OTRO LADO HA ESTADO DEBIDAMENTE REPRESENTADA EN JUICIO. — CAUSAL 2ª DE CASACION.

1 — Son palabras de la Corte "la equivocación subsanada de un nombre, nominación, o referencia en que se incurra en un juicio no es causal de nulidad".

Es más: la legitimidad de la personería adjetiva en el caso del numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial se refiere a la representación en el juicio, a la comparecencia en él, y el señor Fernández, cuyo nombre es Primitivo, ha estado presente en el juicio no obstante la equivocación de llamarse Casimiro, pues ella no impidió que Primitivo fuera tenido en todo momento como parte.

2 — La causal 2ª de Casación solo procede, cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia, ultra petita; cuando se deja de resolver sobre extremos objeto del litigio —extra petita—; cuando se concede a más de lo pedido —plus petita—; cuando se omite resolver sobre las excepciones propuestas por las partes —minima petita—. Unicamente cuando se incurre en algunos de estos excesos u omisiones puede considerarse rota la armonía entre lo pedido y sentenciado.

3 — Por efecto del secuestro de los lotes demandados como vacantes el Juzgado los entregó al secuestre nombrado haciéndose un tanto difícil su comercio. No habiendo prosperado la acción en lo relativo al expresado lote No 2, al desatar la litis debía el Tribunal definir la situación procesal creada dentro del litigio, o sea librar al citado lote de la traba a que fue sometido como consecuencia de haber sido secuestrado; debió el Tribunal, por imperativos procesales, volver las cosas al estado anterior. En consecuencia, la orden de devolver el lote a quien lo estaba poseyendo para el día del secuestro era apenas consecuencial y lógica, y no puede negarse que guarda armonía con la principal disposición del fallo como que es apenas simple resultado de ella. Si el Municipio tenía para el día del secuestro, por lo menos, la tenencia de este lote a él debe volverlo el secuestre como resultado de la cancelación de esta medida provisoria. La sentencia que niega lo pedido nunca es incongruente.

4 — Aunque la ley fija, principalmente los eventos para el planteamiento del litigio —la demanda y la respuesta— esto no significa que no haya señalado, también nuevas oportunidades para que las partes puedan modificar ese planteamiento. El derecho que tiene el actor para corregir la demanda, el que se le confiere al demandado para proponer excepciones perentorias en cualquiera de las instancias del juicio y antes de la citación para sentencia son situaciones que indican claramente, que las partes tienen una relativa amplitud para proponer los puntos litigiosos y modificar sus planteamientos. Así, por ejemplo, si la parte demandada en la contestación de la demanda manifiesta que no se opone a las súplicas impetradas, pero luego propone excepciones perentorias encaminadas a enervar esas súplicas, aunque ello implica una modificación substancial en el planteamiento del litigio, no podría desconocérsele el derecho que la ley le brinda para su defensa, como tampoco podría desconocérsele esta facultad aun en el caso de que su asentimiento a los hechos de la demanda no hubiese dado lugar a la apertura del juicio a prueba, porque, la natural ampliud procesal que conlleva el derecho de defensa no se opone a un cambio de posición jurídica, sino que la favorece y garantiza. Tiene dicho el Legislador "que el objeto

los procedimientos judiciales es la efectividad de los derechos".

5 — El artículo 707 del C. C. dispone "que pertenecen a los Municipios los bienes vacantes que se hallen dentro de sus límites", es decir, los que realmente lo sean no los que por ignorancia, equivocación o error considere el Personero que asumen la categoría de tales. Y como puede acontecer que el Municipio por cualquier circunstancia ignore la existencia del bien vacante, la ley concede a los particulares el derecho de hacer la denuncia del caso para que en demanda, con audiencia de todo el público, se resuelva lo que fuere procedente frente a posibles oposiciones de terceros que aleguen derechos vinculados sobre el inmueble denunciado. Al Municipio se le cita al juicio no como demandado sino para que manifieste, en defensa de sus propios intereses si coadyuva o no la solicitud de ser vacante el bien, con el entendido, apenas habrá para qué decirlo, que si el representante de la entidad opta por la coadyuvancia, no por ello asume el bien de la demanda la categoría de ser vacante; ni deja de serlo, si, en cambio de coadyuvar la acción se opone expresamente a ella. Tesis distinta llevaría a admitir que la simple coadyuvancia del Municipio a una acción de bien vacante le haría perder al inmueble poseído, —usado y gozado— por la entidad su real y clara condición para convertirlo en bien sin dueño aparente o conocido.

Es más: la circunstancia de que al contestar el traslado diga el Personero que coadyuva la acción, no lo inhibe para que luego, si obtuviere mejores referencias o mejor conocimiento del derecho del Municipio opte por afirmar, en defensa del interés que representa, que el bien se encuentra al uso y beneficio de la entidad o que ésta lo posee a cualquier título y así lo haga saber al Juzgado expresando las razones que puedan darle fundamento a su dicho; sobra recordar que el Personero Municipal, sobre toda consideración o situación jurídica creada, debe defender los intereses de la entidad que representa.

La circunstancia de que el Municipio coadyuve o se oponga a la demanda de vacancia no tiene trascendencia y no vincula a la solución que deba proferirse porque, se repite, la simple opinión del Personero no hace que el bien del pleito asuma calidad de vacante. Las pruebas son las que definen esa situación jurídica, y en forma que si el Municipio se pronuncia por la vacancia y el elemento probatorio establece lo contrario a él debe atenerse el fallador, como si media oposición el bien no dejará de ser vacante si las pruebas aducidas la demuestran.

6 — Sostener que la opinión emitida por el Personero con ocasión del traslado envuelve confesión y que ésta liga irrevocablemente al resultado de la litis como que es prueba plena de la calidad del bien, es en caso menos, apreciación antijurídica que contradicen, entre otros principios, el fundamental que establece que los Agentes del Ministerio Público no pueden rendir en juicio confesiones que comprometan o perjudiquen la verdadera situación jurídica de la entidad que representan.

7 — En los juicios sobre vacancia no se discute el dominio de inmuebles; tal situación jurídica se controvierte y decide a través de la acción reivindicatoria que es la que tiene el dueño de una cosa para recuperar la posesión de que se ha apoderado un tercero. Para el éxito de la oposición en juicio de vacancia basta que el interesado demuestre que el bien no está abandonado porque se está en posesión de él a cualquier título (regular, irregular, justo o injusto). Apenas habrá para qué recordar que al simple poseedor se le reputa dueño de la cosa que ocupa.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, 31 de octubre de 1957.

(Magistrado ponente doctor Daniel Anzola Escobar)

Se deciden los recursos de casación interpuestos por la parte actora y el señor Fiscal del Tribunal contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 16 de diciembre de 1954, en el juicio ordinario de Primitivo Fernández sobre declaración de bienes vacantes.

En demanda repartida al Juzgado 4º Civil del Circuito de Barranquilla el apoderado de Primitivo Fernández solicitó que mediante los trámites pertinentes "se declare que son vacantes, y que en consecuencia, pertenecen en la proporción que la ley señala, al Municipio y al actor, dos lotes de terreno ubicados dentro del área urbana

de la ciudad de las siguientes especificaciones y linderos":

Lote Nº 1 — "Un lote o extensión de terreno situado en la calle 28 con carrera 36 de esta ciudad, y cuyos linderos son los siguientes: "Por el Norte, carrera 36 en medio con predio que es o fue de Alfredo Yepes; por el Sur y el Occidente con predio de Primitivo Fernández y por el Oriente, calle 28 en medio con el lote señalado con el número 2".

Lote Nº 2 — "Un lote o extensión de terreno situado entre las calles 21 y 28 con carrera 36 de esta ciudad y cuyos linderos son los siguientes: Por el Norte, carrera 36 en medio con predio que es o fué de Víctor Mejía Vélez; por el Sur, con predios que son o fueron de Valmiro Luciano Donado y Teresa Malvino respectivamente; Por el Oriente calle 21 en medio con predios que son o fueron de Pedro Pernett y José Trezza, respectivamente; y por el Occidente calle 28 en medio con el lote señalado con el número 1".

Como hechos sustentantes de la acción alega el señor apoderado:

a) "Dentro del área urbana de Barranquilla existen en la ubicación que anteriormente dejo señalada dos lotes o extensiones de terreno cuyos linderos he descrito;

b) "Dichos inmuebles carecen de dueño aparente o conocido".

Admitida la demanda, el Personero Municipal con ocasión del traslado que se le surtió, manifestó: "Coadyuvo la acción sobre bienes vacantes, propuesta por el doctor Alberto Penso Urquijo, en su condición de apoderado judicial de Primitivo Fernández".

Habiéndose manifestado impedido este funcionario para seguir actuando en el asunto, el Juzgado lo declaró "retirado del conocimiento del negocio". El interino designado, en su primer escrito precisó la posición de la Entidad así: "Por cuanto corre aún el término del emplazamiento a todos los que se crean con derecho a los bienes denunciados, vengo a nombre del Municipio de Barranquilla, a título de su Personero legal, a constituirme parte en el juicio, con carácter de opositor a la demanda, y paso a fundamentar mi oposición". Y agregó: "El extremo precioso de existir ya en los autos testimonio fehaciente, originado en examen ocular de la justicia, de que los terrenos demandados se hallan bajo uso de los habitantes de esta ciudad, porque se sirven de los mismos como de plazas, calles y parque, es bastante a justificar la presente oposición, ya que calles y plazas, conforme al Código que acabo de invocar (art. 674), cuando su uso pertenece a todos los vecinos de un territorio, tienen la calidad de "bienes de la Nación de uso público o bienes públicos del territorio".

José Antonio Africano Rocha y las señoras Victoria R. vda. de Hernández y María Concepción Africano de Vargas, formularon oposición a la solicitud de vacancia con fundamento, dijo su apoderado, en que "estos lotes pertenecen a mis poderdantes de acuerdo con el régimen sucesoral como oportunamente lo demostraré; los ascendientes de mis poderdantes ejercieron actos de señor y dueño sobre dichos lotes y jamás los transfirieron ni dichos lotes han sufrido desmembración alguna del dominio. Solo falta hacer el juicio de sucesión correspondiente que se va a iniciar en uno de los juzgados del Circuito de esta ciudad".

El señor Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con su sentencia de fecha 15 de mayo de 1953, y en ella resolvió:

"1º No es el caso de decretar la vacancia de los bienes raíces individualizados en la demanda que abrió este juicio y por lo mismo no se ordena su inscripción.

"2º No es el caso de acceder a las peticiones de los señores José Antonio Africano Rocha, Victoria R. viuda de Hernández y María Concepción viuda de Vargas.

"3º Reconócese al Municipio de Barranquilla su carácter de dueño de los mismos bienes.

"4º Ordénase levantar el secuestro que pesa sobre tales bienes y póngase en posesión y entrega de ellos al Municipio de Barranquilla, por medio de sus representantes legales.

"5º Todo lo anterior se cumplirá dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"6º No hay lugar a condena en costas".

El apoderado del demandante y los de los opositores interpusieron para ante el Tribunal de Barranquilla el recurso de apelación, que concedido y tramitado falló el superior en decisión de 16 de diciembre de 1954, así:

"1º Declárase vacante el bien raíz señalado en el libelo de la demanda, como lote Nº 1 y cuyos linderos y ubicación son los siguientes: "Un lote o extensión de terreno situado en la calle 28 con carrera 36 de esta ciudad, y cuyos linderos son los siguientes: Por el Norte, carrera 36 en medio con predio que es o fue de Alfredo Yepes; por el Sur y el Occidente con predio de Primitivo Fernández y por el Oriente, calle 28 en medio con el lote señalado con el número 2º.

"2º Adjudícase al Municipio de Barranquilla la mitad de dicho inmueble y la otra mitad al señor

Primitivo Fernández, en su calidad de denunciante del bien.

"3º No se declara bien vacante el lote Nº 2, cuyos linderos y ubicación son éstos: "Un lote o extensión de terreno situado entre las calles 21 y 28 con carrera 36 de esta ciudad y cuyos linderos son los siguientes: Por el Norte, carrera 36 en medio con predio que es o fué de Víctor Mejía Vélez; por el sur, con predios que son o fueron de Valmido Luciano Donado y Teresa Malvido respectivamente; Por el Oriente calle 21 en medio con predios que son o fueron de Pedro Pernett y José Trezza, respectivamente; y por el Occidente calle 28 en medio con el lote señalado con el número 1", lote que constituye la "Plaza Sucre".

"4º No es el caso de acceder a las peticiones de Victoria R. vda. de Fernández, María Concepción Africano de Vargas y José Antonio Africano Rocha.

"5º Ordénase levantar el secuestro que pesa sobre los lotes números 1 y 2, mencionados en la demanda.

"6º Entréguese al Municipio de Barranquilla por medio de su representante legal el lote Nº 2.

"7º Póngase en posesión de la mitad del lote Nº 1 al Municipio de Barranquilla y de la otra mitad póngase en posesión al señor Primitivo Fernández.

"8º Ordénase la inscripción de esta sentencia en el Libro de Registro Nº 1º de la Oficina de Registro de Barranquilla.

"9º Todo lo anterior se cumplirá dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"10º No hay lugar a condena en costas.

"Queda reformada en los términos anteriores la parte resolutiva de la sentencia de quince (15) de mayo de mil novecientos cincuenta y tres (1953) dictada en el presente juicio por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito".

Las sentencias de instancia

Previo examen de los elementos probatorios, dice el Juzgado que la resultante no favorece las pretensiones del actor sino que le es adversa pues apreciados, singularmente, o en conjunto, no demuestran los extremos o condiciones que la ley señala para que un bien pueda estimarse como que es vacante.

Las pruebas a que aludió el Juzgado consisten en copias de varios actos del Concejo Municipal de Barranquilla publicados en la Gaceta, órgano de la Entidad; certificaciones de la Dirección de las Empresas Públicas Municipales y de la Jefatura del Catastro; declaraciones de testigos y la inspección ocular practicada en el lugar de ubicación de los inmuebles.

Son del juzgado estas consideraciones:

"Tanto del Acuerdo Nº 7 referido como de los debates edilicios y que traen en forma completa los números de Actas 16, 20, 25, 38 y 39 de 1938 se comprueba fehacientemente que el Municipio de Barranquilla, por medio de sus representantes, nunca estimó dichos bienes raíces como de propiedad distinta a la suya; hasta el extremo que por medio del Acuerdo Nº 7, resolvió vender dichos predios, ordenando al Personero Municipal providenciara lo conducente para que se llevara a cabo tal operación.

"Si esto es cierto, como lo es, no alcanza este juzgado a ver la posibilidad de la declaratoria de vacancia de esos bienes, porque para que ella se produzca es necesario que los bienes afectos a ella no tengan dueño aparente o conocido y bien claro está que el Municipio de Barranquilla, lo es de ellos..."

Refiriéndose a la certificación de las Empresas Públicas Municipales relativa a la inscripción de los inmuebles en los libros del Catastro, en donde consta que el lote Nº 1 aparece inscrito a favor de Primitivo Fernández y el lote Nº 2 señalado como plaza pública en el plano de la ciudad, expresa:

"El hecho de que el lote Nº 1 figure inscrito a nombre del demandante no le da propiedad y sólo indica que él, por cualquier medio consiguió hacerse inscribir allí, tal vez sin pensar que luego iría a reclamar esos mismos bienes como vacantes, es decir, manifestando por este sólo hecho que esos bienes no le eran propios".

Cuanto a la prueba testimonial se lee:

"Los deponentes declaran que es cierto que desde hace más de treinta años conocen el sector en pleito como constitutivo de lo que siempre se llamó "Plaza Sucre", que usó siempre el Municipio para el público en general y con características marcadas de bien de uso público y además que lo que forma hoy la Plaza Sucre es en sus lineamientos generales, lo que conocieron hace más de treinta años, salvo pequeñas modificaciones del parquecito e instalamento de artefactos para juegos infantiles".

La inspección ocular no la consideró el Juzgado porque "el experticio quedó inconcluso y solo en la segunda instancia podrá apreciarse en su integridad".

La sentencia del Tribunal

El Tribunal estudia en primer término lo relacionado con la posición jurídica asumida por el Municipio relativa a la posterior oposición que su representante formuló a la acción de vacancia y que inicialmente coadyuvó, lo que hace detenidamente en atención a que el actor manifestó en oportunidades diferentes que habiendo el Municipio coadyuvado la acción ya no le era posible cambiar su posición jurídica, asumir la de opositor, "porque la representación legal del Municipio en la acción en referencia de que fué investido el doctor Santiago Zúñiga no le capacitaba en modo alguno, para que contraviniendo aquella situación jurídico procesal, convirtiera al Municipio de Barranquilla de coadyuvante de la acción en opositor de ella".

Se lee en la sentencia:

"El Municipio de Barranquilla inicialmente coadyuvó la acción de vacancia intentada por el doctor Alberto Penso Urquijo; posteriormente, decidió oponerse a ella. Cuando el Municipio coadyuvó la acción, lo hizo porque consideró que su derecho, dada la proporción que le podría corresponder en los bienes raíces mencionados en la demanda si a la postre fueran declarados vacantes, era compatible con la acción de vacancia instaurada. Posteriormente, dentro del término del emplazamiento, el Municipio tenía la facultad de abandonar la coadyuvancia, como realmente la abandonó, sin incurrir en conducta incompatible con los principios generales que regulan la coadyuvancia. Se limitó a ejercer una facultad cuya licitud jurídica no se puede poner en duda, en sentir de esta Sala Civil".

"Cuando el Municipio se opone a una impetrada declaratoria de vacancia, no renuncia al derecho que le reconocen las normas jurídicas vigentes. Contrariamente, considera que es propietario de los bienes objeto de la acción instaurada, es decir, estima que siendo poseedor o dueño de los mencionados bienes, no cabe que coadyuve la acción sino que debe oponerse a ella. Su presunta calidad de propietario de los dos lotes individualizados en la demanda no le permite ser coadyuvante sino opositor. Si fuera cierta y objetiva la argumentación en que se inspira el doctor Penso Urquijo, ningún municipio podría oponerse a una declaratoria de vacancia, aunquando se crea poseedor o dueño de los bienes sobre los cuales ella recaiga".

En lo atañedero al fondo del negocio explica:

"Del artículo 706 del Código Civil fluyen las condiciones que ha de reunir un bien raíz para que pueda ser considerado vacante; son éstas: 1ª) que haya tenido un dueño; 2º) que dicho propietario lo haya abandonado y 3º) que actualmente esté sin dueño "aparente o conocido". Estas tres condiciones son los hechos que debe probar el actor en un juicio de declaratoria judicial de vacancia; supuestos o requisitos de carácter positivo que no envuelven negaciones indefinidas".

"El actor estimó que debían individualizarse o identificarse los lotes mencionados en el libelo; el juez decretó, a solicitud del doctor Penso Urquijo, la respectiva inspección ocular, con intervención de peritos. Identificados así los dos lotes citados en el libelo, el apoderado judicial del actor debía probar que ambos habían tenido anteriormente un dueño; a ese fin, el doctor Penso Urquijo pidió la práctica de otra inspección ocular con testigos actuarios. En el acta de la diligencia, visible en el folio 13 del cuaderno Nº 2 se afirma que el señor Juez en asocio de los testigos actuarios, constató lo siguiente:

"En el lote Nº 1, o sea el que está situado frente al parquecito Sucre, existe un palo de Ciruón que por su aspecto denota que es de muchos años y hay catorce estacas cuadradas de madera que algunas no alcanzan a tener un metro. También hay un mojón con una placa con una de las esquinas interiores incompletas que dice: "Este lote es propiedad del Municipio, Barranquilla, nov". El lote Nº 2 está cercado por todos sus lados con alambre de anjeo de mallas grandes y en su interior hay columpios donde juegan los muchachos y está cubierto de grama".

Concretando la situación jurídica del lote Nº 2 en sus relaciones con la solicitud de ser vacante, advierte: "Las observaciones que testimonió el Juzgado en la diligencia de inspección ocular cuya acta se lee a folios 13 y siguientes del cuaderno Nº 3 son plena prueba, de acuerdo con el artículo 730 del Código Judicial, respecto a los hechos y circunstancias verificados por el Juez". "El lote señalado en la demanda con el Nº 2 según lo certifica la Administración de las Empresas Públicas Municipales está señalado en el plano de la ciudad de Barranquilla como la Plaza Sucre". "Abundante prueba testimonial evidencia que el citado lote Nº 2 es la referida plaza Sucre de la cual goza y se beneficia toda la ciudadanía especialmente los niños que hacen uso de los columpios y demás juegos que la municipalidad tiene allí establecidos". Y finaliza "El Tribunal se ha formado la convicción, al través de las pruebas y documentos allegados al expediente, que el lote señalado en el libelo de la demanda como el Nº 2 es realmente la llamada Plaza Sucre.

De ahí la negativa que dictó el Tribunal a la declaratoria de vacancia en relación con este lote. Cuanto al lote señalado en la demanda con el Nº 1 llegó el Tribunal a conclusión contraria mediante consideraciones que hizo al rededor de los elementos probatorios, así:

A la Inspección Ocular practicada sobre el lote de la que resulta que el juzgado encontró plantado sobre el terreno un árbol no silvestre llamado Clemón y 14 Estacas, advierte: "Aún rechazando la afirmación que hace el doctor Penso Urquijo, a saber, que el "Clemón" no sea silvestre y que, en consecuencia la circunstancia de que exista en el lote Nº 1 un árbol de "Clemón" no indicaría que haya sido expresamente plantado por el hombre, es decir, hablando en términos jurídicos, por el anterior poseedor del lote, no podría negarse que las catorce (14) estacas cuadradas mencionadas por el Juez no han podido surgir espontáneamente ni haberse dado por generación natural que no requiriera la intervención del hombre. Esas Estacas, observadas personalmente por el mismo Juez, muestran sin la menor duda, que el lote Nº 1 tuvo un poseedor o un dueño. Debe recordarse que al tenor del art. 730 del Código Judicial "el acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez".

En el acta consta que en el lote Nº 1 fue colocada una placa que tiene la leyenda "Propiedad del Municipio -- Barranquilla noviembre de 1950"; en relación con ella anota la sentencia: "El obelisco con la placa fueron colocados después de la presentación de la demanda; no puede equipararse a un título o procedimiento que suponga ejercer facultades de poseedor sobre el lote Nº 1 colocar aquel obelisco después de la presentación de la demanda".

"En oficio de los funcionarios municipales se afirma que el lote descrito como el Nº 1 es propiedad de Primitivo Fernández R. o que, por lo menos, figura inscrito en los registros catastrales vigentes como propiedad del señor Fernández R. es decir, del actor en el presente juicio de vacancia. Qué significa ello? Que no se sabe a ciencia cierta quién es el poseedor o dueño del lote Nº 1. Las "Empresas Públicas Municipales" declaran que es propiedad de don Primitivo y éste, con la sola instauración de la demanda está implícitamente afirmando que él no es el propietario de ese lote y que, justamente por no serlo, ha incoado la acción de vacancia. En otras palabras, el lote Nº 1 no tiene dueño aparente o conocido, pero sí lo tuvo pues los hechos a que antes se refirió el Tribunal y que fueron verificados por el Juez en la inspección ocular, indican que antes estuvo bajo el dominio de alguien".

Los actos del Cabildo de Barranquilla y de que dan cuenta las actas publicadas en la Gaceta órgano oficial de la Entidad, las transcribe el Tribunal en lo pertinente para concluir que "considera que las informaciones contenidas en los cinco (5) números de la "Gaceta Municipal" prueban la posesión regular o irregular, que para el caso eso es indiferente, del Municipio sobre el lote Nº 2 o sea la plaza o plazoleta Sucre. Ya anteriormente esta Sala Civil afirmó que se ha formado la convicción, al través de la calificación y análisis de las pruebas que obran en el expediente, de que el lote Nº 2 es realmente la Plaza Sucre".

Los anteriores elementos dieron fundamento al Tribunal para concluir que el lote Nº 1 es un sitio vacante no así el marcado con el Nº 2 que dice corresponde a la actual Plaza Sucre de uso público en la ciudad. Estas son las bases de la sentencia indicada al comienzo de éste fallo.

No sobra advertir que la oposición formulada por las señoras Victoria R. viuda de Hernández y María Concepción Africano de Vargas y José Antonio Africano Rocha fué declarada infundada.

Las demandas de Casación

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación los señores Fiscal del Tribunal y apoderado del actor, recursos que concedidos y tramitados por la Corte en forma adecuada, procede desatarlos en el orden correspondiente.

Recurso del demandante

El recurso, dice el actor, "se endereza a obtener la casación del fallo acusado, en sus declaraciones 3ª, 6ª y 8ª en cuanto se refiere a las dos anteriores, y 8ª en cuanto la inscripción debe decretarse de la sentencia de instancia que profiera la Corte en reemplazo de la parte infirmada del fallo recurrido".

"En sustitución de las decisiones 3ª y 6ª aludidas, la H. Sala declarará la calidad de vacante del lote Nº 2, anteriormente determinado, y reconocerá al señor Primitivo Fernández y al Municipio de Barranquilla, la mitad del dominio, a cada uno, de dicho lote, cuya posesión se ordenará entregar a uno y otro.

"Las costas del juicio y del recurso, a cargo de los opositores representados por el doctor García Garzón, para lo cual la H. Sala infirmará el aparte 10º del fallo acusado".

En orden a la finalidad de recurso, el señor apoderado acusa la sentencia con fundamento en las causales 1ª, 2ª y 6ª de casación, en torno a las cuales formula los cargos que a continuación se indican, siguiendo en lo posible el orden indicado en la demanda.

CAUSAL 1ª

Primer cargo — "Violación, por aplicación indebida o falta de aplicación, de los artículos 706 del Código Civil, 343, 329 y 343 del C. J. a consecuencia de error de derecho y de error evidente de hecho, en la estimación del escrito de oposición presentado por el Municipio de Barranquilla en este juicio, y del escrito de la misma Entidad, en que manifestó que coadyuvaba la acción incoada por el señor Primitivo Fernández".

Segundo cargo — "Violación de los artículos 706 del Código Civil y 843 del C. J. en concordancia con los artículos 707, 708, 669, 762 946 972 a 979 del Código Civil, por dos motivos, así:

a) "Por interpretación errónea o violación directa, al estimar la naturaleza jurídica de la acción de Bienes Vacantes, error consistente en admitir la oposición del Municipio. O en subsidio, quebranto de las mismas normas, por violación directa, al ser aplicadas a un caso que no las comportaba o al dejarse de aplicar siendo procedentes, en cuanto las normas reconocen a mi representado el derecho a la mitad de los bienes denunciados como vacantes".

b) "Violación indirecta de las mismas disposiciones, como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que incurrió el sentenciador al estimar los elementos probatorios, (inspección ocular, declaraciones, actos oficiales del Cabildo de Barranquilla, Oficios de las Empresas Públicas Municipales y de la Jefatura de Catastro de esa ciudad)".

CAUSAL 6ª

Primer cargo — "Haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el numeral 2º del art. 448 del C. J. consistente en que habiéndose retirado al Personero titular doctor Carlos de la Espriella del conocimiento del negocio sobre bienes vacantes instaurado por el señor Casimiro Fernández, al interino designado se le ha oído en este juicio, no en aquél, de lo que resulta que la oposición instaurada por el Personero interino contrariando la coadyuvancia del Personero titular carece de validez".

Segundo cargo — "Haberse incurrido en la nulidad prevista por el numeral 2º del artículo 448 de la misma obra consistente en falta de legitimación del Municipio para oponerse a la acción que en tiempo coadyuvó y para hacerlo luego de vencido el traslado de que trata el artículo 834 del C. J.; además "porque se nombró Personero interino cuando aún no era del caso, en forma prematura, careciendo en consecuencia el doctor Zúñiga de la Personería que le reconoce el juez en la sentencia y que el Tribunal a su vez, admite, para OPONERSE contrariando la posición inicial del Municipio".

CAUSAL 2ª

Incongruencia entre lo pedido y lo fallado porque al disponer el sentenciador "entréguese al Municipio de Barranquilla por medio de su representante legal el lote Nº 2", tal declaración implica una extralimitación por parte del sentenciador, ir más allá o fuera de lo pedido por el Municipio y de lo que éste podía pedir como de lo pedido por el Municipio y de lo que éste podía pedir como opositor. Dicho orden constituye un **plus petitio** o un **extra petitum** y, de consiguiente, la causal de incongruencia de que trata la causal indicada".

Otro cargo

En la parte final se lee este otro cargo: "También formulo el cargo anterior —incongruencia— como **falta de jurisdicción**, y de consiguiente la 1ª de las causales de nulidad del artículo 448, C. J. y la 6ª de las causales de casación del artículo 520, misma obra, ya que de conformidad con la **demanda** y la **oposición**, el sentenciador NO PODIA, no le era dado y de consiguiente, carecía de jurisdicción, para ordenar la ENTREGA al Municipio del lote Nº 2. Si éste tenía alguna acción para obtener esa entrega, otra era la vía; pero ni fue pedido así ni era lícito concederlo, por las razones expuestas.

"Si se exige, como presupuesto procesal una **demanda en forma** y, desde luego una **oposición en forma**, y si no cupiere la causal ya alegada de ilegitimidad o falta de legitimación procesal en el Municipio, cabría ésta ya que el Juzgador no puede fallar no tiene jurisdicción para hacerlo sino cuando se le ha pedido como demandante o como demandado, en legal forma".

Estudio de los Cargos

Invirtiendo el orden presentado por el recurrente, deberá estudiar la Corte las causales aducidas en la demanda siguiendo el orden lógico (artículo 537 del C. J.). Fundándose la causal 6ª en nulidades adjetivas o de procedimiento, su estudio debe preceder respecto de la causal 1ª que mira al fondo del negocio y supone la validez del juicio; los cargos por "incongruencia" deben estudiarse con antelación a los fundados en la causal 1ª

CAUSAL 6ª

Los dos cargos fundados en esta causal 6ª como enfocan el mismo objetivo y son las mismas las disposiciones que se suponen infringidas se estudian conjuntamente

En fundamento del cargo alega el recurrente:

"El auto de fecha 30 de noviembre de 1950, que aparece a folio 26 del C. del Juzgado, dice:

"Declárase retirado del conocimiento sobre bienes vacantes, instaurado por el señor CASIMIRO (subrayo) Fernández, por medio de apoderado, al doctor Carlos de la Espriella Personero Municipal titular..."

"Ocurre que el presente juicio no es el del señor CASIMIRO Fernández, luego la providencia no se refería a este litigio sino a otro, y el doctor Zúñiga no podía desplazar al doctor de la Espriella en este negocio.

"Al intervenir el doctor Zúñiga en el juicio de PRIMITIVO Fernández, en el cual no ha sido separado el Personero titular, doctor de la Espriella, carecía de la representación del Municipio, no tenía CAPACIDAD NI LEGITIMACION PROCESALES y de consiguiente, su OPOSICION, contrariando la COADYUVANCIA del Personero titular, carece de validez".

"Si la falta de legitimación del Municipio para OPONERSE a la acción que en tiempo COADYUVO y para hacerlo luego de vencido el traslado de que trata el art. 839, C. J. es cuestión atinente a la legitimación procesal o de forma, entonces se está en presencia de un evento de ilegitimidad de la personería adjetiva que, al tenor del num. 2º del art. 448, es causal de nulidad del proceso".

"El escrito del Personero titular doctor de la Espriella, por el cual se declaraba impedido, fué resuelto de plano por el Juez de la causa, sin ponerlo en conocimiento de la parte actora, por medio de auto de fecha 30 de noviembre de 1950, que sólo se notificó a la parte que representa el 7 de diciembre del mismo año".

"En esta forma, 1º—Se dio efecto a una providencia judicial, antes de ser notificada legalmente a la parte interesada, cuando por ello no podía producir efecto (art. 327, C.J.) 2º Se nombró personero interino cuando aún no era del caso, en forma prematura, careciendo en consecuencia el doctor Zúñiga de la personería que le reconoce el Juez en la sentencia y que el Tribunal, a su vez, admite, para OPONERSE contrariando la posición inicial del Municipio".

"Se dan así, las causales de nulidad contempladas por los numerales 2º y 3º del art. 448 C. J. y la prosperidad de la 6ª Causal de Casación".

Considera la Corte

La demanda de este juicio fue presentada por Primitivo Fernández y la actuación se adelantó en ambas instancias con la intervención de este señor, y a quien se le concedió el recurso de casación. Sucedió, que el Juzgado al declarar separado del conocimiento al Personero titular doctor Carlos de la Espriella y tener en su lugar como representante del Municipio al Personero interino doctor Zúñiga, en la providencia respectiva al designar el juicio equivocó el nombre del demandante llamándolo Casimiro en lugar de Primitivo, irregular ocurrencia no alegada para ningún efecto en las instancias, antes bien subsanada implícitamente con anuencia de las partes en repetidos pasos procesales a lo largo del juicio en donde invariablemente ha actuado el demandante Primitivo impropiamente llamado Casimiro. Son palabras de la Corte "la equivocación subsanada de un nombre, nominación o referencia en que se incurra en un juicio no es causal de nulidad".

Es más: la ilegitimidad de la personería adjetiva en el caso del numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial se refiere a la representación en el juicio, a la comparecencia en él, y el señor Fernández, cuyo nombre es Primitivo, ha estado presente en el juicio no obstante la equivocación aludida pues ella no impidió que Primitivo fuera tenido en todo momento como parte.

Los otros motivos de nulidad se hacen consistir "en que la falta legitimación del Municipio para oponerse a la acción que en su tiempo coadyuvó por haber formulado la oposición fuera de tiempo y en que media carencia de personería adjetiva del Personero interino designado por haberse hecho el nombramiento en forma prematura".

Se considera:

Cualquier irregularidad, si la hubo, en el nom-

bramiento de Personero interino no tiene cuenta en este proceso, porque lo que procesalmente interesaba al Juzgado era que el funcionario interino acreditara el hecho de su designación y que hubiere tomado posesión del cargo. Además, la ley procesal precisa que, causal de nulidad como la enunciada, solo puede alegarse por la parte mal representada.

Cuanto a que la oposición carece de validez por haber sido presentada extemporáneamente cabe advertir, que de acuerdo con las constancias secretariales la intervención del Personero interino designado fue oportuna como así lo declaró el Juzgado en providencia consentida por las partes Se rechazan los cargos.

CAUSAL 2ª

El cargo "Incongruencia entre lo pedido y lo fallado" se hace consistir en que como el demandante no pidió en su libelo la entrega del lote Nº 2 —Plaza Sucre— al Municipio de Barranquilla, al disponerlo así el sentenciador "extralimitó su atribución, traspasó el límite del planteamiento de la litis".

En orden a la demostración del cargo alega el recurrente:

"El Municipio no pidió QUE SE LE DIERA LA POSESION o SE LE ENTREGARAN dichos lotes, ni podía pedirlo, porque para ello debería haberse presentado —lo que no era posible— como CONTRADEMANDANTE.

"El Tribunal falló: 5º Ordénase levantar el secuestro que pesa sobre los lotes Nos. 1 y 2, mencionados en la demanda".

"6º Entréguese al Municipio de Barranquilla por medio de su representante legal el lote Nº 2"

"Esta última declaración implicaba una extralimitación por parte del sentenciador, era ir MAS ALLA o FUERA de lo PEDIDO por el Municipio y de lo que éste podía pedir como OPOSITOR. Y si la orden de entregar el lote al Municipio, no es de por sí la confesión de que NO ERA POSEEDOR, porque de serlo bastaría con la desestimación de la acción y el levantamiento del secuestro, dicha orden sí constituye una PLUS PETITIO o un EXTRA PETITUM y, de consiguiente la causal de incongruencia de que trata el Núm 2º del artículo 520 C. J."

Considera la Corte:

Pidió el actor, fué la finalidad de su demanda, entre otras cosas, se declare que el citado lote es bien vacante; naturalmente no pidió la entrega del expresado lote al Municipio; pero al negar la acción así lo dispuso el Tribunal en la sentencia

Tiene repetido la Corte, que la causal 2ª de Casación solo procede, cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia, —ultra petita—; cuando se deja de resolver sobre extremos objeto del litigio —extra petita—; cuando se condena a más de lo pedido —plus petita—; cuando se omite resolver sobre las excepciones propuestas por las partes —minima petita—. Unicamente cuando se incurra en algunos de estos excesos o omisiones puede considerarse rota la armonía entre lo pedido y sentenciado.

Por efecto del secuestro de los lotes denunciados como vacantes el juzgado los entregó al secuestre nombrado haciéndose un tanto difícil su concepto. No habiendo prosperado la acción en lo relativo al expresado lote Nº 2, al desatar la litis debía el Tribunal definir la situación procesal creada dentro del litigio, o sea librar el citado lote de la traba a que fue sometido como consecuencia de haber sido secuestrado; debió el Tribunal, por imperativos procesales, volver las cosas al estado anterior. En consecuencia, la orden de devolver el lote a quien lo estaba poseyendo para el día del secuestro era apenas consecuencial y lógica, y no puede negarse que guarda armonía con la principal disposición del fallo como que es apenas simple resultado de ella. Si el Municipio tenía para el día del secuestro, por lo menos, la tenencia de este lote, a él debe volverlo el secuestre como resultado de la cancelación de esta medida provisoria. La sentencia que niega lo pedido nunca es incongruente.

Además, como obró el sentenciador en tales pasos con jurisdicción clara y manifiesta debe declararse infundado el cargo comentado, y el que, por las mismas razones, se alega en la parte final de la demanda.

CAUSAL 1ª

Primer cargo — Violación por aplicación indebida o falta de aplicación de los artículos 706 del C. C. y 843, 329 y 347 del C. J. "por error de derecho y evidente de hecho, en la estimación del escrito de oposición formulado por el Municipio".

Sostiene el recurrente:

"De la relación de hechos que anteriormente presenté, se desprende que el Municipio de Barranquilla al serle conferido el traslado de que trata el art. 839 del C. J. COADYUVO la acción intentada por PRIMITIVO FERNANDEZ. Posteriormente, y durante el emplazamiento de que trata el artículo 840, misma obra, se presentó el

calidad de OPOSITOR, y como tal obtuvo la decisión favorable de que tratan los numerales 3º y 6º del fallo acusado. Se trata de saber si el Municipio podía figurar como OPOSITOR en este caso y ser FAVORECIDO como tal por el fallo.

"El artículo 839 citado dispone, cuando el demandante no sea el propio Municipio, dar traslado de la demanda al Municipio interesado PARA QUE DIGA SI COADYUVA LA ACCION. Es decir si acepta intervenir él mismo en defensa de su derecho, en asocio del particular que tomó la iniciativa de defenderlo, o deja a éste solo la acción, como SUSTITUTO suyo en el proceso".

"Y es también por ello por lo que el C. de Pr. Civ. no contempla la posibilidad de un **emplazamiento** sino para los particulares (art. 340), porque se supone que el Municipio, como directo y personalmente interesado en LA ACCION, o la ha intentado por sí, o lo ha hecho por medio del actor, su **sustituto**, caso en el cual se le da a conocer esta circunstancia por medio del traslado **ordenado por el art. 839, para el caso de que el Municipio no sea el demandante**".

"La oportunidad procesal para que el Municipio de Barranquilla manifestara su posición frente a la demanda del señor Fernández, está regulada por el artículo 839 del C. J. Surtido el traslado allí previsto y transcurridos los tres días de que trata el texto citado, precluyó para dicho Municipio toda posibilidad de OPONERSE a la relatada acción. De modo general pues, la OPOSICION fue extemporánea; máxime si ella está en contradicción, con su actitud inicial. Repito que el emplazamiento previsto por el artículo 340, misma obra, como lo dice el texto, es PARA LOS PARTICULARES y es una forma de citar al juicio a **PERSONAS INCIERTAS**, carácter que no tiene el Municipio de Barranquilla en este proceso. Por ello se explica el largo término que concede la ley a esos DEMANDADOS INCIERTOS, para hacer valer su derecho en el juicio.

"Finalmente, la manifestación del Municipio de que COADYUVABA la acción es una CONFESION, y como tal plena prueba, de que el bien estaba vacante y por ello le pertenecía (art. 606 C. J.). Sostener otra cosa e hacer caso omiso del valor probatorio del escrito del señor Personero de la Espriella, visible a folio 7, Cuaderno del Juzgado, por el cual COADYUVO la acción de Primitivo Fernández, es cometer error de derecho, como lo es, a la luz de las normas jurídicas que he dejado citados en el cuerpo del cargo, sostener que es legítima la posición de dicho Municipio como opositor, con base en el documento suscrito por el Personero interino, doctor Zúñiga, que obra a folios 31 y ss. del mismo Cuaderno.

"A su vez, sostener que cuando el Municipio dijo en el escrito de folio 7, COADYUVO la acción propuesta por Primitivo Fernández, no decía que el bien materia del litigio ERA VACANTE, es cometer NOTORIO ERROR DE HECHO en la estimación de esa frase.

"Sea que se considere que el Tribunal sí tuvo en cuenta los documentos aludidos, sea que se estime que NO los tuvo en cuenta, en uno u otro caso, cometió error de derecho y error evidente de hecho, como secuela de los cuales falló el fondo del negocio, dando al Municipio la calidad y el derecho de opositor y concediéndole la calidad de poseedor o el derecho a obtener la posesión del lote Nº 2º.

"Como consecuencia de esos errores, violó los artículos 706 y 843, el primero del C. C. y el segundo del C. J. que dan a Primitivo Fernández el derecho a una participación como denunciante del bien vacante: los artículos 329 y 343 del C. J. si se conserva la doctrina de la excepción perentoria en el presente caso, por cuanto no declaró el Tribunal la derivada de la falta de legitimación del Municipio para actuar como opositor".

En otra parte de la demanda explica el recurrente la relacionado con la figura jurídica "coadyuvancia" y hace reflexiones atinentes a sus formas —adhesiva y litis consorcial—. Sin embargo como ya a explicarse, siendo que el Municipio asumió legalmente la calidad de **opositor**, excusa que la Corte, debiendo concretarse a la situación jurídica real, deje de lado el comentario que pudiera hacerse en relación con los temas que trae a colación el recurrente.

Considera la Corte

Las normas citadas disponen: las de los artículos 706 y 707 del C. C. que los inmuebles ubicados dentro de los respectivos territorios y a cargo de la Nación, se estiman vacantes si carecen de dueño aparente o conocido y pertenecen a las respectivas municipalidades; el 329 del C. J. define lo que constituye excepción perentoria; el 343 ibidem, reglamenta en el sentido de que el juez debe reconocer los hechos constitutivos de excepciones perentorias que resulten demostrados en el proceso y fallar en consecuencia con las defensas resultantes.

Al definir la litis no desconoció el sentenciador ninguno de estos preceptos, menos para llegar al extremo de estimar "con error de derecho o evidente error de hecho" el escrito de oposición. No

solo precisó, exactamente, las características legales de la acción sobre bienes vacantes sino que con cita de conocida jurisprudencia de la Corte señala en el fallo los extremos y condiciones de esta típica figura de nuestra legislación. La disposición del artículo 329 —definición de excepción perentoria— no pudo ser violada por el Tribunal porque como en el proceso no se propusieron defensas ni aparece demostrado hecho alguno constitutivo de tales, no tuvo el fallador ocasión de comentar en ningún sentido el contenido de la disposición. Por lo demás, si el recurrente considera que en el proceso militan hechos exceptivos ha debido anotar en su demanda esos pasajes para con base en ellos deducir el pretendido quebranto de la norma.

Alegar la violación de los principios citados porque el Tribunal apreció "con error de derecho y evidente error de hecho el escrito de oposición formulado por el Municipio" resulta algo más que inocuo pues la apreciación probatoria de que da cuenta la sentencia, cualquiera que hubiese sido su sentido, no tiene relación ninguna con los mandatos y prevenciones contenidos en las disposiciones a que se contrae el cargo, que por infundado e ilógico debe rechazarse.

Segundo cargo — Al primer motivo "violación de los artículos 706 del Código Civil y 843 del C. J. en concordancia con los artículos 707, 708, 669, 762, 946 972 y 979 por "interpretación errónea o violación directa al estimar la naturaleza jurídica de la acción de bienes vacantes, como consecuencia de haber admitido la oposición del Municipio"; o en subsidio "violación directa de las mismas disposiciones por haberse aplicado a un caso que no las comportaba o al dejar de aplicarlas siendo procedentes", se explica:

El artículo 706, ya se dijo, señala la clase de bienes y en qué condiciones pueden estimarse como que son vacantes; el 843 del C. J. reglamenta lo relacionado con la resultante jurídica de la oposición a la acción de vacancia; los artículos 707, 708, 669, 762, 946 972 y 979 del Código Civil prescriben en su orden: el primero, que los bienes vacantes pertenecen al Municipio de su ubicación; el segundo, que si aparece el dueño del bien declarado vacante, el Municipio estará obligado, si no lo hubiere enajenado, a restituírselo; el 669 dá la definición de dominio o propiedad; el 762 la de posesión; el 946 la de acción reivindicatoria o de dominio; el 972 reglamenta el objeto y finalidad de las acciones posesorias; y el último, el 979, indica que en las acciones posesorias no se tendrá en cuenta el dominio que las partes aleguen en su favor.

Ninguno de los mandatos o prescripciones aludidas pudieron ser violados por el sentenciador, directa ni indirectamente, porque en el juicio no se ventila acción de dominio ni posesoria de ninguna clase; porque en el caso medió oposición a la acción de vacancia; y precisamente, porque por haber demostrado el Municipio —según lo entendió el Tribunal que era poseedor del lote Nº 2 (la plaza Sucre), puso fin a la orden de secuestro dictada en el juicio y ordenó su entrega al Municipio. Por lo demás, el escrito de oposición no fue estimado impropiamente: lo apreció el sentenciador en su finalidad, es decir, como negativa del Municipio a las pretensiones del actor.

Más, como el cargo puede entenderse en el sentido de que el Tribunal incurrió en error de derecho porque, por haber el Municipio inicialmente coadyuvado la acción no solamente no le era legalmente lícito oponerse luego a ella, sino que por tal razón, en vista de la condyuvancia y sin más consideraciones, debió el sentenciador acceder a las peticiones de la demanda "porque, repite, la manifestación del Municipio de que coadyuvaba la acción es una confesión y como tal plena prueba de que el bien estaba vacante y por ello le pertenecía", se considera:

Aunque la ley fija, principalmente, los eventos para el planteamiento del litigio —la demanda y la respuesta— esto no significa que no haya señalado, también nuevas oportunidades para que las partes puedan modificar ese planteamiento. El derecho que tiene el actor para corregir la demanda, el que se le confiere al demandado para proponer excepciones perentorias en cualquiera de las instancias del juicio y antes de la citación para sentencia son situaciones que indican, claramente, que las partes tienen una relativa amplitud para proponer los puntos litigiosos y modificar sus planteamientos. Así por ejemplo, si la parte demandada en la contestación de la demanda manifiesta que no se opone a las súplicas impetradas, pero luego propone excepciones perentorias encaminadas a enervar esas súplicas, aunque ello implica una modificación substancial en el planteamiento del litigio, no podría desconocérsele ese derecho que la ley le brinda para su defensa. Como tampoco podría desconocérsele esta facultad aún en el caso de que su asentimiento a los hechos de la demanda no hubiese dado lugar a la apertura del juicio a prueba, porque, la natural amplitud procesal que conlleva el derecho de defensa no solo no se opone a un cambio de posición jurídica, sino que la favorece y garantiza. Tiene dicho el Legislador "que el objeto de los

procedimientos judiciales es la efectividad de los derechos".

El artículo 707 del C. C. tan citado por el recurrente dispone "que pertenecen a los Municipios los bienes vacantes que se hallen dentro de sus límites", es decir, los que realmente lo sean no los que por ignorancia, equivocación o error considere el Personero que asumen la categoría de tales. Y como puede acontecer que el Municipio por cualquier circunstancia ignore la existencia del bien vacante, la ley concede a los particulares el derecho de hacer la denuncia del caso para que en demanda, con audiencia de todo el público, se resuelva lo que fuere procedente frente a posibles oposiciones de terceros que aleguen derechos vinculados sobre el inmueble denunciado." Al Municipio se le cita al juicio no como demandado sino para que manifieste, en defensa de sus propios intereses si coadyuva o no la solicitud de ser vacante el bien, con el entendido, apenas habrá para qué decirlo, que si el representante de la entidad opta por la coadyuvancia, no por ello asume el bien de la demanda la categoría de ser vacante; ni deja de serlo, si en cambio de coadyuvar la acción se opone expresamente a ello. Tesis distinta llevaría a admitir que la simple coadyuvancia del Municipio a una acción de bien vacante le haría perder al inmueble poseído, —usado y gozado— por la entidad su real y clara condición para convertirlo en bien sin dueño aparente o conocido.

Ns más: la circunstancia de que al contestar el traslado diga el Personero que coadyuva la acción, no lo inhibe para que luego, si obtuviere mejores referencias o mejor conocimiento del derecho del Municipio opte por afirmar, en defensa del interés que representa, que el bien se encuentra al uso y beneficio de la entidad o que ésta lo posee a cualquier título y así lo haga saber al juzgado expresando las razones que puedan darle fundamento a su dicho; sobra recordar que el Personero Municipal, sobre toda consideración o situación jurídica creada, debe defender los intereses de la entidad que representa. Tal la conducta adoptada en el presente caso por el Personero de Barranquilla y que el recurrente tilda de ilegal para darle fundamento al cargo.

La circunstancia de que el Municipio coadyuve o se oponga a la demanda de vacancia no tiene trascendencia y no vincula a la solución que deba proferirse porque, se repite, la simple opinión del Personero no hace que el bien del pleito asuma calidad de vacante. Las pruebas son las que definen esa situación jurídica, y en forma que si el Municipio se pronuncia por la vacancia el elemento probatorio establece lo contrario a él debe atenerse el fallador, como si media oposición el bien no dejará de ser vacante si las pruebas aducidas lo demuestran.

Sostener que la opinión emitida por el Personero con ocasión del traslado envuelve confesión y que ésta liga irrevocablemente al resultado de la litis como que es prueba plena de la calidad del bien, es, en caso menos, apreciación antijurídica que contradicen, entre otros principios, el fundamental que establece que los Agentes del Ministerio Público no pueden rendir en juicio confesiones que comprometan o perjudiquen la verdadera situación jurídica de la entidad que representan.

Debe por tanto rechazarse el cargo.

El otro motivo, fundamento del cargo, se hace consistir en que el Tribunal incurrió en "violación indirecta de las mismas disposiciones, como consecuencia de errores evidentes de hecho al estimar los elementos probatorios".

Considera la Corte:

Las pruebas a que hace referencia el recurrente, son: la inspección ocular, los testimonios, los actos oficiales del Cabildo de Barranquilla, oficios de las Empresas Públicas Municipales y del Jefe de la Oficina de Catastro.

La Inspección Ocular — Luego de transcribir el Tribunal lo pertinente de la inspección ocular, anota que el funcionario actuante asociado de peritos observó y dejó testimonio expreso en el acta respectiva, de que el lote Nº 2 y a que se contrae el recurso, lo tiene ocupado el Municipio con una plaza al servicio público y provista de aparatos de diversión para juego de niños —columpios— y de bancas para que el público descanse.

Cita la sentencia el **testimonio** de varias personas que dicen, que de hace muchos años conocen el lugar y que en él instaló el Municipio y ha funcionado la citada "Plaza Sucre" de la cual se sirve el público continuamente.

Anota que **en el plano** de la ciudad figura el citado lote Nº 2 singularizado como propiedad del Municipio; y que según **certificado** de la oficina de Catastro allí funciona la citada "Plaza Sucre" abierta al servicio público.

Estos elementos probatorios, dice el Tribunal, dan inequívoca certeza de que el Municipio posee y ocupo el lote a ciencia y paciencia de la ciudadanía, hecho que, dice, jurídicamente evidencia, por lo menos que el tal lote "tiene dueño aparente o conocido toda vez que al poseedor se le reputa dueño de la cosa que posee, circunstancia ésta que por sí sola impone la negativa a la pretendida súplica de la demanda inclinada a obtener

se declare que la citada "Plaza Sucre", lote Nº 2, es bien vacante".

Frente a estos elementos probatorios y a la conclusión del sentenciador, arguye el recurrente:

Refiriéndose a la inspección ocular dice que ciertamente en ella se lee que "el lote Nº 2 está cercado por todos sus lados por alambre de anjeo y mallas grandes y en su interior hay columpios donde juegan los muchachos y está cubierto de grama pero que no se dice en el acta que el lote esté poseído por el Municipio, y que no es lógico suponer que por el hecho de haber columpios y jugar niños el poseedor sea el Municipio".

Transcribe en lo pertinente la declaración del señor Gonzalo Miramón en la parte que dice: "Me consta que la hoy denominada 'Plaza Sucre', fue siempre una plaza libre para el tránsito de los ciudadanos y eso me consta por haber vivido hace más de cuarenta años en la calle de la Cruz". A esta declaración objeta: que como el testigo advierte que la plaza "está abierta para el libre tránsito de los vecinos" y en la inspección ocular se lee "que la plaza esté cercada en todos sus lados por alambre de anjeo", sucede que "como lo que está cercado por todos sus lados no está abierto para el libre tránsito", debe concluirse que las dos pruebas se destruyen por contradictorias y deben ser desestimadas.

Comentando el certificado del Administrador de las Empresas Públicas Municipales en que el funcionario manifiesta "que la benemérita Sociedad de Mejoras Públicas cuida de la "Plaza Sucre", dice, que no está probado que el empleado que autorizó el certificado tenga el carácter de funcionario público, y que si la Sociedad de Mejoras Públicas es la que cuida de la plaza "es la confesión de que el Municipio tampoco poseía dicho inmueble". Dice finalmente: con las anteriores referencias "el Municipio confiesa no ser poseedor, asegura que una entidad distinta posee a su nombre, pero no prueba esa orden de subordinación y dependencia, ese encargo hecho por el Municipio a la nombrada sociedad".

Considera la Corte

Cuando se acusa una sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva a consecuencia de errónea apreciación de las pruebas —caso de autos— el quebranto se origina en el análisis probatorio y el error puede ser de derecho o de hecho, éste en la calidad de manifiesto y ostensible; y la acusación tiene que concretarse a suscribirse a cada probanza singularmente considerada, no tomándolas en conjunto para hacer luego crítica global a los elementos que condujeron al sentenciador a definir en determinado sentido la controversia.

Y ocurre que la crítica singular que hace el recurrente a cada elemento no tiene eficacia trascendente o apreciable. Acepta que está probado que la Benemérita Sociedad de Mejoras Públicas cuida de la plaza, pero advierte, que no está probado que la sociedad sea dependencia de la entidad municipal; no desconoce la autenticidad de los certificados oficiales comentados, pero les niega su valor porque no se acreditó que los firmantes fueran realmente funcionarios municipales; no desconoce que en la plaza funcionan columpios para distracción de los niños y que hay allí bancas para el público, pero dice que estos hechos nada prueban porque en otros lotes existen columpios que no son de propiedad del Municipio; acepta el dicho del declarante Gonzalo Miramón, pero agrega que como el declarante dice que el Municipio tiene abierta la Plaza al servicio público y en el acta de inspección ocular consta que la Plaza está cercada con mallas; estos dos elementos —declaración e inspección ocular— son contradictorios y en forma que ni uno ni otro prueban absolutamente nada.

La enunciación de los reparos que hace el recurrente y en que hace consistir los errores de que acusa el fallo no son susceptibles de análisis por parte de la Corte dada la manifiesta simplicidad de su contenido. Cada uno de los elementos probatorios dan certeza, en su forma y de manera inequívoca, de hechos que singularmente considerados no dejan duda alguna en relación con el hecho investigado, o sea que la "Plaza Sucre" que es el lote Nº 2 y a que se contrae este recurso tiene dueño aparente y conocido, no otro que la entidad municipal en cuyo nombre ha hablado el funcionario actuante con personería suficiente para ello.

Es más: examinadas en conjunto las probanzas como al final de su escrito lo hace el recurrente no puede menos de concluirse que el criterio del Tribunal sentenciador está distante del error manifiesto que ha debido probar el recurrente.

Por infundado se rechaza el cargo.

En resumen no prospera ninguno de los cargos del demandante recurrente formulados en la demanda.

Recurso del Municipio

El Municipio acusa la sentencia del Tribunal cuanto declaró bien vacante el inmueble seña-

do en el libelo de demanda como el lote Nº 1 de especificaciones y linderos transcritos.

El apoderado dice en la demanda de Casación:

"Acuso la sentencia recurrida por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial o sea por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa y aplicación indebida o interpretación errónea y provenir también esa violación por apreciación errónea o mejor falta de apreciación de determinadas pruebas.

"Señalo como violados por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito, en cuanto declaro la sentencia acusada bien vacante el lote señalado en el libelo con el número uno (1) los artículos 706, del Código Civil y 82 de la ley 153 de 1887 y esta infracción condujo a la violación de los artículos 762, 763, 764 del Código Civil y 685 de la misma obra. Además fue infringido por la sentencia el artículo 843 del Código Judicial".

En orden a la demostración del cargo el señor apoderado, al lado de varias consideraciones relativas a la naturaleza jurídica y condiciones propias a la viabilidad de las acciones sobre bienes vacantes y de la cita de doctrinas de esta Sala expuestas con ocasión de fallos similares, arguye:

"El Tribunal fallador en lo que se refiere al lote señalado en la demanda con el Nº 1 no tuvo en cuenta las características que constituyen la esencia y naturaleza del bien vacante, y no la tuvo en cuenta por errónea interpretación de determinadas pruebas que paso a enumerar. Son numerosas las pruebas que el Municipio adujo y que el Tribunal no tuvo en cuenta o no apreció debidamente:

Comenta el efecto la **inspección ocular** y advierte que mediante ella "quedó comprobado que la Plaza Sucre está formada por los dos lotes de la demanda"; "que esta plazoleta compuesta de estos dos lotes, ha sido tenida siempre como de propiedad del Municipio de Barranquilla y como un bien de uso público". Vé en el contenido de los actos oficiales del Cabildo de Barranquilla la prueba de que "cuando algunos quisieron perturbar la posesión del Municipio, el Concejo Municipal de Barranquilla en sesión del 3 de septiembre de 1927 y en el Acta Nº 39 incluyó la resolución por la cual se ordena al Alcalde que proceda a hacer demoler las paredes y cercas que han cercenado la Plaza Sucre del Municipio". Hace además referencia a las constancias publicadas en la Gaceta Municipal Nº 496 de 20 de enero de 1925 relativa a la afirmación del Municipio de ser propietario del lote en cuestión.

Confutando las atestaciones del Cabildo publicadas en la Gaceta Nº 862 de 20 de diciembre de 1937 anota que allí se lee que "se presentó una proposición para que las Empresas Municipales de Barranquilla dependencias del Municipio inscribieran en el Catastro como de propiedad de Elisco Rocha, el inmueble que había venido figurando como de propiedad del Municipio situado en la Plazoleta Sucre. Esta proposición fue rechazada por el Concejo Municipal según se vé del acta de la sesión del 19 de mayo de 1937 que corre **publicada en la Gaceta Municipal número 10** de marzo de 1938, el Alcalde Municipal dio una explicación sobre la pretensión de Elisco Rocha, explicación contundente y que demuestra lo infundado de la pretensión del señor Rocha al mismo tiempo que el Municipio reafirma su calidad de dueño".

A lo anterior comenta el recurrente:

"Las anteriores pruebas, fueron relacionadas por el Tribunal fallador pero no fueron valoradas y apreciadas legal y debidamente. De ellas se desprende que el Municipio de Barranquilla siempre ha considerado como de su propiedad los dos lotes a que se refiere la demanda. La falta de debida apreciación de esas pruebas o apreciación errónea de ellas llevó al Tribunal a declarar vacante el lote marcado con el número uno (1), cuando ese lote no tiene ese carácter pues el Municipio de Barranquilla lo ha considerado como de su propiedad siempre y de ahí las declaraciones de los señores doctores Rodrigo Carbonell y Carlos Sojo Donado y las declaraciones de los señores Gonzalo Miramón y Ernesto de Lima quienes declaran que la Plaza Sucre es siempre considerada como de libre tránsito para todos los ciudadanos lo que les consta por haber vivido hace muchos años, más de 40 en la calle de la Cruz con la carrera Ricaurte.

"El Tribunal al no darle la valoración legal y exacta a estas pruebas infringió las disposiciones que he citado al principio como base de esta casación".

"Indudablemente la Plaza o Plazoleta Sucre formada por los dos lotes a que se refiere la demanda es un bien de uso público, de propiedad del Municipio de Barranquilla, inenajenable por su naturaleza y que no es susceptible de ser declarado vacante".

"Un Municipio, un Departamento y la misma Nación no abandonan nunca un bien de uso público por lo mismo que el público es el que se sirve de esos bienes y el titular del derecho es la respectiva entidad de derecho público.

"En el fondo esto es lo que pasa con los dos lotes que forman la Plaza de Sucre".

Considera la Corte

En relación con la naturaleza jurídica del bien vacante ha dicho la Corte:

"Son bienes vacantes los inmuebles que habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen en la actualidad dueño aparente conocido... La acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aún tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si bien es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo o inscrito y de buena fe al acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación por lo mismo que ya viene dicho que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente. Y en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado y sin dueño aparentemente conocido, desaparece ante un poseedor cualquiera".

En los juicios sobre vacancia no se discute el dominio de inmuebles; tal situación jurídica se controvierte y decide a través de la acción reivindicatoria que es la que tiene el dueño de una cosa para recuperar la posesión de que se ha apoderado un tercero. Para el éxito de la oposición en juicio de vacancia basta que el interesado demuestre que el bien no está abandonado porque se está en posesión de él a cualquier título (regular, irregular, justo o injusto). Apenas habrá para qué recordar que al simple poseedor se le repute dueño de la cosa que ocupa.

Resulta evidente que el Municipio, oficialmente, vale decir, por conducto de su órgano legal, se ha manifestado siempre como titular del lote a que se contrae este recurso, y ha estimado de tiempo inmemorial que la "Plaza Sucre" está formada en su extensión por los dos lotes del litigio bien que separados por una de las calles públicas de la ciudad.

Entonces, si las apreciaciones del Municipio son equivocadas, entre otras razones, porque los dos lotes en conjunto no forman en realidad la Plaza Sucre sino que ésta, en su extensión, viene a estar integrada únicamente, por el lote señalado con el Nº 2, es este problema que debe discutirse en juicio de trámite ordinario no mediante el especial de vacancia en el que no se discute, se repite, la calidad de dueño del bien materia de la denuncia. Y sucede, en el caso que todos los actos del Cabildo, lo establecido en la inspección ocular y la prueba testimonial evidencian con absoluta certeza que el Municipio se ha considerado y reputado como dueño de ambos lotes del litigio, hecho que excluye por sí solo la posibilidad de que se declare que el marcado con el Nº 1 es un bien vacante.

Se aclara más:

Cómo va a explicarse, el historial probatorio en cuanto se relaciona con el lote Nº 1 no fue considerado ni tenido en cuenta por el sentenciador:

No fueron confutadas las actas de las sesiones del Cabildo de Barranquilla relativas a las constancias que allí corren con cuenta a Eliseo Rocha para quien un miembro del Consejo pidió que a su favor se inscribiera la propiedad del citado lote; ocurre que pasada la solicitud del cabildante por comisión del Concejo al estudio del Alcalde, éste funcionario en informe calificado de "contundente" demostró que el lote era de propiedad municipal circunstancia que llevó al Concejo a negar las pretensiones del citado Rocha.

Nada dijo el sentenciador de las constancias que se leen en otra de las actas, referentes al hecho de cuando algunas personas quisieron apoderarse de parte del lote Nº 1 el Cabildo ordenó al Alcalde procediera a derribar los cercados que cercenaban la propiedad municipal. También se lee en estas actas, que enterado el Cabildo de los abusos ordenó la venta de esa propiedad.

Estos hechos no enunciados ni considerados por el sentenciador demuestran inequívocamente no solo que el Municipio se ha considerado dueño del lote en cuestión, sino también, que con actos de imperio ha defendido su pretendido derecho de dominio.

También procede reflejar otra circunstancia no tenida en cuenta por el sentenciador.

El demandante Fernández, una de cuyas propiedades linda con el lote a que se contrae el recurso, sin dar para el proceso explicación o cuenta motivada de los motivos legales que debió poner en movimiento, obtuvo que en el Catastro de Barranquilla se matriculara el lote en cuestión como de su propiedad, inscripción que está vigente. Ahora, como el Municipio por distintas vías ha disputado a Fernández la calidad de dueño del lote, afirmando que la entidad es la titular de ese derecho de dominio, aparece que el mismo Fernández, sin ninguna explicación ha optado por denunciar el bien como vacante pero menospreciando el hecho de que él se ha reputado como dueño de esa propiedad, circunstancia, que por sí sola, pone de manifiesto la imprecisión o insinceridad de las actividades del demandante encaminadas a obtener por vías diferentes la calidad de dueño en referencia. Pero su actividad

en este caso habrá de fracasarle porque el mismo Fernández ha demostrado que él, se considera como dueño del inmueble del litigio.

Visto lo anterior procede declarar que el Tribunal incurrió en error claro y manifiesto al dejar de considerar las pruebas a que se ha hecho referencia y que demuestran la condición de dueño aparente que en todo tiempo ha asumido el Municipio en relación con los inmuebles denunciados, circunstancia que hace que prospere 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, CASA parcialmente la sentencia recurrida para el solo efecto de revocar los numerales resolutivos PRIMERO, SEGUNDO, SEPTIMO y OCTAVO y acogiendo en todas sus partes la sentencia de primer grado falla el pleito así:

1º No es el caso de decretar la vacancia de los bienes raíces individualizados en la demanda que abrió este juicio y por lo mismo no se ordena su inscripción.

2º No es el caso de acceder a las peticiones de los señores José Antonio Africano Rocha, Victoria R. viuda de Hernández y María Concepción viuda de Vargas.

3º Reconócese al Municipio de Barranquilla su carácter de dueño de los mismos bienes.

4º Ordénase levantar el secuestro que pesa sobre tales bienes y póngase en posesión y entrega de ellos al Municipio de Barranquilla, por medio de sus representantes legales.

5º Todo lo anterior se cumplirá dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

6º Condénase en costas a la parte demandante recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

EJECUCION DE SENTENCIAS DE TRIBUNALES EXTRANJEROS. — EXIGENCIAS PROBATORIAS. — SISTEMA DE LA RECIPROCIDAD DIPLOMATICA Y LEGISLATIVA.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 693 del C. J., la sentencia dictada en país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le concedan los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de estos, la que allí se otorguen a las sentencias dictadas en Colombia.

Para que la Corte autorice el cumplimiento de las sentencias extranjeras y ordene su ejecución por los jueces nacionales, es indispensable que se agregue a la solicitud pertinente, entre otras pruebas, la consistente en el tratado público que sobre el particular medie con el país en donde se haya proferido la sentencia, por ser este elemento esencial e indispensable para deducir qué han estipulado las dos altas partes contratantes en relación con la fuerza de las sentencias judiciales pronunciadas en uno de los dos países y si pueden ejecutarse o cumplirse en el otro: a falta de tratado, deberá presentarse la prueba supletoria a que se refiere la disposición citada, o sea, la encaminada a demostrar qué fuerza tienen en el país de donde emana la sentencia que se quiere ejecutar, las dictadas en Colombia y si allá pueden ejecutarse a solicitud judicial del respectivo interesado. Regula nuestra legislación, que el ramo en que se apoya que en el país se preste para la ejecución de las sentencias extranjeras están sometidas a lo que sobre el particular se haya establecido en los correspondientes tratados públicos, y en subsidio, en el principio de la reciprocidad legislativa. Así lo ha repetido la Corte en numerosos fallos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Noviembre seis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Daniel Anzola Escobar.

El doctor Enrique Arroyo Delgado, "en su propio nombre y como representante legal de su cónyuge, señora Hilda Páez de Arroyo", demandó en juicio verbal al Doctor Enrique Zalamea Lleras ante el Juez Provincial de Pichincha de la República del Ecuador a efecto de obtener "la rescisión con indemnización de perjuicios del contrato contenido en la escritura pública del 6 de octubre de 1953 y referente a la urbanización de unos terrenos de propiedad de su mujer situados en la parroquia de Belalcazar de esta ciudad".

El señor Juez del conocimiento —2º Provincial de Pichincha de la ciudad de Quito— falló el negocio con fecha 24 de febrero de 1955 por sentencia cuya parte resolutiva es de este tenor:

"Por lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República del Ecuador y por autoridad de la ley, se acepta la acción resolutoria propuesta, debiendo liquidarse en juicio verbal sumario los daños y perjuicios ocasionados por la Empresa "Urbanizaciones y parcelaciones Santa Fe" por su falta de cumplimiento a las obligaciones que contrajo en la escritura de seis de octubre de mil novecientos cincuenta y tres. Con costas. Fijo quince mil sucres, regúlase el honorario del Doctor Julio Egas. Notifíquese y habilítese el papel del juicio. (f.) Ernesto Cisneros R.

"Proveyó y firmó la sentencia anterior el señor Doctor Ernesto Cisneros R. Juez Segundo Provincial de Pichincha, en Quito, a veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco, a las cuatro y media de la tarde. — El Secretario (f.) Lcdo L. Alfonso Villacís".

La sentencia "autorizada el 27 de julio de 19[illegible] se halla ejecutoriada en forma legal" (folio 9 vuelto); se comprobó igualmente la autenticidad de las firmas de los funcionarios actuantes impuestas a la sentencia aludida y en las demás certificaciones traídas al proceso.

LA DEMANDA

El Doctor Ernesto Ruiz Manrique con poder del Doctor Enrique Arroyo Delgado, "quien lo confiere en su propio nombre y en el de su cónyuge señora Hilda Páez de Arroyo, en la ciudad de San Francisco de Quito, República del Ecuador, con fecha

27 de agosto de 1956" solicita de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que previos traslado al señor Procurador de la Nación y al señor Doctor Enrique Zalamea Lleras, quien es mayor de edad y vecino de esta ciudad, "se autorice por la Corte el cumplimiento de las sentencias mencionadas anteriormente y se ordene la ejecución de las mismas por el juez competente".

Para fundamento de su petición el señor apoderado presentó estos comprobantes:

"a) Copia de la Sentencia dictada con fecha 24 de febrero de 1955 por el señor Juez Provincial de Pichincha, por medio de la cual se declaró resuelto el contrato celebrado por mis mandantes Enrique Arroyo Delgado e Hilda Páez de Arroyo con el Doctor Enrique Zalamea Lleras, que lleva fecha 6 de octubre de 1953; y copia del mandamiento de ejecución por costas en ese juicio, por valor de 15.655.50 Sucres.

"b) Copia de la sentencia dictada por el mismo juez Provincial de Pichincha con fecha 21 de diciembre de 1955, por medio de la cual se condenó al Doctor Enrique Zalamea Lleras al pago de la cantidad de 242.152.01 Sucres.

"c) Copia de la sentencia dictada por el mismo Juez con fecha 6 de junio de 1956, por medio de la cual se condena al Doctor Enrique Zalamea Lleras al pago de 205.081.02 Sucres, en concepto de daños y perjuicios provenientes de la resolución del contrato arriba mencionado, más la suma de 9.204.50 Sucres por valor de costas".

La anterior solicitud pasó en traslado al señor Procurador General de la Nación —artículo 559 del C. J.— quien al evacuarlo, manifestó:

"En principio, no me opongo a que la Honorable Corte Suprema de Justicia autorice el cumplimiento de las sentencias a que se refiere el actor y, a que se decrete la consiguiente orden de ejecución de las mismas por el juez competente.

"Sin embargo, se echa de menos por la Procuraduría un documento que ha debido traerse como prueba en el presente juicio para obtener el "exequatur", prueba que ha debido allegarse a la demanda propuesta: la correspondiente a la existencia de la ley extranjera que permite la ejecución en el respectivo país de las sentencias pronunciadas en Colombia o en el extranjero, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 659 del Código de Procedimiento Civil.

"Tampoco se trajo a los autos prueba alguna relacionada con los tratados públicos que rigen sobre la materia entre las naciones del Ecuador y de Colombia.

"Los elementos de convicción se analizarán en su oportunidad a tiempo de darse en traslado el presente negocio de conformidad con lo preceptuado por el artículo 560 del Código Judicial en su inciso segundo, en cuanto a su mérito probatorio y, para los efectos de la decisión deprecada".

Y agrega, finalmente:

"Esta Procuraduría insiste en la necesidad de traerse a los autos por el actor, ya sea la prueba principal existente en los tratados públicos, ora la que entraña la reciprocidad legislativa como prueba supletoria, según jurisprudencias aceptadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

"En estos términos dejo contestado el traslado de la demanda y devuelvo los autos en su oportunidad".

De su lado, el Doctor Zalamea Lleras, en escrito de folio 29 expuso: "En término para contestar la demanda manifiesto que me opongo a sus peticiones compartiendo, en primer término, los conceptos del señor Procurador General de la Nación, al evacuar el traslado, respecto a la falta de una prueba imprescindible para que prosperen asuntos de esta naturaleza: aquélla que se relaciona con la existencia de tratados entre Colombia y el país donde se dictaron las sentencias de cuyo cumplimiento se trata, con el fin de establecer la fuerza que es dable conceder a tales sentencias en la República, y, en su defecto, la de la correspondencia en cuanto al cumplimiento de los fallos, en uno y otro país, en consideración a las exigencias del artículo 555 del Código de Procedimiento Civil. Mientras tal prueba no haya sido aportada, la demanda carece de principal fundamento, en forma que no es posible acceder a sus súplicas.

En vista de las manifestaciones del demandado, la Corte profirió el auto de fecha 16 de julio de los corrientes y dispuso: "Como el demandado en su anterior escrito se opone a la ejecución de la sentencia que es materia de estas diligencias fundándose en hechos que es necesario probar y a los cuales también se refiere el señor Procurador de la Nación, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 560 del C. J., la Corte ordena abrir a prueba por el término de quince días más el doble de la distancia".

Lo informa la Secretaría, consta en los autos, que la parte interesada no pidió ni adujo los elementos probatorios advertidos por la Procuraduría y que no hizo uso del término probatorio para ningún efecto. Así las cosas, volvió el expediente al Jefe del Ministerio Público para concepto de fondo, que este funcionario emitió con fecha 19 de octubre último en el que, entre otras cosas, refiriéndose a la acción intentada expresa:

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

"Esta acción se halla provista en los artículos 555 y siguientes de nuestro Código de Procedimiento Civil.

"Dentro de estas disposiciones adjetivas para obtener el "exequatur" se especifican los elementos de su viabilidad, entendiéndose que este procedimiento, este trámite se denomina juicio de reconocimiento.

"Las sentencias dictadas por jueces extranjeros también deben ser objeto de ejecución en otros países dentro de los cuales la parte vencida tenga radicado su patrimonio con el cual ha de responder al pago de determinadas prestaciones a que se le ha condenado para su solución por jueces competentes.

"Es claro, que todo lo relacionado con esta clase de juicios de reconocimiento está sujeto a los tratados públicos, tratados suscritos, por los representantes de los dos países. Y, si no hubiere estos tratados internacionales se entiende que fallaría la ejecución de sentencias extranjeras.

"El artículo 555 se refiere a la existencia de tratado público de las dos naciones en que se declare que la fuerza de las sentencias sea reconocida en el país extranjero o, al menos, que la fuerza que tenga en Colombia un fallo sea la misma que se le otorgue a las sentencias dictadas por los jueces colombianos en un país extranjero.

"Según el artículo 557 del Código de Procedimiento también se necesitan los siguientes requisitos:

"a) Que se haya dictado a consecuencia del ejercicio de una acción personal;

"b) Que no afecte la jurisdicción nacional ni por otro concepto sea contraria al orden público o, a las buenas costumbres; y

"c) Que la sentencia se haya dictado y esté ejecutoriada conforme a la legislación del país de su origen, y se demuestre su autenticidad conforme al artículo 557 del Código de Procedimiento Civil.

"Según el estudio hecho anteriormente se ha traído por el demandante la copia de la sentencia dictada con fecha 24 de feb. de 1955, dictada por el señor Juez Provincial de Pichincha (Ecuador) mediante la cual se ha declarado resuelto el contrato celebrado por el Doctor Enrique Arroyo Delgado e Hilda Páez de Arroyo con el Doctor Enrique Zalamea Lleras cuya fecha es de 6 de octubre de 1956.

"Entraña esta sentencia una acción personal formulada por los demandantes que, en manera alguna, afecta la jurisdicción de la Nación Colombiana, ni es contraria al orden público, ni a las buenas costumbres".

"También se ha traído copia de la sentencia dictada por el Juez Provincial de Pichincha con fecha 21 de diciembre de 1955, mediante la cual se condena al Doctor Enrique Zalamea Lleras al pago de cierta cantidad de dinero, así como también se ha allegado la copia de la sentencia dictada por el mismo Juez con fecha 5 de junio de 1956, mediante la cual se condena al mismo demandante al pago de determinada cantidad de dinero por concepto de daños y perjuicios provenientes de la resolución del contrato antes indicado.

"Estas sentencias se encuentran ajustadas al artículo 557, entendiéndose que se hallan debidamente ejecutoriadas y, demostrada su autenticidad.

"Como se pudo ver, en la misma contestación de la demanda esta Procuraduría echa de menos un documento que ha debido traerse como prueba a fin de poderse obtener el "exequatur" y que ha debido allegarse o, con la demanda, o, durante el término probatorio de conformidad con el artículo 570 del Código Judicial.

"Esta prueba es la correspondiente a la existencia de la ley extranjera que permite la ejecución en el respectivo país de las sentencias pronunciadas en Colombia o en el extranjero, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 569 del Código de Procedimiento Civil.

"No se trajo a los autos, tampoco, prueba alguna relacionada con los tratados públicos que rigen sobre la materia entre las naciones de Colombia y el Ecuador.

"En estos términos para esta Procuraduría no se ha probado, con los elementos de convicción requeridos por la ley, los extremos del caso en relación con la viabilidad del juicio de que se trata, del juicio de reconocimiento".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 555 del C. J., la sentencia dictada en país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de éstos, la que allí se otorguen a las sentencias proferidas en Colombia.

En este negocio no se ha traído la prueba pertinente, consistente en el tratado público que sobre el particular, se dice, media con la República del Ecuador, elemento indispensable para deducir qué han estipulado las dos altas partes contratantes sobre la fuerza de las sentencias judiciales p

nunciadas en uno de los dos países y si pueden ejecutarse o cumplirse en el otro; ni se adujo la prueba supletoria a que se refiere la disposición citada, o sea, la encaminada a demostrar qué fuerza tienen en la República del Ecuador las sentencias dictadas en Colombia y si allá pueden ejecutarse a solicitud judicial del respectivo interesado. Tiene nuestra legislación establecido que el concurso y apoyo que en el país se presta para la ejecución de las sentencias extranjeras están sometidos a lo que sobre el particular se haya establecido, en los correspondientes tratados públicos, y en subsidio, al principio de la reciprocidad legislativa. Así lo ha repetido la Corte en numerosos fallos.

Ahora bien: faltando las comprobaciones a que en su orden se ha hecho mérito, no puede despachar la Corte favorablemente la solicitud de los cónyuges Enrique Arroyo Delgado e Hilda Páez de Arroyo. Mas ello no da óbice a advertir que las condiciones que enumera el artículo 567 del C. J. para que el pedimento hubiese tenido resultado favorable se encuentran demostrados: la sentencia cuya autenticidad se ha demostrado conforme a la legislación ecuatoriana según constancia certificada en el proceso está ejecutoriada; no es contraria al orden público, ni a las buenas costumbres; no afecta la jurisdicción nacional y aparece que se pronunció en juicio relacionado con una acción personal.

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 y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, NO ACCEDE a hacer la declaración contenida en la demanda propuesta por los señores Enrique Arroyo Delgado e Hilda Páez de Arroyo, sobre cumplimiento en Colombia de la providencia dictada por el Juez 2º Provincial de Pichincha de la ciudad de Quito, de que tratan estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

PARA QUE LA VIOLACION DEL ART. 1766 DEL C. C. PUEDA ERIGIRSE COMO FUNDAMENTO DE UN CARGO DE CASACION, ES NECESARIO QUE SE INDIQUE DE QUE MANERA ESTA INFRACCION REPERCUTIO O DETERMINO EL QUEBRANTO DE PRECEPTOS SUSTANTIVOS. — CUANDO DICHO PRECEPTO TIENE CARACTER ADJETIVO. — CRITERIO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE RENTA VITALICIA. — FUNDAMENTO DE LA EXIGENCIA QUE HACE DEL ARTICULO 2283 DEL C. C. DE QUE LA PERSONA EXISTA EN EL MOMENTO DE PERFECCIONARSE EL CONTRATO.

1.—Considera la Sala que a pesar de ser el artículo 1766 del C. C. la base o el fundamento de la acción de prevalencia que implica el juego simulatorio, cuando se trata de que predomine la intención jurídica de las partes, manifestada en el acto oculto, no tiene carácter sustantivo, sino, que es una regla de derecho probatorio, referida a las contraescrituras, hechas con el propósito de alterar o modificar las declaraciones contenidas en la escritura pública. El precepto, como todos los del derecho probatorio, es simplemente adjetivo y técnico y los vínculos jurídicos que crea entre el Juez y entre las partes, son de estricto carácter procesal; lo que quiere decir, también, que para que la violación de esta norma pueda erigirse como fundamento de un cargo de casación, es necesario que se indique de qué manera esta infracción repercutió o determinó el quebranto de preceptos sustantivos.

2.—Cuando la constitución de renta vitalicia se pacta en favor de dos o más personas y una de ellas muere dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 2293 del C. C., el contrato es válido y subsisten los derechos en favor de los sobrevivientes, ya que sería absurdo dividir la estructura de un contrato que es indivisible por naturaleza. Y esto no solo se aplica en el caso de beneficiarios sucesivos, sino también en el evento de que sean simultáneos, con fundamento en que subsiste y es eficaz la intención de los contratantes, la que, en la constitución de la renta vitalicia, persigue beneficiar a una persona o a un grupo de personas, a cambio de la prestación que constituye el precio de la renta, finalidad contractual que se cumple con los sobrevivientes, máxime cuando no se estipuló el derecho de acrecer, sino que se pactó que en caso de muerte de uno de los beneficiarios, el sobreviviente continuaría recibiendo la mitad de la pensión periódicamente.

Dentro del cuadro general de los contratos civiles, el de renta vitalicia se destaca como un medio de previsión y de seguridad económica y su celebración es frecuente en aquellas personas que ante los azares y riesgos que la vida conlleva, prefieren a la explotación y manejo del patrimonio propio, del cual consideran difícil obtener la subsistencia, enajenarlo a cambio de una prestación periódica en dinero, que sin mayores complicaciones y dificultades le permitan subsistir a ella y a sus familiares; o que, con ánimo de proteger a un tercero, considere más conveniente asegurarle en su favor el pago de una pensión periódica que hacerle una donación u otra operación jurídica cualquiera que no garantiza, suficientemente, una protección durante la vida. Y es por esto por lo que tratándose de la constitución de renta vitalicia, para su interpretación hay que tenerse en cuenta que es un contrato aleatorio; y que aunque oneroso, en muchas ocasiones el móvil de la generosidad o liberalidad, es la causa o el motivo más sobresaliente de la operación jurídica, razón por la cual, nuestras costumbres demuestran que es más frecuente entre familiares que entre extraños. Y estas consideraciones, unidas a la posibilidad, aceptada por el artículo 2288, de que puede celebrarse en favor de dos o más personas, simultánea o sucesivamente, está indicando, claramente, que por muerte de una de ellas no puede desvirtuarse un contrato de propósitos jurídicos tan precisos y notorios, puesto que, de lo contrario, se

torbarían esos fines de protección familiar y aún social que anima a las partes.

Dentro de una sana concepción de la institución de los contratos, no serían procedentes aquellas consideraciones que tiendan a desvirtuar los fines jurídicos lícitos que se han propuesto las partes al celebrar una convención. Porque, la firmeza y seguridad de esos actos jurídicos, solo puede tener relación con los elementos esenciales y estructurales definidos por el artículo 1502 y los que son de la esencia y naturaleza de cada contrato en particular. En el caso específico de la constitución de renta vitalicia, desde que exista la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitos y los elementos esenciales y peculiares que se desprenden de la noción que de este acto da el artículo 2287, el examen de su validez no puede extremarse con un criterio exagerado que conduzca a desvirtuar el desarrollo y desenvolvimiento de los fines jurídicos y económicos de protección que conlleva esta peculiar operación jurídica y que han sido los motivos que han determinado a las partes a proceder a su celebración. Si esta doctrina es aplicable a toda clase de contratos, con mayor razón al de constitución de una renta vitalicia, en que los propósitos y las intenciones de las partes son rasgos tan sobresalientes y constituyen finalidades no solo tan lícitas, sino de tanta trascendencia para la protección y seguridad económica de las personas.

3.—El sentido del artículo 2293 del C. C. es claro y la exigencia que hace de que la persona exista en el momento de perfeccionarse el contrato está fundada en la consideración de que siendo una sola la persona de quien depende la duración de la renta, y, tratándose de un contrato real que solo se perfecciona por la entrega del precio, desaparece la finalidad jurídica principal de una de las partes y no sería justo y equitativo que se operara un injusto enriquecimiento por la otra parte, así liberada por la muerte de todas las obligaciones.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Giraldo Zuluaga.)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario promovido por el doctor Guillermo Chaves Chaves contra la señora Rogelia Chaves de Mazuera, Teodolinda, Ismenia y Juan N. Rueda, el 21 de octubre de 1955.

Antecedentes:

Por medio de la escritura pública Nº 21 de 29 de enero de 1935, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales, los señores Jesús Mª Chaves y Mercedes Chaves Chaves, cónyuges entre sí, celebraron con la señora Rogelia Chaves de Mazuera, un contrato de renta vitalicia, cuyas cláusulas principales son las siguientes: los esposos Chaves Chaves transfirieron el dominio de los fundos denominados "Guilingal", "Ingachala" y "Dos Quebradas" ubicados en el municipio de Córdoba, así como también una casa de dos pisos, situada en la esquina noroeste de la plaza principal del mismo municipio. La señora Mazuera de Chaves se comprometió a pagar a los esposos Chaves-Chaves una pensión mensual en dinero por valor de cien pesos ($ 100.00); y, además, que a la muerte de uno de los pensionados, el sobreviviente sólo percibiría la suma de cincuenta pesos, pues no se estipuló el acrecimiento.

La señora Mercedes Chaves de Chaves murió en un hospital de la ciudad de Quito, de una grave dolencia que padecía desde hacía algún tiempo, el 12 de febrero de 1935. La escritura que contiene el contrato de renta vitalicia fue registrada el 26 de febrero de 1935, es decir, catorce días después del fallecimiento de la señora Chaves de Chaves. O sea, que según las afirmaciones del demandante, esta señora padecía de una grave dolencia en el momento de la celebración del contrato y murió antes de su perfeccionamiento; y que su muerte acaeció, en todo caso, antes de los treinta días que subsiguieron a la fecha de la celebración.

Como el doctor Guillermo Chaves Chaves no se conformó con el contrato celebrado por sus padres con la señora Chaves de Mazuera, formuló demanda ordinaria contra los señores Rogelia Chaves de Mazuera, Teodolinda, Ismenia y Jorge N. Rueda, a quienes, por medio de la escritura pública Nº 516, de 13 de agosto de 1943, de la Notaría Primera del Circuito de Ipiales, la señora Chaves de Mazuera había trasmitido el dominio de los bienes que había recibido como precio de la renta pactada en favor de sus padres, ante el señor Juez Civil del

Circuito de Ipiales, libelo en el cual pide se hagan las siguientes declaraciones:

"1º—Nulidad del contrato de renta vitalicia contenido en la escritura pública Nº 21, de 29 de enero de 1935, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales, por las causales contempladas en el artículo 2293 del C. C.

"2º—Restitución del fundo denominado "Guitingal" por parte de los demandados Jorge N., Teodolinda e Ismenia Rueda, con el carácter de causahabientes de la señora Rogelia Chaves de Mazuera, quien les trasfirió su dominio.

"3º—Restitución en favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, Chaves-Chaves, en nombre de la cual demanda, de los frutos naturales y civiles del inmueble mencionado en el numeral anterior; y, no solamente de los percibidos, sino también los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde que lo han tenido en su poder hasta que verifiquen la entrega, o pagar el valor de tales frutos, según el justiprecio que pericialmente se haga de ellos en tiempo oportuno, tres días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a la litis, término dentro del cual también debe hacerse la restitución del inmueble a que se refiere el numeral anterior.

"4º—Cancelación de las escrituras números 21 de 29 de enero de 1935, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales y 516 de 13 de agosto de 1948, de la Notaría Primera del mismo circuito, así como sus inscripciones en el registro.

"5º—Pago de las costas del juicio.

Notificada la demanda y evacuado por los demandados el traslado correspondiente, se opusieron a las súplicas del libelo y propusieron varias excepciones, entre otras, la de prescripción adquisitiva ordinaria de dominio. Tramitado el juicio de acuerdo con todas las ritualidades del procedimiento, el Juez del Circuito de Ipiales, por medio de la sentencia de 11 de abril de 1955, desató la litis, declarando probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria de dominio, en favor de los demandados, fallo con el cual no se hubo de conformar el demandante, quien interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Pasto, entidad que confirmó la sentencia del a-quo, por sentencia de 21 de octubre de 1955.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal Superior de Pasto, fundó el fallo confirmatorio en las siguientes consideraciones:

"De acuerdo con las peticiones hechas en la corrección de la demanda, el contrato contenido en la escritura pública Nº 21, de 29 de enero de 1935 celebrado, por una parte, entre Jesús Mª Chaves y Mercedes Chaves de Chaves, y, por otra, con Rogelia Chaves de Mazuera, se le considera o interpreta primero, como de compraventa, y luego en las acciones subsidiarias, como constitución de renta vitalicia.

"Como la acción principal, la de resolución, atañe al contrato considerado como una compraventa, precisa considerar si reune las condiciones esenciales para ser catalogado como un contrato consensual, conmutativo, bilateral y oneroso, para determinar si la acción deducida en juicio tiene o no fundamento.

"De acuerdo con la trascripción hecha al principio de esta sentencia, la duda o el doble aspecto del contrato contenido en la escritura Nº 21 se debe a que, en una de las cláusulas de la escritura, se dijo que la beneficiaria debía completar la suma de seis mil pesos, como precio de los inmuebles; pero como esta frase, puesta entre paréntesis, fue salvada al final de la misma, el Tribunal debe considerarla como no escrita; y en este evento, faltando un precio cierto y determinado, el contrato no puede clasificarse de compraventa, porque los elementos esenciales de ésta son la cosa y el precio cierto y justo.

"Considera el demandante que, si el contrato no es de compraventa, debe reputársele de constitución de renta vitalicia, para que declare la nulidad por los aspectos, motivos o causales invocadas en la demanda.

"Sin embargo, si en la forma aparente el contrato puede interpretarse como de constitución de renta vitalicia, dados los hechos concomitados a su celebración, como el parentesco de los contratantes, realmente se trata de una donación o de una distribución de los bienes, hecha por los padres legítimos, entre sus hijos, o por lo menos respecto de alguno de ellos.

"Por tanto, el contrato contenido en la escritura Nº 21 de 29 de enero de 1935, bajo las apariencias de una renta vitalicia, ocultó una donación de inmuebles, o sea, una simulación relativa, porque los cónyuges Chaves-Chaves efectivamente tuvieron el ánimo o intención de transmitir la nuda propiedad de los inmuebles individualizados en la escritura.

"Aunque bastaría para confirmar la sentencia protestada, con declarar probada la excepción de simulación, o bien interpretar el contrato como una donación, según lo expuesto antes, el Tribunal procede a estudiar el pacto, apreciándolo, en gracia d

discusión, como si se tratara de una renta vitalicia, con el fin de resolver si alguna de las nulidades está fundada".

La Demanda de Casación:

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente formula dos cargos, los que descompone en dos silogismos, de una manera desordenada y dispersa, que se estudiarán conjuntamente:

Violación de los artículos 946, 950, 952, 964, 1740, 1741, 1746, 1748, 2288 y 2293 del C. C., por infracción directa, porque no los aplicó estando en el deber de aplicarlos; los artículos 2548, 2549, 2538, por aplicación indebida. Estas violaciones fueron determinadas por errores manifiestos de hecho y de derecho al apreciar lo que el Tribunal llamó prueba indiciaria, como también al desnaturalizar, con el pretexto de interpretar, el contrato imperfecto de renta vitalicia, contenido en la escritura Nº 21, de 29 de enero de 1935, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales; y, también, por haberse abstenido de desestimar algunas pruebas como la cláusula octava de la escritura Nº 440, de 16 de julio de 1941 y la 3ª de la número 516, de 13 de agosto de 1943, de la Notaría 1ª del mismo circuito.

ESTUDIO DE LOS CARGOS:

Primero y Segundo:

Sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria de los arts. 946, 952, 956, 964, 1740, 1741, 1746, 1748, 2288, y 2293 del C .C., por infracción directa, porque no los aplicó estando en el deber de aplicarlos; los artículos 2548, 2549, y 2538, por aplicación indebida; y el artículo 2541, por interpretación errónea. Además, violación directa del artículo 1766, o en subsidio por aplicación indebida. Que estas violaciones fueron determinadas por errores manifiestos de hecho y de derecho; al apreciar lo que llamó prueba indiciaria, como también al desnaturalizar, so pretexto de interpretar, el contrato imperfecto de renta vitalicia contenido en la escritura pública Nº 21 de 29 de enero de 1935, de la Notaría 2ª de Ipiales; y, también, por haberse abtenido de estimar algunas pruebas como la cláusula octava de la escritura Nº 440 de 16 de julio de 1941 y la tercera de la Nº 516, de 13 de agosto, de 1943.

En el desarrollo del cargo, el recurrente, descompone la sentencia en dos silogismos, en los que destaca la premisa mayor, en la cual el Tribunal violó directamente el artículo 1766; o, subsidiariamente, por aplicación indebida, la menor, por medio de la cual incurrió en los errores y violaciones que menciona en el aparte anterior; y, la conclusión, que es ilógica y que no está de acuerdo con las premisas, ya que de esos dos momentos del razonamiento no puede desprenderse, en ninguna forma, que los demandados hayan podido adquirir por prescripción el inmueble que se entregó como precio en el contrato de renta vitalicia. No obstante que esta forma de impugnar una sentencia de casación, es un poco rara, el recurrente se cuidó de darle una expresión y presentación técnica a los cargos por lo cual la Corte los estudia; y, no obstante, también, que el opositor del recurso sostiene que existen errores técnicos de casación que lo hacen rechazable en relación con las exigencias de forma.

En efecto, el recurrente sostiene el cargo de violación directa de los arts. 946, 950, 952, 956, 964, 1740, 1741, 1746, 1748, 2288, y 2293 del C. C., a pesar de que antes lo había estructurado por infracción a través de los errores de hecho y derecho en la estimación de las pruebas, consistentes en indicios, en la interpretación del contrato que contiene la escritura pública Nº 21 de la Notaría 2ª de Ipiales, de 29 de enero de 1935, y las cláusulas contenidas en el numeral octavo del instrumento Nº 440 citado y la cláusula tercera del Nº 516 de 13 de agosto de 1943, por no haberlos aplicado al caso planteado en el litigio.

Es clara la intención del recurrente en este punto en el sentido de que lo que hace es una impugnación de violación indirecta, en que la norma sustantiva no se aplica porque el Tribunal, por errónea estimación de la prueba, no encontró el conjunto de hechos que supone para su aplicación; y, en este caso, contra la opinión del opositor, la no aplicación puede constituír un motivo de violación medio, y no exclusivamente directa. Y es en esta forma como el recurrente dirige y orienta la acusación, por lo cual procede su estudio.

Los artículos 946, 950, 952, 956, 964 del C. C. forman parte integrante de la institución de la acción reivindicatoria o de dominio, normas que no fueron aplicadas por el Tribunal, porque, fue ejercitada como consecuencia de la acción de nulidad del contrato de renta vitalicia consignado en la escritura pública Nº 21 de 1935, que se deja citada. Pero el orden lógico en el planteamiento del cargo debió ser distinto, en el sentido de que primero el Tribunal, violó los artículos 1740, 1741, 1746, 1748, 2298 y 2293 del C. C., razón o fundamento de la supuesta violación de los preceptos antes citados. Porque si la acción de dominio fue propuesta como

consecuencia de la nulidad y ésta no prosperó por resolución del Tribunal, lógicamente, no pudo prosperar, tampoco, en concepto del sentenciador, la acción de dominio que es su consecuencia. La Sala, pues, inicia el estudio del cargo formulado contra la sentencia, con los artículos 1740, 1741, 1746, 1748, 2298 y 2293 del C. C., para decidir si en realidad fueron violados por el Tribunal.

El Tribunal en la parte motiva de la sentencia, se detuvo exclusivamente a considerar un posible juego simulatorio, operado con el contrato de renta vitalicia celebrado entre las partes, en forma aparente; pero que en realidad, la voluntad de éstas fue celebrar una donación, configurándose así una simulación relativa o simple disimulación, en la cual el recurrente dedujo un cargo contra la sentencia, consistente en la violación del artículo 1760 del C.C. por infracción directa; o, subsidiariamente, por aplicación indebida. A este respecto considera la Sala que a pesar de ser el precepto citado la base o el fundamento de la acción de prevalencia que implica el juego simulatorio, cuando se trata de que predomina la intención jurídica de las partes, manifestada en el acto oculto, no tiene carácter sustantivo, sino, que es una regla de derecho probatorio, referida a las contraescrituras, hechas con el propósito de alterar o modificar las declaraciones contenidas en la escritura pública. El precepto, como todos los del derecho probatorio, es simplemente adjetivo y técnico y los vínculos jurídicos que crea entre el juez y entre las partes, son de estricto carácter procesal; lo que quiere decir, también, que para que la violación de esta norma pueda erigirse como fundamento de un cargo de casación, es necesario que se indique de qué manera esta infracción repercutió o determinó el quebranto de preceptos sustantivos, lo que no hizo el recurrente.

Por otra parte, la consideración del Tribunal en la parte motiva del fallo, sobre que el acto contenido en la escritura pública Nº 21 de 1935, ya citada, era simulado y aparente, no fue realmente el soporte de la sentencia que acusa el recurrente, toda vez que en ésta, expresamente, se confirma la providencia del *a-quo* que declaró probada la excepción de prescripción adquisitiva de dominio en favor del demandado y de la negación que hizo de las súplicas de la demanda, sin haber procedido, antes, con aplicación del artículo 443 del C. J., a examinar la excepción de prescripción que el Juzgado declaró probada; y, emprender, luego, el estudio del fondo del litigio, en el que se planteaba una acción de nulidad y de restitución. Pero, en los considerandos de la sentencia, no se menciona la prescripción, ni siquiera se procedió a su estudio, con lo cual el Tribunal pudo incurrir en los errores técnicos contemplados como causal de casación en el numeral 2º del artículo 520 del C. J.; pero el recurrente no invocó en su demanda este motivo especial de casación del fallo.

Pasa ahora la Sala a examinar si el Tribunal, al interpretar como juego simulatorio el contrato contenido en la escritura pública Nº 21 de 1935, incurrió en errores de hecho o de derecho que lo indujeron a violar los preceptos sustantivos que regulan la nulidad de los actos jurídicos, que cita el recurrente.

En efecto, para llegar a esa conclusión, el sentenciador de segunda instancia no intentó ninguna interpretación de las cláusulas contenidas en el acto escriturario, si se tiene en cuenta que llega a la convicción de que se trata de un contrato con todas las apariencias de una renta vitalicia, pero que en el fondo es una donación. No ocurre, pues, en este caso, la errónea o acertada interpretación de las cláusulas que configuran dicho acto jurídico, lo que, de ninguna manera ,puede configurar ningún yerro por parte del Tribunal, en la interpretación del contrato, puesto que, al calificarlo, le dió el carácter formal y aparente de renta vitalicia, en completa conformidad con las cláusulas que contiene la escritura. Lo que aconteció fue que, al escudriñar la verdadera y auténtica intención jurídica de las partes, llega a la conclusión de que la voluntad contractual de éstas era muy diferente, en el sentido de que lo que quisieron realmente fue celebrar una donación; es decir, que en el caso sub-judice, no se trataba de un acto nulo, sino de una operación jurídica simulada.

El Tribunal, para llegar a las conclusiones que se dejan mencionadas, estimó los siguientes hechos como indicios que demuestran, en su opinión, el juego simulatorio:

1º—El contrato se celebró, por una parte, por los padres legítimos; por otra, con una hija legítima, Rogelia Chaves, como así lo dice el auto de fecha 18 de julio de 1942 del Juzgado Civil de Ipiales, en el juicio de sucesión del finado Jesús Mª Chaves, en el cual se lee: "...y deferida su herencia a sus hijos legítimos Guillermo, Rogelia, Victoria y María de Jesús Chaves Chaves, a quienes con beneficio de inventario, así se los declara en su condición de hijos del causante.

2º—Todas las partes que concurrieron a la celebración del contrato objeto de este litigio conocían de modo evidente y fehaciente el próximo e inminente fallecimiento de Mercedes Chaves de Chaves, como así lo admiten el actor en el hecho 11 de la

demanda y Rogelia Chaves en la absolución de posiciones, al responder a la primera pregunta; de manera que, la constitución de renta vitalicia, no tenía por objeto sino encubrir la donación de los inmuebles allí especificados.

3º—Los padres, en el mismo acto, se reservaron el usufructo de los bienes "Guitirgal" y "Dos Quebradas" y la "Casa"; y el finado Jesús Chaves, en la cláusula octava del testamento, declara que gozó de dicho usufructo, así como también dice que sus hijas Rogelia y María de Jesús han pagado las cuotas de cincuenta pesos.

Efectivamente, de los tres hechos anteriores estimados como indicios, dedujo el Tribunal que el contrato de renta vitalicia fue aparente; y que, en su lugar, para alterarlo y modificarlo, se celebró otro oculto, que consistió en una donación. Pero ya se dijo, que la simulación relativa desentrañada por el Tribunal, no constituye un soporte del fallo lo que implica que para la decisión del recurso de casación que estudia la Corte, carece de significación e importancia. En efecto, el Tribunal dejó de estudiar el problema de la nulidad del contrato de renta vitalicia, planteado en la demanda, para analizar la simulación relativa, que encontró, claramente configurada en el proceso; pero, en la parte resolutiva, no hizo la declaración de la simulación y de apariencia, sino que se limitó a confirmar el fallo del a-quo en el que se declaró probada la excepción de prescripción aquisitiva en favor de los demandados y se absolvió a éstos, también de los cargos contenidos en la demanda.

El sentido del cargo debe orientarse, en concepto de la Corte, al estudio de si la no aplicación de los preceptos sustantivos que regulan la nulidad de los actos jurídicos, fueron violados por el Tribunal, por no aplicación de ellos al caso sub-judice, es decir, de definir si, en realidad, existen los vicios de nulidad del contrato de renta vitalicia contenido en la escritura Nº 21 de 1935, de la Notaría 2ª de Ipiales, ya citada.

El artículo 2287 del C. C. establece que la constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio, en que una persona se obliga, a título oneroso a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero. Y al tenor del artículo 2288, la renta vitalicia podrá constituirse a favor de dos o más personas que gocen de ella simultáneamente, con derecho de acrecer o sin él, o sucesivamente, según el orden convenido, con tal que todas existan al tiempo del contrato. Estos dos preceptos, esclarecen, sin necesidad de grandes esfuerzos de interpretación, las modalidades que pueden revestir los actos de constitución de renta vitalicia, en relación con los elementos que son de su esencia, de su naturaleza, el conjunto de vínculos jurídicos que de ellos surgen, como también los sujetos o partes entre quienes se establecen. Aplicando estas nociones al caso sub-judice ,se comprende fácilmente que el contrato de renta vitalicia celebrado entre los señores Jesús Mª y doña Mercedes Chaves con la señora Rogelia Chaves de Mazuera, fue perfecto, en el sentido de que dicho acto demuestra los elementos esenciales del contrato, así como también los que son de su naturaleza: pues si es verdad que hubo una cláusula que pudo desvirtuarlo, (la de que la pensión se pagaría hasta que se completase la cantidad de $ 6.000.00), ella fue puesta entre paréntesis por el notario y explicada su anulación por nota puesta al pie del instrumento. Y el mismo recurrente, en la demanda de casación, sostiene que el contrato, aunque imperfecto y nulo, es realmente de renta vitalicia.

En la demanda que promovió el juicio fueron planteados por el actor dos motivos de nulidad: 1º Que la señora Mercedes Chaves murió antes de perfeccionarse el contrato; 2º Que en el momento de celebrarlo padecía de una grave dolencia que le causó la muerte pocos días después. Es decir, que el demandante sometió la anulación de la renta vitalicia, a los dos eventos que contempla el artículo 2293 del C. C., regla que en concepto del recurrente, fue violada por el Tribunal, por falta de aplicación al caso sub-lite, por haberse demostrado en el curso del término de pruebas que la Sra. Chaves de Chaves murió antes del registro de la escritura correspondiente y antes también, de los treinta días transcurridos después de la celebración del contrato. Pero ambos eventos no están totalmente cumplidos, porque aunque está acreditada la muerte de la Sra. Chaves, antes del perfeccionamiento del contrato, como también que en el momento de celebrar el acto jurídico mencionado padecía de una grave dolencia que le ocasionó la muerte, debe tenerse en cuenta que la renta fue pactada en favor de la señora Chaves y de su esposo, conjuntamente, de manera simultánea, aspecto que no fue estudiado por el Tribunal. Cuando la constitución de renta vitalicia se pacta en favor de dos o más personas y una de ellas muere dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 2293 del C. C., el contrato es válido y subsisten los derechos en favor de los sobrevivientes, ya que sería absurdo dividir la estructura de un contrato que es indivisible por naturaleza. Y esto no sólo se aplica en el caso de beneficiarios sucesivos, sino también en el evento de que sean simultáneos con fundamento en que

subsiste y es eficaz la intención de los contratantes, la que, en la constitución de la renta vitalicia persigue beneficiar a una persona o a un grupo de personas, a cambio de la prestación que constituye el precio de la renta, finalidad contractual que se cumple con los sobrevivientes, máxime cuando, como en el presente caso, no se estipuló el derecho de acrecer, sino que se pactó que en caso de muerte de uno de los beneficiarios, el sobreviviente continuaría recibiendo la mitad de la pensión periódicamente.

Dentro del cuadro general de los contratos civiles, el de renta vitalicia se destaca como un medio de previsión y de seguridad económica y su celebración es frecuente en aquellas personas que ante los azares y riesgos que la vida conlleva, prefieren a la explotación y manejo del patrimonio propio, del cual consideran difícil obtener la subsistencia, enajenarlo a cambio de una prestación periódica en dinero, que sin mayores complicaciones y dificultades le permiten subsistir a ella y a sus familiares; o que, con ánimo de proteger a un tercero, conciere más conveniente asegurarlo en su favor el pago de una pensión periódica que hacerle una donación u otra operación jurídica cualquiera que no garantiza, suficientemente, una protección durante la vida. Y es por esto por lo que, tratándose de la constitución de renta vitalicia, para su interpretación debe tenerse en cuenta que es un contrato aleatorio; y que aunque oneroso, en muchas ocasiones el móvil de la generosidad o liberalidad es la causa o el motivo más sobresaliente de la operación jurídica, razón por la cual, nuestras costumbres demuestran que es más frecuente entre familiares que entre extraños. Y estas consideraciones, unidas a la posibilidad, aceptada por el artículo 2288 de que puede celebrarse en favor de dos o más personas, simultánea o sucesivamente, están indicando, claramente, que por muerte de una de ellas no puede desvirtuarse un contrato de propósitos jurídicos tan peculiares y notorios, puesto que, de lo contrario, se estorbarían esos fines de protección familiar y aún social que anima a las partes.

Dentro de una sana concepción de la institución de los contratos, no serían procedentes aquellas consideraciones que tiendan a desvirtuar los fines jurídicos lícitos que se han propuesto las partes al celebrar una convención. Porque, la firmeza y seguridad de esos actos jurídicos, sólo puede tener relación con los elementos esenciales y estructurales definidos por el artículo 1.502 y los que son de la esencia y naturaleza de cada contrato en particular. En el caso específico de la constitución de renta vitalicia, desde que existe la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitos y los elementos esenciales y peculiares que se desprenden de la noción que de este acto da el artículo 2287, el examen de su validez no puede extremarse con un criterio exagerado que conduzca a desvirtuar el desarrollo y desenvolvimiento de los fines jurídicos y económicos de protección que conlleva esta peculiar operación jurídica y que han sido los motivos que han determinado a las partes a proceder a su celebración. Si esta doctrina es aplicable a toda clase de contratos, con mayor razón al de constitución de una renta vitalicia, en que los propósitos y las intenciones de las partes son rasgos tan sobresalientes y constituyen finalidades no solo tan lícitas, sino de tanta trascendencia para la protección y seguridad económica de las personas.

En el caso sub-judice, los esposos Chaves Chaves se percataron de que para su propia tranquilidad y seguridad económica, era lo más aconsejable entregar parte de su patrimonio, a cambio de una pensión periódica que les garantizara esos propósitos y los liberara de esas preocupaciones. Talvez la señora Chaves, por tener conciencia de la grave dolencia que la aquejaba y en la creencia de que pronto le sobrevendría la muerte, quiso asegurar, en primer lugar, la subsistencia de su esposo, antes que la suya y llegó a la conclusión de que el medio más apropiado para desarrollar esos fines de previsión y de protección personal, era la celebración de un contrato de renta vitalicia y lo llevaron a cabo por medio de la escritura pública Nº 21 de 1935, de la Notaría de Ipiales, acto de estructura jurídica firme, pues se reunieron todos los requisitos para su validez. Y esas preocupaciones y propósitos no pueden ser estorbados, por haber ocurrido la muerte de la señora Chaves antes del perfeccionamiento del contrato, porque su esposo sobrevivió a esos eventos y disfrutó de la pensión periódica seis años después como él mismo lo declarara en su testamento. El fin principal del contrato de renta vitalicia se desarrolló normalmente después de la muerte de la señora Chaves, motivo mas que suficiente para que no se estorben esas situaciones jurídicas, que surgieron del contrato, máxime cuando todas ellas ya fueron consumadas. El sentido del artículo 2293 es claro y la exigencia que hace de que la persona exista en el momento de perfeccionarse el contrato está fundada en la consideración de que siendo una sola la persona de quien depende la duración de la renta, y, tratándose de un contrato real que sólo se perfecciona por la entrega del precio, desaparece la finalidad jurídica principal de una de las partes y no sería justo y equitativo que se operara un in-

justo enriquecimiento por la otra parte, así liberada por la muerte de todas las obligaciones.

El Tribunal, pues, al no dar aplicación a los preceptos sustantivos que regulan la nulidad de los contratos y al artículo 2283 del C. C., no incurrió en la violación de ellos, razón por la cual no prospera el cargo.

No son, pues, aplicables al caso sub-judice, las disposiciones sustantivas invocadas por el recurrente, no solamente las que se refieren a los supuestos vicios de nulidad del acto contenido en la escritura No 21 de 1935, sino también las que se refieren a la posesión, sus modos de adquirirla y la prescripción adquisitiva de dominio, porque si no se trata de un acto nulo no hay lugar a declarar la excepción perentoria considerada como probada por el fallador de primera instancia.

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 del Distrito Judicial de Pasto, el 21 de octubre de 1955.

En costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, e insértese en la Gaceta Judicial.

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

JERARQUIA DE LAS PRUEBAS. — OPOSICION ENTRE LAS CLAUSULAS CONTENIDAS EN UN DOCUMENTO PRIVADO Y LAS DE QUE DA FE UN INSTRUMENTO PUBLICO. — ELEMENTO SUBJETIVO EN LA APRECIACION DE LA RESCISION POR LESION ENORME.

1.—Cuando una operación jurídica contiene cláusulas que indican claramente que son el desarrollo y cumplimiento de compromisos jurídicos anteriores y entre aquellas y estos existe una perfecta coincidencia, la relación entre las mencionadas operaciones jurídicas es evidente. Esto no significa que se esté quebrantando el principio de la jerarquía de las pruebas, ni mucho menos que se le esté dando prevalencia a los documentos privados como medios de prueba, porque no existe oposición entre las cláusulas contenidas en los documentos privados y las de que da fe el instrumento público, sino una completa armonía entre lo que demuestran los instrumentos privados y lo que acredita la escritura pública.

2.—Uno de los elementos para apreciar la rescisión por lesión enorme es el de que se haga estimable por parte del comprador o del vendedor un injusto propósito de especulación y de engaño, además del objetivo, que consiste en la demostración de la vileza del precio dado o recibido. Estos dos elementos se integran de tal manera que la prueba de la vileza del precio hace suponer ese ánimo de especulación y de engaño, pero no de una manera absoluta, porque bien puede acontecer que concurran circunstancias especiales que excluyan ese ánimo como cuando la parte demandada logre demostrar que tuvo fundamentos serios para creer que el precio convenido era el realmente justo.

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

(Magistrado Ponente: Doctor. Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Marco Emilio Moreno contra José María Quintero, proferida el 14 de septiembre de 1955.

Antecedentes:

En el año de 1935, el Banco de Bogotá, sucursal de Tunja, por medio de su gerente en la misma ciudad, doctor Santiago Rivas Camacho, adquirió por remate un lote de terreno, denominado "El Pepito", situado en el municipio de Cucaita, del departamento de Boyacá.

Entre los señores José María Quintero, Marco Emilio Moreno, y el Banco de Bogotá, se adelantaron algunas conversaciones sobre un contrato de compraventa sobre el lote mencionado; y, al efecto, por medio de la escritura pública Nº 656, de 10 de junio de 1952, de la Notaría 2ª del Circuito de Tunja, se formalizó la operación jurídica, por medio de la cual el Banco mencionado vendió a Marco Emilio Moreno el inmueble que había adquirido en la diligencia de remate. Y éste, a su vez, vendió parte a Quintero, por medio de la escritura Nº 360, de 11 de junio de 1952, de la misma Notaría.

El señor Marco Emilio Moreno se consideró lesionado con el precio recibido por el inmueble y formuló demanda ordinaria contra José María Quintero, en libelo dirigido al Juez 2º Civil del Circuito de Tunja, el 10 de julio de 1953, por medio del cual pide se hagan las siguientes declaraciones:

"1º—Rescisión, por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura pública Nº 660, de 11 de junio de 1952, de la Notaría 2ª del Circuito de Tunja, por medio de la cual el demandante transfirió al señor José María Quintero, el derecho de dominio en un lote de terreno, denominado "Potrerito", ubicado en la vereda del centro, en jurisdicción de Cucaita, cuyos linderos se describen en la demanda.

"2º—Como consecuencia de la declaración anterior, que se deje al demandado José María Quintero el derecho de elegir uno de los extremos que contempla el artículo 1948 del C. C.; y, por consiguiente, se le condene a restituir la finca vendida o a completar el justo precio de la misma, junto

con los intereses o frutos naturales, según el caso, desde la fecha de la presente demanda.

"3º—Que como consecuencia de la declaratoria de rescisión, se ordene la cancelación de la escritura mencionada, lo mismo que del registro de la misma, impartiendo las órdenes del caso a los empleados respectivos.

"4º—Condenación del demandado al pago de las costas del juicio.

Notificada la demanda a José María Quintero y evacuado el traslado correspondiente, manifestó que se oponía a las declaraciones solicitadas en el libelo por cuanto entre él y Marco Emilio Moreno, existieron convenios privados que constan en los documentos de 4 de julio de 1940 y 27 de septiembre de 1947, y, que, por medio de este último, resolvieron llevar a cabo la negociación con el Banco, en provecho de ambos, e hicieron una división o distribución extrajudicial de lo que posteriormente comprarían al Banco de Bogotá; que como el precio convenido con éste fue de mil doscientos pesos ($1.200.00), la finca se dividiría en dos porciones: una para Quintero por valor de setecientos pesos; y, otra restante para Moreno, en la cantidad de quinientos pesos. Que Moreno recibió la escritura del Banco, e inmediatamente, hizo la venta de la porción que se había indicado para Quintero, en la cantidad de setecientos pesos.

Rituado el juicio con todas las formalidades del procedimiento, el Juez 2º Civil del Circuito de Tunja desató la litis por medio de sentencia de primer grado, en la que declara todas las peticiones formuladas en la demanda. El demandado no se conformó con este fallo e interpuso el recurso de apelación que desató el Tribunal Superior de Tunja, confirmando el fallo de primera instancia. El demandado interpuso el recurso de casación que estudia ahora la Corte.

La Sentencia del Tribunal:

El Tribunal sostiene en su providencia confirmatoria lo siguiente:

"Examinada, en primer término, la escritura Nº 656 de 10 de julio de 1952, o sea aquella por medio de la cual el Banco de Bogotá, transfirió a Marco Emilio Moreno la propiedad del inmueble, objeto del litigio, no se encuentra en ella el más leve indicio de que Moreno obrara en este acto como mandatario de Quintero. El Banco vendió a Moreno, pura y simplemente, sin condición de ninguna especie, y manifestó haber recibido de éste el precio estipulado; por su parte Moreno aceptó la venta que se le hacía a él personalmente, sin mencionar para nada al señor Quintero, ni mucho menos dijo que obraba en nombre de su hoy demandado.

"Se afirma por el demandado que fue este quien pagó al Banco el valor de la faja objeto de litigio y para comprobarlo trajo al expediente varios recibos expedidos por la mencionada entidad Bancaria en los cuales aparece que el señor José María Quintero efectuó algunos abonos pero a buena cuenta del terreno "El Pepito" vendido por el Banco al señor Marco Emilio Moreno. Vale decir que en esto sí el señor Quintero fue un mandatario del señor Moreno para cancelar algunas cuotas. Los recibos expedidos por el Banco cancelan parcialmente una obligación de Marco Emilio Moreno, pero de nada exoneran al señor Quintero. Por lo demás, no se halla establecido que el dinero entregado por el señor Quintero al Banco fuera de su exclusiva propiedad y que estuviera cancelado con esto un crédito en contra suya. En cambio, la escritura Nº 656 dice que el Banco recibió del comprador Moreno el precio de la finca a su entera satisfacción.

"Y, en cuanto al documento de fecha 27 de septiembre de 1949, se anota, leyendo las cláusulas 2ª y 5ª del mismo, que el Banco de Bogotá, vendió a Marco Emilio Moreno la finca llamada "El Pepito", pero que será Quintero quien recibirá la escritura del Banco con la expresa condición de que en la misma escritura quede la constancia o estipulación de que el señor Quintero compra para el señor Moreno, si es que el Banco no conviene en otorgarles por separado las respectivas escrituras de los respectivos lotes escogidos por los compradores, pues se aclara que, según este documento, la finca de "El Pepito" iba a ser para Moreno y Quintero, de acuerdo con sus respectivos aportes.

"Estas razones son suficientes para llegar a la conclusión de que el demandado no llegó a probar en debida forma que Marco Emilio Moreno hubiera obrado como mandatario de Quintero para recibir la escritura del Banco de Bogotá, y, siendo esto así, como lo es, entonces hay que convenir con que el actor sufrió lesión enorme en cuanto al precio recibido al señor José María Quintero, según se desprende de las pruebas traídas al proceso y que fueron analizadas por el señor Juez a-quo para dictar el fallo condenatorio, que, por consiguiente, debe confirmarse".

La Demanda de Casación:

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, en la siguiente forma:

1º—Violación de los artículos 1.602, 1.769, 1.761, 1757, 1.768, 1.618, 1.620, 1.621, 1.622 y 1.624 del C. C., por apreciación errónea de determinadas pruebas.

2º—Violación de la ley sustantiva por error de hecho, que aparece de manera evidente en los autos por haber dejado de apreciar indicios que aparecen en las pruebas".

Estudio de los Cargos:

Primero:

Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 1.602, 1.769, 1.761, 1757, 1768, 1618, 1620, 1621, 1622 y 1624 del C. C., por apreciación errónea de determinadas pruebas.

En la fundamentación y desarrollo del cargo, el recurrente afirma que en el contrato contenido en el documento privado de 27 de septiembre de 1949 suscrito por José María Quintero y Marco Emilio Moreno, ambos declaran que Quintero pagó con dineros suyos la suma de setecientos pesos al Banco de Bogotá, a cuenta del precio de la finca de "El Pepito", confesión que no fue estimada por el Tribunal. Además, que la declaración de Luis García Acosta, quien afirma "que el Banco de Bogotá, le hizo venta a Marco Emilio Moreno, en el año de 1935, de un predio denominado "El Pepito", pero que sobre esta negociación surgió un litigio entre el comprador Moreno y José María Quintero, que posteriormente fue arreglado; que existe sobre este punto, y de una manera más amplia, la declaración del propio gerente del Banco en esa época quien informa plenamente del negocio, desde el período de su iniciación; afirmaciones ambas que confirman la verdad de las declaraciones contenidas en el documento mencionado, que no fue apreciado por el Tribunal.

En síntesis ,el recurrente alega que el Tribunal incurrió en error de derecho al no estimar, en su valor legal, como pruebas, el documento privado de 27 de septiembre de 1949; el de antícresis de 4 de julio de 1940, como también de la posesión por parte de Quintero de la finca de "El Pepito", hasta el 27 de septiembre de 1949, en que ambos celebraron una partición sobre la misma finca y convinieron la forma como procederían a legalizar las operaciones, una vez hecha la escritura por el Banco. Que dicho documento, el de 1949, establece claramente las bases de la negociación acordadas entre Moreno y Quintero; y que, la escritura de compraventa otorgada por el Banco a Moreno, y, posteriormente, por Moreno a Quintero, fue el cumplimiento del contrato suscrito el 27 de septiembre.

La Corte considera:

Aunque el recurrente en el planteamiento y desarrollo del cargo habla de errores de derecho por parte del Tribunal, las imputaciones que hace en relación con las pruebas y los hechos que dice ellas demuestran, indican claramente que se trata es de una acusación por errores de hecho y no derecho.

En efecto, el recurrente afirma que el contrato de 7 de septiembre de 1949, concretó las bases de la negociación que sobre la finca de "El Pepito" habían adelantado antes Quintero y Moreno con el Banco de Bogotá, hecho que desconoció el Tribunal, a pesar de estar suficientemente demostrado con el documento privado que contiene el mencionado contrato. Y que, también desconoció el Tribunal, el hecho de que el contrato de compraventa entre el Banco y Moreno, como también el que se llevó a cabo inmediatamente entre Moreno y Quintero, implicaron el cumplimiento de los compromisos jurídicos existentes entre estos últimos, no obstante estar suficientemente acreditados en el juicio.

El Tribunal, al desconocer los hechos que el recurrente sostiene suficientemente acreditados en el juicio, incurrió en error de hecho, no obstante que en la escritura otorgada por el Banco de Bogotá a Moreno, y, en la que, posteriormente, otorgara Moreno a Quintero, no se mencionen los contratos contenidos en los documentos privados de 4 de julio de 1940 y de 27 de septiembre de 1949. Existen bases suficientes para que el fallador de segunda instancia estableciera nexos jurídicos entre las operaciones mencionadas, aunque ni Moreno ni Quintero hubieran echo declaraciones en tal sentido, entre los actos de que hablan los documentos privados, y, el último, que se llevó a cabo mediante la escritura pública. Porque cuando una operación jurídica contiene cláusulas que indican claramente que son el desarrollo y cumplimiento de compromisos jurídicos anteriores y entre aquellas y estos existe, como en el caso sub-judice, una

perfecta coincidencia, la relación entre las mencionadas operaciones jurídicas es evidente. Esto no significa que se esté quebrantando el principio de la jerarquía de las pruebas, ni mucho menos que se le esté dando prevalencia a los documentos privados como medios de prueba, porque, en el caso sub-lite, no existe oposición entre las cláusulas contenidas en los documentos privados y las de que da fe el instrumento público, sino una completa armonía entre lo que demuestran los instrumentos privados y lo que acredita la escritura pública.

Marco Emilio Moreno y José María Quintero, acordaron, por convenio contenido en documento privado de 27 de septiembre de 1949 que para el caso de que el fundo de "El Pepito" fuera vendido a uno de ellos por el Banco de Bogotá se procedería en la siguiente forma: si la recibía Moreno, éste le haría escritura de compraventa a Quintero por el lote que fue señalado en el mismo documento, en la cantidad de setecientos pesos, que éste ya había pagado al Banco: y, si la recibía Quintero, entonces, a su vez, éste procedería a hacerle la escritura a Moreno del lote que le fue también señalado, en la cantidad de quinientos pesos. El Banco le hizo la escritura de todo el lote a Moreno, y, éste, leal a sus compromisos adquiridos le hizo escritura a Quintero del lote correspondiente y por el precio convenido, al día siguiente de haber sido otorgada la escritura por el Banco. De suerte que, este último acto, no fue otra cosa que la culminación de los arreglos o convenios privados que antes del otorgamiento de la escritura por la entidad bancaria mencionada, pactaron entre ellos. El Tribunal no se detuvo en el análisis del desarrollo y curso de las negociaciones, no estimó como pruebas los documentos mencionados, sino que invocó, equivocadamente, el principio de jerarquía de las pruebas que no tiene aplicación en el caso sub-judice.

El Fallo de Instancia:

La Corte, para proferir el fallo de instancia hace, además, las siguientes consideraciones:

La rescisión por lesión enorme suplicada por el demandante no prospera en el presente caso, si se considera que entre Moreno, Quintero y el Banco, se acordó precisamente el precio de $ 1.200.00 (mil doscientos pesos); y entre Moreno y Quintero, por acuerdo de 27 de septiembre de 1949, pactaron que el precio de lo vendido por el primero al segundo sería de setecientos pesos. Es decir, que si el precio se consideró en esa época como inferior a la mitad del de justa tasación ello no se debió a ningún ánimo especulatorio por parte de Quintero, sino al arreglo entre ellos y el Banco de Bogotá, entidad que hubo de fijar un precio total de mil doscientos; y, como lo declara el gerente del mismo banco, la operación de compraventa la haría la entidad bancaria en provecho de ambos, de suerte que este precio se considera como inferior a la mitad del que se considera justo, su cuantía tenía que influir necesariamente en el precio del lote que recibió Quintero como copartícipe en la negociación con el Banco.

Uno de los elementos para apreciar la rescisión por lesión enorme es el de que se haga ostensible por parte del comprador o del vendedor un injusto propósito de especulación y de engaño, además del objetivo, que consiste en la demostración de la vileza del precio dado o recibido. Estos dos elementos se integran de tal manera que la prueba de la vileza del precio hace suponer ese ánimo de especulación y de engaño, pero no de una manera absoluta, porque bien puede acontecer que concurran circunstancias especiales que excluyan ese ánimo como cuando la parte demandada logre demostrar que tuvo fundamentos serios para creer que el proyecto convenido era el realmente justo; o cuando, (como acontece en el caso sub-judice, en que Moreno actuó como mandatario oculto y sin representación en la compraventa celebrada con el Banco de Bogotá, respecto de Quintero, pero quien tenía derecho a exigir de Moreno le hiciera la escritura, de acuerdo con el convenio de 27 de septiembre de 1949, en el cual se había estipulado un precio de setecientos pesos ($ 700.00).

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, de 14 de septiembre de 1955, revoca la pronunciada por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja en este mismo juicio, y, en su lugar FALLA:

1º—No se hacen ninguna de las declaraciones solicitadas por el demandante en su libelo.

2º—Absuélvese al señor José María Quintero de los cargos formulados en la demanda.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, 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.

ACCION DE DOMINIO SOBRE MEJORAS HECHAS EN TERRENO AJENO A CIENCIA Y PACIENCIA DEL DUEÑO Y CONTRADEMANDA SOBRE RESTITUCION DE DICHO TERRENO. — SUBROGACION DE LAS MEJORAS POR SU VALOR. — ESTE PAGO NO ESTA REGULADO POR LAS PRESTACIONES MUTUAS A QUE TIENE DERECHO EL POSEEDOR VENCIDO O EL QUE PLANTEO, EDIFICO O SEMBRO SIN CONSENTIMIENTO DEL DUEÑO. — ELEMENTOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. — SU EJERCICIO COMO ACCION REQUIERE QUE EL ACTOR NO PUEDA FUNDAR SU DERECHO EN ALGUN TEXTO LEGAL O EN UN HECHO O ACTO JURIDICO RECONOCIDO EN LA LEY.

1 — La relación jurídica procesal que crea el ejercicio de la acción de dominio sobre las mejoras plantadas, edificadas o sembradas por el ocupante de terreno ajeno con conocimiento o autorización del dueño, es la misma que origina el de la restitutoria del inmueble sobre el cual se ha plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territorial. Esto, porque en definitiva en una y otra situación, lo que se opera es una especie de subrogación del bien que constituyen las mejoras por el que integra su valor, análoga a la que produce la acción a que se refiere el art. 955 del Código Civil.

La condena al pago del precio de las mejoras puestas en aquellas circunstancias, por el dueño del terreno es una obligación correlativa de la de restituirlo con esas mejoras por el edificador, plantador o sembrador. O como dice la Corte: "'Se opera una especie de subrogación de la cosa singular —las mejoras— por el valor de ella", en razón de la circunstancia especial, prevista por la ley, de haberse plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territorial (Artículo 739, inciso 2º C. C.).

Las disposiciones de los artículos 955 y 739 —inciso 2º— del Código Civil, son lo suficientemente claras en cuanto no dan margen para exigir que las súplicas de la respectiva demanda, se sometan a las rígidas formas de las fórmulas sacramentales: a pedir, precisamente, el pago de lo que se haya recibido por la cosa singular en el primer caso, ni el pago del valor de las mejoras en el segundo, hasta que se pida la restitución de la cosa singular, o el reconocimiento del derecho a las mejoras y, que se establezca, según el caso, la imposibilidad o dificultad de la persecución, a la construcción, plantación o siembra a ciencia y paciencia del dueño territorial para que se produzca, por la virtualidad de la subrogación legal, la condena al pago de lo que recibió por la cosa singular, o al del valor de las obras. Claro está, que la una o otra condena debe estar supeditada por "la procedencia de la acción fundamental".

La solución no implicaría un cambio o variación de la acción, porque como lo tiene dicho la Corte: "La subrogación que se opera en estos casos, es la adquisición de una cualidad jurídica transmitida de un bien al que lo sustituye; o, en otros términos, entre las cosas que juegan en este fenómeno hay una IDENTIDAD JURIDICA, según la cual lo que se dice de una se predica de la otra". Así, si se solicita una declaración de dominio sobre el terreno y su consiguiente restitución, junto con las mejoras allí plantadas con la aquiescencia del dueño, éstas que no podían estar comprendidas en las acciones instauradas transmiten al bien que legalmente las sustituye, su valor o precio, la virtualidad de inherencia a la demanda declarativa y restitutoria. Esta modalidad automática de la subrogación cumentada permite reemplazar una condenación legalmente imposible en especie por la legalmente posible de restituir en dinero, "como desarrollo de la subrogación misma". Entonces, así como no podría hablarse de cambio o variación de acción, si se ordenase la restitución de las mejoras y el reconocimiento del derecho del edificador, plantador o sembrador sob

ellas, tampoco puede hablarse de ello, por el fenómeno de la transmisión de la "cualidad jurídica" y por el de la "identidad jurídica" que se operan, en el caso de condena a restituir el valor de esta clase de mejoras.

Si se hacen valer las acciones en la demanda principal y en la de reconvención, y se establece su procedencia, el fallador debe aplicar las reglas de derecho positivo que tutelan esa situación especial, como que no lo está ni proviene de ninguna relación contractual. Tanto el derecho del demandante como el del demandado contrademandante no los hacen depender sino directa y exclusivamente de la ley.

El pago del valor de las obras llevadas a cabo con la aquiescencia del propietario territorial, que las sustituye, no está sometido a las reglas generales sobre las prestaciones mutuas que regulan los derechos del poseedor vencido y del que plantó, edificó o sembró sin conocimiento del dueño del terreno. Hay que entender el artículo que lo reglamenta en el sentido de que debe ser abonado ese valor de las obras, cualquiera que sea su naturaleza, "ya como sanción al dueño del terreno, que no sólo supo que se estaban ejecutando, sino que permitió que se llevaran a efecto, ya como una garantía para el constructor, plantador o sembrador que confiado en el beneplácito del dueño puede ser gravemente perjudicado en sus intereses, si la ley no lo ampara siquiera con el derecho de que le sean pagadas las obras que puso en tierra ajena, con la aquiescencia del dueño". Y porque: "si apenas se considera el constructor, plantador o sembrador como poseedor de buena fe en el caso del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, éste sería inútil desde luego que el lo bastaría para resolver el problema".

2 — Los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa son dos: uno de hecho y otro de derecho. El primero consiste en "la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro patrimonio" y el segundo, en la "no justificación en derecho de tal pérdida o desplazamiento de valor".

Se admite por los autores y la jurisprudencia, que "La sustancia de hecho del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones, consiste, esencialmente, en el aumento injustificado de un patrimonio en perjuicio de otro, como consecuencia de un mismo acontecimiento, no definido por la ley". Entonces, los dos elementos del enriquecimiento sin causa, están en la misma relación de importancia y constituyen ambos un todo indivisible como acontece en todo hecho jurídico y, de una manera general, con toda relación de derecho, si falta uno de ellos no nacerá esta relación.

En cuanto hace al dominio del principio de derecho del enriquecimiento sin causa, su aplicación está garantizada y protegida por la acción "de in rem verso", que "supone que el acreedor de una pretendida obligación de restitución no puede fundar ésta, contra su pretendido deudor, en ningún texto de derecho positivo, tampoco en ningún acto o hecho jurídicos expresamente considerados y definidos por la ley". Lo que indica que, para el éxito de la acción "de in rem verso", es necesario que la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio de un valor perteneciente a otro, no puede estar justificado jurídicamente, vale decir, en contradicción con un texto legal positivo de imperio en un determinado medio social.

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

(Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas)

AGUSTIN VANEGAS VARGAS, por medio de apoderado, ante el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, presentó demanda contra BERNARDO GOMEZ ALVAREZ, para que por la vía ordinaria se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Pertenecen al actor Agustín Vanegas Vargas y son de su exclusivo dominio, las mejoras enumeradas en el hecho tercero de ésta demanda, por los linderos que se acotaron en el hecho segundo de la misma;

"b) Como consecuencia de lo anterior se ordene excluir del acta de los inventarios practicados en el juicio de la sucesión ab-intestato de Luis María Jiménez, las mejoras aludidas en la declaración que precede y dejar en posesión de ellas a su legítimo dueño, el demandante Vanegas Vargas;

"c) Y, en caso de oposición del demandado Bernardo Gómez, se le condene en las costas de la litis, por ministerio del artículo 575 del C. Ju-

dicial y de las disposiciones contenidas en el decreto ley Nº 0243 de 1951".

Como hechos que fundamentan las súplicas anteriores se afirman los siguientes: Que el juicio de sucesión intestada de Luis María Jiménez fué abierto a petición de Bernardo Gómez, diciéndose subrogatorio de los derechos herenciales que en la nombrada sucesión pudieran corresponder a Marco Antonio y María Esther Jiménez C. presuntos hermanos legítimos del causante. Que por escritura pública Nº 166 de 30 de agosto de 1951, de la Notaría del Circuito de Bolívar (Valle), dijeron los aludidos hermanos Jiménez C. enajenar a título de venta, a Bernardo Gómez los derechos herenciales en la sucesión de Luis María Jiménez, radicados en un "predio agrícola Nº 25-16, denominado 'LA TERESITA', situado en el Corregimiento de Naranjal, vereda "El Pavero", Municipio de Bolívar, compuesto de "cultivos sobre terrenos propios de caña de azúcar, pastos de guinea en mal estado, una mata de guadua, una falda de monte y rastrojos, una mata de caña brava, con casa de habitación, en una extensión superficiaria de treinta (30) plazas más o menos"; y cuyos linderos se determinan en el hecho segundo de la demanda. Que en el juicio de sucesión de Luis María Jiménez se inventarió, a solicitud del interesado Bernardo Gómez, "las MEJORAS de café, caña, plátano, casas de habitación, enramadas, trapiche hidráulico, hornilla, fondos de cobre pastos etc. que dentro de los linderos anotados en el HECHO 2º ha puesto, ensanchado, conservado y plus valorizado como suyas y con sus propios recursos, sin reconocer dominio distinto al del Estado, mi poderdante Agustín Vanegas Vargas".

Que, el demandado Gómez pretende hoy, "se le adjudiquen las susodichas MEJORAS, a pesar de que saben él y todos los vecinos que ellas son, exclusivamente, de la propiedad de mi mandante, quien las reclama y busca respeto para su derecho de dominio".

El demandado se opuso a las pretensiones del actor y aceptó parcialmente unos hechos y negó otros, y por libelo separado presentó demanda de reconvención con el fin de que se hicieran estas declaraciones:

"Primera — Que el señor Bernardo Gómez Alvarez es dueño y poseedor inscrito de una finca agrícola, situada en el Municipio de Bolívar, en el Corregimiento de Naranjal, en el paraje "EL PAVERO" y "LAS DELICIAS", denominada la finca "TERESITA" y cuyos linderos están determinados en el hecho primero de esta demanda.

"Segunda — Que en consecuencia, Agustín Vanegas Vargas debe entregar la expresada finca agrícola a mi poderdante señor Bernardo Gómez Alvarez, pues se declara la restitución en favor de éste de dicho bien, con todas sus anexidades inmediatamente quede ejecutoriado el fallo, es decir, al siguiente de la ejecutoria.

"Tercera — Que el demandado debe pagar los frutos naturales y civiles de la finca, a partir del 15 de agosto del año de 1949, fecha en que falleció el señor Luis María Jiménez, a mi poderdante.

"Cuarta — Que se condene en costas al demandado si se opusiere a esta demanda".

Son hechos, en síntesis, de estas súplicas: Luis María Jiménez era dueño y poseedor inscrito de la finca agrícola cuya restitución se demanda; muerto Jiménez transmitió su derecho a su único hermano legítimo Marco A. Jiménez, quien hizo cesión de su derecho hereditario a Bernardo Gómez A. por escritura pública 169 de 30 de agosto de 1951; y Luis María Jiménez había comprado la finca a Carlos E. Vargas, según escrituras 37 y 5 de febrero de 1945, ambas otorgadas en la Notaría de Bolívar y están debidamente registradas. En el juicio de sucesión de Luis María Jiménez se reconoció a Bernardo Gómez el carácter de cesionario del derecho correspondiente a Marco A. Jiménez; en este juicio se decretó el secuestro de la finca agrícola en mención, pero el demandado Vanegas Vargas se opuso alegando tener mejoras en su poder como de su propiedad y ha continuado en la posesión material por lo que Bernardo A. Gómez no la tiene a pesar de que le corresponda "como dueño y poseedor inscrito cuya posesión es anterior a la del actual demandado". La finca "La Teresita" fué adjudicada al cesionario Gómez Alvarez en la partición, la cual fué aprobada en la respectiva sentencia y el juicio de sucesión se encuentra debidamente protocolizado en la Notaría de Roldanillo.

El contrademandado aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las súplicas de la contrademanda. Desenvuelta así la litis, el Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia con la sentencia de 16 de diciembre de 1954, en la que decidió:

"1º No es el caso de declarar probadas las excepciones propuestas por no haber sido aprobadas;

"2º No es el caso de declarar la exclusión de bien de la sucesión de Luis María Jiménez, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo;

"3º Condénase al señor Agustín Vanegas Vargas a restituir al señor Bernardo Gómez A.

finca "La Teresita", situada en el Corregimiento de Naranjal, vereda de "El Pavero" Municipio de Bolívar por los linderos especificados en la parte motiva de este fallo;

"4º Condénase al mismo señor Vanegas Vargas a pagar al señor Bernardo Gómez A. los frutos naturales y civiles que hubiere producido la finca desde que se apoderó de ella, o sea desde la muerte del señor Luis María Jiménez;

"5º Condénase al señor Bernardo Gómez a pagar al señor Agustín Vanegas Vargas, las mejoras que hubiere establecido por su cuenta, después de la muerte del señor Luis María Jiménez.

"No hay lugar a condenación en costas por no haber temeridad entre las partes".

De esta decisión apelaron ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dicto sentencia de segundo grado con fecha 26 de enero de 1956, cuya parte resolutiva dispone:

"Primero — CONFIRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo con fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el presente juicio ordinario, en lo que se refiere a los puntos 1º a 4º de su parte resolutiva, y á las costas de la primera instancia.

"Segundo — REVOCASE el punto 5º de la parte resolutiva de la referida sentencia; y

"Tercero — CONDENASE en las costas de la segunda instancia al actor y contrademandado Agustín Vanegas Vargas".

Considera el Tribunal, después de analizar las pruebas aportadas al juicio que: "Lo que en verdad se disputan las partes es la propiedad de las mejoras puestas en un terreno baldío, por consiguiente, la discusión se limita a determinar cuál de ellas ha acreditado mejor derecho a las mejoras. Y como está demostrado que Agustín Vanegas entró a ocuparlas, reconociendo que pertenecían a Luis María Jiménez, es indiscutible el derecho que tiene Gómez Alvarez, como cesionario el heredero de Jiménez, a obtener que aquél sea condenado a restituírselas".

Fija el sentenciador, el alcance del artículo 6º de la ley 200 de 1936, en lo que respecta a la excepción invocada por el actor, para deducir, que "es fundada la sentencia del Juzgado en cuanto declaró no probadas las excepciones propuestas contra la demanda de reconvención, y negó la excepción objeto de la demanda principal y condenó a Agustín Vanegas Vargas a la restitución de la finca, conforme a lo pedido en la contrademanda".

"En la sentencia recurrida se condena igualmente al contrademandado a pagar a Gómez Alvarez, los frutos naturales y civiles que hubiere producido la finca desde la muerte de Luis María Jiménez, pero condena también al contrademandante a pagarle a Vanegas Vargas "las mejoras que hubiere establecido por su cuenta, después de la muerte de Luis María Jiménez". Por estar en desacuerdo con este último punto, fué por lo que el apoderado de Gómez Alvarez interpuso el recurso de apelación contra el fallo. Nada dijo en la parte motiva de la sentencia, el señor Juez Civil del Circuito de Roldanillo sobre la buena o mala fé de la posesión de Vanegas Vargas. Más al condenarlo a restituir los frutos percibidos desde la muerte de Jiménez, o sea desde antes de la contestación de la demanda, fué porque lo consideró como poseedor de mala fé. Sinembargo, le reconoció el derecho a que se le abonen mejoras hechas, después de aquel hecho, como si se tratara de poseedor de buena fé.

"Conforme al artículo 964 del Código Civil el poseedor de buena fé no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, mientras que el de mala fé sí está obligado a restituírlos, porque dice el inciso 1º de dicho artículo que "no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder". A esta última regla está sujeto el poseedor de buena fé en cuanto a los frutos percibidos después de la contestación de la demanda.

"Y según el artículo 966 del mismo Código, el poseedor de mala fé no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda. Este derecho al pago de mejoras útiles, solo lo tiene el poseedor de buena fé.

"Lo expuesto indica que es contradictoria la sentencia de primera instancia en los puntos 4º y 5º de su parte resolutiva, pues si el poseedor vencido fué condenado al pago de los frutos percibidos desde la muerte de Luis María Jiménez, se le tuvo como de mala fe, y al reconocérsele el derecho a las mejoras establecidas después de dicha muerte, se le tuvo como de buena fé.

"Considera el Tribunal que Agustín Vanegas Vargas no puede tenérsele como poseedor de buena fe, pues está demostrado que hasta el 23 de octubre de 1952 en que se opuso al secuestro de la finca, en el juicio de sucesión de Luis María Jiménez, reconocía que no era dueño de ella y la prueba testimonial que obra en este juicio, aún la producida a petición del actor, acredita que hasta la muerte de Jiménez era éste el posee-

dor de la finca, aunque Vanegas Vargas trabajaba en ella".

Transcribe el Tribunal una doctrina jurisprudencial de la Corte sobre lo que constituye la buena fé, para continuar diciendo que:

"Agustín Vanegas Vargas no sólo carece de un título para poseer la finca objeto de este juicio, sino que habiendo reconocido hasta la muerte de Luis María Jiménez que la finca pertenecía a éste, es imposible que en algún momento hubiera tenido la conciencia de haber adquirido el dominio de ella por medios legítimos. Por consiguiente, no puede estar amparado por la prescripción que consagra el artículo 769 del Código Civil y está obligado a la restitución de los frutos naturales y civiles de la cosa, como poseedor de mala fé y no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda y menos aún, a las hechas después ya que con respecto a mejoras útiles solo le reconoce la ley el derecho a "llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados". (Art. 966 C. C.).

"De lo antes expuesto se concluye que la sentencia apelada debe revocarse en cuanto condena a Gómez Alvarez en el punto 5º de su parte resolutiva, a pagarle a Agustín Vanegas Vargas las mejoras establecidas después de la muerte de Luis María Jiménez, y que debe confirmarse en lo demás".

El recurso de casación

Agotada la tramitación correspondiente, se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante principal contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, "violación de la ley sustantiva", se ataca "la fundamentación con que el Tribunal pretende desconocer el derecho del demandante sobre las mejoras de su propiedad plantadas en la finca agrícola "La Teresita" declarada inexistente".

Dos cargos se formulan por el recurrente contra la sentencia que, en síntesis, se enuncian y enumeran; y en el orden de su presentación.

"1º CALIFICACION DE LA BUENA O MALA FE — El Tribunal incurrió en manifiestos errores de derecho en la estimación de las declaraciones de los testigos y la confesión del demandante cuando explica cómo y por qué entró a la finca "La Teresita", cómo y por qué incorporó su trabajo y recursos propios en las plantaciones nuevas, obras útiles y demás mejoras de su propiedad, plantadas en terrenos baldíos. Pues, si bien le reconoce su condición de cosechero, o aparcero o agregado, le negó por todo concepto su buena fe y le arrebató su derecho a las mejoras que él alega como de su propiedad.

"En cuanto a la confesión, como ésta apreciación errónea del Tribunal quedó violado de manera evidente el artículo 609 del Código Judicial que determina la manera como debe admitirse la confesión; y en cuanto a las declaraciones de los testigos que deponen sobre la posesión de Vanegas y dan a conocer que éste desde hace más de seis años ha plantado mejoras de las cuales está en posesión, se violó el art. 396 del mismo Código. Con la violación de estas disposiciones quedaron violadas las disposiciones sustantivas, artículos 762 y 769 del Código Civil. Pues, como lo tiene establecido la jurisprudencia, "para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba se necesita que, al estimarla se haya contravenido a la ley que la establece y valora" que es lo que acabo de demostrar.

"Pero si la Corte estima que el error es de hecho, acuso también el fallo por este concepto, ya que el Tribunal al considerar a Vanegas Vargas como poseedor de mala fe con violación de las disposiciones antes citadas le desconoció su derecho como cosechero o aparcero o agregado sobre las mejoras puestas en la finca con autorización del dueño, quien le llevó allá con ese objeto".

Desarrolla el cargo el recurrente en el sentido de que el Juez del conocimiento se abstuvo de calificar la buena o mala fé de la posesión de Agustín Vanegas Vargas, porque si lo condenó a pagar los frutos civiles y naturales a partir del fallecimiento de Luis María Jiménez, a la vez le reconoció el derecho sobre las mejoras plantadas en el mismo lapso. Que en cambio, el Tribunal entró a calificar esa buena o mala fé del demandante y contrademandado Vanegas Vargas, como que lo declaró poseedor de mala fé y sin derecho a las mejoras. Y que para ello, se valió de la prueba de testigos aportada por las partes al juicio y de la confesión de Vanegas Vargas contenida en el escrito presentado durante la diligencia de secuestro de la finca practicada el 23 de octubre de 1952, en el cual explica clara y categóricamente: "Cómo entró a ocupar la finca agrícola el por qué de la posesión de las mejoras que son de su propiedad por haber sido puestas por él con su trabajo procesal, recursos propios y autorización del dueño". Confesión que está respalda-

por las declaraciones de los testigos y que dan cuenta de cómo Vanegas Vargas, "desde hace más de seis años a la fecha de sus declaraciones, ha habitado con su familia la casa de la finca, ha estado dedicado al trabajo y ha sido quien ha plantado las mejoras nuevas de caña, café, etc. ha realizado las obras útiles de construcción de cercas, instalaciones nuevas para la industria de la elaboracion de panela; ser la persona que vendía los frutos y en general administraba toda la finca".

Que el sentenciador, agrega el recurrente, en la apreciación de la confesión y de la prueba testimonial, confunde la posesión inscrita del dueño de la finca Luis María Jiménez, a que se refieren todos los testigos, y que dicen que él le compró a Carlos Vargas y como tal la poseyó hasta su fallecimiento con la posesión material de Agustín Vanegas Vargas, con el consentimiento del dueño, habiendo sido aquél quien según todos los testigos fué la persona que incorporó su trabajo, recursos propios, etc. en las nuevas mejoras que discrimina el dictamen pericial rendido unánimemente por los peritos Carlos Emilio Suárez T. y Samuel Antonio Vargas Quiroz, visible a folios 50 y ss. del Cuaderno No 2".

Que "Agustín Vanegas Vargas no alega derecho de dueño sobre las casas y algunos otros elementos que existían en la finca cuando le fué entregada por Luis María Jiménez, sino sobre las mejoras especificadas y discriminadas que fueron puestas por él con autorización del dueño en un lapso de más de seis años".

Que el Tribunal no tuvo en cuenta las circunstancias, plenamente acreditadas con la prueba testimonial de que "Luis María Jiménez era un hombre enfermo e imposibilitado para trabajar; que Vanegas Vargas proveía a su subsistencia, que falleció y fué sepultado el 15 de agosto de 1948; que dos años después el presunto heredero Marco Antonio Jiménez, el 30 de agosto de 1951, enajenó los derechos hereditarios al demandado Bernardo Gómez A. y que todas las pruebas relativas a esas circunstancias, fueron ignoradas por el Tribunal para calificar la posesión del demandante Vanegas, lo que lo condujo a errar en la calificación de la buena o mala fé del demandante".

SEGUNDO CARGO — "NO ES NECESARIA LA CALIFICACION DE LA BUENA FE PARA EL RECONOCIMIENTO DE MEJORAS".

Como fundamento de este cargo se dan: Que la ley 200 de 1936, fué el primer estatuto que en forma expresa consagró el principio del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones; que fué así como la ley citada estableció varias reformas civiles, entre ellas, la de "regular (arts. 21 y 22) la relación del poseedor de mala fé frente al reivindicador en lo relativo con las mejoras"; Que si este principio, es de que nadie puede enriquecerse sin justa causa o a costa ajena, según las disposiciones citadas, "favorece a quien ocupa las tierras de hecho con buena o mala fé", sería absurdo, que "no traiga los mismos beneficios efectos para quien trabaja honoríficamente un predio ajeno, por entrega del dueño aumentando el valor de las tierras con plantaciones, obras útiles, retributivas y permanentes, no exigidas por contrato como prestaciones obligatorias a su cargo". Que "las mejoras se deben pagar a los colonos, arrendatarios, cosecheros, aparceros, con cualquier nombre que se los denomine en la forma prevenida en el art. 22 de la ley mencionada, a menos que contractualmente se convenga en que sean parte del precio o en no abonarla".

Que el Tribunal en el fallo recurrido no tuvo "en cuenta el principio del enriquecimiento sin causa consagrado por la ley de tierras en relación con el reconocimiento y pago de mejoras", como que en el proceso aparece nitidamente demostrado, entre otras circunstancias: "Número 6º Que Agustín Vanegas Vargas con su familia está en posesión de la finca desde los años de 1945 a 1946, trabajando en ella, sosteniéndola, cultivándola, recogiendo las cosechas y vendiéndolas por lo menos con la calidad de cosechero o aparcero, o agregado, que le reconoce el Tribunal en el fallo, porque así lo relatan todos los testigos que han declarado en el negocio y aún los hijos de Carlos Vargas, que fué quien le vendió las mejoras a Luis María Jiménez".

Que lo anotado, "es la verdad procesal reconocida en la sentencia acusada, al OMITIR el Tribunal el estudio y consideración del principio de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA como fuente de las obligaciones, para apreciar la situación jurídica de AGUSTIN VANEGAS VARGAS frente al reivindicador lo referente al derecho de aquél sobre sus mejoras, violó de manera evidente el sentenciador el mentado imperativo de los artículos 21 y 22 de la ley 200 de 1936 que ordenan a los jueces aplicar el derecho e interpretar la ley sustantiva con el criterio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena; y por infracción directa de esta ley le desconoció a mi mandante los derechos sobre las mejoras de su propiedad, pues aún en el caso de que Agustín Vanegas Vargas pudiera ser considerado como ocupante de hecho,

que no lo es, según lo acepta el propio fallador en la sentencia, ha debido porque a ello tiene derecho, reconocérsele y ordenarse se le paguen sus mejoras apreciadas como lo establece el art. 22 de la citada ley".

Considera la Corte:

1º La impugnación, de violación de la ley, a la sentencia recurrida en casación, se restringe, en los dos cargos que la integran, aunque por motivos distintos, a la infirmación del fallo por el desconocimiento que en éste se hizo del derecho del ocupante actor principal sobre las mejoras por él plantadas con conocimiento y autorización del dueño de la finca "La Teresita" Luis María Jiménez. Este es todo el alcance de la demanda de casación que se estudia y decide.

Los antecedentes del litigio indican que en la demanda principal se ejercita una acción declaratoria de dominio sobre las mejoras a que ella alude, y que en la de reconvención se suplica la misma declaración, pero sobre el terreno, así como la restitución de éste y de aquéllas plantadas por el ocupante. En la secuela del juicio se llegó a establecer: la propiedad del demandado sobre el terreno y la del actor sobre las mejoras y su plantación a ciencia y paciencia del propietario territorial Luis M. Jiménez. Las pretensiones de las partes no son excluyentes, pues, armonizándolas jurídicamente, se llega a la conclusión de estar en presencia de una situación definida por el artículo 739 del Código Civil, como en principio lo entendió el Juez de primera instancia, al ordenar en el fallo la restitución del terreno y el reconocimiento del valor de las mejoras sin consideración a la buena o mala fé del ocupante plantador.

La relación jurídico procesal que crea el ejercicio de la acción de dominio sobre las mejoras plantadas, edificadas o sembradas por el ocupante de terreno ajeno con conocimiento o autorización del dueño, es la misma que origina el de la restitutoria del inmueble sobre el cual se ha plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territoral. Esto, porque en definitiva en una y otra situación, lo que se opera es una especie de subrogación del bien que constituyen las mejoras por el que integra su valor, análoga a la que produce la acción a que se refiere el artículo 955 del Código Civil.

La condena al pago del precio de las mejoras puestas en aquellas circunstancias por el dueño del terreno es una obligación correlativa de la de restituírlo con esas mejoras por el edificador, plantador o sembrador. O como dice la Corte: "Se opera una especie de subrogación de la cosa singular —las mejoras— por el valor de ella", en razón de la circunstancia especial, prevista por la ley, de haberse plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territorial. (Artículo 739 —inciso 2º— C. C.).

Las disposiciones de los artículos 955 y 739 —inciso 2º— del Código Civil son lo suficientemente claras en cuanto no dan margen para exigir que las súplicas de la respectiva demanda, se sometan a las rígidas formas de las fórmulas sacramentales: a pedir, precisamente, el pago de lo que se haya recibido por la cosa singular en el primer caso, ni el pago del valor de las mejoras en el segundo. Basta que se pida la restitución de la cosa singular, o el reconocimiento del derecho a las mejoras y, que se establezca, según el caso, la imposibilidad o dificultad de la persecución, o la construcción plantación o siembra a ciencia y paciencia del dueño territorial para que se produzca por la virtualidad de la subrogación legal, la condena al pago de lo que se recibió por la cosa singular, o al del valor de las obras. Claro está, que la una u otra condena debe estar supeditada por "la procedencia de la acción fundamental".

Y no se diga que ésta solución implicaría un cambio o variación de la acción, porque como lo tiene dicho la Corte: "La subrogación que se opera en estos casos, es la adquisición de una cualidad jurídica transmitida de un bien al que lo sustituye; o en otros términos, entre las cosas que juegan en este fenómeno hay una identidad jurídica, según la cual lo que se dice de una se predica de la otra". Así, si se suplicó una declaración de dominio sobre el terreno y su consiguiente restitución, junto con las mejoras allí plantadas con la aquiescencia del dueño, éstas que no podían estar comprendidas en las acciones instauradas transmiten al bien que legalmente las sustituye, su valor o precio, la virtualidad de inherencia a la demanda declarativa y restitutoria. Esta modalidad automática de la subrogación comentada permite reemplazar una condenación legalmente imposible en especie por la legalmente posible de restituir en dinero, "como desarrollo de la subrogación misma". Entonces, así como no podría hablarse de cambio o variación de la acción, si se ordenase la restitución de las mejoras y el reconocimiento del derecho del edificador, plantador o sembrador sobre ellas, tampoco puede hablarse de ello, por el fenómeno de la transmisión de la "cualidad jurídica" y por el de la "identidad jurídica" que se operan, en el caso de

condena a restituir el valor de esta clase de mejoras.

Ahora bien, si, como acontece en el caso subjudice, se hacen valer las acciones de que se ha hablado en el curso de este estudio, en la demanda principal y en la de reconvención, y habiéndose establecido su procedencia, el fallador de segundo grado ha debido aplicar las reglas de derecho positivo que tutelan esa situación especial, como que no lo está ni proviene de ninguna relación contractual. Tanto el derecho del demandante como el del demandado contrademandante no los hacen depender sino directa y exclusivamente de la ley.

Ese pago del valor de las obras llevadas a cabo con la aquiescencia del propietario territorial, que las sustituye, no está sometido a las reglas generales sobre las prestaciones mutuas que regulan los derechos del poseedor vencido y del que plantó, edificó o sembró sin conocimiento del dueño del terreno. Hay que entender el artículo que lo reglamenta en el sentido de que debe ser abonado ese valor de las obras, cualquiera que sea su naturaleza, "ya como sanción al dueño del terreno, que no sólo supo que se estaban ejecutando, sino que se permitió que se llevaran a efecto, ya como una garantía para el constructor, plantador o sembrador que confiado en el beneplácito del dueño pueda ser gravemente perjudicado en sus intereses, si la ley no lo ampara siquiera con el derecho de que le sean pagadas las obras que puso en tierra ajena, con la aquiescencia del dueño". Y porque: "Si apenas se considera el constructor, plantador o sembrador como poseedor de buena fé en el caso del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, éste sería inútil desde luego que el 1º bastaría para resolver el problema".

Y como lo tiene dicho la Corte:

"Pero si el dueño del terreno tiene 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 opuesto ninguna resistencia ni observación a los trabajos en su propiedad, la ley le impone la obligación de que para recobrar el terreno tenga que pagar el valor del edificio, plantación o sementera. No se trata en este caso, como lo ha dicho la Corte, de una acción reivindicatoria, puesto que el dueño del terreno se considera como poseedor de él el edificador o plantador no le disputa a ese propietario su derecho 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 fé. 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". (Gaceta Judicial, Tomo LXII, página 732).

Por tanto, incurrió el Tribunal en el error de hecho manifiesto de no tener en cuenta las pruebas que demuestran: la existencia de las mejoras con anterioridad a la fecha de la adquisición del terreno por parte de Bernardo Gómez Alvarez, plantadas desde el año de 1945 o 1946 por Agustín Vanegas Vargas, quien "con su familia vino ocupando la finca objeto de este litigio, trabajando en ella, sosteniéndola, cultivándola reponiendo las cosechas y vendiéndolas", todo con la aquiescencia del entonces dueño de la finca Luis María Jiménez. Pruebas que consisten en las numerosas declaraciones de testigos allegados al juicio; en el memorial presentado por Vanegas Vargas en el acto de la diligencia de secuestro de la finca en mención, ordenado en el juicio de sucesión de Luis María Jiménez; en la diligencia misma del secuestro, en la de inspección ocular y en la exposición de los peritos. Error que lo llevó a violar indirectamente los artículos 762 y 769 del Código Civil por aplicación indebida en cuanto que calificó como poseedor de mala fe al ocupante Vanegas Vargas, cuando su ocupación y las mejoras plantadas por él lo habían sido a ciencia y paciencia del dueño del terreno, situación en la cual no tienen imperio las reglas del título 12, Libro 2º del Código Civil que regulan los derechos y obligaciones de los poseedores propiamente dichos, en relación con la acción reivindicatoria, y excepcionalmente, la situación definida por el artículo 791 ibidem, que no es el caso del ocupante Vanegas Vargas, como con acierto lo anota el recurrente al fundamentar este cargo que, por lo visto y en el punto de vista concreto estudiado resulta fundado.

2) No prospera el segundo cargo porque a) Los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa son dos: uno de hecho y otro de derecho. El primero consiste en "la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro patrimonio" y el segundo, en la "no justificación en derecho de tal pérdida o desplazamiento de valor".

Se admite por los autores y la jurisprudencia, que "la sustancia de hecho del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones, consiste,

esencialmente, en el aumento injustificado de un patrimonio, en perjuicio de otro, como consecuencia de un mismo acontecimiento, no definido por la ley". Entonces, los dos elementos del enriquecimiento sin causa, están en la misma relación de importancia y constituyen ambos un todo indivisible como acontece en todo hecho jurídico y, de una manera general, con toda relación de derecho, si falta uno de ellos no nacerá esta relación.

En cuanto hace al dominio del principio de derecho del enriquecimiento sin causa, su aplicación está garantizada y protegida por la acción "de in rem verso", que "supone que el acreedor de una pretendida obligación de restitución no pueda fundar ésta, contra su pretendido deudor, en ningún texto de Derecho positivo, tampoco en ningún acto o hecho jurídicos expresamente considerados y definidos por la ley". Lo que indica que, para el éxito de la acción "de in rem verso", es necesario que la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio de un valor perteneciente a otro, no puede estar justificado jurídicamente, vale decir, en contradicción con un texto legal positivo de imperio en un determinado medio inicial.

Y, porque la pretendida obligación de restitución de las mejoras plantadas en las circunstancias que recoge la demanda principal, constituye un acto o hecho jurídico expresamente considerado y definido por nuestro derecho positivo —artículo 939 del C. C.— y protegido por una acción también considerada y definida por la ley, puntos éstos que se dejaron estudiados en la consideración del primer cargo.

Por lo dicho, ha de casarse parcialmente la sentencia recurrida y, para dictar la de instancia basta agregar que, Bernardo Gómez Alvarez ha demostrado ser propietario del terreno que se litiga, pero como la ocupación que de éste y la consiguiente plantación de las mejoras por parte de Agustín Vanegas Vargas, se hizo a ciencia y paciencia del dueño Luis María Jiménez, y que la restitución del terreno, tiene aquel, Gómez Alvarez, la obligación de pagar previamente el valor de las mejoras, como subrogatario del único heredero de Jiménez, a nombre de quien se le hizo la adjudicación del terreno en el respectivo juicio de sucesión.

Como son insuficientes los datos que obran en el expediente para determinar el valor de esas mejoras u obras, éste deberá fijarse de acuerdo con el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

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 de 26 de enero de 1956, originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con la sola doble finalidad de incluir en las condenaciones a cargo del demandado Bernardo Gómez Alvarez y a favor del actor Agustín Vanegas Vargas, cuyo monto ha de fijarse por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, la de pagar las mejoras que éste último hubiere establecido o plantado en la finca "La Teresita", situada en el Corregimiento de Naranjal, vereda de El Pavero, Municipio de Bolívar (Valle), objeto de este litigio; y la de excluir de las condenaciones a cargo del contrademandado Agustín Vanegas Vargas y a favor del demandante en reconvención Bernardo Gómez Alvarez la de pagar "los frutos naturales y civiles que hubiere producido la finca desde que se apoderó de ella, o sea desde la muerte del señor Luis María Jiménez". En todo lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. GUILLERMO GARAVITO DURAN

Con el más alto respeto por el siempre atinado y jurídico concepto del resto de los señores Magistrados que integran la Sala de Casación Civil, me he permitido salvar el voto en la providencia que decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario de Agustín Vanegas Vargas contra Bernardo Gómez. Las razones del salvamento del voto son las siguientes:

Dice el fallo de la Sala:

"Los antecedentes del litigio indican que en la demanda principal se ejercita una acción declaratoria de dominio sobre las mejoras a que ella alude, y que en la de reconvención se suplica la misma declaración, pero sobre el terreno, así como la restitución de éste y de aquéllas plantadas por el ocupante. En la secuela del juicio se llegó a establecer: la propiedad del demandado sobre el terreno y las del actor sobre las mejoras y su plantación a ciencia y paciencia del propietario territorial Luis M. Jiménez. Las pretensiones de las partes no son excluyentes, pues armonizándolas jurídicamente, se llega a la conclusión de estar en presencia de una situación definida por el artículo 739 del Código Civil, como en principio, lo entendió el Juez de primera instancia, al ordenar en el fallo la restitución del terreno y el reconocimiento del valor de las mejoras sin consideración a la buena o mala fe del ocupante plantador.

"La relación jurídico procesal que crea el ejercicio de la acción de dominio sobre las mejoras plantadas, edificadas o sembradas por el ocupante del terreno ajeno con conocimiento o autorización del dueño, es la misma que origina el de la restitutoria del inmueble sobre el cual se ha plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territorial. Esto porque en definitiva en una y otra situación, lo que se opera es una especie de subrogación del bien que constituyen las mejoras por el que integran su valor, análoga a la que produce la acción a que se refiere el artículo 955 del Código Civil.

"La condena al pago del precio de las mejoras puestas en aquellas circunstancias, por el dueño del terreno es una obligación correlativa de la de restituirlo con esas mejoras por el edificador, plantador o sembrador. O como dice la Corte: 'Se opera una especie de subrogación de la cosa singular —las mejoras— por el valor de ellas', en razón de la circunstancia especial, prevista por la ley, de haberse plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territorial (Artículo 739 —inciso 3°— C. C.)".

En concepto del suscrito Magistrado, las consideraciones de la Sala implican, como lo expuse con amplitud durante la discusión del proyecto, un cambio o variación de las acciones instauradas en la demanda principal y en la de reconvención, por otra que no tiene base en ninguno de los hechos fundamentales expuestos en los respectivos libelos, con lo cual se altera la causa petendi o sea el hecho jurídico de donde cada parte hace derivar el objeto de su demanda.

En efecto: El actor pidió se hiciera la declaración de que le pertenecen y son de su exclusivo dominio las mejoras que enumera en el hecho 3° de la demanda, por los linderos que se anotaron en el hecho 2° de la misma, y que se ordene excluir del acta de los inventarios practicados en el juicio de la sucesión de Luis M. Jiménez las mejoras aludidas y dejar en posesión de ellas a su legítimo dueño el demandante Vanegas Vargas. El hecho 3° aludido habla de las mejoras de café caña, plátano, casas de habitación, enramadas, trapiche hidráulico, horquilla, fondos de cobre, pastos, etc. que dentro del predio agrícola denominado "La Teresita" ubicado en el municipio de Bolívar (Valle), "ha puesto, ensanchado, conservado plusvalorizado como suyas y con sus propios recursos, sin reconocer dominio distinto al del Estado, mi poderdante Agustín Vanegas V."

Es incuestionable, tanto por razón de las peticiones como por la relación de hechos en que fundamenta su derecho, que el actor ejercita una acción petitoria de dominio. Se considera cultivador en terrenos baldíos del Estado, ocupación que da derecho a adquirir el suelo mediante adjudicación, siendo ésta la razón por la cual en su demanda no pide el pago de mejoras, puesto que no reconoce a persona alguna particular como dueño del suelo o terreno en que están los cultivos. Dirige Vanegas Vargas su demanda contra Bernardo Gómez, no porque reconozca en ella que el

demandado sea propietario del terreno y para exigirle el pago de las mejoras, sino porque la demanda viene a ser la formalización de la oposición que hizo al secuestro de tales mejoras en el juicio de sucesión de Luis M. Jiménez, aún cuando en aquella ocasión asumió posición distinta a la de ocupante cultivador de terrenos baldíos. Cuando se pide la exclusión de bienes de unos inventarios, alegando ser propietario de ellos, al formalizar la oposición en demanda ordinaria se está ejercitando una acción simplemente petitoria, según reiterada jurisprudencia de la Corte.

La demanda de reconvención, por los términos claros de sus peticiones y por la relación de hechos en que se fundamentan, pone a las claras la intención del contrademandante de ejercitar una acción reivindicatoria. No cabe la menor duda al respecto.

De consiguiente las acciones instauradas fueron: por el actor principal, la petitoria de dominio; por el demandado contrademandante, la reivindicatoria.

Ahora bien: de la reunión de estas dos demandas en un proceso o de la acumulación objetiva en el juicio de estas dos acciones —petitoria la una y reivindicatoria la otra—, no puede resultar una tercera acción, la de recobro, contemplada en el artículo 739 del C. C. como lo declara oficiosamente la Sala para decidir el recurso enmarcando dentro de esa disposición las pretensiones de los litigantes oficiosamente, porque el derecho consagrado en el artículo 739 citado no ha sido alegado por ninguna de las partes, ni las acciones incoadas por estas tienden a la efectividad de ese derecho, ni en la demanda de casación se acusó la sentencia del Tribunal por violación de ese artículo. Por esto considero que el fallo de la Sala decide puntos no sometidos al examen de la Corte.

La doctrina acepta que la demanda es susceptible de ser interpretada por el juzgador, cuando no es suficientemente clara, con el fin de descubrir la verdadera intención del actor sobre la naturaleza y especie de acción que quizo instaurar; pero no será necesaria tal interpretación cuando las peticiones y los fundamentos de hecho y de derecho son claros y de ellos surge con nitidez la acción que se ejercita. En este caso debe el juzgador atenerse a la acción incoada y no le es dado bajo ningún pretexto cambiarla, porque es derecho del demandante la escogencia de su acción.

La Corte ha dicho: "La demanda, que es la piedra esencial de todo proceso judicial, es un acto libre de quien pretende la protección jurisdiccional del estado, y como los jueces carecen en el ejercicio de su jurisdicción civil de toda iniciativa para la escogencia de las acciones o vías legales, abiertas a la elección de los interesados, es preciso darle a las demandas el sentido y alcance que inconfundiblemente se desprenda de sus términos". (Casación, febrero 24 de 1945, G. J. 2017, página 629).

Con fundamento en que Venegas Vargas hizo plantaciones en la finca "La Teresita" con conocimiento y autorización del entonces dueño del terreno señor Luis M. Jiménez, decide la Sala que se está en el caso contemplado por el inciso 2º del artículo 739 del C. C. y que el pago del valor de las obras llevadas a cabo con la aquiescencia del propietario territorial no está sometido a las reglas generales sobre prestaciones mutuas; "Que debe ser abonado ese valor de las obras, cualquiera que sea su naturaleza 'ya como sanción al dueño del terreno, que no sólo supo que se estaban ejecutando, sino que permitió que se llevaran a efecto, ya como una garantía para el constructor, plantador o sembrador que confiado en el beneplácito del dueño pueda ser gravemente perjudicado en sus intereses, si la ley no lo ampara siquiera con el derecho de que le sean pagadas las obras que puso en tierra ajena, con la aquiescencia del dueño'. Y porque 'Si apenas se considera al constructor plantador o sembrador como poseedor de buena fe en el caso del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, este sería inútil desde luego que ei le bastaría para resolver el problema".

En un país como el nuestro, en donde la mayoría de los trabajos agrícolas no son ejecutados personal y directamente por los propietarios del terreno, sino por medio de aparceros, agregados, cosecheros o cualquiera otro nombre con que se les llame a quienes realizan trabajos agrícolas en terrenos ajenos, mediante acuerdo con el dueño, es demasiado peligroso sentar la tesis de que las obras así ejecutadas quedan bajo la protección del inciso 2º del Artículo 739 del C. C. e imponerle al dueño del terreno la obligación de pagarlas cuando se vea en el caso de que se le reconozca su derecho de propiedad sobre el terreno, porque si el propietario del suelo ve que corre peligro de perderlo si permite que otro lo cultive, se abstendrá de hacerlo. Podría ocurrir entonces que el inmenso número de campesinos que carecen de terrenos propios se vieran privados de tierras para laborar y obtener su sustento, quedando sometidos al trabajo como simples asalariados. La aparcería es un contrato que liga al propietario del terreno y al cultivador, cuyos de-

rechos quedan regulados por las condiciones pactadas. Obras o cultivos ejecutados bajo esa relación nunca pueden considerarse en el caso del Artículo 739 del C. C. porque esta disposición sólo puede referirse a casos en que no medie contrato o acuerdo alguno entre el propietario del terreno y el que hubiere construído, plantado o sembrado en él con el conocimiento o sin el conocimiento del dueño.

El artículo 739 citado no ha debido ser aplicado para decidir el caso del pleito, porque no se ejercitó la acción de recobro ni la de reconocimiento y pago de las mejoras, y porque el derecho del poseedor a que se le reconozcan y paguen las mejoras dependa de la buena fe que acompañe su posesión.

El demandante Vanegas Vargas ha asumido dos posiciones distintas: la una como trabajador ligado por un contrato con el dueño de la finca, cuando se opuso al secuestro ordenado en el juicio de sucesión de Luis M. Jiménez. En el memorial en que formuló dicha oposición, dijo: "a esta finca me trajo su dueño, quien me la entregó para que la mejorara, con el bien entendido de que mis mejoras, todas mis mejoras me serían (y habrán de serme pagadas) cuando el dueño de la finca o sus sucesores vayan a privarme de la posesión material, ya que como lo he dicho la plusvalía de esta finca se debe toda, completamente toda a mis esfuerzos, a mi trabajo, a mi dinero". La otra posición es la de ocupante cultivador de terrenos baldíos, que es la adoptada en la demanda inicial del juicio. Esta actitud demuestra que no dirigió su demanda a obtener el pago de las mejoras, ya que desconoce que los sucesores de Luis M. Jiménez sean propietarios del terreno en que están radicadas. Esta posición ha sido sostenida durante todo el juicio y aún en la demanda de casación se afirma que lo que se discute es el derecho sobre unas mejoras plantadas en terrenos baldíos y no en terrenos de propiedad privada. El cargo lo resume así:

"Resumiendo lo expuesto en este capítulo, el primer cargo se contrae a la imputación de que el Tribunal incurrió en manifiestos errores de derecho en la estimación de las declaraciones de los testigos y la confesión del demandante cuando explica cómo y por qué entró a la finca 'La Teresita', cómo y por qué incorporó su trabajo y recursos propios en las plantaciones nuevas, obras útiles y demás mejoras, cómo y por qué ha permanecido en posesión de esas mejoras de su propiedad, plantadas en terrenos baldíos. Pues si bien le reconoce su condición de cosechero o aparcero o agregado, le negó por todo concepto su buena fe y le arrebató su derecho a las mejoras que él alega como de su propiedad".

La acusación se formuló por error en la apreciación de las pruebas que sirvieron al Tribunal para calificar a Vanegas Vargas como poseedor de mala fe, sin derecho a que se le pagaran las mejoras puestas en el terreno cuya restitución se le ordena. La Sala encontró fundado el cargo, cuando dice:

"Por tanto, incurrió el Tribunal en el error de hecho manifiesto de no tener en cuenta las pruebas que demuestran la existencia de las mejoras con anterioridad a la fecha de la adquisición del terreno por parte de Bernardo Gómez Alvarez, plantadas desde el año de 1945 ó 1946 por Agustín Vanegas Vargas, quien 'con su familia viene ocupando la finca objeto de este litigio, trabajando en ella, sosteniéndola, cultivándola, reponiendo las cosechas y vendiéndolas'. Pruebas que consisten en las numerosas declaraciones de testigos allegadas al juicio; en el memorial presentado por Vanegas Vargas en el acto de la diligencia de secuestro de la finca en mención, ordenado en el juicio de sucesión de Luis María Jiménez; en la diligencia misma del secuestro, en la inspección ocular y en la exposición de los peritos. Error que lo llevó a violar indirectamente los artículos 762 y 739 del Código Civil, por aplicación indebida, en cuanto que calificó como poseedor de mala fe al ocupante Vanegas Vargas, cuando su ocupación y las mejoras plantadas por él lo habían sido a ciencia y paciencia del dueño del terreno, situación en la cual no tienen imperio las reglas del Título 12 Libro 2º del Código Civil, que regulan los derechos y obligaciones de los poseedores propiamente dichos, en relación con la acción reivindicatoria, y excepcionalmente, la situación definida por el artículo 791 ibídem, que no es el caso del ocupante Vanegas Vargas, como con acierto lo anota el recurrente al fundamentar este cargo que, por lo visto y en el punto de vista concreto estudiado resulta fundado".

Debo observarse que hay cierta contradicción en los argumentos, porque si se le reconoce a Vanegas Vargas la situación de cultivador en terreno ajeno con la aquiescencia del anterior propietario y se acepta que las mejoras fueron plantadas "con anterioridad a la fecha de la adquisición del terreno por parte de Bernardo Gómez Alvarez", entonces resulta que éste no es obligado al pago de tales mejoras, ya que cuando adquirió el terreno ellas existían y la adquisición del terreno la hizo ya mejorado. La Corte ha dicho que en estos casos la acción del cultivador

para el pago de las obras ejecutadas con el conocimiento del dueño del terreno es una acción personal que debe dirigirse contra el propietario que toleró que en su terreno otra persona edificara, plantara o sembrara, pero que la acción no existe contra el nuevo propietario porque éste adquirió ya con las mejoras.

No estoy de acuerdo con los conceptos expresados por la Sala porque a mi juicio no incurrió el Tribunal en el error que se anota, ya que apreció bien las pruebas de que allí se habla y la calificación de Vanegas Vargas como poseedor de mala fe tiene firme fundamento en esas piezas probatorias. Aquí se saca al poseedor vencido de las reglas sobre prestaciones mutuas a que debe quedar sometido, y calificándolo como ocupante y cultivador en terreno ajeno a ciencia y paciencia del propietario, posición que no es la que le corresponde ni la alegada por Vanegas, se le sitúa en el caso contemplado en el inciso 2º del artículo 739 del C. C. aún cuando esa disposición no se cite como violada.

El Tribunal sí tuvo en cuenta las pruebas referidas, según se ve en los siguientes pasos de su sentencia:

"Estudiando la Sala las pruebas presentadas por ambas partes, encuentra que de ellas aparece:

"1º Por escritura pública Nº 37 de 5 de febrero de 1945, otorgada en la Notaría de Bolívar, Carlos E. Vargas O. vendió a Luis María Jiménez 'el derecho de posesión y dominio que al exponente le asiste en unas mejoras agrícolas consistentes en cultivos de pasto artificial, caña de azúcar, guadua, monte caña brava, casa de habitación cubierto de teja de barro, dos casas más con teja de guadua, una enramada de techo de paja, trapiche hidráulico, una hornilla con cinco fondos de cobre, plátano, tabaco, maíz, rastrojos y montes yuca arrascacha y un corral para engorde de cerdos, en terreno titulado, situadas en la comprensión del corregimiento del Naranjal, de esta jurisdicción, con una extensión superficiaria de treinta (30) plazas más o menos, predio denominado "La Teresita" y que se demarca por los siguientes linderos: 'Del desemboque de la quebrada La Selva (sic) al río Cajamarca, éste aguas abajo hasta llegar a la finca de Francisco Escobar y tomando la derecha de travesía hasta encontrar el lindero con la propiedad de la señora María O. de Oliveros y luego siguiendo hacia arriba por una cerca de alambre de púas hasta encontrar el monte y siguiendo por la orilla del monte lindando siempre con la propiedad de la señora de Oliveros hasta un mojón que está en la cuchilla y de ahí hacia la derecha de para abajo lindando con terreno de Paulino Montoya hasta encontrar un zanjón, éste abajo hasta encontrar la quebrada "La Selva" (sic) y por ésta abajo hasta caer al río Cajamarca en el desemboque de la quebrada, punto de partida'. (fs. 12 y 13, C. principal). Carlos E. Vargas adquirió las mejoras agrícolas a que se refiere la escritura anterior, por compra a Juan Giraldo A. según la escritura pública Nº 228 de 27 de septiembre de 1935, otorgada en la misma Notaría de Bolívar (fs. 34 y 35 C. de pruebas de la parte demandada).

"2º Luis María Jiménez falleció en la población de Bugalagrande el 15 de agosto de 1949 y por medio de la escritura pública Nº 169 fechada el 30 de los mismos mes y año y otorgada en la Notaría de Bolívar, Marco Antonio Jiménez y María Esther Jiménez, diciéndose herederos del causante, como sus hermanos legítimos, vendieron a Bernardo Gómez A. el derecho herencial que a cada uno le pudiera corresponder en la referida finca agrícola. Ante el Juzgado Civil de Circuito de Roldanillo adelantó Bernardo Gómez A. el juicio de sucesión intestada de Luis María Jiménez, como cesionario del heredero Marco Antonio Jiménez Castaño, pues no se le reconoció como cesionario de María Esther Jiménez, por no haber demostrado que ésta fuera hermana legítima del causante y por consiguiente su heredera. En el juicio de sucesión se decretó que la casa estaba habitada por el señor Agustín Vanegas 'quien manifestó que oportunamente haría valer su derecho'. Al practicarse una nueva diligencia de entrega, por cambio del secuestre, el 23 de octubre de 1952, el citado Vanegas se opuso y presentó, para el efecto un memorial en el que alegó ser ocupante material de la finca 'desde hace más de siete años, y haber incorporado a ella su trabajo, su dinero y sus energías y tener por lo mismo intereses de consideración, pues que 'casi todas las mejoras existentes' son suyas y no podía ser despojado de ellas mientras no le fueran pagadas en su totalidad. En el memorial declaró expresamente: 'a esta finca me trajo su dueño, quien me la entregó para que la mejorara, con el bien entendido de que mis mejoras, todas mis mejoras me serían (y habrán de serme pagadas) cuando el dueño de la finca o sus sucesores vayan a privarme de la posesión material, ya que como lo he dicho la plusvalía de esta finca se debe toda, completamente toda a mis esfuerzos, a mi trabajo a mi dinero'. En atención a esta oposición la entrega de la finca se hizo al secuestre, previniéndole 'que se entienda con el tenedor señor Vanegas, sin causarle despojo'. Por haberse pres

cado la diligencia de inventarios y avalúos el secuestro se levantó el 10 de diciembre siguiente (v. fs. 3 a 18 del C. Nº 2º fs. 7 a 9 del C. 3º y fs. 17 y 18 del C. principal)

"3º Con el fin de probar que Agustín Vanegas Vargas es el poseedor de la finca desde antes de la muerte de Luis María Jiménez y por espacio de más de nueve años y que fue él quien puso las mejoras que existen en ella, solicitó su apoderado las declaraciones de varios testigos, quienes aunque contestaron afirmativamente el cuestionario a ellos formulado, al ser repreguntados por el apoderado del demandado Bernardo Gómez, reconocieron que fue Luis María Jiménez quien poseyó la finca hasta su muerte. En efecto, José de Jesús Restrepo Roldán dijo: 'Me consta que Luis María Jiménez hasta que falleció, era quien poseía la citada finca como dueño, pero el que la administraba era Agustín Vanegas Vargas, no me doy cuenta quién recibía el dinero de los productos y al morir Jiménez en 1949, quedó allí en dicha finca como si fuera dueño de ella el señor Agustín Vanegas Vargas". 'Me consta que Luis María le compró dicha finca al señor Carlos Vargas no recuerdo en qué año, pero cuando éste la vendió ya estaba allí Agustín Vanegas Vargas administrándola por cuenta de Vargas y después siguió administrándola por cuenta de Jiménez". 'Como le he declarado cuando Carlos Vargas le vendió a Luis María Jiménez la citada finca, sólo existían en ella una casa de habitación y tres mesas de máquina para moler caña y un corte pequeño de caña hortaliza, la cual se acabó, pero las demás mejoras que existen las ha puesto el señor Vanegas Vargas, quien por medio de contrato administraba la finca no se en qué forma'. 'Me consta que el señor Luis María Jiménez no era capacitado para trabajar por su mala salud y el que trabajaba allí era el señor Agustín Vanegas Vargas por medio de contratos como le dije'. 'Entiendo que Vanegas Vargas no ha entregado la finca a Bernardo Gómez porque no le han pagado sus mejoras' (fs. 40 C. Nº 2).

"Pedro Bautista Echeverri dijo: 'desde que el señor Luis María Jiménez poseía la referida finca por cuenta de éste entró a administrarla el señor Agustín Vanegas Vargas y mientras Jiménez estuvo alentado ambos se usufructuaron de los productos, pero cuando ya Jiménez se enfermó Vanegas lo sostenía'. 'Como lo he declarado Agustín Vanegas Vargas hace unos seis años poco más o menos que administraba dicha finca'. 'Cuando Luis María Jiménez estuvo alentado en la finca trabajaban (sic) éste y Vanegas y cuando ya Jiménez se enfermó y la plantación de caña se acabó, Vanegas tuvo que hacer nuevas plantaciones de caña y establecer otras mejoras y cuando Jiménez vivía trabajaban (sic) en compañía'. 'Luis María Jiménez por su estado de enfermedad trabajaba poco y el que más trabajaba allí era el señor Vanegas, no se en qué forma' (fs. 41 y 42 ibid.).

"Pedro Pablo Bautista Garzón: Hasta que murió el señor Luis María Jiménez era éste quien poseía la referida finca, no sé quién recibiría el dinero de los productos, lo que sí sé es que allí trabajaba Agustín Vanegas Vargas y que al morir Jiménez, quedó allí en la finca Vanegas'. 'Hace nueve años que conozco trabajando en dicha finca al señor Agustín Vanegas Vargas desde que la poseía Carlos Vargas'. 'La caña hortaliza que había en dicha finca se acabó, no sé en qué forma y la que actualmente existe es plantada por Vanegas lo mismo que todas las otras mejoras que en la misma finca hay, tampoco sé en qué forma trabajaría Vanegas'. 'Me consta que el señor Jiménez era un hombre muy enfermo y que por eso muy poco trabajaba, como ya lo dije, repito no se en qué forma trabajaba Vanegas'. 'Vanegas mientras estuvo al lado de Jiménez, se dio cuenta de que la finca era de éste'. (fs. 42 y 43, ibidem).

"Jacinto Garzón: 'Me consta que hasta que murió el señor Luis María Jiménez éste era quien poseía dicha finca como dueño, recibía los dineros, los productos y la explotaba económicamente para su provecho y al morir quedó posesionado allí Agustín Vanegas Vargas'. 'Cuando Luis María Jiménez compró dicha finca, ya Agustín Vanegas trabajaba en ella por cuenta de Carlos Vargas'. 'La caña que había en dicha finca pereció arrastrojada y Agustín Vanegas estableció nuevas plantaciones de caña, lo mismo que otras mejoras y no me doy cuenta en qué forma trabajaba allí Vanegas en vida de Jiménez'. 'Me consta que el señor Luis María Jiménez por su mala salud no podía trabajar y Vanegas trabajaba allí no sé en qué forma' (fs. 43 v a 44 v ibid.).

"Celio Londoño Mejía: 'Como lo dije anteriormente Agustín Vanegas Vargas hace como unos siete años que está en la citada finca llamada hoy en día 'La Teresita', pero no sé en qué condiciones'. 'Cuando Luis María Jiménez poseía la referida finca conocí en ella caña blanca y algo de piojota y cultivos de maíz y fríjol y como ya lo dije no sé en qué condiciones trabajaba allí Vanegas' (fs. 45 y v ibid.). Fernando César Segura Orejuela: 'Me consta personalmente que hasta que murió el señor Luis María Jiménez era

él quien poseía la referida finca, porque era él el dueño, quien como tal recibía el dinero de los productos y era además él quien la explotaba económicamente para su provecho'. 'Personalmente me consta que el señor Agustín Vanegas Vargas viene trabajando en dicha finca desde hace unos ocho años poco más o menos'. 'Como ya lo dije Luis María Jiménez trabajaba poco porque se mantenía muy enfermo, tampoco me doy cuenta en qué forma trabajaba allí Vanegas' (fs. 45 v a 46 v ibd.).

"Ramón Antonio Romero: 'Mientras vivió el señor Luis María Jiménez lo conocí como dueño y poseedor de la referida finca, pues él la había comprado, me consta sí que Agustín Vanegas Vargas vendía los productos de ella sin que me diera cuenta a quién le entregaba el dinero o en qué los invertía; desde antes de morir Jiménez trabajaba allí Vanegas Vargas, como agregado'. 'Como ya lo he dicho Agustín Vanegas Vargas viene trabajando en dicha finca desde que Jiménez la compró'. 'Me consta que una caña que había cuando Jiménez compró la finca se acabó dentro del rastrojo y Vanegas sembró la que hoy existe y el establecimiento de caña con su tubería y canoría ya existía cuando el mentado Jiménez la adquirió, sé que ahora últimamente les han hecho algunas reparaciones y como lo he dicho ya Vanegas trabajaba allí como agregado de Jiménez'. (fs. 47 y 48 ibid.).

"4º A solicitud del apoderado del demandado, los testigos Ananías Vásquez Romero, David Libreros Caicedo, Mauro Antonio Sepúlveda Angel y Jesús María Salazar declararon que fue el señor Carlos Vargas quien cultivó la finca con caña, pasto artificial, café y plátano, hizo la enramada montó el trapiche hidráulico con hornilla de cinco fondos de cobre, puso el agua a la maquinaria por canales artificiales, construyó las dos casas de habitación y el corral para cerdos, todo lo cual lo conservó hasta cuando vendió la finca a Luis María Jiménez en febrero de 1945, que este último mantuvo la posesión de la finca y sus cultivos hasta días antes de su muerte, pues era hombre sano, activo y de buenas capacidades de trabajo y que Agustín Vanegas fue únicamente cosechero o trabajador de Luis María Jiménez desde el año de 1947 en que llegó a dicha finca con su familia hasta cuando falleció el dueño en el año de 1949 en que Vanegas se adueñó y posesionó de los cultivos, explotando la finca para sí.

"Repreguntados los testigos por el apoderado de Vanegas Vargas sobre el año en que éste llegó con su familia a la finca, no obstante que habían afirmado que desde el año de 1947, contestaron así:

"Ananías Vásquez Romero que 'después del mes de febrero de 1945 en que Luis María Jiménez compró la finca 'La Teresita' llegaron a dicha finca el señor Vanegas Vargas y su familia'.

"David Libreros Caicedo: 'No tengo presente la fecha pero hace por ahí unos seis años más o menos que el señor Agustín Vanegas Vargas y su familia llegaron a la finca de 'La Teresita' a que me he referido'.

"Mauro Antonio Sepúlveda Angel: 'No recuerdo en qué año llegaron a la finca 'La Teresita' a que me he referido, el señor Agustín Vanegas Vargas y su familia'.

"Y Jesús María Salazar: 'No recuerdo la fecha precisa en que llegó a la finca 'La Teresita', a que me he referido el señor Agustín Vanegas Vargas y su familia'.

"Además de los testigos ya citados, declararon a petición de la parte demandada, Bernardo Vargas y Ricardo Vargas. El primero dijo constarlo directamente porque lo vio y ayudó a su padre Carlos Vargas, que éste en la finca 'La Teresita' sembró cultivos de caña, plátano, puso una enramada, trapiche hidráulico, hornilla con cinco fondos de cobre y demás elementos para la elaboración de la panela, dos casas de habitación, corral para cerdos, que le puso agua a la maquinaria por medio de canales artificiales. Que su padre no sembró café y que conservó las plantaciones mencionadas hasta cuando vendió la finca a Luis María Jiménez y desde entonces 'quedó allí habitando el señor Agustín Vanegas, no siendo sabedor qué transacción o negocio haría éste con el señor Jiménez, para continuar allí trabajando'. Al ser repreguntado por el apoderado del demandante, dijo que no tenía presente el año en que llegaron a la finca Vanegas Vargas y su familia y que cuando su padre tenía esa finca 'el señor Vanegas Vargas era un mero trabajador'.

"Ricardo Vargas declara en forma similar al anterior, agregando que 'Vanegas estaba en la finca como peón desde que dicha finca era de propiedad de mi finado padre el señor Carlos Vargas, como también fue cosechero en compañía con mi padre y cuando el señor Jiménez entró en posesión de la finca quedó ahí el señor Agustín Vanegas Vargas sin saber yo en qué calidad o condiciones'. Al contestar las repreguntas repitió que no tenía presente la fecha ni el año en que llegó Vanegas a 'La Teresita', 'pero sí hace más o menos unos nueve años, cuando la finca era de mi finado padre'.

"5º A petición de la parte actora se practicó

una diligencia de inspección ocular sobre la finca 'La Teresita', con intervención de peritos. En el inmueble se encontró a Agustín Vanegas Vargas con su familia y después de haber sido identificado por sus linderos, teniendo en cuenta los hechos de la demanda principal y otros documentos, se recibieron a solicitud del vocero de la parte actora las declaraciones de Jacinto Garzón, Luis Gerardo Buriticá y Pablo Antonio Zapata, sin someterse el Juez a lo dispuesto por el artículo 684 del Código Judicial, pues los testigos no fueron examinados separadamente ni sus declaraciones se extendieron así, sino que fueron juramentados y declararon colectivamente: 'Que han conocido al señor Agustín Vanegas en esta finca 'La Teresita', quien es el que ha puesto las mejoras que hoy existen; que el comentario general es el que el terreno en el cual se encuentra 'La Teresita', es baldío; que nunca han conocido a don Bernardo Gómez Alvarez, ni a Marco Antonio y María Esther Jiménez, en posesión de la citada finca'.

"Los peritos que intervinieron en la diligencia, al rendir su dictamen, determinaron las mejoras e hicieron de cada una de ellas un avalúo, y terminaron certificando que las mejoras las puso el señor Agustín Vanegas en un lapso de seis años y que desde hace unos diez años conocen a éste poseyendo dicha finca y nunca han conocido a Marco Antonio y María Esther Jiménez ni a Bernardo Gómez Alvarez como poseedores de ella.

"Y según los testimonios de Manuel Henao López, Juan de Jesús Vélez Soto, Alfonso Bohadilla Flórez, Isidro Bohadilla Flórez, Celerino González Duque y Agobardo Rodríguez García, rendidos a solicitud del apoderado de Agustín Vanegas Vargas, éste es hombre honorable, muy trabajador, buen esposo y padre de familia, respetuoso de las autoridades y de sus semejantes y del derecho ajeno, incapaz de atentar contra el derecho ajeno de dominio (fs. 28 a 31 v c. Nº 2).

"De las pruebas que se dejan relacionadas se deduce, en síntesis que desde la época en que Carlos E. Vargas fue dueño de la finca agrícola denominada 'La Teresita', trabajaba en ella Agustín Vanegas Vargas como aparcero o cosechero o como administrador por cuenta del dueño y que cuando la finca fue comprada por Luis María Jiménez, siguió el citado Vanegas Vargas en las mismas condiciones, es decir reconociendo dominio ajeno sobre ella. El mismo Vanegas Vargas en memorial presentado dentro del juicio de sucesión de Luis María Jiménez, lo reconoció expresamente cuando dijo: 'A esta finca me trajo el dueño, quien me la entregó para que la mejorara, con el bien entendido de que mis mejoras todas mis mejoras me serían (y habrán de serme pagadas) cuando el dueño de la finca o sus sucesores vayan a privarme de la posesión material'.

"Si conforme al artículo 762 del Código Civil, la posesión es la tenencia de una cosa determinada, con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él', el demandante Vanegas Vargas no puede tenerse legalmente como poseedor de la finca que es objeto de este juicio, sino que debe considerársele como un mero tenedor por haber entrado a ella como un simple trabajador o cosechero o aparcero o agregado y haberla tenido reconociendo dominio ajeno (art. 765 C. C.).

"Si a lo expuesto se agrega que la casi totalidad de las mejoras existentes en la finca fueron puestas por Carlos E. Vargas durante el tiempo en que fue dueño de ella, pues ello aparece de la escritura Nº 37 de 5 de febrero de 1945, por medio de la cual le vendió a Luis María Jiménez y de los testimonios presentados por la parte demandada, forzoso es concluir que carece del derecho para pretender que dichas mejoras se excluyan de los bienes de la sucesión de Luis María Jiménez.

"La acción para excluir bienes indebidamente inventariados en una causa mortuoria, sólo la puede ejercitar el dueño cuando se hallan tales bienes en poder de los herederos, pues se trata de una cuestión sobre la propiedad de cosas en que alguien alega un derecho exclusivo y que por ello no deben entrar en la masa partible, conforme al artículo 1388 del Código Civil. Si pues, Agustín Vanegas Vargas no ha sido un verdadero poseedor de las mejoras, sino un mero tenedor de ella, no tiene la acción para demandar su exclusión de la sucesión de Luis María Jiménez, tanto más cuando, según lo que consta en el juicio, la finca no se encuentra materialmente en poder de los herederos, sino del mismo demandante.

"Ahora bien, Bernardo Gómez Alvarez es dueño de la finca agrícola mencionada, porque adelantado el juicio de sucesión de Luis María Jiménez ante el mismo Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo, el bien le fue adjudicado en su carácter de cesionario de Marco Antonio Jiménez Castañeda, único heredero reconocido, por medio de sentencia de 30 de mayo de 1953, que con la adjudicación fue debidamente registrada en el Libro de Causas Mortuorias de la Oficina de Registro de Roldanillo, con fecha 5 de junio del mismo año. La validez de este título en nada se

afecta por el hecho de que en el juicio de sucesión no se hubiera reconocido también a María Esther Jiménez como heredera del causante y que solamente se hubiera reconocido esta calidad a Marco Antonio Jiménez, cedente con aquella de los derechos herenciales, pues reconocido este último como heredero único, el cesionario ocupó su lugar y adquirió el derecho a que se le adjudicara la totalidad de la finca constitutiva de la herencia. Que la prueba presentada para demostrar en el juicio de sucesión que Marco Antonio Jiménez es hermano del causante, fuera insuficiente, como lo alega el apoderado de Vanegas Vargas, es cuestión extraña al presente juicio y que sólo podría ser invocada legalmente por quien demostrara tener un mejor derecho a heredar a Luis María Jiménez.

"Comprobado que a Bernardo Gómez pertenecer las mejoras agrícolas, que el contrademandado Vanegas Vargas las tiene actualmente en su poder y que existe una no discutida identidad entre la finca objeto de la demanda principal y de la cual se apoderó Vanegas Vargas y la finca debidamente singularizada en la demanda de reconvención que Bernardo Gómez Alvarez pide que aquél sea condenado a restituírsela, debe concluírse que se configuran en el juicio, de modo pleno los requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, conforme a los artículos 946 y siguientes del Código Civil.

El hecho de que las mejoras agrícolas estén plantadas en terrenos baldíos de la Nación, no impide decretar la restitución, pues no afecta en forma alguna el resultado de la contrademanda formulada por Gómez Alvarez, pues éste no reclama el dominio sobre el suelo sino sobre las mejoras agrícolas, como claramente se desprende del siguiente párrafo del libelo de reconvención: 'Habiendo sido la finca del señor Luis María Jiménez, con sus mejoras agrícolas, es decir, habiendo sido las mejoras agrícolas del señor Luis María Jiménez y siendo actualmente mi poderdante su dueño, como sucesor de él en virtud de la cesión y habiéndo apoderádose de ellas el actual poseedor, señor Agustín Vanegas Vargas, debe devolver o mejor dicho entregarla (sic) a su verdadero dueño con todos sus anexidades y sus frutos, como poseedor de mala fe que es y ha sido cuando no quiso entregarla a su legítimo dueño'.

"Lo que en verdad se disputan las partes es la propiedad de las mejoras puestas en un terreno baldío, por consiguiente, la discusión se limita a determinar cuál de ellas ha acreditado mejor derecho a las mejoras. Y como está demostrado que Agustín Vanegas Vargas entró a ocuparlas, reconociendo que pertenecían a Luis María Jiménez, es indiscutible el derecho que tiene Gómez Alvarez, como cesionario del heredero de Jiménez, a obtener que aquél sea condenado a restituírselas".

Esta larga transcripción fue necesaria para que se observe que el fallador de segunda instancia estimó convenientemente las pruebas allegadas al juicio y que con fundamento en ellas calificó a Vanegas Vargas como poseedor de mala fe para efectos de las prestaciones mutuas entre las partes, en razón de la restitución del terreno y sus adherentes a que fue condenado.

Por estas razones mi opinión fue la de que debía sostenerse el fallo del Tribunal.

Fecha ut-supra.

Guillermo Garavito Durán

A QUIEN CORRESPONDE SUMINISTRAR LA PRUEBA DE LA CULPA EN ACTIVIDADES PELIGROSAS. — ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.

1.—La doctrina sobre presunción de culpa, fundada en el artículo 2356 del Código Civil, solo opera en favor de la víctima del hecho originado con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa. Si no se presenta esta circunstancia, es improcedente citar el mencionado artículo entre las disposiciones que se consideran violadas por error en la apreciación de las pruebas relativas a la demostración del acto ilícito, porque ello podría interpretarse como si la parte actora estuviera amparada por tal presunción y relevada, por tanto, de suministrar la prueba de la culpa.

2.—La discrepancia del recurrente en casación, por razonable que parezca, no es suficiente por sí sola, para quebrantar la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas porque la Corte no puede hacer un nuevo análisis del material probatorio, gracias a la libertad de que gozan los Tribunales para estimarlo, sino en el caso de una protuberante contradicción entre las piezas del proceso y las conclusiones del fallo, ya que no es cualquier error en que haya incurrido un Tribunal el que se permite corregir por medio de la casación, sino solamente el error manifiesto de hecho.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Juan M. Pachón Padilla)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de agosto de 1955, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Clara Sierra y María Cristina Reyes Sierra contra José María Bustos.

ANTECEDENTES:

1º—En el juicio ejecutivo por prestaciones sociales seguido por el doctor José María Bustos, como apoderado de Guido Ercole Mazzoca, contra las señoras Clara Sierra y María Cristina Reyes Sierra, se decretó el embargo y secuestro de todos los ganados de casta existentes en la finca denominada "Venecia" de propiedad de las demandadas.

2º—La diligencia de secuestro no se pudo efectuar en la fecha señalada por las razones expuestas en la respectiva constancia del Juzgado por lo cual el doctor Bustos denunció como bienes de las demandadas, los toros de casta que iban a ser lidiados el domingo siguiente y que se encontraban en poder de Antonio Reyes, alias "Nacional", empresario de la temporada taurina.

3º—Por acuerdo entre el señor Reyes "Nacional" y el doctor Bustos, éste convino en suspender el secuestro "a efecto de evitar por este medio los graves perjuicios que se ocasionarían a la Empresa de llevarse a cabo dicha medida". Según reza la cláusula primera del convenio, transcrita por el demandado al contestar la demanda.

4º—Posteriormente, el 5 de marzo de 1952, el doctor Bustos dirigió al señor Antonio Reyes "Nacional", la siguiente carta:

"Muy estimado don Antonio:

"En cumplimiento de mi ofrecimiento verbal del día de ayer, gustoso me permito hacerle saber que, tanto el señor Guido Ercole, mi cliente, como el suscrito, autorizamos a Ud. para llevar a cabo la negociación de unos toros bravos proyectada con doña Clara Sierra y de la cual Ud. tuvo a bien informarme, a condición de que, a más tardar en el día de mañana, 6 de los cursantes, doña Clara, o la persona designada al efecto, pague al señor Ercole la totalidad de lo que adeuda a éste, según juicio ejecutivo que cursa ante el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá, o en su lugar, consigne en el Banco de la República a la orden de dicho Juzgado, en el mismo plazo improrrogable suma no menor de veintidos mil pesos ($ 22.000.00) y acompañe al expediente el título respectivo de consignación.

"Si usted logra que doña Clara Sierra pague la deuda aludida, o en su lugar consigne la suma mencionada en la forma dicha, yo daría por cumpli-

dos de su parte los compromisos estipulados en el documento suscrito entre los dos el 9 del pasado mes. En caso contrario, esos compromisos quedarían vigentes para todos los efectos legales en la plenitud de su rigor".

"Sin más a qué referirme por el momento, quedo de usted su atto. amigo y s. s. (firmado) José María Bustos".

La demanda

Con fecha 10 de marzo de 1952 las señoras Clara Sierra y María Cristina Reyes Sierra, por medio de apoderado, instauraron demanda contra el doctor José María Bustos, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que José María Bustos es responsable de los perjuicios morales y materiales causados a Clara Sierra y María Cristina Reyes Sierra, por causa del contrato celebrado ilícitamente con Antonio Reyes y conforme al cual éste como empresario de toros no podía lidiar ni adquirir toros de la ganadería de Venecia de propiedad de las demandantes, pues dicho contrato, fue ejecutado contra su derecho y con intención de dañar y perjudicarlas, guiado únicamente por el propósito egoista de aprovechar dicho acto en beneficio propio.

"Segunda.—Que si el demandado se opone sea condenado en costas y costas judiciales".

La demanda se funda en derecho en lo dispuesto en los artículos 2341, 2356 del C. C. y disposiciones pertinentes.

El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas en el libelo, negó los hechos y propuso la excepción dilatoria de "haberse dirigido la demanda contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda", y como perentoria para el caso de que no prosperara como dilatoria. Además, propuso la de inexistencia de las obligaciones cuya declaración se pide.

Las Sentencias de Instancia

Tramitado el juicio, el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá, lo decidió en sentencia de 22 de octubre de 1954, en la cual resolvió lo siguiente:

"1º—Declárase probada la primera excepción alegada.

"2º—Niéganse todas las peticiones de la demanda y absuélvese al demandado de los cargos formulados.

"3º—Condénase a la parte actora en las costas del juicio. Tásense".

El Juzgado, para considerar probada la excepción de inepta demanda sustantiva sostiene que el apoderado civil, según el artículo 2144 del C. C., obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio y que como el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante, su papel es siempre de intermediario y no puede decirse que sea contratante. Por lo tanto, concluye que el contrato en que se hace consistir el acto culposo no es hecho del cual deba responder el apoderado sino su mandante.

Apelada esta providencia por la parte actora, el Tribunal Superior de Bogotá, dispuso lo siguiente:

"1º—Deniéganse las peticiones de la demanda y absuélvese al demandado de los cargos en ella formulados.

"2º—Condénase a la parte actora en los costos de ambas instancias.

"En los términos anteriores queda reformada la sentencia de primera instancia".

El Tribunal reformó la sentencia por estimar que el autor del hecho ilícito debe reparar el daño, si es persona capaz de obligarse, porque las disposiciones que establecen la responsabilidad indirecta, es decir, la obligación de indemnizar el perjuicio a cargo de persona distinta de quien ejecutó el hecho dañoso, no excluyen de dicha obligación al autor del ilícito, uno y otro para hacerse resarcir el daño.

Luego agrega:

"El problema de la responsabilidad civil del mandatario en los casos en que lo es un abogado en desempeño de sus funciones propias de su profesión tiene gran trascendencia tanto en casos como el de este juicio, en que se imputa un hecho culposo extracontractual, como en la hipótesis de que el abogado, dentro de la celebración o ejecución de un contrato y en perjuicio de la otra u otras partes de él, haya cometido actos configurativos de delito o de culpa.

"Dentro de la complejidad de la vida moderna son muchos los casos en que el abogado puede (por malicia, o simplemente por error técnico, o por ignorancia negligencia) comprometer su propia responsabilidad en el ejercicio del encargo o mandato que le ha conferido, ya ante las personas que contrat

con dicho mandante representado y asistido profesionalmente por el abogado, ya ante extraños o terceros a quienes los actos del abogado mandatario perjudiquen.

"La tesis expuesta en el caso de autos para sustentar la denominada excepción de ilegitimidad sustantiva de la persona demandada equivale a declarar que el mandatario es un mero instrumento pasivo e irresponsable de su mandante, lo cual, además de ser injurídico, tendría un efecto desmoralizador, especialmente en lo relativo a los abogados, los cuales en asunto de su profesión, generalmente llevan la iniciativa y aconsejan a su cliente los contratos que deben celebrar, fuera de que luego los redactan y suscriben como mandatarios".

Para absolver al demandado, el Tribunal consideró que no se había demostrado por la parte demandante "ni uno siquiera de los supuestos en que se basa la acción consagrada por el artículo 2341 del C. C."

Afirma el Tribunal que no hubo hecho culposo, "pues el demandado obró dentro de los justos límites del ejercicio de un derecho"; que no hubo daño, "pues no se demostró la existencia de un derecho subjetivo de la parte demandante que hubiera sido violado"; y, por último, que "tampoco hubo entre el hecho que se dice culposo y el daño que se dice sufrido por la parte demandante una relación de causalidad."

Contra este fallo interpuso recurso de casación la parte actora, el cual fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El Recurso de Casación

Con fundamento en la causal primera de casación, el apoderado de la parte recurrente acusa la sentencia "de ser violatoria de la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

En desarrollo del cargo sostiene:

"El error del Tribunal es manifiesto en cuanto... al significado que lo da a la carta-convenio, error que proviene de no haberla leído exactamente y pago valorado en la forma legal. En efecto, el sentenciador, no leyó que según ese documento el señor apoderado se tomaba la facultad que no tenía de autorizar la venta o no de los toros de la señora Sierra, y lo que es más su lidia, y lo que es más todavía, se condicionaba el derecho de las propietarias a la ejecución de un acto como era la consignación de la suma de veintidos mil pesos en el Juzgado 5º del Trabajo.... El error incide esencialmente en no ver en la carta-convenio un medio ilícito de parte del acreedor para obtener un pago que podía conseguir por los medios legales. En realidad con el convenio mencionado lo que se hizo fue cercenarle los derechos de las señoras Sierras como propietarias que eran de los toros y tratar de invalidarle un contrato de venta legítimamente ejecutado, para obtener por ese medio un pago inmediato. Naturalmente además de no entender el convenio mencionado y los alcances perjudiciales para las demandantes el Tribunal no le dió a ese documento el valor legal que le corresponde conforme a los artículos 632 y 645 del C. J.

"Otro error del Tribunal está en no ver el contrato celebrado entre la Empresa —Antonio Reyes Nacional— contrato que figura al folio 1 del cuaderno número 4, y en el cual consta que la señora Sierra había vendido y negociado los toros correspondientes a cinco corridas, de seis toros cada corrida. Esto explica el por qué se diga en la sentencia que no aparece el contrato celebrado entre Reyes y las ganaderas, ya que además de no leer la venta mencionada, tampoco lee que los toros estaban estregados, ya que quedaron a disposición del comprador en la hacienda de Venecia. Siendo esto así es obvio que el procedimiento seguido de amenazar con un secuestro esos bienes, era injusto porque trataba de hacer efectivo un crédito con bienes de terceros quienes no podían oponerse a menos de correr el riesgo de sufrir mayores perjuicios si no se les aceptaban sus derechos judicialmente.

"El Tribunal, sigue diciendo el recurrente, por no haber leído ese documento, así como las demás piezas del proceso, así como el certificado de la justicia penal y tampoco valorado conforme lo enseñan y ordenan los artículos 632 y 645 del C. J. desconoció los derechos postulados en la demanda y a que se refieren los artículos 2341 y 2356 del C. C. ya que no se aplicaron al caso y se dejaron sin relevancia jurídica alguna en el presente juicio.

"El sentenciador no tuvo en cuenta que probado el hecho dañoso —el contrato celebrado entre Antonio Reyes y el demandado— sobre no lidia de los toros de la señora Sierra, hasta tanto no se le pagara una cierta determinada cantidad de dinero, y probado el contrato de enajenación, surgía inmediatamente el perjuicio y con ello la obligación de reparación. Si no aparecía demostrado su valor económico, entonces darle aplicación al artículo 553 del C. J. y en la sentencia respectiva entregar las bases para la reparación".

Estudio del Cargo

La doctrina sobre presunción de culpa, fundada

en el artículo 2356 del Código Civil, sólo opera en favor de la víctima del hecho originado con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa. Si no se presenta esta circunstancia, como sucede en el caso sub-lite, es improcedente citar el mencionado artículo entre las disposiciones que se consideran violadas por error en la apreciación de las pruebas relativas a la demostración del acto ilícito, porque ello podría interpretarse como si la parte actora estuviera amparada por tal presunción y relevada, por tanto, de suministrar la prueba de la culpa.

Sentado lo anterior, se entra a estudiar lo referente a la apreciación en la sentencia de las pruebas aducidas para comprobar la trilogía jurídica, indispensable en todo juicio de responsabilidad civil extracontractual de culpa, perjuicio y relación de causalidad para establecer si por este medio se violó el otro artículo citado o sea el 2341 del C. C.

El acto que se estima dañoso lo constituye la carta de 5 de marzo de 1952, dirigida por el demandado Bustos al empresario taurino Antonio Reyes, alias "Nacional", por la cual lo autorizaba "para llevar a cabo la negociación de unos toros bravos proyectada con doña Clara Sierra..... a condición de que, a más tardar en el día de mañana, 6 de los cursantes, doña Clara, o la persona designada al efecto, pague al señor Ercole la totalidad de lo que adeuda a éste, según juicio ejecutivo que cursa ante el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá, o en su lugar, consigne en el Banco de la República a la orden de dicho Juzgado, en el mismo plazo improrrogable, suma no menor de veintidós mil pesos y acompañe al expediente el título respectivo de consignación".

Afirma el recurrente que el sentenciador le asignó a esta carta un significado que no tiene por "no haberla leído exactamente y luego valorado en la forma legal". Pero hay, que advertir que el sentenciador no sólo leyó este documento, sino que tuvo el cuidado de transcribirlo íntegramente en su providencia. En cuanto a no haberla valorado en su forma legal veamos lo que dice al respecto:

"Según las demandantes los compromisos a que alude esta carta serían por parte del empresario Reyes, el de no comprarles a ellas sus toros ni lidiarlos y el de pagarle al doctor Bustos una multa de $ 22.000.00 si violaba ese convenio.

"La carta, complementada con la versión de los hechos según el relato del demandado (folios 2v. y 3 C. 2º) y con la declaración de Ercole (f. 2 C. 8º), permite deducir evidentemente que el empresario Reyes se había comprometido a no emplear en las corridas ganado de la señora Clara Sierra, mientras no obtuviera que ella pagara al ejecutante Ercole la suma mencionada y con el obvio objeto de solucionar esa deuda para poner fin al secuestro de los toros.

"En cuanto a que Reyes tuviera que pagar una multa si violaba ese compromiso, no aparece demostrado.

"El planteamiento del problema que surge de los hechos probados es este: El doctor Bustos, obrando como apoderado de un acreedor que adelantaba un juicio ejecutivo ante la jurisdicción laboral contra la señora Clara Sierra y su hija doña María Cristina Reyes Sierra, y que había obtenido mandamiento de pago y decreto de secuestro de los ganados de lidia que doña Clara poseía, todo con las ritualidades del respectivo procedimiento, celebró un contrato con un empresario que tenía aparentemente la intención de comprarle a esta señora ganado para la lidia y en virtud de dicho contrato el empresario se comprometió a no emplear dicho ganado mientras ella no se allanara a pagar una suma fija por cuenta del crédito perseguido por el ejecutante al suspender el secuestro para que se lidiaran los toros que sí estaban ya concretados para llevar a la plaza.

"Planteada así la cuestión, se trata de saber si hubo un hecho culposo consistente en abuso del derecho por parte del demandado contra los intereses legítimos de las demandantes o, más precisamente, de la señora Clara Sierra, que aparece como la dueña del ganado.

"Ante una situación como la que al empresario se le planteaba con el embargo y secuestro ya decretados el 10 de febrero, y la práctica inminente de la respectiva diligencia, emplear ese ganado en sus futuras corridas implicaba el riesgo de no poder dar el espectáculo, porque en cualquier momento podría interponerse el secuestro mientras la dueña del ganado no arreglara el asunto pendiente con su acreedor Ercole. Natural era que el empresario presumiera a la dueña del ganado dispuesta a solucionar dicho crédito, como lo exigía Ercole por medio de su personero Bustos, para disponer así del ganado de su propiedad en forma ventajosa y cumplir su obligación, si alguna había contraído con Reyes, de suministrarle los toros para corridas posteriores. Si este señor tenía interés por los toros de "Venecia", la necesidad de asegurarse de antemano de que podría dar el espectáculo o espectáculos por contar con la oportuna previsión del ganado, prevalecía naturalmente en él sobre su deseo de que se lidiaran reses de esa ganadería.

"No se ha demostrado que Reyes tuviera un contrato con la señora Sierra para comprarle los t

ros que emplearía en las corridas posteriores a la del 10 de febrero. Por tanto, tampoco tenía la presunta vendedora un derecho adquirido a vendérselos, derecho que fuera violado al no emplear su ganado el empresario, por forzarlo la intervención del demandado Bustos. Si no se ha probado la existencia de ese derecho subjetivo y concreto de la parte demandante que viniera a ser violado por el contrato de Reyes con Bustos, falta ya un elemento esencial de la culpa consistente en abuso del derecho, pues el que ejercía Bustos para su mandante, cobrar el crédito, no invadía la órbita del de la señora Sierra que no era el general y abstracto de todo dueño a disponer de lo suyo, sí no el concreto y ya adquirido en virtud de un contrato que Reyes estuviera obligado a cumplir y cuya violación le causara perjuicio".

Más adelante agrega:

"La carta del doctor Bustos para el empresario Reyes ofrece la solución de que las demandadas consignaran $ 22.000.00 en el Banco de la República a la orden del Juzgado 5º del Trabajo, donde se seguía la ejecución. De ese modo se evitaba el secuestro de los toros de lidia y la cantidad consignada quedaba afecta al pago y a las resultas del juicio. Por tanto, no es cierto tampoco que con el contrato celebrado con Reyes hubiera querido formar el demandado una solución extrajudicial de la deuda de las demandantes para sustraerse a los riesgos de aquel proceso".

Como se ve, el Tribunal hizo un análisis detenido de la carta del 5 de marzo para llegar a la convicción de que con ella no se violaba ningún derecho subjetivo y concreto de la parte demandante puesto que "no se ha demostrado, son palabras del Tribunal, que Reyes tuviera un contrato con la señora Sierra para comprarle los toros que emplearía en las corridas posteriores a la del 10 de febrero". Sobre este contrato, cuya existencia cree el recurrente que está suficientemente acreditada, dice el Tribunal:

"En el caso de que hubiere existido el contrato de compraventa de los toros de lidia entre el empresario y las demandantes en la forma y términos del documento traído por ellas a los autos, habría qué ver por culpa de quién no pudo cumplirse el contrato y si realmente incidió la conducta del demandado, como apoderado del ejecutante Ercole, en el fracaso del negocio entre las demandantes y el empresario Reyes, a fin de poder imputar al doctor Bustos la culpa y la consiguiente obligación de indemnizar el perjuicio pretendido por las actoras. Es claro que si la no entrega del ganado al empresario no fue la consecuencia directa y necesaria del acto del demandado tampoco se configura la culpa de éste.

"Si el contrato entre el empresario Reyes y las demandantes se hubiera celebrado en las condiciones que aparecen en el documento que forma el folio 1º del cuaderno 4º, se tendría la situación siguiente:

"El 4 de febrero de 1952 la señora Clara Sierra (aquí no figura la señorita Reyes Sierra) habría vendido al señor Antonio Reyes (Nacional) cinco corridas de seis toros cada una, los cuales, especificados con sus correspondientes números, deberían lidiarse dentro de un plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha del contrato, comenzando el domingo diez de febrero de 1952, en la Plaza de Toros de Santamaría, en Bogotá. El precio de los toros para las cinco corridas, $ 115.000.00, declaraba la vendedora haberlo recibido del comprador, en dinero efectivo, al momento de firmar el contrato. Esto significaría, se anota de paso, que la señora demandante disponía en los días en que se ordenó el secuestro de sus ganados de una suma varias veces mayor que la que se le ordenaba pagar en el ejecutivo.

"El comprador Reyes tenía un plazo de tres meses para retirar de la hacienda de "Venecia" las reses compradas, vencido el cual pagaría pastaje a razón de $ 10.00 mensuales por cabeza. Pero las reses vendidas las dejaba el comprador en la hacienda de la vendedora "en calidad de custodia" y la vendedora "se hacía responsable por dicha custodia, haciendo constar que en virtud de este contrato los treinta toros citados son de la exclusiva propiedad de Antonio Reyes, "Nacional".

"Celebrado el contrato en la fecha citada, al ocurrir el secuestro del ganado que había sido vendido pero no entregado aún al empresario, la vendedora faltaba a su obligación de entregar —si no tomaba las medidas conducentes para ponerse en capacidad de cumplirla oportunamente— y el comprador podría exigirle la indemnización de perjuicio, según el artículo 1882 del C. C.

"Si las demandantes se hubieran hallado ligadas al empresario Antonio Reyes por el contrato de compra-venta que afirman tenían celebrado, debían cumplir su obligación de proveer los toros para las corridas posteriores a la del 10 de febrero. ¿Por qué no los proveyeron? ¿Cuál fue la causa de que incumplieran esa obligación? La vendedora del ganado, que hubiera podido y debido apersonarse en el juicio ejecutivo para excluir de las medidas cautelares los toros que debía entregar el empresario para dichas corridas, tuvo tiempo y todos los recursos legales y también recursos económicos pa-

ra solucionar el crédito, entre ellos y el de consignar a la orden del Juzgado, como lo dice la carta de Bustos, los $ 22.000.00 con que el acreedor y su apoderado quedaban comprometidos a desistir del secuestro del ganado que interesaba al empresario, cantidad que ni siquiera cubría la totalidad del crédito perseguido en el juicio, pues la ejecución se había librado por $ 20.910.00 más los salarios que se causaran a razón de $ 20.00 diarios, "por concepto de salarios caídos desde agosto de 1949" como dice el hecho 2º de la demanda, más las costas de primera instancia y casación de aquel pleito ante la jurisdicción laboral, más los intereses legales de las sumas reclamadas hasta cuando se verificara el pago (C. 2º fs. 5 y 6).

"Fácil es ver, pues, que si el pretendido contrato entre Reyes y la señora Sierra no se cumplió fue por falta de la entrega oportuna de los toros vendidos para las corridas respectivas, es decir, por incumplimiento de la vendedora. Se dice que ella estaba dispuesta a cumplir, y lo hubiera hecho si el demandado no se interpone con el secuestro de los toros, y que Reyes hubiera empleado en sus proyectadas corridas los toros de Venecia si el ejecutante, representado por Bustos, no pacta con él obligándole a no lidiarlos mientras la deudora no entregara la suma de $ 22.000.00, ya en depósito a la orden del Juzgado, ya por intermedio del empresario o directamente al acreedor. Cabe entonces preguntar: ¿Qué era lo que impedía la provisión de los toros de lidia? ¿Eran las medidas cautelares tomadas en el juicio ejecutivo en favor del acreedor por petición de su apoderado? Si tal era el caso, el demandado usaba de un derecho legítimo dentro del juicio y dentro de él tenía abiertos también los caminos legales la parte ejecutada para obtener el levantamiento de esas medidas respecto de los toros comprometidos para la lidia. ¿Era el contrato del demandado Bustos con el empresario Reyes? Este contrato, cuyo objetivo no podía ser otro para Reyes que el de facilitarle obtener el ganado, no exigía de las ejecutadas siquiera el pago total de lo ordenado satisfacer al ejecutante, de modo que resultaba más bien una concesión que una exigencia exorbitante y abusiva dentro de las circunstancias. Pagando lo que se les cobraba con un título perfecto no se perjudicaban y cumpliendo a Reyes hacían un negocio que dejaron de efectuar por su libre voluntad".

Sostiene el recurrente que probado el hecho dañoso —el contrato celebrado entre Antonio Reyes y el demandado— y probado el contrato de enajenación de los toros "surgía inmediatamente el perjuicio y con ello la obligación de reparación". Pero, sucede que el contrato de enajenación de los toros no está demostrado. El documento que figura al folio 1º del cuaderno 4º, que según el recurrente no vió el Tribunal, no aparece firmado por una de las partes contratantes "lo que por sí solo demuestra que aquello fue apenas un proyecto de contrato", como muy bien lo anota el opositor. Esta es, pues, la razón por la cual el Tribunal juzgó que no había existido tal contrato. Sin embargo, con criterio de amplitud, lo consideró y apreció como si realmente se hubiera extendido con las formalidades legales y prestara, por ende, verdadero mérito probatorio. Otra cosa es que el Tribunal, contra la opinión del recurrente ,sostenga que aún aceptada la existencia del contrato, con ello no se ha demostrado que se hubieren causado los perjuicios que por su pretendido incumplimiento reclaman las demandantes.

Ahora bien: la discrepancia del recurrente en casación, por razonable que parezca, no es suficiente por sí sola, para quebrantar la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas porque la Corte no puede hacer un nuevo análisis del material probatorio, gracias a la libertad de que gozan los Tribunales para estimarlo, sino en el caso de una protuberante contradicción entre las piezas del proceso y las conclusiones del fallo, ya que no es cualquier error en que haya incurrido un Tribunal el que se permite corregir por medio de la casación, sino solamente el error manifiesto de hecho.

Del estudio que acaba de hacerse se vé claramente que no han sido violados los artículos 2341 y 2356 del C. C. y por tanto no prospera la acusación.

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, NO CASA la sentencia de fecha veinte (20) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) pronunciada por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por Clara Sierra y otra contra José María Bustos.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

CASOS EN QUE SE PUEDE HACER VALER LA ACCION DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO O DECLARATORIA DE PERTENENCIA. — MODO DE TRAMITARLAS. — INSTAURADA CONTRA PERSONAS DESCONOCIDAS Y TRAMITADA, SIN OPOSICION ALGUNA, POR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL SEÑALADO EN LOS ARTICULOS 7, 8 Y 9 DE LA LEY 120 DE 1928, HASTA PROFERIR FALLO DE SEGUNDO GRADO, ESTE NO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACION, POR NO HABER ASUMIDO EL JUICIO, EN NINGUN MOMENTO, EL CARACTER DE ORDINARIO.

1 — La acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia, establecida en favor de quien haya poseído materialmente durante cierto tiempo con las condiciones legales, se puede hacer valer: a) Por uno o varios comuneros contra los demás comuneros, si se trata de un predio proindiviso; b) Contra persona o personas conocidas o determinadas; c) Contra todo aquel que se crea con derecho en el inmueble, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados.

En el primer caso, la acción se tramita siguiendo el procedimiento del juicio ordinario (Ley 57 de 1943, artículo 3º). En el segundo, también por medio del juicio ordinario (Ley 120 de 1928, artículo 4º) y en el último, por medio del juicio especial reglamentado en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 120 citada, con la salvedad de que si hay oposición se seguirá con el opositor un juicio ordinario "por todos sus trámites" y el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca (Artículos 10 y 11).

2 — Instaurada la acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia contra todo aquel que se crea con derecho a intervenir en el inmueble, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, y tramitada, sin oposición alguna, por el procedimiento especial hasta culminar con el fallo de segundo grado, éste no es susceptible de recurso de casación, por no haber asumido el juicio en ningún momento el carácter de ordinario.

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

(Magistrado ponente: doctor Juan M. Pachón Padilla)

En el juicio seguido por Francisco Guerrero y otro contra el Municipio de Cali sobre declaración de pertenencia de un predio rural, el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cali interpuso oportunamente recurso de casación contra la sentencia de ese Tribunal de fecha 15 de mayo de 1956 que confirmó la de 30 de abril de 1955, proferida por el señor Juez 5º Civil del Circuito de Cali.

El Tribunal se abstuvo de conceder el recurso por considerar que sólo es procedente "contra las sentencias pronunciadas en juicios ordinarios o que asumar tal naturaleza y al no haber habido oposición, fuerza es concluir que dicho negocio no tuvo esa calidad".

Contra esta providencia pidió reposición el señor Fiscal y anunció que acudiría de hecho ante la Corte en caso que se confirmara. Para fundamentar su recurso adstuvo lo siguiente:

"Según la regla primera a que se refiere el artículo 521 (sic) del C. J. la sentencia de 15 de mayo de 1956 puede ser impugnado en casación. Ahora bien: el modo y el tiempo del verbo o mejor, infinitivo **asumir** permite deducir, en sana lógica, que la norma se refiere a los juicios susceptibles de asumir el carácter de ordinarios y no forzosamente, a los que se hayan convertido en ordinarios. Pero si al significado de las palabras nos vamos, si que no cabe duda que el mismo Legislador se ha encargado de calificar como procedimiento ordinario, o mejor, como juicio ordinario el establecido en la Ley 120 de 1928, como puede constatarse del estudio del artículo 3º de la Ley 61 de 1943. Y no se arguya —que posiblemente podría hacerse— que la ley 120 en cita habla también en su artículo 4º de un procedimiento ordinario pues si el Legislador —siempre sabio— se hubiera referido a ese procedimiento,

con precisión absoluta habría mencionado el Título XVIII del Libro segundo del C. Judicial, lo que permite establecer que si no lo hizo así es porque está calificando de ordinario el procedimiento indicado en el artículo 7º del estatuto de 1928 que, al fin y al cabo, es el establecido en la mencionada ley".

El Tribunal al negar la reposición y acceder a la petición subsidiaria sobre expedición de copias para recurrir de hecho ante la Corte dijo:

"Asumir, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua española, es atraer así o tomar para sí, lo que quiere decir en otros términos, que al asumir el carácter de juicio ordinario para el efecto indicado, considera la ley que tal evento solo viene cuando por una oposición formalmente establecida ese juicio se ha convertido en ordinario, perdiendo su naturaleza de especial".

Llegado el negocio a la Corte se ordenó correr traslado al señor Agente del Ministerio Público para que en representación del Municipio de Cali emitiera su concepto. Con fecha 9 de julio de 1957 el señor Procurador 2º Delegado en lo Civil estimó que "aun cuando no se trajeron muchos elementos de juicio en vía de estudiarse el presente recurso de hecho, los propios términos en que se halla concebido el fallo del Juez ad quem dan asidero para pensar categóricamente, para deducir de manera exacta, que el juicio de adjudicación judicial por pertenencia invocado por los señores Francisco Guerrero y Jorge Izquierdo ha asumido las características de un juicio ordinario".

En el mismo escrito, el señor Procurador Delegado echa de menos algunas piezas importantes del proceso en las copias enviadas a la Corte para la tramitación del recurso por lo que se ordenó solicitarlas, haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 515 del Código Judicial, por ser indispensables para formar juicio.

Allegadas tales piezas y no siendo necesario un nuevo traslado el señor Agente del Ministerio Público, se entra a decidir mediante las siguientes consideraciones:

Considera la Corte:

La acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia, establecida en favor de quien haya poseído materialmente durante cierto tiempo con las condiciones legales, se puede hacer valer: a) Por uno o varios comuneros contra los demás comuneros, si se trata de un predio proindiviso; b) Contra persona o personas conocidas o determinadas; c) Contra todo aquel que se crea con derecho en el inmueble, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados.

En el primer caso, la acción se tramita siguiendo el procedimiento del juicio ordinario (Ley 51 de 1943, Artículo 3º). En el segundo, también por medio del juicio ordinario (Ley 120 de 1928, artículo 4º) y en el último, por medio del juicio especial reglamentado en los artículos 7, 8 y 9 de la ley 120 citada, con la salvedad de que si hay oposición seguirá con el opositor un juicio ordinario "por todos sus trámites" y el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca. (artículos 10 y 11).

El juicio materia del recurso fue instaurado, erga omnes, sin señalar persona alguna, y "con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público", como lo prescribe la ley. El señor Personero Municipal de la ciudad de Cali, al contestar la demanda manifestó que no le constaba ninguno de los hechos y aunque afirmó "que el lote que trata de prescribirse pertenece al patrimonio ejidal del Municipio de Cali, como se demostrará en el momento oportuno", no hizo oposición, pues no se puede considerar como tal la manifestación anterior. La oposición en estos juicios se expresa por medio de una demanda en legal forma, según se desprende del artículo 11 de la Ley 120 en mención. Por consiguiente el negocio se tramitó por el procedimiento especial anotado y no ha asumido en ningún momento el carácter de ordinario.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

"No hay sino un juicio ordinario, mientras que hay muchos especiales; y dentro de éstos hay varios que sin cumplir todos los trámites del juicio ordinario, porque no nacieron dentro del proceso a que se refiere aquel Título XVIII, sí se incorporaron a él, por decirlo así. Tal por ejemplo; el juicio especial sobre nulidad del matrimonio: 'se sigue por los trámites del juicio ordinario', según el artículo 782 del C. Judicial; el juicio sobre divorcio 'se tramita como ordinario', de acuerdo con el artículo 784; lo mismo ocurre con el juicio sobre interdicción judicial (art. 818) y con el relacionado con la remoción de un tutor o curador (art. 822); el juicio especial sobre bienes vacantes y mostrencos se sigue como tal mientras no se presente oposición, pues presentada, él se incorpora dentro del juicio ordinario, según el artículo 842; el juicio sobre capellanías sigue su trámite especial, hasta el emplazamiento de los posibles interesados, pues si éstos se pre

sentaren, con ellos se seguiría un juicio ordinario, según el artículo 849; el juicio sobre deslinde y amojonamiento llega un momento en que puede dar salto al juicio ordinario, según el artículo 870; el juicio sobre un pacto accesorio de la compraventa sigue sus reglas propias, hasta que se presente oposición, y presentada, se pasa a las reglas del juicio ordinario; y esto mismo ocurre en el juicio sobre rendición de cuentas; se presentan las cuentas, y si el interesado en ellas las objeta, se pasa al juicio ordinario.

"Las sentencias con que rematan estos juicios, que siendo especiales se incorporan dentro del juicio ordinario, son las que ASUMEN EL CARACTER DE SENTENCIAS en juicio ordinario, según expresión del numeral 1º del artículo 519 del C. Judicial. Se convierten así en sentencias del mismo valor de las otras dictadas en juicios ordinarios comunes". (G. J. Tomo LXXII página 475).

Lo dicho es suficiente para negar, como lo hace la Sala, el expresado recurso de hecho, por no ser susceptible de casación la providencia del Tribunal Superior de Cali de fecha 15 de mayo de 1956.

Dése cuenta al Tribunal indicado para que conste en los autos.

Notifíquese.

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

RESCISION POR LESION ENORME. — EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACION DE UNOS SERVICIOS NO IMPLICA ACEPTACION NI CONFESION DE QUE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO POR QUIEN RECIBIO LOS SERVICIOS Y POR QUIEN LOS PRESTO, SEA PRECISAMENTE PARA PAGAR DEUDA PROVENIENTE DE ESOS SERVICIOS.— REQUISITOS PARA QUE LA CONFESION SIRVA DE PRUEBA PARA DESVIRTUAR O INVALIDAR LAS DECLARACIONES CONTENIDAS EN UNA ESCRITURA PUBLICA.—CONDICIONES PARA QUE LAS PREGUNTAS FORMULADAS EN POSICIONES, CONSTITUYAN CONFESION DEL PREGUNTANTE SOBRE EL HECHO PREGUNTADO. — DACION EN PAGO.— IMPLICA NOVACION DE LA PRIMITIVA OBLIGACION.

1 — El reconocimiento de la prestación de unos servicios no implica aceptar, ni mucho menos confesar que un contrato de compraventa celebrado por quien recibió los servicios y por quien los prestó, sea precisamente para pagar deuda proveniente de esos servicios. Si la existencia de servicios prestados por el comprador al vendedor con anterioridad a un contrato de compraventa no es indicio de que la transferencia tenga por objeto el pago de ellos, así como la existencia de una deuda anterior no podría ser indicio de que una venta posterior fuera para pagarla, es totalmente equivocado admitir que la simple aceptación por parte del demandante de que los servicios se prestaron sea la prueba plena y completa de que el contrato no fue el expresado por las partes en la escritura de venta, sino una dación en pago de esos servicios alegada por la compradora demandada, sin que por otros medios se demuestre la simulación relativa del contrato contenido en la escritura.

2 — La confesión es prueba hábil para que las partes desvirtúen o invaliden las declaraciones contenidas en una escritura pública, pero para que exista es necesario que quien la hace exprese con toda claridad el hecho o acto jurídico que admite como cierto, ya que la confesión implica el testimonio que una de las partes da contra sí misma de la verdad de un hecho o acto jurídico alegado por la otra parte como fundamento de su pretensión.

3 — La jurisprudencia de la Corte, admite que las preguntas formuladas por una de las partes a la otra a la cual exige la absolución de posiciones, puede constituir la confesión del preguntante sobre el hecho preguntado. Pero para que pueda estimarse como tal necesario es que reúna todos los requisitos que son indispensables para la existencia de la confesión, entre ellos el de que el hecho o acto sobre que versa sea admitido también por la contraparte y que sea hecha en forma voluntaria y con ánimo de confesar.

4 — El concepto de que "si la dación en pago es equivalente a la solución o pago efectivo, las normas del pago son las que deben regirla y de ellas se debe servir el Juez para dar solución a cualquier diferencia que surja una vez aprendida ésta", es acertado en cuanto al fin que las partes desean obtener mediante la dación en pago, pero sólo atiende a un aspecto de la cuestión, pues la ilimita a la forma como debe ser juzgada la deuda que se paga, sin olvido de las otras relaciones que pueden surgir, ya que la operación consiste en dar al acreedor, mediante la aceptación de éste, en pago de su acreencia, una cosa distinta de aquélla que se debía en virtud de la obligación. Implica, por tanto, un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor para variar el objeto de la obligación primitiva y obtener así que el deudor se libere con el cumplimiento de una prestación distinta a la estipulada, lo que entraña novación de la deuda.

En este acuerdo de voluntades sobre cambio o mutación de objeto de la obligación es en donde encuentran los tratadistas que la dación en pago, DANDO IN SOLUTUM de los romanos, implica una novación objetiva.

La tesis de la novación en la Cesión o

pago es adoptada por la casi totalidad de los autores modernos, revaluando así la teoría tradicional que consideraba a la dación en pago como un modo de extinción especial de la obligación o como una variedad del pago. La existencia de la novación en la dación en pago la tiene aceptada también la jurisprudencia de la Corte, como puede verse en fallo de casación de 12 de mayo de 1944 (G. J. Nos. 2010 a 2014, página 367).

Si se tiene en cuenta que el objeto de la obligación es lo que individualiza la deuda; que la naturaleza y calidad de la cosa vendida es lo que permite reconocer la obligación; que la obligación debe cumplirse en la forma pactada; que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe; que el objeto de la obligación perdura, o lo que es lo mismo, no cambia la obligación aun cuando las personas que inicialmente figuraron como acreedor y deudor desaparezcan o sean sustituídas por otras, necesario es convenir en que el objeto de la obligación, la cosa o hecho debido, no puede cambiar sin que cambie también la deuda, esto es, sin que la obligación sea novada. Es por ello que aún sin que las partes lo adviertan y aun cuando acreedor y deudor busquen sólo la cancelación de la deuda, en la dación en pago está sobreentendida la novación de la obligación primitiva por cambio de su objeto. Porque la solución de la obligación primitiva es sólo uno de los efectos de la dación en pago, pero no la figura jurídica en sí, que es el convenio del cambio del objeto de la obligación.

Sólo en virtud de la novación queda extinguida la primera obligación y sus garantías, en forma tal que si el acreedor sufre evicción de la cosa que recibió en pago, sólo tiene derecho a ejercitar la acción de garantía contra el tradente. Si se tratara simplemente de una modalidad del pago, al ser privado el acreedor posteriormente por evicción de la cosa que recibió en pago de la deuda, tendría que aceptarse que el acreedor vencido en la evicción no ha sido pagado y por tanto que su primitiva acción subsiste y revivirá la fianza que garantizaba la obligación, a lo cual se opone la expresa disposición del artículo 2.407 del C. Civil, según la cual, si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

Algunos expositores encuentran una gran similitud práctica entre la dación en pago y la venta, precisamente por los efectos posteriores resultantes de la operación. Estiman que cuando se entrega una cosa en lugar de la que se debe, el acto produce los mismos efectos que la compraventa. A la cosa entregada le son aplicables las reglas que regulan este contrato y de consiguiente el que la da queda obligado a responder de la evicción, de los vicios redhibitorios, de las cargas reales etc. A la deuda que se paga se aplican las disposiciones del pago. La operación puede realizarse así: el deudor vende a su acreedor un bien por precio igual al monto de la deuda y ésta se extingue por compensación con el precio.

Si es difícil establecer la diferencia entre la venta y la dación en pago aún en el caso de que las partes expresen claramente su intención y digan que la transferencia del bien se hace a título de dación en pago, es decir, para solucionar una deuda antes existente, esa dificultad sube de punto cuando, el contrato declarado por las partes en la escritura pública es el de compraventa y en el juicio alega el demandado comprador que la venta se le hizo para pagarle una suma que el vendedor le debía por otros conceptos, pues no es fácil establecer si lo afirmado es que se trata de verdadera venta seguida de compensación del precio por la deuda, o de una simple dación en pago con novación de la obligación del tradente.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre diecinueve (19) de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Guillermo Garavito Durán).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de noviembre de 1955, en el juicio ordinario seguido por Beatriz Barbosa de Restrepo, en representación de la sucesión de Eliécer F. Barbosa, contra Isabel Barbosa P.

Antecedentes

Por medio de la escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, Eliécer Barbosa transfirió, a título de venta, a favor de la señorita Isabel Barbosa, el derecho de dominio en un lote de terreno ubicado en jurisdicción de Funza, denominado "El Edén" y determinado por los siguientes linderos: por un costado, con la carretera que conduce de Funza a Tres Esquinas por otro costado, con los herederos de Vidal Mejo; por otro, con las Escuelas Públicas Municipales y propiedad de Rafael Avello, y por el último costado, con terrenos de la parcelación denominada "La Adobería" de propiedad del vendedor. El otorgante manifestó además "que el lote de terreno expresado, lo vende y entrega en esta misma fecha, junto con sus usos, costumbres y servidumbres legalmente establecidas por la suma de diez mil pesos moneda legal ($ 10.000.00) que declara recibidos a su satisfacción de la compradora".

El vendedor señor Barbosa falleció pocos días después del otorgamiento de la escritura antes referida y su hija, la señora Beatriz Barbosa de Restrepo, diciendo obrar en nombre y representación de la sucesión de aquél, demandó en juicio ordinario a la compradora señorita Isabel Barbosa para que se declarara simulado el contrato de compraventa contenido en la aludida escritura Nº 147; subsidiariamente que el contrato es nulo por falta de causa; subsidiariamente que tal venta es una donación conforme al artículo 66 de la Ley 63 de 1936 y consiguientemente nula la escritura y nula la donación por falta de insinuación; subsidiariamente para que se decrete la rescisión de la venta del inmueble por lesión enorme. Todas estas acciones llevan las peticiones consecuenciales de restitución del bien y de sus frutos, cancelación del registro del instrumento, condena al pago de perjuicios ocasionados y de las costas procesales.

Fundamenta la demanda en que como la compradora no pagó ni el vendedor recibió el precio de la venta, el contrato no tuvo causa real; que el señor Barbosa no tuvo la intención de transferir el inmueble a título de venta y que la intención al suscribir la escritura fue posiblemente la de hacer donación del inmueble a su hermana Isabel Barbosa; que ésta no tuvo la intención de adquirir a título de venta sino de adquirir de su hermano a título gratuito dicho inmueble; que toda donación mayor de $ 2.000.00 debe ser insinuada; que el contrato de compraventa celebrado entre Eliécer Barbosa y su hermana Isabel Barbosa es de los que se presumen donaciones según el artículo 66 de la Ley 63 de 1936. El hecho 16 de la demanda está redactado así: "De no haber sido ficticia la venta a que me vengo refiriendo; de haberse pagado el precio, de no tenerse como donación dicho contrato, el vendedor sufrió lesión enorme, porque el precio a que se refiere dicha escritura es inferior a la mitad del justo precio del inmueble vendido".

Sentencia de Instancia

Tramitado el juicio, el juzgado del conocimiento, 6º civil del Circuito de Bogotá, lo decidió mediante la sentencia de fecha 7 de diciembre de 1953 en la cual resuelve:

"1º Declárase que Eliécer E. Barbosa P. como vendedor, sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa del predio "El Edén" celebrado con Isabel Barbosa P. como compradora, contrato de que da cuenta la escritura Nº 147 de fecha 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza (Cundinamarca) registrada el 26 de octubre de 1950 en la Oficina de Registro de este Circuito.

"2º En consecuencia, decrétase la rescisión de dicho contrato y por lo tanto, se condena a la demandada a devolver a la demandante, para la sucesión del vendedor el predio "El Edén" libre de hipoteca y todo derecho real que hubiere constituído, siempre que la demandada no opte por el completo del precio, en la forma y términos que más adelante se indicará.

"3º Condénase a la sucesión demandante, a devolver a la demandada la suma que como precio de dicho predio pagó al vendedor Eliécer Barbosa. Esto siempre que la contratante vencida no opte por el completo del precio.

"4º La compradora demandada debe los frutos naturales y civiles que haya producido el predio desde la fecha de la demanda y la sucesión demandante debe a la demandada los intereses legales del dinero que pagó como precio. Estas prestaciones tendrán lugar siempre que no se opte por el completo del precio.

"5º Queda a opción de la compradora Isabel Barbosa o consentir en la rescisión decretada completar el justo precio del predio "El Edén" con deducción de una décima parte. La compradora tendrá el plazo de diez días contados desde la ejecutoria de este fallo para completar dicho justo precio (Artículo 1948 del C. Civil).

"6º Si la demandada Isabel Barbosa consintiere en la rescisión del contrato, debe oficiarse al señor Notario de Funza y a la Oficina de Registro de este Circuito para que se proceda a la can-

lación de la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza y para la cancelación de la inscripción de dicho instrumento; una vez que la parte demandante haya hecho las restituciones ordenadas a la demandada.

"2º No se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda, y en consecuencia, la demandada queda absuelta en relación a ellas.

"3º Las costas del juicio son de cargo de la parte demandada. Téasense".

Apelada la sentencia por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cumplidos los trámites de la segunda instancia, dictó su fallo de 15 de noviembre de 1955, mediante el cual revoca la sentencia del Juzgado y en su lugar absuelve a la demandada de los cargos de la demanda.

Este fallo ha sido recurrido en casación por la parte demandante y para la solución del recurso conviene puntualizar las consideraciones en que el Tribunal basó su decisión.

Fundamentos del fallo recurrido

Anotó el Tribunal que "de la decisión del señor Juez exclusivamente apeló la demandada, habiendo quedado la providencia ejecutoriada en cuanto al actor, por el silencio que guardó frente a ella" y que de consiguiente el estudio del Tribunal debe concretarse a la declaración de rescisión del contrato a que se refiere la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, por lesión enorme sufrida por el vendedor, ya que las demás declaraciones fueron negadas. Pero que en virtud de la solicitud del apelante procede a hacer nuevo estudio del contrato a que se refiere la citada escritura, "para ver de establecer si la dación en pago que él alega fue el objeto que se tuvo en cuenta en el mencionado instrumento".

En este concepto estudia en primer término el fenómeno jurídico de la dación en pago y como consecuencia de ese estudio, dice:

"En conclusión de todo lo anterior, se tiene: que por no ser la dación en pago una compraventa en sí misma considerada, no son de aplicación las normas que regulan ésta, y de consiguiente la rescisión por lesión enorme no le es aplicable.

"A la luz de estos principios debe resolverse el caso de autos, siempre que el contrato de que da cuenta la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, que en el presente juicio se viene controvirtiendo, contenga una dación en pago.

"La demandada por conducto de su apoderado, como antes se vio, desde la contestación de la demanda, ha planteado la cuestión de que la memorada escritura no contiene un contrato de compraventa, sino que al transferir Eliécer E. Barbosa a la señorita Isabel la finca a que se refiere la demanda, lo hizo para pagarle la deuda de los servicios prestados, como también los diferentes préstamos de dinero, deuda "que era muy superior a la expresa cantidad de diez mil pesos expresada en la escritura de compraventa", para emplear las palabras consignadas en el escrito de contestación de la demanda.

"Esta afirmación la respalda igualmente la demandada, en que las partes en este juicio están de acuerdo en los siguientes hechos:

"a) Que el vendedor no recibió el precio, ni la compradora pagó la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) que se expresa como precio de la compraventa celebrada por medio de la citada escritura Nº 147. Esto consta, además, en los hechos 2º y 3º de la demanda con que se inició el juicio y en las respuestas dadas por la parte demandada a estos hechos.

"b) Que el precio de la referida compraventa no fue la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00) en dinero que se expresa en la escritura, sino muchos servicios que la señorita Isabel Barbosa Páez le hiciera (al señor Eliécer E. Barbosa) durante todo el tiempo en que le acompañó y atendió solícitamente'.

"Conclusiones a las que llega frente al pliego de posiciones extrajuicio que le fueron formuladas por la misma parte actora a la demandada, como también de las respuestas dadas por ésta; de los hechos de la demanda y la respectiva contestación.

"Es evidente que las partes están de acuerdo en el hecho de no haberse pagado el precio que da cuenta la escritura el día de su otorgamiento, ya que la actora parte de esta circunstancia para formular su demanda en los términos en que se encuentra concebida la que se consignó al principio de esta providencia, y la demandada no ha negado este cargo, al dar respuesta a la demanda, sino por el contrario lo ha aceptado expresamente, habiendo podido ampararse en el contenido de la escritura. Con todo, desconoce lo allí afirmado, para explicar la razón que se tuvo en cuenta para no haberlo pagado, y el motivo determinante de dicho contrato.

"De manera que este extremo debe aceptarse por la Sala ya que es incontrovertible su existencia en autos, toda vez que la voluntad de las partes lo tiene reconocido, no siendo dado al Juz-

gador alterar esta parte de la relación jurídica procesal, pues así fue constituída por ellas.

"La dación en pago y su prueba. Como antes se dejó establecido la demandada al dar respuesta a la demanda expresó no haberse pagado el precio, porque al transferir Eliécer E. Barbosa a Isabel Barbosa Páez la finca a que se refiere la escritura lo hizo para pagarle la deuda de los servicios y los préstamos en dinero.

"En época anterior a la demanda la señorita Isabel Barbosa Páez, demandada, había hecho análoga, si no idéntica afirmación a la consignada en el escrito de respuesta a la demanda, cuando absolvió las posiciones que extrajudicialmente le pidió la señora Beatriz Barbosa de Restrepo, la misma persona que actúa en el juicio como representante de la sucesión de Eliécer E. Barbosa, por intermedio de apoderado, y que en copia pedida dentro del término probatorio, obran en autos.

"En dicha oportunidad al responder la absolvente, hoy en día demandada, las preguntas 1ª, 2ª y 3ª dijo:

"...Hecha que le fue la primera pregunta que dice: Diga la absolvente cómo es cierto, sí o no, que el señor Eliécer E. Barbosa P. hizo a usted la venta que relaciona la escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950, de la Notaría de Funza, en cambio de los muchos servicios que usted le hiciera durante todo el tiempo en que le acompañó y atendió solícitamente? CONTESTO. Sí es cierto. Leída la aprobó. A la segunda que dice: Diga la absolvente, cómo es cierta, sí o no, que la venta que contiene la escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, fue hecha por el señor Eliécer Barbosa a usted a título de regalo o donación por los servicios que usted le pudo haber prestado? CONTESTO. No es cierto, aclaro no fue por regalo ni mucho menos por donación, fue para pagarme una deuda que el señor Eliécer Barbosa P. me hizo la escritura mencionada". Leída la aprobó. A la tercera que dice: "Diga la absolvente, cómo es cierto, sí o no, que el día en que se firmó la escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza usted no tenía la suma de $ 10.000.00 que se afirma en dicho instrumento pagó usted en el acto al vendedor señor Eliécer E. Barbosa? CONTESTO. Es cierto que el día en que se firmó la escritura yo no le di dinero al señor Eliécer E. Barbosa, porque antes de hacer o firmar esa escritura habíamos hecho cuentas del dinero que dicho señor Barbosa me debía y que yo le había prestado en contados de $ 200.00, $ 500.00, $ 600.00 y hasta que tuve que vender unos bienes para pagar una hipoteca al Banco que estaba debiendo el señor Barbosa y al hacer las cuentas me salía a deber más de diez mil pesos ($ 10.000.00), pues durante más de treinta años le estuve prestando dinero y atendiéndolo a él y a su hijo, pues le daba la alimentación y le veía la ropa y demás servicios; entonces él al hacer cuentas me dijo que me pagaba lo que me debía y así fue como me hizo la escritura en referencia y se puso por $ 10.000.00 para que saliera más barata. Leída la aprobó".

"Planteando en esta forma y desde antes de la iniciación del juicio el fin único que se tuvo en cuenta al otorgar la escritura 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, o sea el pagar los servicios y los préstamos de dinero.

"Cabe observar igualmente, que la hoy en día actora si ha aceptado que la escritura Nº 147 no es contentiva de una compraventa sino de una dación en pago, toda vez al formular las preguntas antes transcritas, especialmente la primera y segunda, afirma la existencia de los servicios, los reconoce de manera directa, ya que tales afirmaciones de su parte constituyen verdaderas confesiones de los hechos que admite para provocar la confesión del absolvente, pues parte de la certeza del hecho preguntado, le confiesa, a fin de lograr con la respuesta su reconocimiento por parte de éste, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de septiembre de 1934 G. J. 1885 B página 140.

"Planteada así la situación, necesario es convenir que las partes están igualmente de acuerdo en que la escritura 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, se hizo para pagar unos servicios. Para extinguir la obligación a cargo de Eliécer E. Barbosa y a favor de Isabel Barbosa Páez, de manera que ella contiene en realidad una dación en pago.

"Y si como quedó establecido, a la dación en pago no le son aplicables las normas que regulan la compraventa, sino las del pago, no es procedente aplicar a ella la rescisión por lesión enorme, y de consiguiente debe revocarse la sentencia recurrida en la parte objeto del recurso".

La demanda de casación

En su demanda, manifiesta el recurrente que acusa la sentencia del Tribunal, por la causal primera del artículo 520 del C. J. y dice luego que el fallador "incurrió en errores manifiestos de hecho, errores de derecho por apreciación errónea y errores de derecho por falta de apreciación de pruebas, con violación directa e indirecta de la ley sustantiva".

Como errores de hecho anota los siguientes:

1º El Tribunal incurrió en error de hecho al aceptar y sostener que las partes están de acuerdo en que la escritura número 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza no contiene un contrato de compraventa, sino que al transferir Eliécer Barbosa a Isabel Barbosa el inmueble a que se refiere la demanda, lo hizo para pagarle una deuda por los servicios prestados y los diferentes préstamos de dinero. Error que consiste "en aceptar y sostener el Tribunal, como lo dejó expuesto, una cuestión como admitida por la parte que represento, cuando en realidad es una simple afirmación de la demandada, no probada por ella, por ninguno de los medios legales previstos en la ley".

2º "Hay error de hecho al afirmar el Tribunal en el aparte a) que el vendedor no recibió el precio, ni la compradora pagó la cantidad de diez mil pesos que se expresa como precio de la compraventa celebrada por escritura Nº 147; y en el aparte b) que el precio de la referida compraventa no fue la cantidad de diez mil pesos que se expresa en la escritura, sino los muchos servicios que la señorita Isabel Barbosa P. le hiciera (al señor Eliécer E. Barbosa) durante todo el tiempo en que lo acompañó y atendió solícitamente. 'Conclusiones a las que se llega frente al pliego de posiciones extrajuicio que le fueron hechas por la misma parte actora a la demandada, como también de las respuestas dadas por ésta, de los hechos de la demanda y en la respectiva contestación', porque en ninguna parte de la demanda afirma la actora que el precio de la compraventa no haya sido la suma de diez mil pesos sino los muchos servicios que la señorita Isabel le hiciera a don Eliécer durante todo el tiempo que lo atendió y cuidó solícitamente, y porque no puede el Tribunal, en este juicio ordinario, en que la parte demandante es la sucesión de Eliécer E. Barbosa, afirmar que a dicha conclusión se llega frente al pliego de posiciones extrajuicio que le fuera formulado por la misma parte actora la demandada, ya que el pliego de posiciones a que alude el Tribunal lo formuló la señora Beatriz Barbosa de Restrepo, en su propio nombre, no la sucesión de Eliécer E. Barbosa que es la parte actora.

3º Que hay error de hecho en la siguiente afirmación del Tribunal: "En época anterior a la demanda la señora Isabel Barbosa Páez, demandada, había hecho análoga, si no idéntica afirmación a la consignada en el escrito de respuesta a la demanda, cuando absolvió las posiciones que extrajudicialmente le pidió la señora Beatriz Barbosa de Restrepo, la misma persona que actúa en el juicio como representante de la sucesión de Eliécer E. Barbosa, por intermedio de apoderado", ya que insiste en que entre Beatriz Barbosa de Restrepo, quien en su propio nombre pidió unas posiciones extrajuicio a Isabel Barbosa y la parte actora en este juicio sucesión de Eliécer E. Barbosa, hay identidad de personas, porque es obvio que no la hay.

4º Que el Tribunal incurrió en error de hecho, al estimar inexistentes en el juicio, porque no las consideró ni apreció, las siguientes pruebas pedidas, decretadas y practicadas a favor de la parte actora, con citación de la contra parte: a) La escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza; b) El certificado del Registrador respecto al inmueble a que se refiere la escritura 147 y c) Las posiciones que absolvió la demandada Isabel Barbosa, a petición de la parte actora dentro del juicio. Afirma el recurrente que con la escritura y certificado aludidos la parte actora probó plenamente la venta que don Eliécer hiciera a la señorita Isabel del inmueble que allí se determina, por la suma de $ 10.000.00 como precio; y que con las posiciones absueltas por la demandada en el juicio, según el análisis que de esa prueba hace, quedó demostrado que la escritura Nº 147 corresponde a la verdad, que es cierto su contenido o sea la venta del inmueble por la suma de $ 10.000.00 y desvirtuada la afirmación contenida en la contestación de la demanda de que la transferencia de la finca se le hizo para pagarle una deuda que era muy superior a la cantidad que se indicó como precio en la escritura.

Luego de señalarlos, dice el recurrente:

"Estos errores de hecho, a que me vengo refiriendo, consisten en síntesis, en que el Tribunal en la sentencia acusada, tuvo por probado lo que no se había probado; y dejó de considerar como probado, lo que sí se había probado, y fueron la causa para que el Tribunal sostuviera en la sentencia acusada, que la compraventa contenida en la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, no era una compraventa, sino una dación en pago, desestimando el valor probatorio de esta escritura".

A continuación y bajo el epígrafe "Errores de derecho" agrega lo siguiente:

"A consecuencia de los errores de hecho que he dejado anotados, el Tribunal incurrió en errores de derecho:

"a) Al afirmar el Tribunal que las partes están de acuerdo en que la Escritura Nº 147 no contiene

un contrato de compraventa, sino que al transferir Eliécer E. Barbosa a Isabel Barbosa la finca a que se refiere la demanda, lo hizo para pagarle una deuda por los servicios prestados, como también los diferentes préstamos de dinero, siendo que no es cierto que las partes estén de acuerdo en ello, que es una simple afirmación de la parte demandada, no aceptada por la parte actora, ni probada en ninguna forma en el juicio, violó el Artículo 593 del C. J. ya que, conforme a esta disposición, toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios, conocidos con el nombre de pruebas.

"La decisión judicial que contiene la sentencia que acuso y en especial la afirmación de la demanda, a que me vengo refiriendo, ni está fundamentada en ningún hecho de la demanda, ni en ningún hecho de la defensa, cuya existencia y verdad aparezca demostrado de manera plena y completa, por ninguna forma de prueba contemplada en la ley.

"No se puede ha dicho la Corte, siendo las partes iguales ante el derecho, que ninguna de ellas goce del privilegio de que se le crea lo que afirma en atención a su propia manifestación, sino que debe comprobar sus aseveraciones.

"El Tribunal, no obstante lo que dejo anotado, tuvo por probada la dicha afirmación de la demandada, hecha al contestar la demanda, con lo que igualmente ha violado el Art. 590 del C. J. porque dicha afirmación, no aceptada por la parte actora, ni probada por quien la hizo, es inadmisible, inconducente y legalmente ineficaz como prueba. Se ha violado pues los artículos 593 y 596 del C. J. y como consecuencia de ello, los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C. que se dejaron de aplicar.

"b) Al afirmar el Tribunal, en la sentencia que acuso:

"1º Que el vendedor no recibió el precio, ni la compradora pagó la cantidad de $ 10.000.00 que se expresa como precio de la compraventa celebrada por Escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza; y

"2º Que el precio de la referida compraventa no fue la cantidad de $ 10.000.00 en dinero, que expresa la escritura, sino los muchos servicios que la señorita Isabel Barbosa le hiciera al señor Eliécer E. Barbosa durante todo el tiempo que lo acompañó y atendió solícitamente, conclusión a la que se llega frente al pliego de posiciones extrajuicio que le fueron hechas por la misma parte actora a la demandada, como también de las respuestas dadas por ésta, de los hechos de la demanda y en la respectiva contestación", violó los artículos 593 y 596 del C. J. por las mismas razones expuestas en el ordinal a) de este ordenamiento y los arts. 202, pues equivocó la noción de parte, 207 porque igualmente equivocó la noción de demandante, 601, 603 y 604 del C. J. pues asignó valor probatorio pleno, a una afirmación de la demandada, que por no haberla probado, no tiene estimación legal como prueba, y a un memorial de posiciones extrajuicio, hecho por persona distinta a la parte actora y que por consiguiente no está en ninguno de los casos de los artículos 603 y 604 del C. J. Como consecuencia de la violación de estos preceptos legales se violaron también los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C. que se dejaron de aplicar y que se hubieran aplicado, de no haber, por los anteriores errores de derecho, el Tribunal llegado a conclusiones equivocadas.

"c) El Tribunal, en la sentencia que acuso, al dejar de apreciar en su valor probatorio pleno la Escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950, de la Notaría de Funza y el certificado del Registrador, violó directamente los artículos 630, 632 y 635 del C. J. y los artículos 1757, 1758, 1759 y 1765 del C. C. disposiciones todas que establecen que la Escritura y certificado en cuestión, en la forma como fueron allegados a los autos, hacen plena prueba, con relación a los otorgantes y respecto de su contenido, por la circunstancia de que ningún valor probatorio se asignó a estos Instrumentos. Si a éstos se hubiera otorgado el valor probatorio pleno que la ley les asigna, es elemental que estando por otra parte probado que el precio de la compraventa que contiene la Escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, fue inferior a la mitad del justo precio, se habría decretado la rescisión de la venta por lesión enorme.

"Aquí también resulta violado el artículo 597 del C. J. porque apareciendo plena y completamente probada la compraventa celebrada por la Escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, con la Escritura misma y el Certificado del Registrador, la decisión judicial conforme al mentado artículo, ha debido fundarse en tal prueba y no lo fue.

"Como consecuencia de la violación de las disposiciones legales citadas en este ordinal, resultan también violados los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C. que se dejaron de aplicar.

"d) El Tribunal, en la sentencia que acuso, dejar de estimar, como plena prueba las posic

nes que absolvió en el juicio la parte demandada y a las cuales me referí concretamente atrás, violó directamente el artículo 604 del C. J. que da a esa prueba el carácter de confesión judicial y el artículo 606 de la misma obra, que da a dicha confesión judicial el carácter de plena prueba. Resulta también violado el artículo 593 del C. J. porque apareciendo probado por la prueba de confesión producida dentro del juicio, el hecho en que se fundamentó la demanda, la decisión judicial ha debido fundamentarse también en tal prueba. A consecuencia de estos errores de derecho, se violaron también los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C. que se dejaron de aplicar.

"e) Del análisis juicioso y completo de las distintas pruebas aportadas al juicio, se ha visto, que la parte actora, que pidió que se decretara la rescisión de la venta contenida en la Escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, por ser su precio inferior a la mitad del justo precio, probó el hecho de haberse realizado la compraventa en las condiciones dichas, con la misma Escritura contentiva del contrato de compraventa, prueba que era suficiente y con las posiciones que en el juicio absolvió la parte demandada.

"Que la parte demandada que en la contestación de la demanda, alegó que la transferencia del dominio del inmueble precisado en la demanda, la hizo Eliécer E. Barbosa, a la demandada, para pagarle una deuda no probó en ninguna forma y manera su aserto y si lo destruyó, desvirtuó y anuló, al confesar en posiciones que el precio sí lo pagó y que lo había hecho en varios contados, antes de la fecha de la Escritura.

"Con tales antecedentes y agregado el hecho de que se produjo la plena prueba, de que el precio de diez mil pesos ($ 10.000.00) que fue el de la compraventa, era inferior a la mitad del justo precio, era forzoso que se decretara la rescisión de la venta por lesión enorme, como se pidió en la demanda y como se decretó en la sentencia de primera instancia".

Estima también el recurrente que "la tesis del tribunal de que la compraventa que contiene la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950, es una dación en pago, constituye un error de derecho, por apreciación errónea de las pruebas y falta de apreciación de las mismas, como ya se ha dejado expuesto, al discriminar uno por uno los errores de hecho cometidos", y que "constituye igualmente un error de derecho la otra conclusión, de que por no ser la dación en pago una compraventa en misma considerada, no son de aplicación las normas que regulan ésta y de consiguiente la de rescisión por lesión enorme no le es aplicable".

Estudia la dación en pago, de la cual afirma es un contrato innominado que se rige por las reglas de la compraventa, y dice que "en el supuesto caso de que la compraventa que contiene la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, por medio de la cual Eliécer E. Barbosa transfirió el dominio, por un precio de $ 10.000.00 a Isabel Barbosa, del inmueble que dicho instrumento determina, sea una dación en pago, siempre y de todas maneras (Artículos 1603 y 1501 del C. C. y 1946, 1947 y 1948 de la misma Obra), hay lugar para el tradente a pedir la rescisión de la venta por lesión enorme, porque lo fundamental es que de todas maneras, por una persona, se haya hecho la transferencia del dominio de un inmueble, a favor de otra, y en consideración a un valor, que resulte inferior a la mitad del justo precio".

Concluye: "Al considerar el Tribunal que por no ser la compraventa una dación en pago, por sí misma considerada, no son de aplicación las normas que regulan ésta y de consiguiente la rescisión por lesión enorme no le es aplicable, viola directamente los artículos 1603, 1501, así como los artículos 1946, 1947 y 1948 que al dejar de aplicar, viola directamente".

Considera la Corte:

Aún cuando la formulada no es modelo de demandas de casación y adolece de defectos de técnica y de imprecisión en los términos que en ella se emplean, la Sala entra a estudiarla por cuanto en general reúne los requisitos exigidos por el artículo 531 del Código Judicial.

Se acusa la sentencia del Tribunal por la primera de las causales de casación señaladas por el artículo 520 del C. J.; y el cargo puede resumirse en que el fallador violó directa e indirectamente los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, disposiciones que consagran la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, al dejar de aplicarlos al caso del pleito.

Debería estudiarse en primer término el aspecto de la acusación por violación directa de la ley, resultante de falta de aplicación de las normas que regulan la compraventa y especialmente las de rescisión por lesión enorme a la dación en pago, más como el recurrente afirma que el fallador llegó a la conclusión de que las estipulaciones contenidas en la escritura Nº 147 no son de compraventa sino de dación en pago por errores de hecho y de derecho en la estimación probato-

ria, es oportuno dar preferencia al estudio de este fundamental aspecto de la acusación.

El primero y principal error de hecho imputado al fallador se hace consistir en que estimó probado en el juicio con la propia confesión de la parte actora, sin que exista esa confesión, la pretensión de la parte demandada de que el contrato celebrado entre Eliécer E. Barbosa e Isabel Barbosa y que se hizo constar en la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950, otorgada en la Notaría de Funza, no fue el de compraventa que allí se expresa, sino dación del inmueble relacionado en la escritura en pago de una deuda a cargo del vendedor y a favor de la compradora. Dice en efecto el recurrente que no es cierto, como lo afirma el Tribunal, que las partes estén de acuerdo en que la escritura aludida no contiene un contrato de compraventa, sino que al transferir Eliécer E. Barbosa a Isabel Barbosa la finca a que se refiere la demanda la hizo para pagarle una deuda por los servicios prestados, y que la entrega del bien en pago de deuda por servicios es una simple afirmación de la parte demandada, no aceptada por la parte actora, ni probada en ninguna forma en el juicio.

El error de hecho alegado impone a la Sala el estudio de la prueba en que el Tribunal halló la demostración de la dación en pago. El fallador estima probado el hecho de no haberse pagado el precio de que da cuenta la escritura el día de su otorgamiento, con la afirmación que al respecto hacen las partes, "ya que la actora parte de esta circunstancia para formular su demanda en los términos en que quedó concebida la que se consignó al principio de esta providencia, y la demandada no ha negado este cargo, al dar respuesta a la demanda, sino por el contrario lo ha aceptado expresamente, habiendo podido ampararse en el contenido de la escritura". Esta afirmación del Tribunal tiene base suficiente en las piezas procesales que cita.

Al estudiar el Tribunal la prueba de la dación en pago que alega la demandada, dice que ésta al dar respuesta a la demanda expresó no haber pagado el precio porque al transferirlo don Eliécer la finca a que se refiere la escritura lo hizo para pagarle una deuda por servicios y préstamos en dinero. Anota luego que la demandada había hecho análoga, si no idéntica afirmación a la consignada en el escrito de contestación de la demanda, cuando absolvió las posiciones que antes del juicio le pidió la señora Beatriz Barbosa de Restrepo, quien actúa en el juicio como representante de la sucesión de Eliécer E. Barbosa. Transcribe parte de esas posiciones y concluye así:

"Cabe observar igualmente, que la hoy día actora sí ha aceptado que la escritura 147 no es constitutiva de una compraventa sino de una dación en pago, todo vez que al formular las preguntas antes transcritas, especialmente la primera y segunda, afirma la existencia de los servicios, los reconoce de manera directa, ya que tales afirmaciones de su parte constituyen verdaderas confesiones de los hechos que admite para provocar la confesión del absolvente, pues parte de la certeza del hecho preguntado, lo confiesa, a fin de lograr con la respuesta su reconocimiento por parte de éste, como lo reconoció la Corte Suprema en sentencia de 13 de septiembre de 1934, G. J. 1895 B. página 140.

"Planteada así la situación, necesario es convenir que las partes están igualmente de acuerdo en que la escritura 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, se hizo para pagar unos servicios. Para extinguir la obligación a cargo de Eliécer E. Barbosa y a favor de Isabel Barbosa Páez, de manera que ella contiene en realidad una dación en pago".

La conclusión a que llega el Tribunal no es lógica y entraña un error evidente de hecho, porque de la circunstancia de que la actora afirme, reconozca y aún confiese, si este alcance pudiera darse a las posiciones formuladas, la existencia de servicios prestados por la señorita Isabel a don Eliécer, no se sigue que por ello reconozca, admita y confiese que la transferencia del inmueble de que da cuenta la escritura 147 la hiciera don Eliécer Barbosa para pagarle esos servicios a su hermana la señorita Isabel Barbosa, configurándose así una dación en pago.

Reconocer que se prestaron unos servicios no implica aceptar, ni mucho menos confesar que un contrato de compraventa celebrado por quien recibió los servicios y por quien los prestó, sea precisamente para pagar deuda proveniente de esos servicios. Si la existencia de servicios prestados por el comprador al vendedor con anterioridad a un contrato de compraventa no es indicio de que la transferencia tenga por objeto el pago de ellos, así como la existencia de una deuda anterior no podría ser indicio de que una venta posterior fuera para pagarla, es totalmente equivocado admitir que la simple aceptación por parte de la demandada de que los servicios se prestaron sea prueba plena y completa de que el contrato no fue el expresado por las partes en la escritura de venta, sino una dación en pago de esos servicios alegada por la compradora demandada,

que por otros medios se demuestre la simulación relativa del contrato contenido en la escritura.

La confesión es prueba hábil para que las partes desvirtúen o invaliden las declaraciones contenidas en una escritura pública, pero para que exista es necesario que quien la hace exprese con toda claridad el hecho o acto jurídico que admita como cierto, ya que la confesión implica el testimonio que una de las partes da contra sí misma de la verdad de un hecho o acto jurídico alegado por la otra parte como fundamento de su pretensión.

La jurisprudencia de la Corte, citada por el Tribunal, admite que las preguntas formuladas por una de las partes a la otra a la cual exige la absolución de posiciones, puede constituir la confesión del preguntante sobre el hecho preguntado. Pero para que pueda estimarse como tal necesario es que reúna todos los requisitos que son indispensables para la existencia de la confesión, entre ellos el de que el hecho o acto sobre que versa sea admitido también por la contraparte y que sea hecha en forma voluntaria y con ánimo de confesar. En las posiciones a que alude el Tribunal y que están insertas en la parte del fallo que quedó transcrita, formuló el apoderado de la señora Beatriz Barbosa de Restrepo a la señorita Isabel Barbosa P. entre otras, estas preguntas:

"1ª Diga la absolvente, cómo es cierto, si o no, que el señor Eliécer E. Barbosa P. hizo a usted la venta del inmueble relacionado en la escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950, de la Notaría de Funza, en cambio de los muchos servicios que usted le hiciera durante todo el tiempo en que le acompañó y atendió solícitamente?

"2ª Diga la absolvente, cómo es cierto, sí o no, que la venta que contiene la escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza, fue hecha por el señor Eliécer E. Barbosa a título de regalo o donación por los servicios que usted le pudo haber prestado?

Es en estas preguntas en donde el fallador halló la confesión de la demandante sobre qué la escritura Nº 147 citada no es contentiva de una compraventa sino de una dación en pago, porque al formularlas, dice, afirma la existencia de los servicios, los reconoce de manera directa, y de esto saca en conclusión que las partes están de acuerdo en que la escritura se hizo para pagar unos servicios, para extinguir una obligación a cargo de don Eliécer y a favor de la señorita Isabel, de manera que ésta contiene en realidad una dación en pago.

Ya se vio que la conclusión a que llega el Tribunal no es lógica, y debe agregarse que tampoco existe la confesión que ve en esas preguntas, porque el preguntante sólo de manera accidental se refiere a "servicios", sin indicar en qué consistieron ni cuáles fueron ellos. Y lo hace en la primera pregunta para indicar que la venta fue a cambio de servicios que la compradora le hiciera al vendedor, esto es, que el verdadero contrato contenido en la escritura fue el de **permutación** o **cambio** en lugar del de compraventa que en ella se expresa. Así mismo en la segunda pregunta alude a servicios, para proponer que el acto jurídico verdadero realizado por don Eliécer fue el de donación. Si se leen con atención tales preguntas se encontrará, además de lo dicho, que no contienen la afirmación de la existencia de los servicios, que vio en ellas el Tribunal, sino que por las inflexiones verbales de que se sirve el preguntante, conjetura apenas la existencia de ellos, ya que habla de "servicios que usted le hiciera" y "servicios que usted le pudo haber prestado".

No existe pues, la confesión de la parte demandante sobre existencia de servicios prestados al vendedor por la compradora y menos aún el acuerdo de las partes sobre la intención jurídica de los contratantes de realizar una dación en pago. Debe por tanto, estarse a lo declarado por estos en el acto escriturario y admitirse que el contrato celebrado fue el de compraventa expresado.

Como el Tribunal dio por demostrado con el juicio con la confesión de la parte actora el hecho alegado por la demandada de que la escritura 147 no es contentiva de una compraventa sino de una dación en pago, sin que exista esa confesión, y como por otros medios tampoco aparece demostrada en el juicio la dación en pago aludida, necesario es concluir que el Juzgador incurrió en error de hecho evidente al dar como probado un hecho que no lo está en el juicio y que a consecuencia de ese error infringió por falta de aplicación los artículos 1946, 1947 y 1948, puesto que ha debido decretar la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, estatuida en esos preceptos.

De consiguiente la acusación prospera por el motivo expuesto, sin que sea necesario el estudio de los demás errores anotados por el recurrente.

Sentado lo anterior, procede el examen de la acusación por violación directa de la ley sustantiva, y para ello se estudian los conceptos del Tribunal respecto a la figura jurídica de la dación en pago, de la cual dijo que "por no ser una compraventa en sí misma considerada, no le son apli-

cables las normas jurídicas que regulan ésta, y de consiguiente la rescisión por lesión enorme no le es aplicable".

Anota el Tribunal que nuestra ley civil no define y es más, que no reglamenta de manera especial la dación en pago, pero que su existencia se deduce de varios textos del Código Civil; y, para fijar su verdadera naturaleza jurídica —pues estima que según se equipare a uno de los distintos medios de extinguir las obligaciones sus consecuencias futuras deberán ser resueltas por las normas que regulan el respectivo medio extintivo al cual se asimila y que distinta será la prueba que se exija para demostrarla— estudia las nociones que sobre esa figura jurídica enseñan algunos tratadistas (cita a Fernando Vélez, Planiol, Ripert y Esmein, Josserand, Potier, Enneccerus y Lehmann) quienes, dice, "hacen un análisis comparativo de la dación en pago con los otros actos jurídicos extintivos de las obligaciones, pero no aciertan en esta forma a individualizar la naturaleza de este medio de extinguir las obligaciones, que si bien es cierto puede asimilarse en algunos de sus efectos a la novación, a la compraventa, a la compensación etc. es indudable y bueno-sirlo dejando establecido, tiene una naturaleza totalmente propia y diferente a cada uno de los actos jurídicos con los que se asemeja o compara, ya que no es equivocado afirmar que mediante su ocurrencia se extingue la obligación, como también las garantías accesorias de ella, lo que hace primar ante todo, la noción de pago en su sentido propiamente jurídico: cumplimiento de cualquier obligación. Este y no otro es el fin que se propone lograr acreedor y deudor al convenir la solución del acto en virtud del cual el uno se encuentra obligado para con el otro".

Atendiendo el Tribunal a la intención y fines que animan a las partes, concluyó que la dación en pago "es un medio de extinguir las obligaciones por cambio de su objeto, mediante el consentimiento del acreedor", de lo cual deduce que "si la dación en pago es equivalente a la solución o pago efectivo, son las normas del pago las que deben regirla y de ellas se debe servir el Juez, para dar solución a cualquier diferencia que surja una vez operada ésta".

El anterior concepto del Tribunal es acertado en cuanto al fin que las partes desean obtener mediante la dación en pago, pero sólo atiende a un aspecto de la cuestión, pues la limita a la forma como debe ser juzgada la deuda que se paga, con olvido de las otras relaciones que pueden surgir, ya que la operación consiste en dar al acreedor mediante la aceptación de éste, en pago de su acreencia, una cosa distinta a aquélla que se debía en virtud de la obligación. Implica, por tanto, un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor para variar el objeto de la obligación primitiva y obtener así que el deudor se libere con el cumplimiento de una prestación distinta a la estipulada, lo que entraña novación de la deuda.

En este acuerdo de voluntades sobre cambio o mutación de objeto de la obligación es en donde encuentran los tratadistas que la dación en pago, **datio in solutum** de los romanos, implica una novación objetiva. Según Josserand (Derecho Civil, Tomo II, Volumen 1º página 716), se ha creído ver en la dación en pago una simple modalidad del pago, pero esa explicación no da cuenta de la convención realizada entre el acreedor y el deudor y que ha cambiado el objeto de la deuda. Para este profesor, "la dación en pago es una operación compleja que participa a la vez del pago y de la novación: las partes sustituyen la obligación primitiva por una obligación nueva, pero entendiéndose que ésta habrá de ejecutarse inmediatamente, en el fondo de toda dación en pago se descubre así una novación tácita por cambio de objeto seguida de la ejecución inmediata de la nueva obligación" y explica:

"Esta tesis es adoptada por la inmensa mayoría, por la casi totalidad de los autores; encuentra un punto de apoyo sólido en el artículo 2038 (artículo 2407 de nuestro Código Civil), según el cual la dación en pago descarga la caución definitivamente, aún cuando el acreedor llegue después a ser privado por evicción de la cosa entregada en pago; es, pues, que la obligación primitiva había sido extinguida definitivamente, y lo había sido gracias a una novación por cambio de objeto: el acreedor había renunciado a exigir del deudor el objeto primitivamente debido: y tan es así, que cuando la evicción llega a producirse queda extinguida su antigua acción con todas las garantías que comportaba (caución, hipoteca, privilegio); queda reducida a una acción en garantía contra el tradens, acción personal que hace de él un simple acreedor quirografiario".

Como lo anota Josserand, la tesis de la novación en la dación en pago es adoptada por la casi totalidad de los autores modernos, revaluando así la teoría tradicional que consideraba a la dación en pago como un modo de extinción especial de la obligación o como una variedad del pago. La existencia de la novación en la dación en pago la tiene aceptada también la jurisprudencia de la Corte, como puede verse en fallo de casación de

12 de mayo de 1944 (G. J. Nos. 2010 a 2014, página 367).

El Tribunal se pronuncia contra la tesis de la novación porque dice, "El nacimiento de la nueva obligación no se ve tan clara, por las siguientes razones: a) El fin perseguido por las partes, con la dación en pago, es extinguir la obligación que las vinculaba y sus accesorios; b) El acreedor al aceptar el cambio de objeto, no busca constituir una nueva obligación con su deudor, sino todo lo contrario: la satisfacción de la acreencia por la imposibilidad del deudor en cumplir en la forma pactada; c) El deudor tiene como objeto inmediato al ofrecer cosa distinta de la debida, liberarse de la obligación y no el dar nacimiento a una obligación distinta, pues su única, su exclusiva intención, es la de pagar". Todos estos argumentos, como se ve, se basan en que la intención de las partes es la que determina la naturaleza y efectos jurídicos de la dación en pago.

Pero si se tiene en cuenta que el objeto de la obligación es lo que individualiza la deuda; que la naturaleza y calidad de la cosa debida es lo que permite reconocer la obligación; que la obligación debe cumplirse en la forma pactada; que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe; que el objeto de la obligación perdura, o lo que es lo mismo, no cambia la obligación aún cuando las personas que inicialmente figuraron como acreedor y deudor desaparezcan o sean sustituidas por otras, necesario es convenir en que el objeto de la obligación, la cosa o hecho debido, no puede cambiar sin que cambie también la deuda, esto es, sin que la obligación sea novada. Es por ello que aún sin que las partes lo adviertan y aún cuando acreedor y deudor busquen sólo la cancelación de la deuda, en la dación en pago está sobreentendida la novación de la obligación primitiva por cambio de su objeto. Porque la solución de la obligación primitiva es sólo uno de los efectos de la dación en pago, pero no la figura jurídica en sí, que es el convenio del cambio del objeto de la obligación.

Sólo en virtud de la novación queda extinguida la primera obligación y sus garantías, en forma tal que si el acreedor sufre evicción de la cosa que recibió en pago, sólo tiene derecho a ejercitar la acción de garantía contra el tradente. Si se tratara simplemente de una modalidad del pago, al ser privado el acreedor posteriormente por evicción de la cosa que recibió en pago de la deuda, tendría que aceptarse que el acreedor vencido en la evicción no ha sido pagado y por tanto que su primitiva acción subsiste y revivirían la fianza que garantizaba la obligación, a lo cual se opone la expresa disposición del artículo 2407 del Código Civil, según la cual, si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

Algunos expositores encuentran una gran similitud práctica entre la dación en pago y la venta, precisamente por los efectos posteriores resultantes de la operación. Estiman que cuando se entrega una cosa en lugar de la que se debe, el acto produce los mismos efectos que la compraventa. A la cosa entregada le son aplicables las reglas que regulan este contrato y de consiguiente el que la da queda obligado a responder de la evicción, de los vicios redhibitorios, de las cargas reales, etc. A la deuda que se paga se aplican las disposiciones del pago. La operación puede realizarse así: el deudor vende a su acreedor un bien por precio igual al monto de la deuda y ésta se extingue por compensación con el precio.

El tratadista Arturo Alessandri Rodríguez admite que "la dación en pago importa una verdadera novación por cambio de objeto porque el acreedor al consentir recibir una cosa distinta de la que se le debe, consiente en dar por extinguido su crédito primitivo y en reemplazarlo por uno nuevo, cuyo objeto es la nueva cosa que el deudor ofrece en pago", pero advierte que, "tiene la dación en pago una enorme semejanza con el contrato de compraventa; y en la práctica es muy difícil saber si un acto jurídico es un contrato de compraventa o si es una dación en pago. En realidad, en la dación en pago las cosas pasan tal como si mediara un contrato de compraventa entre el deudor y el acreedor; y así si yo le debo mil pesos a Pedro y convenimos en que yo le pague un automóvil en lugar de dichos mil pesos, hay un verdadero contrato de compraventa; yo vendedor y Pedro comprador de dicho automóvil; pero como yo soy deudor de Pedro por mil pesos y Pedro a su vez es deudor mío por un objeto de igual valor, se operaría una verdadera compensación. Debido a esta circunstancia, es muy difícil en la práctica llegar a precisar con toda exactitud si el acto celebrado por los contratantes es dación en pago o si es compraventa" (Teoría de las Obligaciones Página 334 y siguientes).

Si, como lo expresa y demuestra el profesor chileno, es difícil establecer la diferencia entre la venta y la dación en pago aún en el caso de que las partes expresen claramente su intención y digan que la transferencia del bien se hace a título

de dación en pago, es decir, para solucionar una deuda antes existente, esa dificultad sube de punto cuando, como en el caso sub judice el contrato declarado por las partes en la escritura pública es el de compraventa y en el juicio alega el demandado comprador que la venta se le hizo para pagarle una suma que el vendedor le debía por otros conceptos, pues no es fácil establecer si lo afirmado es que se trata de verdadera venta seguida de compensación del precio por la deuda, o de una simple dación en pago con novación de la obligación del tradente.

No dilucidó el Tribunal esta cuestión y el caso no queda solucionado con la simple afirmación de que como la dación en pago no es una compraventa en sí misma considerada, no son de aplicación las normas que regulan ésta, y de consiguiente la rescisión por lesión enorme no le es aplicable, porque sólo atiende a uno de los aspectos del problema que debe contemplarse en el estudio de la figura jurídica a que alude.

De consiguiente, al motivo para la infirmación del fallo recurrido por el error de hecho de que antes se habló, se agrega el de la violación directa de los artículos 1603 y 1501 del C. Civil, en cuanto mandan que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella y que en ellos deben distinguirse las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales; como también de los artículos 1946, 1947 y 1948 del mismo Código, por falta de aplicación al caso del pleito, puesto que ha debido atenderse al contrato de compraventa expresado en la respectiva escritura, tanto en el caso de que lo afirmado fuera el pago del precio por compensación, como en el de haberse alegado dación en pago, ya que no aparece demostrada la simulación relativa de tal contrato.

Sentencia de Instancia

Además de las consideraciones que se dejan expuestas en el estudio de los cargos, se hacen estas otras para fundamentar el fallo que debe dictar la Corte como Tribunal de instancia en reemplazo del infirmado:

Como la parte demandante se conformó con la sentencia del Juzgado que le denegó la petición principal para que se declarara ser simulado o ficticio el contrato de compraventa contenido en la escritura pública Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza y las subsidiarias de nulidad por falta de causa, de resolución del contrato y de declaración de donación presuntiva, la relación procesal en la segunda instancia se concreta a la acción de rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, decretada por el Juez a quo, decisión que solo fue recurrida en apelación por la parte demandada.

Se observa que esta parte al contestar la demanda, dijo con referencia al hecho segundo: "Si se entiende que tal manifestación quedó comprendida implícitamente en la aceptación dada por la compradora en la parte final de la escritura citada en el hecho que contesto, puede decirse que es cierto que la señorita Isabel Barbosa Páez manifestó que pagó como precio de la compraventa la suma de diez mil pesos. Pero no es cierto que dicha señorita no haya pagado el referido precio, según se explicará en seguida". Y con referencia al hecho 3º: "No es cierto que el señor Eliécer E. Barbosa no haya recibido el precio de la compraventa. Verdad es que al tiempo de otorgarse la escritura número 147 de fecha 10 de octubre de 1950 la compradora, señorita Isabel Barbosa Páez no pagó la suma de diez mil pesos que como precio figura en dicha escritura. Esto se debió a que el vendedor señor Eliécer E. Barbosa era deudor de la compradora de una cantidad mucho mayor de la expresada, deuda que tenía doble causa a saber: de un lado, el señor Eliécer E. Barbosa vivió, con su hijo Carlos Eduardo, en casa de la señorita Isabel Barbosa Páez durante un período de tiempo mayor de treinta años. Ambos estaban imposibilitados para trabajar, el primero por una larga enfermedad que precedió a su muerte, y el segundo por ser demente. Los bienes que poseía el señor Eliécer E. Barbosa (Carlos Eduardo no tenía bienes de ninguna clase) eran de poca entidad y sobretodo, de producción casi nula. De suerte que su renta no le alcanzaba ni para los gastos más urgentes.

"La señorita Isabel les suministró siempre habitación en su casa y alimentación para los dos, fuera de todas las atenciones que el estado de salud de ellos requería. Y de otro lado, la señorita Isabel prestó al señor Eliécer E. Barbosa varias cantidades de dinero, y hasta tuvo que vender unos bienes de su propiedad para cancelar un crédito hipotecario. De suerte que al transferir el señor Barbosa a la señorita Isabel la finca a que se refiere la demanda, lo hizo para pagarle esa deuda, que era muy superior a la expresada cantidad de diez mil pesos expresada en la escritura de compraventa".

Como ya se dijo en el estudio de los cargos, la anterior afirmación de la demandada puede entenderse en uno de estos dos sentidos: 1º Admi-

la existencia del contrato de compraventa seguido de la compensación del precio por la deuda proveniente de servicios y préstamos de dinero; 2º O alega la simulación del contrato aparente por tratarse no del de compraventa expresado en la escritura, sino de transferencia del dominio del terreno en pago de la deuda dicha, lo que implicaría dación en pago mediante cambio del objeto de la primitiva obligación, que, según se dice, era una suma de dinero. En el primer caso la afirmación del comprador constituiría la alegación de una excepción de pago del precio por compensación; y en el segundo planteamiento de una defensa que también requiere su demostración por quien la alega y la necesidad de dar la prueba de la existencia de la obligación que le fue solucionada en la forma que indica.

En el primer evento, venta seguida de compensación, lo referente al pago tanto del precio como de la deuda no sería materia de estudio ahora por haber quedado en firme la sentencia de primera instancia en cuanto denegó las acciones de simulación absoluta, de nulidad por falta de causa y de resolución del contrato. La litis quedó concretada, como se dijo, a la rescisión por lesión enorme.

En el segundo caso, esto es, que lo alegado fuera la simulación relativa del contrato por no tratarse del de compraventa expresado sino dación en pago, se observa que por ninguno de los medios hábiles se ha comprobado su existencia, ya que no hay constancia escrita de la dación, ni confesión de la contraparte, ni principio de prueba por escrito que la haga verosímil acompañada de declaraciones de testigos u otras pruebas, ni se comprobó la existencia de la deuda que se dice fue solucionada; y lo que es más, no se determinó el monto de esa deuda en las diversas ocasiones en que se hizo alusión a ella durante el juicio. Existen unas declaraciones de testigos que hablan de suministros de alimentación, lavado y drogas hechos por la señorita Isabel a don Eliécer y a su hijo, y de préstamos de algunas sumas; pero esos testimonios no alcanzan a demostrar la deuda, ni su cuantía, ni que la venta fuera para pagar la deuda.

Debe, pues, aceptarse que el contrato celebrado entre don Eliécer E. Barbosa y la señorita Isabel Barbosa fue el de compraventa expresado en la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 otorgada en la Notaría de Funza.

Sobre esta base procede el estudio de la sentencia de primer grado en la parte desfavorable al apelante, o sea en lo referente a la rescisión del contrato por lesión enorme.

El Juzgado, luego de aludir a los artículos 1946 y 1947 del Código Civil que tratan de la rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, se refiere a la prueba pericial que se adujo para fijar el justo precio del inmueble al tiempo del contrato. Halló que el perito designado por la parte demandada dio al predio un avalúo de $ 66.966,72; que el perito de la parte demandante lo avaluó en $ 113.000,00 y el perito tercero en $ 93.497,90. En vista de la discordancia existente entre los peritos y en atención a que no podía tomarse el medio aritmético, el Juez hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 721 del Código Judicial; previo estudio de los conceptos y afirmaciones de los dictámenes periciales, acogió los datos y demás elementos aportados por el perito tercero e hizo la regulación del justo precio del inmueble al tiempo del contrato en la suma de $ 93.497,90, que como puede observarse fue el mismo avalúo del perito tercero.

Habida cuenta de esa regulación y de la suma recibida como precio por el vendedor, concluye el Juzgado que está demostrado que el predio vendido por Eliécer E. Barbosa a Isabel Barbosa tenía un justo precio, al tiempo del contrato, superior en más de nueve veces a la cantidad indicada como precio en la escritura correspondiente y que como no aparece probado que el vendedor hubiera recibido suma mayor de los $ 10.000,00 indicados, no cabe duda que el vendedor señor Barbosa sufrió lesión enorme en el contrato de compraventa que recoge la escritura Nº 147 de 10 de octubre de 1950 de la Notaría de Funza.

Las conclusiones del Juzgado de primera instancia están acordes con la realidad procesal y su pronunciamiento es el que corresponde al caso contemplado; y como no se produjo en la segunda instancia prueba alguna que desvirtúe esa apreciación, su fallo debe ser confirmado en todas sus partes.

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 Bogotá el 15 de noviembre de 1955 en el juicio ordinario seguido por la señora Beatriz Barbosa de Restrepo en nombre de la sucesión de Eliécer E.

Barbosa contra la señorita Isabel Barbosa, y en su lugar confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido en el mismo juicio por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá con fecha 7 de diciembre de 1953.

Sin costas en el recurso ni en la segunda instancia.

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

Guillermo Garavito Durán — **Daniel Arzola Escobar** — **Enrique Giraldo Zuluaga** — **Pablo Emilio Manotas** — **Juan Manuel Pacheco Padilla** **Francisco de P. Vargas Vélez** — **Jorge Soto Soto**, Secretario.

CARACTER DE LOS HECHOS QUE SIRVEN PARA CONFIGURAR LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL. — APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL CON QUE SE ACREDITA ESTE HECHO. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. EL ERROR DE HECHO SE REFIERE A LA EXISTENCIA DEL MEDIO PROBATORIO Y EL DE DERECHO A LA IDONEIDAD DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL HECHO.

1.—Si es verdad que la estructuración de la norma jurídica exige para su aplicación que se acrediten los hechos que ella supone, basta con que en la demanda se haga un resumen de ellos y que en la enunciación general queden incluídos todos aquellos que se consideren fundamentales para sustentar la acción, circunstancia que no impide que en la oportunidad probatoria dentro del juicio se determinen en forma más detallada y se solicite la práctica de prueba sobre ellos; lo contrario sería constreñir demasiado la libertad que tienen las partes en el planteamiento de los litigios, y, sobre todo, la libertad más amplia aún de que deben disfrutar para organizar y dirigir la demostración de los fundamentos de la acción.

2.—La posesión notoria de estado civil implica una serie de hechos crónicos y continuados que sirven para inducir los vínculos de paternidad y filiación. No quiere decir que los que enuncia el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, sean inequívocos, pues también pueden llevarse a cabo como expresión de sentimientos completamente ajenos a la paternidad, como cuando una persona atiende a la subsistencia, educación y establecimiento de otra, por motivos familiares distintos a la paternidad, o por afectos y sentimientos completamente ajenos, también, a esos vínculos, o por puro sentimiento de caridad y generosidad. La presencia de esos hechos, y aún la forma, continuada, habitual y crónica, no tienen, siempre, esa significación inequívoca. Cuando la ley los ha erigido en elementos constitutivos de la posesión notoria ha partido de la base de que ordinariamente esos cuidados son los que prodigan los padres a los hijos y la expresión de afectos que se desprenden del vínculo de la paternidad.

3—El rigor y la escrupulosidad en el examen de la prueba testimonial exigido en todos los casos, y, principalmente, tratándose de la demostración del estado civil, por las hondas implicaciones sociales que ella tiene, no puede extremarse hasta el punto de que los deponentes hayan tenido que seguir, paso a paso, la vida de aquel cuya calidad civil quiere establecerse, porque ello equivaldría a anular el testimonio, como medio de prueba, en ambos casos.

La idoneidad de la prueba testimonial, no solo requiere la calificación de las cualidades morales, mentales y físicas de los deponentes, la espontaneidad y exactitud de las exposiciones, la circunstancia de tiempo, modo y lugar en que tuvo lugar la observación de los hechos, sino también la naturaleza intrínseca de estos, para determinar si, en realidad el testimonio es prueba adecuada de ellos. Cuando se trata de la demostración de hechos crónicos, continuados o habituales, no puede perderse de vista esta modalidad con el fin de determinar si el testimonio los ha establecido o no, sin que este implique una quiebra de principios de derecho probatorio consagrados en la ley positiva y que son de estricto cumplimiento para el fallador, sino la aplicación de sanos principios de la ciencia de las pruebas, a los cuales remite en determinados casos el legislador, a pesar de haberse inspirado, principalmente, en el sistema de la tarifa legal de pruebas, que, tampoco significa, de una manera estricta, que el fallador carezca de facultad y arbitrio para estimar el contenido de la prueba y determinar la fuerza de convicción que, en su opinión, ella tiene.

4.—Es evidente que el error de hecho solo se configura afirmando la absoluta inexistencia de un medio probatorio para establecerlo, cuando el hecho es admitido por el Tribunal; pero cuando lo alegado es la indo-

neidad legal de la prueba para establecerlo, el error no es de hecho sino de derecho, eventualidad en la que se atienda más al valor legal de la prueba que a su fuerza de convicción admitida por el Tribunal; y, en todo caso, la soberanía del juez en la estimación de la prueba, no podría llevar a la tolerancia en casación de que esta estimación llegara hasta el extremo de trasgasar los límites de los principios de derecho probatorio, consagrados en la ley positiva.

Circunstancias que hacen incompatible el cargo simultáneo de imputaciones por uno y otro concepto, como lo ha dicho la Sala en fallos recientes, a menos que se alegue que el error de hecho se ha llegado, por infracciones a los principios legales de derecho probatorio.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Giraldo Zuluaga)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Donaldo Guzmán contra los señores María Elvigia, Edilberto o Heriberto, Etelvina, Dagoberto y María Omaira Muñoz pronunciada el 16 de enero de 1956.

Antecedentes:

Por medio de libelo dirigido al Juez Civil del Circuito de Honda, el señor Donaldo Guzmán, por conducto de apoderado, formuló demanda ordinaria contra María Elvigia, Edilberto o Heriberto, Etelvina, Dagoberto y María Omaira Muñoz, en la que solicita se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª—Que Donaldo Guzmán es hijo natural del señor Pedro A. Muñoz, como resultado de las relaciones sexuales extramatrimoniales que éste sostuvo con la señora Rosalbina Guzmán.

"2ª—Que como consecuencia de la anterior declaración, Donaldo Guzmán tiene derecho a recoger la herencia que en los términos de la ley pueda corresponderle en la sucesión de su padre natural, Pedro A. Muñoz.

"3ª—Que se disponga a tomar nota en los libros de registro de nacimientos tanto eclesiásticos como civiles, sobre la nueva situación del estado civil de mi poderdante."

Como consecuencia de la declaración del estado civil de hijo natural de Donaldo Guzmán respecto de Pedro A. Muñoz, solicitó, además lo siguiente:

"4ª—Que Donaldo Guzmán o Muñoz, tiene derecho a que se le adjudique la cuota parte herencial que pueda corresponderle sobre los bienes sucesorales dejados por su padre natural Pedro A. Muñoz, en igualdad de condiciones que a cada uno de los demandados, por virtud del mismo parentesco con el causante.

"5ª—Que los demandados deben restituír a Donaldo Guzmán o Muñoz los bienes hereditarios que corresponden a la cuota parte herencial que como hijo natural de Pedro A. Muñoz le puedan corresponder dentro de la universalidad de los bienes dejados por éste al momento de su muerte, y que estimo en una sexta parte sobre un total de ciento diez y nueve mil novecientos cincuenta pesos ($ 119.950.00) moneda corriente a que ascendió el valor de éstos ,según la diligencia de inventarios y avalúos practicada en el juicio de sucesión. Tal restitución debe ordenarse junto con los frutos civiles y naturales que los bienes hayan podido producir con una mediana o inteligente administración, a partir de la fecha de la admisión de esta demanda hasta cuando se verifique la entrega, debiendo declarar previamente la nulidad de las adjudicaciones, hechas a los demandados en el juicio de sucesión de Pedro A. Muñoz, en la cuota que debe deducirse a favor de Donaldo Guzmán o Muñoz y que cada uno de los herederos debe restituír proporcionalmente al derecho que se acredite, y,

"6ª—Que, en caso de oposición, se condene en costas a los demandados".

Como hechos fundamentales sostiene los siguientes:

"El señor Pedro A. Muñoz sostuvo relaciones sexuales más o menos estables con la señora Rosalbina Guzmán, por los años de 1918 a 21, en el municipio de Fálan del Departamento del Tolima estando ambos en estado de soltería. Como fruto de estas relaciones extramatrimoniales, nació, con fecha 20 de abril de 1920, un niño, a quien se bautizó con el nombre de Donaldo Guzmán, hijo de Rosalbina Guzmán. Pedro A. Muñoz, a raíz del nacimiento del citado Donaldo, lo reconoció públicamente como su hijo natural, habido en la señora Rosalbina Guzmán, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y, luego, llevándolo a vivir a su casa de habitación, donde lo trató como a su hijo, presentándolo en tal calidad ante sus co

dos, amigos y ciudadanía en general, todo por un período que duró más de diez años".

El señor Pedro A. Muñoz falleció en el municipio de Fálan, en estado de soltería y no otorgó testamento, dejando allí mismo sus bienes de fortuna.

Al morir don Pedro, dejó otros descendientes naturales reconocidos, que adelantaron el juicio de sucesión correspondiente, obtuvieron su reconocimiento de herederos, personas a quienes señala como demandados, y quienes procedieron a la liquidación y distribución del haber herencial, terminado así el juicio que se iniciara ante el Juzgado Civil del Circuito de Honda y protocolizado en la Notaría del mismo lugar.

Notificada la demanda a los hijos naturales de Pedro A. Muñoz, y evacuado por éstos el correspondiente traslado por medio de apoderado, se opusieron a las súplicas contenidas en la demanda. Rituado el juicio con todas las formalidades del procedimiento el Juez Civil del Circuito de Honda desató la litis por medio de sentencia, en que niega todas las peticiones contenidas en el libelo. De esta providencia apeló el apoderado del demandante y el expediente subió al conocimiento del Tribunal Superior de Ibagué, tramitado el recurso, el Tribunal pronunció sentencia revocando la del inferior y haciendo la declaración de filiación en favor del demandante, y de la súplica consecuencial sobre petición de herencia. Contra esta providencia interpuso la parte demandada el recurso de casación que estudia ahora la Corte.

La Sentencia del Tribunal:

El Tribunal aduce, como soporte del fallo las siguientes consideraciones:

"La posesión notoria del estado civil con las declaraciones que enseguida se compendian: Juan C. Rubio, padrino de bautismo del demandante, que se "respeto" (sic) como compadre con Pedro A. Muñoz; que su "comadre" Rosalbina Guzmán le informó que éste era el padre de Donaldo; que aquel nada le dijo sobre asuntos de familia; Abelardo Velásquez, que Donaldo estuvo en casa trabajando durante cuatro o cinco años aproximadamente, entre 1936 y 1940; que Pedro A. Muñoz, amigo que era del padre del testigo, daba a Donaldo el tratamiento de hijo, lo que ocurría cada ocho días, cuando llegaba a casa del testigo el día domingo que la familia de Muñoz, especialmente Hermirta, Etelvina Dagoberto, visitaban a su hermano, por lo cual, también porque el testigo y su familia de vez en cuando visitaban a la familia de Muñoz, vio que el demandante y sus hermanos se trataban como tales: que entre uno y otros no se hacía diferencia alguna en la casa de Muñoz; que presenció que éste daba a Donaldo ropa y dinero; que en casa del testigo, Donaldo fue presentado por aquel como hijo natural: todo lo cual dice saber por haberlos presenciado con ocasión de la residencia del actor en casa y de las recíprocas visitas que se hacían las dos familias, debido a la "mucha amistad" y "relaciones amplias" que cultivó con Muñoz y sus allegados. Libardo Velásquez, de acuerdo con su hermano Abelardo, expresa que Donaldo vivió con su familia (y con él) aproximadamente cuatro a cinco años, en la finca de su padre denominada "Las Margaritas"; que residió allí porque estudiaba en la escuela de "El Topacio"; que Pedro A. Muñoz lo daba ropas y dinero y le amonestaba para que atendiese las enseñanzas que recibía; que costeaba sus estudios en la escuela nombrada; que al padre del deponente le recomendaba tratarlo con cuidado; que cada ocho días iba a saludarlo; que Donaldo frecuentaba la casa paterna, y que sus hermanos lo trataban como tal y le mostraban cariño; que después de vivir con los Velásquez fue a vivir y a trabajar al lado de su padre; que éste lo visitó cuando estuvo recluído en una Clínica en Mariquita; que la esposa del padre y los hermanos lo reconocían como "hermano". Francisco Mahecha, administrador que fue durante tres años de la finca "Campoalegre", de propiedad de Muñoz, tuvo oportunidad de presenciar por el motivo mencionado, que aquél trataba a Donaldo como su hijo, habiéndolo presentado como tal al testigo; que, además, durante los tres años en que administró la finca de Muñoz, Donaldo permaneció en ella, uno de ellos trabajando, por cuya labor recibía un salario igual al de los demás labriegos; que en el municipio de Fálan se tiene al actor como hijo de Muñoz, concepto en que también lo tenían los trabajadores de éste; Ignacio Gutiérrez Rico, médico que tiene una Clínica en Mariquita, informa, finalmente, que dos años y medio antes, poco más o menos (esto es, aproximadamente en 1952), Donaldo estuvo recluído en su Clínica, y que en ella se presentó Muñoz "afanado" por la gravedad de aquél, preguntando al testigo "si su hijo se podía salvar", y pidiéndole hacer todo lo posible para lograrlo; testimonio que coincide con lo manifestado al respecto por Libardo Velásquez".

La Demanda de Casación:

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 520

del C. J., el recurrente formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal:

1º—Error de hecho manifiesto en la estimación de la demanda, que lo indujo a violar, por indebida aplicación los artículos 4º, numeral 5º, 6º de la ley 45 de 1936 y 398 del C. C.

2º—Violación por errores manifiestos de hecho y de derecho, en la estimación del contenido y mérito probatorio de las declaraciones que le sirvieron de base al Tribunal para hacer la declaración de posesión notoria de filiación natural. Errores que indujeron al Tribunal a infringir el ordinal 5º del artículo 4º, artículo 6º de la ley 45 de 1936 y 398 del C. C.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Primero:

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la estimación de la demanda, que lo indujo a violar, por indebida aplicación los artículos 4º, ordinal 5º y 6º de la ley 45 de 1936 y 398 del C. C.

En la fundamentación y desarrollo del cargo, el recurrente sostiene:

"De acuerdo con las normas sustantivas que consideró violadas por el sentenciador, la declaración del estado civil de hijo natural, por NOTORIA POSESION, requiere, como requisito esencial, que el pretenso padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación, y establecimiento, durante diez años continuos, por lo menos; y que sus deudos y amigos, o vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como tal, a virtud de cualquier tratamiento. Por lo tanto, cuando para obtener dicho estado se invoca la causal de posesión notoria, precisamente han de plantearse en la demanda todos y cada uno de los hechos que conforman esa posesión. La falta de alguno o algunos de ellos, conduce, naturalmente a la exclusión de la controversia, y, por lo tanto, a la imposibilidad legal y jurídica de que la declaración pueda prosperar sobre supuestos que, por su deficiencia, no logran estructurar la referida causal. Por esto ha dicho la Corte:

"Si el demandante no menciona los hechos de su petición el juzgador no puede tomarla en consideración; y no es admisible tener como fundamentos de una demanda hechos que el demandante sólo ha venido a enunciar al solicitar su probanza, en el término de prueba. Hechos expuestos en ella y en la contestación, y, al proponer las excepciones perentorias es lo que fija el campo del litigio o lo que determina, en consecuencia, los puntos materia de la decisión del Juez. (Sentencia de 16 de octubre de 1924. Gaceta Judicial, Tomo XXXI, página 71).

"Ahora bien, en la demanda de que aquí se trata, el actor se ha limitado a afirmar, simplemente, que don Pedro A. Muñoz, lo reconoció públicamente como su hijo, "presentándolo" en tal calidad ante sus deudos ,amigos y ciudadanía en general, todo por un período que duró más de diez años. Pero en forma alguna planteó como puntos materia de la controversia, los de que el supuesto trato hubiera durado diez o más años continuos; ni que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, le hayan reputado como hijo de Muñoz a virtud de aquel tratamiento. Todo lo cual significa, que tanto la continuidad en los diez años de trato, como la reputación de hijo formada a consecuencia de este trato y entre el vecindario del domicilio en general, fueron extremos en un todo extraños a la controversia que se propuso".

La Corte considera:

La posesión notoria del estado civil, implica la existencia y demostración de hechos fundamentales que lo determinen y en los cuales se funda, precisamente, esta noción jurídica. El artículo 6º de la ley 45 de 1936, determina cuáles son esos hechos fundamentales, como constitutivos del estado de hijo natural, respecto de determinada persona: que el respectivo padre o madre hayan tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento de un modo competente, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicha madre o padre, a virtud de aquel tratamiento durante diez años. Es decir, que la ley, cuando no existan las pruebas adecuadas y directas sobre los vínculos de paternidad y filiación que determinen el estado civil como una calidad personal que habilite al hijo para ejercer ciertos derechos y cumplir determinadas obligaciones, acude a los hechos ordinarios y normales que hacen presumir la existencia de esos vínculos.

En el caso sub-judice, la demanda planteó con toda claridad cuáles son las causales aducidas para la declaratoria de filiación, en los dos casos contemplados en los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936; es decir, que las relaciones estables entre Pedro A. Muñoz y la madre natural de Donaldo Guzmán, y la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Pedro A. Muñoz; cuando, como fundamentos de hecho de esta última causal afirma, "que don Pedro Muñoz reconoció p

blicamente a Donaldo Guzmán como a su hijo, presentándolo en tal calidad ante sus deudos, amigos, y ciudadanía en general, todo por un período mayor de diez años" propone la situación de hecho requerida como fundamento de la acción que ejercita, con base en el segundo motivo contemplado en el numeral 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Porque si es verdad que la estructura de la norma jurídica exige para su aplicación que se acrediten los hechos que ella supone, basta con que en la demanda se haga un resumen de ellos y que en la enunciación general queden incluidos todos aquellos que se consideren fundamentales para sustentar la acción, circunstancia que no impide que en la oportunidad probatoria dentro del juicio se determinen en forma más detallada y se solicite la práctica de prueba sobre ellos: lo contrario sería constreñir demasiado la libertad que tienen las partes en el planteamiento de los litigios, y, sobre todo, la libertad más amplia aún de que deben disfrutar para organizar y dirigir la demostración de los fundamentos de la acción.

En reiteradas ocasiones ha dicho la Corte, que los tribunales tienen libertad relativa para apreciar o interpretar las demandas, que las sentencias acusadas por errores de esa índole son siempre de hecho y que para que puedan erigirse en motivo de casación como medios de violación de la ley sustantiva se hace necesario demostrar que el error o errores son graves y aparecen de modo manifiesto en los autos, doctrina que se funda en la consideración de que el recurso de casación no es una nueva instancia que le permita a la Corte enjuiciar el criterio técnico de estimación que los Tribunales tengan para apreciar las demandas y los elementos de prueba. Porque aunque nuestro derecho probatorio positivo está inspirado en el sistema de la tarifa legal de prueba, no es del todo ajeno al de la persuasión racional, en determinados casos; dicho sistema no significa que el Juez en el análisis de las pruebas, no pueda aplicar conocimientos lógicos y criteriológicos que considere procedentes en dicho análisis, si se tiene en cuenta que los mismos principios de derecho probatorio tienen inspiración en las normas lógicas que determinan los criterios de verdad y de certeza. Y aunque no se trata en el cargo que se estudia de examinar yerros de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, sino de analizar si el Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, en este punto también es necesario respetar el criterio del sentenciador que, a su juicio, encontró claramente planteados los hechos de la demanda, cuando el actor en el proceso invoca y explica la causal de posesión notoria del estado civil de hijo natural de Donaldo Guzmán respecto de Pedro Muñoz, máxime cuando ese criterio lo encuentra la Corte acertado y correcto. No incurrió, pues, el Tribunal en el error de hecho que le imputa el recurrente, ni violó por este conducto por indebida aplicación, los artículos 4º, ordinal 5º y 6º de la ley 45 de 1936 y 398 del C. Cí

Segundo:

Sustiene el recurrente que la sentencia acusada es violatoria, por errores manifiestos de hecho y de derecho, en la estimación del contenido y mérito probatorio de las declaraciones que le sirvieron de base al Tribunal para hacer la declaración de posesión notoria y consiguiente de filiación natural. Errores que indujeron al Tribunal a violar el ordinal 5º, del artículo 4º, y el artículo 6º de la ley 45 de 1936.

En la fundamentación y explicación del cargo, el recurrente sostiene:

"Como lo dejo expresado, la declaración de paternidad hecha por el Tribunal descansa, en los testimonios de Juan C. Rubio, Abelardo o Libardo Velásquez, Francisco A. Mahecha, Ignacio Gutiérrez Rico y Florentino Torres, en cuyo contenido, como prueba única, creyó el Tribunal ver la demostración del trato y fama de padre natural de Pedro A. Muñoz para el demandante, durante un período no menor de diez años continuos. Y esa apreciación resulta manifiestamente errónea, por ser contraria al contenido de lo que refieren los mencionados testigos."

Y más adelante, agrega:

"Cinco son las etapas que en la vida de Donaldo Guzmán nos ofrece la prueba testimonial, única base de la sentencia, a saber: a) 1920 a 1930; b) la de ese último año a que alude el testimonio de Florentino Torres; c) la de los tres a cinco años que según las mayores probabilidades corresponden al tiempo corrido de 1936 a 1940, en que para asistir a la escuela de "Tupacio" y trabajar luego en la finca "Las Margaritas" habitó en casa de Abelardo o Libardo Velásquez; d) los tres años que estuvo trabajando en la finca de Muñoz, como peón a sueldo, según lo declarado por Francisco Mahecha; y e) los días de 1952, en que el doctor Ignacio Gutiérrez Rico nos lo presentó recluido en su Clínica de Mariquita".

Y, después de analizar los testimonios sobre los hechos transcurridos en cada una de esas etapas, concluye:

"Erró, pues, de modo manifiesto el Tribunal en

el hecho y en el derecho, cuando sostuvo: Que las distintas etapas de la vida de Donaldo, a que aluden los testigos, ni aisladas ni conjuntamente, conforman un período de diez años continuos, por lo menos. Que las vagas afirmaciones de los testigos, sobre el trato de hijo que Muñoz dispensara al demandante, sin respaldo en otros hechos que los generales y equívocos que ofrecen los Velásquez para un período de cuatro años, y del salario que como cualquier otro peón le reconocía, con el cual lo desvirtúa, son bastantes para establecer la posesión notoria durante un período de diez años continuos, por lo menos. Que los familiares de Muñoz reputaban a Donaldo como hijo de aquél, por el sólo hecho de que de vez en cuando visitaban la casa de los Velásquez con quienes aquellos tenían cordiales relaciones, y donde el muchacho residía. Que, con base en el testimonio de Mahecha, está probada la fama de ese mismo estado en el vecindario de Fálán; y, más aún, que esa fama se produjo a virtud o como consecuencia del trato de hijo que Muñoz diera al ahora demandante. Y, finalmente, que el dicho aislado de un solo testigo sobre el trato de Muñoz hacia Donaldo, en cuatro de las referidas etapas y de dos para la otra, constituye un conjunto de testimonios que lo establecen de modo irrefragable.

"Y, a través de estos errores, en el contenido de la prueba y en la estimación de su mérito, quebrantó por indebida aplicación, los preceptos sustantivos que señalo al principio de esta acusación".

La Corte considera:

Aunque el recurrente configura el cargo por error de hecho y de derecho, lo explica y desarrolla, sin embargo, como error de derecho, pues afirma que el Tribunal, con base en las declaraciones de los testigos, admite la existencia del "Trato y Fama", dado por Pedro A. Muñoz a Donaldo Guzmán, sin que esos testimonios sean idóneos para establecerlo, ni por su contenido, ni por su mérito probatorio; que los testigos no solo declaran sobre hechos aislados que nada significan para acreditar la posesión notoria del estado civil que sostiene el demandante, ni establecen tampoco, que esa posesión date de diez años como lo exige el artículo 398 del C. C. En cuanto a éste el error de derecho no indicó las disposiciones adjetivas que fueron violadas.

Ya ha dicho la Sala que la posesión notoria de estado civil implica una serie de hechos crónicos y continuados que sirven para inducir los vínculos de paternidad y filiación. No quiere decir que las que enuncia el artículo 6º de la ley 45 de 1936, sean inequívocos ,pues también pueden llevarse a cabo como expresión de sentimientos completamente ajenos a la paternidad, como cuando una persona atiende a la subsistencia, educación y establecimiento de otra, por motivos familiares distintos a la paternidad, o por afectos y sentimientos completamente ajenos, también, a esos vínculos, o por puro sentimiento de caridad y generosidad. La presencia de esos hechos, y aún la forma, continuada, habitual y crónica, no tiene, siempre, esa significación inequívoca. Cuando la ley los ha erigido en elementos constitutivos de la posesión notoria ha partido de la base de que ordinariamente esos cuidados son los que prodigan los padres a los hijos y la expresión de afectos que se desprenden del vínculo de la paternidad.

El siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal, compendia o résume el análisis de la prueba de la posesión de estado civil de hijo natural de Donaldo Guzmán, respecto de Pedro A. Muñoz.

"Ahora, conforme al artículo 6º de la ley 45 de 1936, la posesión notoria del estado civil de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos del vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, en virtud de aquel tratamiento; y que ello haya acontecido durante diez años continuos por lo menos (artículo 7º de la ley 45, y 398 del C. C.) Pero es claro que tratándose de demostrar hechos sucesivos y crónicos durante un largo período o un espacio indeterminado de tiempo, no es indispensable que la declaración de cada testigo comprenda el período completo, pues ello haría la prueba sobremanera difícil por la improbabilidad de hallar testigos que hubiesen seguido de cerca la vida del interesado, ininterrumpidamente, por un lapso demasiado largo; basta, por eso, que unos testigos se refieran a lo acaecido en una época, otros a lo ocurrido en otra y así hasta completarse el tiempo requerido. No ha de olvidarse que si bien la razón y la ley, rodean de especiales precauciones la prueba de la filiación natural, y hacen rigurosa su apreciación, debido a la naturaleza de la acción y a sus implicaciones sociales, tal rigorismo no puede llevarse al extremo de hacerla inficaz, pues que el objeto de los procedimientos, según el artículo 472 del C. J., es la efectividad de los derechos reconocidos en las leyes, y es con este criterio como deben interpretarse las disposiciones relativas a las pruebas de los hechos que se aducen como fundamento del derecho. También debe tenerse presente que la Corte tiene aceptado que cuando se trata de acreditar con testigos los mismos hechos repetidos o crónicos, no es posible exigir

concurrencia de dos testigos por lo menos respecto de cada hecho aislado. El hecho que se trata de probar no es entonces decidido de un solo acto, sino de una serie de actos de que dan fe los testigos, concurriendo todos a demostrar el hecho principal. Los testimonios apreciados en estos casos como presunciones, según el artículo 606 del Código Judicial, se complementan unos a otros, concurriendo todos a determinar la convicción". (Casación, julio 22 de 1953, G. J. LXXV, 622).

Aunque la Sala no puede entrar a valorar la fuerza de persuación que el Tribunal le dió a los medios probatorios analizados, desde el punto de vista subjetivo, considera sí que la fuerza objetiva o intrínseca de los testimonios estudiados por el Tribunal, tienen un contenido que los hace elementos completamente idóneos para demostrar la posesión notoria de estado civil de hijo, discutida en el juicio. Principalmente, las exposiciones de los testigos Alfonso y Libardo Velásquez, quienes no solo conocieron y trataron con Donaldo Guzmán desde que este era pequeño, sino que declaran con sinceridad sobre la conducta de padre por parte de Pedro A. Muñoz respecto de aquel, en los hechos fundamentales que la ley exige para que se configure la noción jurídica de la posesión notoria del estado civil que se debate en el proceso. Y, como muy bien lo afirma el Tribunal, el rigor y la escrupulosidad en el examen de la prueba testimonial, exigido en todos los casos, y, principalmente, tratándose de la demostración del estado civil, por las hondas implicaciones sociales que ella tiene, no puede extremarse hasta el punto de que los deponentes hayan tenido que seguir, paso a paso, la vida de aquel cuya calidad civil quiera establecerse, porque ello equivaldría a anular el testimonio, como medio de prueba, en estos casos. Y si a esto se agrega, lo afirmado por los declarantes Francisco A. Maheca, Florentino Torres y doctor Ignacio Gutiérrez Vico que corroboran ampliamente lo afirmado por los testigos Velásquez, el trato y fama, admitido por el Tribunal, no estuvo sin el apoyo de medios probatorios idóneos, como lo sostiene el recurrente, para proceder a la declaración de paternidad.

La idoneidad de la prueba testimonial, no solo requiere la calificación de las cualidades morales, mentales y físicas de los deponentes, la espontaneidad y exactitud en las exposiciones, la circunstancia de tiempo, modo y lugar en que tuvo lugar la percepción de los hechos, sino también la naturaleza intrínseca de éstos, para determinar si, en realidad, el testimonio es prueba adecuada de ellos. Cuando se trata de la demostración de hechos crónicos, continuados o habituales, no puede perderse de vista esta modalidad con el fin de determinar si el testimonio los ha establecido o no, sin que esto implique una quiebra de principios de derecho probatorio consagrados en la ley positiva y que son de estricto cumplimiento para el fallador, sino la aplicación de sanos principios de la ciencia de las pruebas, a los cuales remite en determinados casos el legislador, a pesar de haberse inspirado, principalmente, en el sistema de la tarifa legal de pruebas, que, tampoco significa, de una manera estricta, que el fallador carezca de facultad y arbitrio para estimar el contenido de la prueba y determinar la fuerza de convicción que, en su opinión, ella tiene. En el caso sub-judice, el Tribunal consideró que la prueba testimonial producida oportunamente en el juicio, estableció de una manera inequívoca la posesión notoria del estado civil discutido, persuasión que la Corte tiene que respetar, ya que haciendo un balanceo entre el hecho admitido por el Tribunal y los medios probatorios existentes, encontró racional y lógica la conducta del fallador.

Por otra parte, la forma como el recurrente estructuró el cargo, no se ajusta a la técnica en casación. En efecto, imputa al Tribunal errores de hecho y de derecho en la estimación de los testimonios producidos en el juicio, en relación con su contenido y mérito probatorio. La Corte, en sentencia de 23 de marzo de 1954, definió una vez más el error de hecho, en los siguientes términos:

"El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso 2º ordinal 1º, del artículo 520 del C. J., ha dicho la Sala en repetidos fallos, consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que, demuestra evidentemente, que tal hecho no existió; o bien en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o por no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestra, evidentemente, que ese hecho existió. Y, la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado, un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe ni obra en el proceso; o, cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo".

De la doctrina anterior se desprende, que el error de hecho, en el caso sub-judice, sólo pudo estructurarse alegando que el Tribunal admitió el trato y fama entre Pedro A. Muñoz y Donaldo Guzmán, sin

que existiera en el proceso un medio probatorio que lo estableciera, es decir, en el caso de que el contenido de las declaraciones no se refieran a los hechos constitutivos del estado civil que se discute en el juicio. Es evidente, que el error de hecho sólo se configura afirmando la absoluta inexistencia de un medio probatorio para establecerlo, cuando el hecho es admitido por el Tribunal; porque cuando se alega es la ineficacia legal de la prueba para establecerlo, el error no es de hecho sino de derecho, eventualidad en la que se atiende más al valor legal de la prueba que a su fuerza de convicción admitida por el Tribunal; y, en este caso, la soberanía del juez en la estimación de la prueba, no podría llevar a la tolerancia en casación de que esta estimación llegara hasta el extremo de transpasar los límites de los principios de derecho probatorio, consagrados en la ley positiva. El error de derecho, pues, es deficiencia en la calidad legal de la prueba; en el de hecho, en cambio, y en la forma como lo plantea el recurrente, debió demostrar fue la absoluta ausencia de prueba, circunstancias que hacen incompatible el cargo simultáneo de imputaciones por uno y otro concepto, como lo ha dicho la Sala en fallos recientes, a menos que alegue que al error de hecho se ha llegado, por infracciones a los principios legales de derecho probatorio.

En el caso sub-judice, el recurrente se limita a hacer una crítica aislada de los testimonios, para afirmar la ineficacia de los hechos por ellos expuestos para demostrar el estado civil que se discute; no hace crítica conjunta de la prueba, que fue el procedimiento adoptado por el Tribunal, para declarar, con base en ella, la paternidad de Pedro A. Muñoz. Es decir, que para llegar a estructurar el cargo, se valió de un procedimiento distinto, completamente antitécnico y que no podría conducirlo a la demostración del error de hecho que imputa al Tribunal, razón por la cual la acusación contra la sentencia no puede prosperar porque cuando la acusación consiste en que se alega que no existen medios probatorios adecuados para demostrar el hecho que se admite ,es necesario, para calificar la conducta del sentenciador, que se precise cuales fueron los caminos o procedimientos que determinaron el error imputado.

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 Ibagué, de fecha 16 de enero de 1956.

Se condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

EL MANDATO, CUANDO TIENE POR OBJETO QUE EL MANDATARIO REALICE OPERACIONES SOBRE INMUEBLES DE SU MANDANTE, DEBE CELEBRARSE POR ESCRITURA PUBLICA. — LA LEGITIMACION EN CAUSA, LA CARENCIA DE ACCION Y LA PERSONERIA SUSTANTIVA NO SON PRESUPUESTOS PROCESALES. — CUANDO HAY NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA ADJETIVA. — QUIEN PUEDE ALEGARLA CUANDO SE DEMANDA COMO HEREDERO EN NOMBRE PROPIO Y SE ASUME LA REPRESENTACION DE LA SUCESION. — PRUEBA DEL NACIMIENTO Y DE LA FILIACION LEGITIMA. — APRECIACION DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL.

1 — La legitimación en causa, la carencia de acción y la falta de personería sustantiva no son presupuestos procesales, sino fenómenos que se agitan en el fondo de toda controversia jurídica, como también que no afectan al proceso en sí mismo, ya que la relación procesal surge y se desarrolla es precisamente para asentar sobre bases formales de procedimiento, la solución jurisdiccional que se dé a la relación jurídica que se discute en el litigio. Decir, por ejemplo, en un fallo, que el demandado no ha legitimado sus pretensiones, equivale a afirmar que esas pretensiones no están amparadas por el orden jurídico, es decir, que no son legítimas; o sostener que el demandante carece de la acción ejercitada en la demanda es lo mismo que afirmar que no se procede a la tutela jurisdiccional, porque no existe el derecho sustantivo a que la acción se refiere; y afirmar, también, que el demandante carece de personería sustantiva es lo mismo que sostener que carece tanto de la acción como del derecho correspondiente. En los tres eventos, se niega la tutela jurisprudencial, es decir, la acción, porque no se ha establecido el derecho o la facultad subjetiva correspondiente. Los presupuestos procesales, en cambio, se refieren a la competencia del Juez y de las partes, para que entre ellos se trabe la relación jurídica procesal, que es de estricto carácter adjetivo y formal y que se desarrolla dentro de los requisitos también de forma que establece la ley procesal. La competencia del Juez se refiere a la facultad concreta que la ley le confiera para poder conocer de un juicio determinado; la competencia de las partes para comparecer en el juicio se refiere únicamente, a la capacidad general, exigida para toda clase de actividad jurídica.

La ilegitimidad de la personería adjetiva ocurre, entonces, cuando ambas partes o una de ellas no son hábiles para comparecer libremente en juicio, (menores, impúberes, dementes, sordomudos, interdictos etc.); o cuando, a pesar de serlo, no existe un mandato o poder en forma que confiera autoridad legítima para representarlos. La incapacidad, en estos casos, se refiere no al derecho o a la acción ejercitada, sino simplemente a la competencia o habilidad legal para contribuir al desarrollo y desenvolvimiento de la relación jurídica procesal. Son pues, o la inhabilidad para litigar, o la indebida representación de la parte que litiga, los elementos que configuran esta excepción, y no la existencia o inexistencia del derecho o de la acción correspondiente. Porque la pretensión de un derecho y la facultad para ejercer la acción que le corresponde, como también la negación a este derecho y a esa acción, constituyen el problema jurídico de fondo que, como ya lo expresó la Corte, se agita en todo litigio y son siempre el resultado de los juicios de estimación jurídica que hacen las partes, de una manera estrictamente subjetiva, antes de trabarse en el proceso, cuya culminación legítima es el fallo del Juez. Esto confirma, una vez más, que la determinación de los presupuestos procesales, es una cuestión adjetiva, de forma y no de fondo y que implica un error grave considerar la falta de la legitimación en causa, la carencia de acción, o la ilegitimidad de la personería sustantiva de las partes, como uno de los presupuestos procesales que debe tener en cuenta el Juez, antes de fallar el litigio.

2 — [illegible] el fallo que desfavorece las pretensiones de su mandante.

3 — El registro del acta de nacimiento tiene dos objetos principales: establecer la prueba de nacimiento, por una parte; y por la otra, determinar la filiación o procedencia de la persona a que el acta se refiere, dos hechos de los cuales se desprenden consecuencias jurídicas trascendentales para la misma persona; pero cuando se trata de probar tanto el nacimiento como la filiación, la partida de nacimiento no es suficiente por sí misma para demostrarla, sino que es necesario complementarla con el vínculo matrimonial de los padres, mediante la exhibición de la correspondiente partida de matrimonio; y ésta es la que viene a aclarar en último término, cualquier yerro o equivocación que exista en el acta de nacimiento en relación con la filiación o procedencia.

4 — Cuando del examen de las partidas de nacimiento y de matrimonio surgen dudas, por yerros en dichas actas, pero se han producido dentro del juicio otros medios probatorios idóneos que las despejen de una manera inequívoca, el fallador no puede desestimarlos ni omitir su examen, sin que esos yerros representen en la estructura del fallo con graves violaciones a la ley sustantiva. En esos casos, el examen de la prueba debe hacerse en conjunto y no aisladamente porque de la deficiencia de un medio probatorio no puede inferirse la calidad de los otros medios, máxime si se tiene en cuenta que para la demostración del estado civil, no pueden confundirse las pruebas principales y más adecuadas indicadas por la ley, con pruebas excluyentes y única que expresamente la ley establece en casos determinados y para cierta clase de hechos.

5 — De los artículos 2143 y 2150 del Código Civil se desprende, elementalmente, que mandato es un contrato consensual y no solemne, es decir, que para su perfeccionamiento solo se requiere el mutuo consentimiento de las partes.

Pero si se examina la estructura del mandato, las facultades jurídicas y económicas que desarrollan las partes al celebrarlo, llega a la conclusión de que, por regla general, para el mandatario obligaciones de hacer, imposible desvinculamiento de las operaciones llevadas a cabo por éste, en ejercicio

encargo que ha recibido. Y siempre que se trate de examinar la validez de éstos, en relación con la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitos, pero también los elementos peculiares a cada operación jurídica, será necesario, además, estudiar si el mandatario obró o no dentro de los límites del mandato; y es indudable que lo que pudiera llamarse ánimo contractual específico por parte del mandante se exprese en el mandato y, por medio de su mandatario, en la convención o acto llevado a cabo por éste en nombre y representación del primero, que viene a desarrollar, en último término, los propósitos y finalidades jurídicas de quien confirió el encargo. Así, pues, el mandato se considera inseparable, desde el punto de vista jurídico, de las gestiones realizadas por el mandatario; y si el ánimo contractual específico se manifiesta por el mandante es en el mandato y no en el acto jurídico de gestión, propiamente dicho, la preconstitución de prueba sobre ese ánimo debe estar sometida a las exigencias probatorias de la ley para las gestiones, actos y contratos de que trate el mandato.

Además, quien confiere un poder para vender bienes raíces, está expresando un ánimo contractual específico y la voluntad de desarrollar propósitos jurídicos determinados, sobre la enajenación de bienes que se hallan incorporados a su patrimonio, operación para la cual el legislador exige la solemnidad de la escritura pública, requisito que no se cumple solamente con el hecho de que el contrato celebrado por el mandatario con el comprador se revista de esa solemnidad, porque lo que quiere la ley es que la expresión de la voluntad de sujeto jurídico, en cuyo favor existe el derecho de dominio sobre un inmueble, se exprese públicamente, con el fin de que los terceros puedan determinar, en un momento dado, cuál sea la verdadera situación jurídica de éste. Cuando el artículo 2577 dispone que deberán pasarse ante Notario los actos y contratos relativos a la enajenación de inmuebles, remisión, constitución a servidumbre, y generalmente todo contrato o acto entre vivos que ponga limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles, está pregonando, en cierta forma, un interés público en relación con el régimen jurídico de la propiedad inmueble y protegiendo la buena fe de los terceros, al exigir que se hagan visibles y notorios todos los actos que impliquen modificación en la situación jurídica de la propiedad raíz.

El mandato para la enajenación de inmueble, si es verdad que solo genera derechos y obligaciones personales, no por esto puede considerarse que su celebración no pueda afectar la situación jurídica del inmueble o mueble a que se refiere. Porque si es verdad que el artículo 2577 citado, habla de gravámenes, servidumbre, responsabilidades y limitaciones al dominio, no lo es menos que se refiere de una manera general a toda clase de contratos, es decir, tanto a los consensuales como a los reales, ya que la compraventa aún siendo un contrato del primer orden, cuando versa sobre bienes raíces, exige, con apoyo en el precepto citado, el otorgamiento de escritura pública. Lo que significa también, que toda creación jurídica que, directa o indirectamente, tienda a producir sobre los bienes inmuebles alguna modificación en su situación jurídica, aunque por sí mismo, solo sea apto para generar obligaciones personales, debe constar en escritura pública; ya que, de acuerdo con el sistema contractual colombiano, los contratos solo son fuente de obligaciones y derechos personales y no reales. Y si es verdad, que el texto citado se refiere a derechos reales como el dominio, las servidumbres, el fideicomiso, el usufructo, los derechos de uso y habitación, también lo extiende a las fuentes creadoras de las obligaciones y derechos personales que, por el mecanismo de nuestro sistema contractual, dieron lugar a los derechos que, por naturaleza pueden ejercerse, sin respecto a determinada persona.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Giraldo Zuluaga.)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por Laura Elisa Tulcán Guarumag contra José María Rodríguez, Elena Guarumag vda. de Tulcán y Angel M. Benavides, proferida el 9 de noviembre de 1955.

ANTECEDENTES:

Los esposos Israel Tulcán y Helena Guaramag de Tulcán por medio de documento privado, fechado el 31 de diciembre de 1950, confirieron mandato especial al señor Pedro Montero para que procediera a la venta de los fundos denominados "La Florida" y "Garrapatera" del municipio de Potosí, del departamento de Nariño.

El dos de enero de 1951, el señor Montero procedió a celebrar con el señor José Mª Rodríguez, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 5, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales, en ejercicio del mandato que le fuera conferido, sobre los lotes mencionados. Este, el 24 de febrero del mismo año, por medio de la escritura pública Nº 192, pasada en la misma Notaría, vendió a la señora Helena Guaramag el fundo de "Garrapatera", uno de los lotes que antes había adquirido por conducto del mandatario Montero.

El señor Israel Tulcán, había fallecido antes de las dos operaciones jurídicas que se dejan mencionadas, el 31 de diciembre de 1950. Y, como una de sus hijas, Laura Elisa Tulcán Guaramag designó apoderado que atendiera a la defensa de sus derechos, éste, por medio de libelo dirigido al Juez Civil del Circuito de Ipiales, formuló demanda ordinaria contra José María Rodríguez, Angel María Benvides y Helena Guaramag v. de Tulcán, para que, en favor de la sucesión ilíquida de Israel Tulcán y de la sociedad conyugal disuelta y también ilíquida de Israel Tulcán y Helena Guaramag de Tulcán, se hicieran las siguientes declaraciones principales:

"1ª—Nulidad del mandato conferido por Israel Tulcán y Helena Guaramag de Tulcán al señor Pedro P. Montero, para la venta de los lotes denominados "LA FLORIDA" y "GARRAPATERA", de propiedad de ellos, contenido en el documento privado de 31 de diciembre de 1950, por no haberse hecho constar dicho acto en escritura pública.

"2ª—Nulidad del contrato de compraventa que celebró Pedro P. Montero, mediante escritura pública Nº 5 de 2 de enero de 1951, de la Notaría de Ipiales, referente a la venta hecha a José María Rodríguez, de los terrenos mencionados.

"3ª—Que, como consecuencia de la nulidad del contrato contenido en la escritura Nº 5, antes citada, José María Rodríguez, no adquirió ningún derecho sobre los inmuebles "Florida y "Garrapatera"; y, por consiguiente, ningún derecho transfirió el citado Rodríguez a la señora Helena Guaramag, por escritura Nº 192 de 24 de febrero de 1951, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales.

"4ª—Restitución por parte de José María Rodríguez y Helena Guaramag v. de Tulcán, en su orden, de los inmuebles "Florida" y "Garrapatera", a favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, representada por la cónyuge y los herederos legítimos del señor Israel Tulcán.

Como peticiones subsidiarias hizo las siguientes:

"1ª—Nulidad del contrato de mandato, como también del de compraventa contenido en la escritura pública, ya citada, por estado de demencia del señor Israel Tulcán, en el momento de otorgar el poder y en el de la escritura que contiene el contrato de compraventa celebrado por Pedro Montero, como apoderado, en favor del señor José María Rodríguez.

"2ª—Que como consecuencia de la nulidad del contrato de mandato mencionado, el señor José María Rodríguez no adquirió los inmuebles, denominados "Florida" y "Garrapatera", por medio del contrato de compraventa a que se refiere la escritura Nº 5, ya citada; ni tampoco Helena Guaramag de Tulcán, el denominado "Garrapatera", a que se refiere la escritura Nº 192 de 24 de febrero de 1951 de la Notaría 2a. del Circuito de Ipiales.

"3ª—Obligación, a cargo de José María Rodríguez y Helena Guaramag de Tulcán, a favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, representada por la cónyuge y los herederos legítimos de Israel Tulcán; o, en subsidio, a favor de la sucesión del señor Israel Tulcán, representada por sus hijos y por la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, formada por los herederos del causante y la cónyuge sobreviviente.

"4ª—Cancelación de las escrituras públicas Nos. 5, de 2 de enero de 1951, de la Notaría 2a. del Circuito de Ipiales, y 192 de 24 de febrero del mismo año, así como también los registros de dichos instrumentos públicos.

Notificada la demanda y evacuado el traslado correspondiente, los demandados se opusieron a las súplicas del libelo. Rituado el juicio con todas las formalidades del procedimiento, el Juez Civil del Circuito de Ipiales, desató la litis declarando probadas las excepciones peyentorias de carencia de acción e ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora Laura Elisa Tulcán Guaramag. Contra la sentencia interpuso el apoderado de ésta recurso de apelación que, tramitado en el Tribunal Superior de Pasto, culminó con fallo confirmatorio. El mismo apoderado de la demandante interpuso el recurso de casación, que estudia ahora la Corte.

La Sentencia del Tribunal:

El Tribunal, fundó la sentencia confirmatoria en las siguiente razones:

"La primera súplica se refiere a que se decrete la nulidad del poder otorgado por los cónyuges Israel Tulcán y Helena Guaramag a Pedro P. Montero, para que venda a José María Rodríguez, los fundos 'Florida' y 'Garrapatera'.

"El fundamento de la nulidad lo pretende hallar el apoderado en que, como se trata de la enajenación de bienes inmuebles, el poder debió otorgarse por escritura pública; pero semejante exigencia está en completa oposición con lo que dispone el artículo 2149 del C. C., que dice: "El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra.

"Según el artículo transcrito y el 2150, Ib., el contrato de mandato es consensual en todos los casos, es decir, para perfeccionarse no requiere formalidad o solemnidad alguna; y aunquando se trate de la enajenación de inmuebles, el poder no se requiere conste por escritura pública; porque la solemnidad exigida en el artículo 1857 del C. C., se llena en el momento en que el mandatario procede a celebrar la compraventa, que debe otorgar por medio de escritura pública.

"Si no existe nulidad en el poder otorgado por Tulcán y su mujer Helena Guaramag a Pedro P. Montero, tampoco pueden hacerse las demás declaraciones suplicadas, como consecuencia de la pretendida nulidad".

La Demanda de Casación:

Cuatro cargos formula contra la sentencia del Tribunal: uno con fundamento en la causal 6ª; y tres, con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Causal Sexta:

Violación de los artículos 328, 329, 330, 331, 332, 333, 335, 337 del C. J., por no haber declarado nulo lo actuado, con fundamento en que el Juzgado no falló la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandante la tramitación ordenada por el artículo 335, del C. J.

Cargos de la Causal Primera:

1º—Violación de los artículos 1013, y 783 del C. C., por falta de apreciación de algunos medios de prueba como la partida de nacimiento de la señora Laura Elisa Tulcán Guaramag, de la de matrimonio de Israel Tulcán y Helena Guaramag de Tulcán, y de nacimiento de María Inés del Rosario, María Rosa Inocencia, Lucio, María Isolina Tulcán Guaramag.

2º—Violación del artículo 2149 del C. C. por aplicación indebida; y, por la misma causa, de los artículos 2168 y 2557 del mismo código.

3º—Violación de los artículos 2189, numeral 4º, 1013, inciso 2º, y 783 del C. C.; y, por apreciación errónea de algunas pruebas, los artículos 1502, 1740 y 1741 del C. C.

Estudio de los Cargos:

Causal Sexta:

Siguiendo el orden lógico en el examen de los cargos se estudia primero el que se funda en la causal sexta del artículo 520 del C. J.

Sostiene el recurrente que el Tribunal violó los artículos 328, 329, 330, 331, 332, 333, 335, y 337 del C. J., al confirmar la sentencia del Juzgado, que declaró probadas las excepciones de ilegitimidad de la personería del apoderado para representar a la demandante, como también la carencia de acción de ésta; y no tuvo en cuenta que el procedimiento a seguir por el actuo era darle aplicación al artículo 335 del C. J., por ser la excepción, objeto de especial y previo pronunciamiento; que en consecuencia, el fallo del Tribunal debe infirmarse y disponer que dicha excepción se tramite conforme a las reglas del artículo 335 del C. J.

La Corte considera:

La sentencia del Juzgado, confirmada por el Tribunal, declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, con fundamento en que no quedó suficientemente establecido en el juicio el carácter de hija legítima de Israel Tulcán y de su esposa Helena Guaramag por cuanto en la partida de nacimiento de la actora, se dice que es hija de Imelda Guaramag, y, en la de matrimonio, figura con el nombre de Helena y no de Imelda; que en consecuencia, Laura Elisa Tulcán Guaramag no es hija de Helena, si no de Imelda Guaramag. De donde se desprende, dice el Juzgado, que Laura Elisa Tulcán no ha demostrado su carácter de hija legítima de los cónyuges para cuya

sociedad ilíquida reclamada; y, si no demostrar esto, carece de personería sustantiva para demandar todas y cada una de las peticiones de su libelo. Anota, también, aunque no lo declara en la parte resolutiva, que hay deficiencia, además, respecto de la personería adjetiva del demandante, pues, según el texto del poder visible en el cuaderno principal, Laura Elisa Tulcán confirió poder al doctor Zahalón Rozo para que presentara la demanda que ésta promovió, no a nombre de ninguna sociedad conyugal ilíquida ni de sucesión alguna, sino en representación "a mis derechos y a mi nombre".

En reiteradas ocasiones ha expresado la Corte que la legitimación en causa, la carencia de acción y la falta de personería sustantiva no son presupuestos procesales, sino fenómenos que se agitan en el fondo de toda controversia jurídica, como también que no afectan al proceso en sí mismo, ya que la relación procesal surge y se desarrolla es precisamente para ventilar sobre bases formales de procedimiento, la solución jurisdiccional que se de a la relación jurídica que se discute en el litigio. Decir, por ejemplo, en un fallo, que el demandado no ha legitimado sus pretensiones, equivale a afirmar, que esas pretensiones no están amparadas por el orden jurídico, es decir, que no son legítimas; o sostener que el demandante carece de la acción ejercitada en la demanda es lo mismo que afirmar que no se procede a la tutela jurisdiccional, porque no existe el derecho sustantivo a que la acción se refiere; y, afirmar también, que el demandante carece de personería sustantiva es lo mismo que sostener que carece tanto de la acción como del derecho correspondiente. En los tres eventos, se niega la tutela jurisdiccional, es decir, la acción, porque no se ha establecido el derecho o la facultad subjetiva correspondiente. Los presupuestos procesales, en cambio, se refieren a la competencia del Juez y de las partes, para que entre ellos se trabe la relación jurídica procesal, que es de estricto carácter adjetivo y formal y que se desarrolla dentro de los requisitos también de forma que establece la ley procesal. La competencia del juez se refiere a la facultad concreta que la ley le confiere para conocer de un juicio determinado; la competencia de las partes para comparecer en el juicio se refiere, únicamente, a la capacidad general, exigida para toda clase de actividad jurídica.

La ilegitimidad de la personería adjetiva, en cambio, ocurre, cuando ambas partes o una de ellas no son hábiles para comparecer libremente en juicio, (menores, impúberes, dementes, sordomudos, interdictos, etc.); o cuando, a pesar de serlo, no existe un mandato o poder en forma que confiera autoridad legítima para representarlos. La incapacidad, en estos casos, se refiere es no al derecho o a la acción ejercitada, sino, simplemente, a la competencia o habilidad legal para contribuir al desarrollo y desenvolvimiento de la relación jurídica procesal. Son, pues, o la inhabilidad para litigar, o la indebida representación de la parte que litiga, los elementos que configuran esta excepción, y no la existencia o inexistencia del derecho o de la acción correspondiente. Porque la pretensión de un derecho y la facultad para ejercer la acción que le corresponde, como también la negación a este derecho y a esa acción, constituyen el problema jurídico de fondo que, como ya lo expresó la Corte, se agita en todo litigio y son siempre el resultado de los juicios de estimación jurídica que hacen las partes, de una manera estrictamente subjetiva, antes de trabarse en el proceso, cuya culminación legítima es el fallo del Juez. Esto confirma, una vez más, que la determinación de los presupuestos procesales, es una cuestión adjetiva, de forma y no de fondo, y que implica un error grave considerar la falta de la legitimación en causa, la carencia de acción, o la ilegitimidad de la personería sustantiva de las partes, como uno de los presupuestos procesales que debe tener en cuenta el juez, antes de fallar el litigio.

En sentencia de 9 de mayo de 1938, dijo la Corte:

"La ilegalidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos en casación, exigida en causal de nulidad de todos los juicios, por el ordinal 2º del artículo 448 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 existencia misma del derecho demandado o de la acción incoada.

"Así las cosas, observa la Corte, que 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 misma 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 a la persona o parte que no haya estado debidamente r

presentada en el juicio. Ilógico, cuando menos, sería aceptar interés legal para tal pedimento, en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente de representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla, y si ha sido legalmente el representante, no hay lugar a declararla. La parte interesada en la nulidad, la que sí estuvo representada en el pleito, tiene caminos legales para poner a salvo sus derechos, al frente de una sentencia producida en juicio en que no tuvo forma ni oportunidad de asumir su defensa (artículo 457 del C. J.) Si el personero legítimo carece de derecho para pedir la reposición de lo actuado durante los grados del juicio, menos habría 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".

En el caso sub-judice, se solicita, por el mismo apoderado de la demandante, la infirmación del fallo del Tribunal, y la nulidad de lo actuado, con base en la consideración adjetiva del apoderado, por cuanto el mandato judicial no fue conferido para demandar en nombre de la sociedad conyugal ilíquida y de la sucesión de Israel Tulcán, sino de Laura Elisa Tulcán Guaramag. Y aunque se observa que en realidad está concebido en esos términos no es el apoderado de la actora el que puede alegar esta causal en casación, sino los representantes de las dos entidades ilíquidas que estuvieron mal representadas en el pleito. Porque, no es lo mismo jurídicamente, que una persona ejerza una acción, en su propio nombre, invocando su calidad de heredero que cuando pide representación de la sucesión: aunque en ambos casos debe acreditar, su calidad de heredero, en el primero ejerce un derecho que emerge de su posición jurídica en relación con el causante; y, en el segundo, en cambio, ejerce simplemente la representación de la sucesión. Y, al no acreditar su calidad, en el primer caso, no establece la acción y el derecho correspondiente, no tiene, pues, personería jurídica sustantiva; y, en el segundo, no acredita su derecho adjetivo de representación, configurándose, plenamente, la falta de personería adjetiva para demandar, por carecer de la facultad de representación; y, es evidente que, si no quiso ejercer esa representación, tampoco estuvo en capacidad para delegarla. Y si el apoderado, como en el caso sub-lite, asume la representación de la sociedad conyugal ilíquida Tulcán Guaramag, como también la de la sucesión de Israel Tulcán ejerció indebidamente esa representación, y, por lo tanto, su personería adjetiva es ilegítima.

Pero aunquando exista ese vicio en el procedimiento, y se tenga en cuenta que ninguno de los demás interesados en la liquidación de la sociedad conyugal y en la sucesión, han hecho manifestaciones positivas de asentimiento para validar la representación del apoderado Rozo (Numeral 3º del artículo 450 del C. J.), la parte que ha estado presente en el juicio no hizo ninguna manifestación expresa de inconformidad a la representación y gestión del mandatario en favor de las dos entidades jurídicas mencionadas, razón más que suficiente para que no prospere la nulidad suplicada por el recurrente, como motivo de infirmación del fallo acusado. Y, si a esto se agrega, que es el mismo apoderado que ha ejercido legítimamente la personería, quien solicita la infirmación, y consecuencialmente, la nulidad de lo actuado, estando imposibilitado para hacerlo, como se desprende de la doctrina de la Corte, anteriormente transcrita, el cargo no puede prosperar, "porque si quien pide la nulidad por mala representación, no es representante, no puede tampoco pedirla ni obtenerla; y si ha sido legalmente el representante, no habrá lugar a declararla". Quien así procede, su voluntad e intención no puede interpretarse en el sentido de que quiera mejorar el procedimiento, sino prevalerse de un vicio en éste, al cual él mismo ha contribuido, para que se infirme el fallo que desfavorece las pretensiones de su mandante. Y, aunque la parte demandada hizo reparos sobre este punto, en los alegatos de instancia, no propuso la excepción correspondiente en la contestación de la demanda, razón por la cual, el juez-aquo, no la hizo materia de especial y previo pronunciamiento, ni tampoco en la parte resolutiva de la sentencia. Si es verdad, que el recurso de casación, abre la oportunidad en la causal sexta del artículo 520 del C. J. para mejorar el procedimiento, no lo es menos que no es una nueva instancia sino un recurso extraordinario en que la competencia de la Corte no es plena sino condicionada a los cargos que en forma legal formule el recurrente: y, en este caso, ha sido planteado, precisamente, por quien contribuyó a quebrantar la estructura del proceso, excediéndose en la gestión con el ejercicio de facultades no contempladas expresamente en el mandato, pero a las que consintió la parte que tenía capacidad legal adjetiva para conferirlas.

CAUSAL PRIMERA:

Primer Cargo:

Sostiene el recurrente que la sentencia del Tribu-

nal es violatoria de los artículos 1613 y 788, por falta de apreciación de las siguientes pruebas:

1º—De la partida de nacimiento de la señora Laura Elisa Tulcán Guaramag.

2º—De la partida de matrimonio de Israel Tulcán y Helena Guaramag.

3º—De la partida de nacimiento de María Inés del Rosario Tulcán Guaramag.

4º—De la partida de nacimiento de María Rosa Inocencia Tulcán Guaramag.

5º—De la partida de nacimiento de Lucio Tulcán Guaramag.

6º—De la partida de nacimiento de María Isolinda Tulcán Guaramag.

En la fundamentación y desarrollo del cargo, el recurrente afirma:

"El Tribunal, basándose en la partida de nacimiento de doña Laura Elisa Tulcán Guaramag, declaró probadas las excepciones de carencia de derecho en la demanda e ilegitimidad de la personería de la misma. Sin efectuar una apreciación de tal partida ni de las que se acompañó (sic) a la demanda, que son las de matrimonio entre Israel Tulcán y Helena Guaramag; de nacimiento de María del Rosario Tulcán Guaramag; de nacimiento de María Rosa Inocencia Tulcán Guaramag; de nacimiento de Laura Elisa Tulcán Guaramag que es parte actora; de nacimiento de Elisa Tulcán Guaramag (sic); de nacimiento de Lucio Tulcán Guaramag; de nacimiento de María Isolinda Tulcán Guaramag, que corren entre folios, 1 al 5 del cuaderno 1º, sin más ni más, falto de energía y disposición de ánimo para administrar justicia confirmó dicho fallo, con el que pronunció el 9 de noviembre de 1955 (folios, 22 a 27 del C. 2º). Y para que se palpe de que el acerto no es infundado, la Excelentísima Corte Suprema efectuará la comparación de tales sentencias.

"Ahora bien: en la partida de matrimonio entre Israel Tulcán y doña Helena Guaramag, se lee: "Presencié el matrimonio que in facie ecclesiae contrajo Israel Tulcán, hijo legítimo de José Antonio Tulcán y Dolores Mueses, con María Helena Guaramag, hija legítima de José María Guaramag y Leonarda Revello.

"Si bien es cierto que al asentar la partida se puso el nombre de Imelda en lugar de Helena, toda vez que en la partida se cita los nombres de los abuelos José Antonio Tulcán y María Dolores Mueses, por parte de Israel Tulcán; y José María Guaramag, y Leonarda Revello, por parte de su madre María Helena Guaramag, es indiscutible el hecho de que María Elisa es hija legítima del matrimonio entre Israel Tulcán y Helena Guaramag; porque, de lo contrario en la partida de nacimiento no se habría hecho asentar los nombres de los abuelos paternos y maternos de su padre.

"Como con posterioridad a dicha partida de nacimiento, nacieron María Inés del Rosario, María Rosa Inocencia, Elisa, Lucio, María Isolina, y en las partidas se menciona el nombre de los mismos abuelos paternos y maternos de Laura Elisa Tulcán, es indudable también el hecho de que los cónyuges Israel Tulcán y María Helena Guaramag, no habían contraído otro matrimonio entre el lapso comprendido de 23 de noviembre de 1925, fecha de su matrimonio, y 20 de junio de 1944, fecha de nacimiento de Lucio Tulcán Guaramag, último hijo del matrimonio entre Israel Tulcán y Helena Guaramag".

La Corte considera:

El estado civil de hijo legítimo se demuestra con las partidas de origen civil o eclesiástico, de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo, según las fechas de aquél o de éste, en relación con la vigencia de la ley 92 de 1938. Estos son los medios principales, pero no exclusivos y únicos, al tenor de lo dispuesto por los artículos 347 del C. C., 22 de la ley 57 de 1887 y 18 de la ley 92 de 1938. Esta misma ley, en el artículo 19 aclara que la falta de los respectivos documentos de estado civil, podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones, de personas bautizadas, casadas o veneras en el seno de la Iglesia Católica, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata; y, en defecto de estas pruebas, por la posesión notoria de ese estado.

Laura Elisa Tulcán Guaramag, con el fin de acreditar su estado de hija legítima de Israel Tulcán y Helena Guaramag, presentó la partida de matrimonio de sus padres y la de su nacimiento. Pero en ésta, al determinar su filiación o procedencia, se dijo que era hija de Imelda Guaramag, con lo cual se creó la confusión que le sirvió al Tribunal para desestimar la acción instaurada. Es indudable que el registro del acta mencionada tiene dos objetos principales: establecer la prueba del nacimiento, por una parte, y, por la otra, determinar la filiación o procedencia de la persona a que el acta se refiere, dos hechos de los cuales se desprenden consecuencias jurídicas trascendentales para la misma persona; pero cuando se trata, como en el caso sub-judice, de probar tanto el nacimiento como la filiación, la partida de nacimiento no es suficiente por sí misma para demostrarlo, sino que

necesario contemplarla con el vínculo matrimonial de los padres, mediante la exhibición de la correspondiente partida de matrimonio; y ésta es la que viene a aclarar en último término, cualquier yerro o equivocación que exista en el acta de nacimiento en relación con la filiación o procedencia.

La partida de nacimiento de Laura Elisa Tulcán Guaramag establece que esta es hija legítima de Israel Tulcán e Imelda Guaramag, pero al fijar la procedencia de sus padres, es decir, de los abuelos inscritos en el registro eclesiástico, se dice que ellos fueron por parte de su padre, José Antonio Tulcán y María Dolores Mueses; y, por parte de su madre, José María Guaramag y Leonarda Revello; procedencia, también, establecida en las partidas de los demás hijos del matrimonio Tulcán-Guaramag, quienes estuvieron unidos por el vínculo del matrimonio católico desde el 23 de noviembre de 1925, según partida de origen eclesiástico, hasta el 2 de enero de 1950 en que ya había fallecido Israel Tulcán; y hasta el 20 de junio de 1944, en que nació el último de los hijos de dicho matrimonio, en cuya acta se lee también que los padres de los contrayentes fueron los indicados en todas las partidas de nacimiento. De suerte que, en este caso, la posible duda que pudo existir en relación con la verdadera filiación o procedencia de la demandante, queda suficientemente despejada con la partida de matrimonio de los padres y con las de nacimiento de sus hermanos, de las cuales se deduce o infiere de una manera inequívoca que Laura Elisa Tulcán Guaramag, demandante, era hija legítima de Israel Tulcán y Helena Guaramag, ante la imposibilidad física, jurídica y económica, de que Israel Tulcán hubiese estado casado católicamente con la supuesta Imelda Guaramag, toda vez que su nacimiento ocurrió durante la existencia del mencionado matrimonio. Y esta filiación o procedencia, constitutiva del estado civil de hija legítima del matrimonio Tulcán-Guaramag, se infiere de medios probatorios idóneos, como son las partidas de estado civil que se dejan indicadas, sin necesidad de apelar a medios probatorios supletorios, ni a corregir dicho yerro de acuerdo con el procedimiento indicado en los artículos 874 y 407 del C. C.

Aunque la acusación a la sentencia la hace el recurrente por violación de preceptos sustantivos, a través de la falta de estimación de las pruebas que se dejan indicadas, sin precisar si se trata de error de hecho o de derecho, en la fundamentación y explicación del cargo, plantea la negación por parte del Tribunal de un hecho, la calidad de hija legítima de la demandada de los esposos Tulcán-Guaramag, no obstante estar plenamente comprobada en las partidas de estado civil que cita el recurrente motivo por el cual la Corte hace el estudio de la imputación como error de hecho.

En efecto, el Tribunal, al desconocerle a la demandante el estado civil de hija legítima de los esposos Tulcán-Guaramag, negó un hecho plenamente establecido con las partidas de matrimonio de los mencionados esposos, y de los nacimientos de María Inés del Rosario Tulcán Guaramag, María Rosa Inocencia, María Isolina, Lucio Tulcán Guaramag, y Laura Elisa Tulcán Guaramag que, estimados en conjunto, de acuerdo con la doctrina indicada, establecen de una manera clara e inequívoca ese hecho, grave error que indujo al Tribunal a la violación de los preceptos sustantivos citados por el recurrente y que es suficiente para la infirmación del fallo de segunda instancia. Porque, cuando del examen de las partidas de nacimiento y de matrimonio surgen dudas, por yerros en dichas actas, pero se han producido dentro del juicio otros medios probatorios idóneos que las despejen de una manera inequívoca, el fallador no puede desestimarlos ni omitir su examen, sin que esos yerros repercutan en la estructura del fallo con graves violaciones a la ley sustantiva. En esos casos, el examen de la prueba debe hacerse en conjunto y no aisladamente porque de la deficiencia de un medio probatorio no puede inferirse la calidad de los otros medios, máxime si se tiene en cuenta que para la demostración del estado civil, no pueden confundirse las pruebas principales y más adecuadas indicadas por la ley, con pruebas exclusivas y únicas que expresamente la ley establece en casos determinados y para cierta clase de hechos.

EL FALLO DE INSTANCIA:

La Corte, para dictar el fallo de instancia que sustituya al del Tribunal, hace las siguientes consideraciones, además de las contenidas en el estudio de los cargos:

La actora suplicó como petición principal de la demanda la nulidad del contrato de mandato celebrado entre Israel Tulcán y Helena Guaramag de Tulcán, por una parte, y Pedro P. Montero, como mandatario, para vender los inmuebles a que se refiere el punto primero de la demanda, por no haber sido otorgado dicho mandato por medio de escritura pública. Nulidad de la compraventa sobre estos inmuebles hecha por Montero al señor José María Rodríguez por medio de la escritura Nº 3 de 2 de enero de 1951, de la Notaría 2ª de Ipiales, como también del acto jurídico de compraventa hecho por el señor Rodríguez a la señora Helena Guaramag de

Tulcán, sobre uno de los inmuebles al denominado "Garrapatera", contenido en la escritura pública No 192, de 24 de febrero de 1954, otorgada en la misma Notaría. Y, como consecuencia de estas declaraciones, suplicó, además, la restitución de estos inmuebles a la sociedad conyugal ilíquida de Israel Tulcán y Helena Guaramag y a la sucesión ilíquida del primero, representada esta última por sus herederos legítimos.

El fundamento jurídico principal invocado por el apoderado de la actora lo hace consistir en que de conformidad con el artículo 2577 del C. C., el poder que aparece fechado el 18 de diciembre de 1950 no puede producir ningún efecto jurídico puesto que, como versa sobre una facultad supuesta para transferir en venta los bienes raíces denominados "Florida" y "Garrapatera", debía otorgarse por escritura pública, dada la prescripción terminante de dicho artículo, que dice que debe otorgarse y pasar ante el Notario los actos y contratos relativos a la enajenación o mutación de la propiedad de bienes inmuebles y a la constitución de hipotecas, imposición de cualquier gravamen, responsabilidad o servidumbre y generalmente todo contrato o acto entre vivos que imponga limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles, y los demás actos y contratos respecto de los cuales la ley exige que su constancia quede consignada por escritura pública o instrumento público.

Dentro del régimen jurídico de la propiedad inmueble y en relación con las operaciones destinadas a su enajenación, mutación, constitución de hipotecas, imposición de cualquier gravamen real, responsabilidad y servidumbre, o limitaciones al dominio, son actos solemnes y exigen para su validez el otorgamiento de escritura pública, no solo con el fin de que se preconstituya una prueba de su celebración, sino, también, con el objeto de que los terceros queden enterados de ésta. La explicación de este criterio del legislador radica no solamente en que en la época en que se expidió el C. C. tuvo mayor importancia la propiedad inmueble que las otras clases de bienes, por ser factor básico y fundamental en la producción económica, sino, además, porque su estructura física, no puede ajustarse al régimen jurídico, extraordinariamente móvil, de los bienes muebles. Basta considerar que los sistemas de entrega, tenencia y posesión, que son tan breves y sencillos en los bienes muebles, en el régimen de los bienes raíces resultan física y jurídicamente impracticables. La fijeza y la propia inmovilidad de éstos, la más difícil vinculación entre éstos y las personas, impone que todas las mutaciones que se establezcan entre los sujetos jurídicos, como también las limitaciones entre sujetos jurídicos distintos al propietario se hagan constar en medios escritos de prueba que por su permanencia y custodia por parte de un funcionario público, como es el Notario, sirvan de medio de información acerca de su verdadera situación jurídica, en la mayoría de las veces, de una manera inconfundible.

En el caso sub-judice, se le plantea a la Corte, el problema de resolver si el mandato conferido a una persona para proceder al contrato de compraventa de uno o varios inmuebles, debe constar por escritura pública, cuestión que ha tenido una solución afirmativa en reiteradas ocasiones.

En efecto, de conformidad con el artículo 2142 "El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra". Y el artículo 2160 establece que "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario". De estos textos se desprende, claramente, que el mandato es un contrato consensual y no solemne, es decir, que para su perfeccionamiento sólo se requiere el mutuo consentimiento de las partes.

Pero si se examina la estructura del mandato, las finalidades jurídicas y económicas que desarrollan las partes al celebrarlo, se llega a la conclusión de que, por generar para el mandatario obligaciones de hacer, es imposible desvincularlo de las operaciones llevadas a cabo por éste, en ejercicio del encargo que ha recibido. Y siempre que se trate de examinar la validez de éstas, en relación con la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitos, como también los elementos peculiares a cada operación jurídica, será necesario, además, estudiar si el mandatario obró o no dentro de los límites del mandato; y es indudable que lo que pudiera llamarse ánimo contractual específico por parte del mandante se expresa en el mandato, y, por medio de su mandatario, en la convención o acto llevado a cabo por éste en nombre y representación del primero, que viene a desarrollar, en último término, los propósitos y finalidades jurídicas de quien confirió el encargo. Así, pues, el mandato se considera inseparable, desde el punto de vista jurídico, de las gestiones realizadas por el mandatario; y si el ánimo contractual específico se manifiesta por el mandante es en el mandato y no en el acto jurídico de gestión, propiamente dicho. La preconstitución de prueba sobre ese ánimo debe estar sometida a las exigencias probatorias de la ley para las gestiones, actos y contratos de que trate el mandato.

Además, quien confiere un poder para vender bienes raíces, está expresando un ánimo contractual específico y la voluntad de desarrollar propósitos jurídicos determinados, sobre la enajenación de bienes que se hallan incorporados a su patrimonio, operación para la cual el legislador exige la solemnidad de la escritura pública, requisito que no se cumple solamente con el hecho de que el contrato celebrado por el mandatario con el comprador se revista de esa solemnidad, porque lo que quiere la ley es que la expresión de la voluntad del sujeto jurídico, en cuyo favor existe el derecho de dominio sobre un inmueble, se exprese públicamente, con el fin de que los terceros puedan determinar, en un momento dado, cuál sea la verdadera situación jurídica de éste. Cuando el artículo 2577 dispone que deberán pasarse ante el Notario los actos y contratos relativos a la enajenación de inmuebles, mutación, constitución o servidumbre, y, generalmente, todo contrato o acto entre vivos que ponga limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles, está pregonando, en cierta forma, un interés público en relación con el régimen jurídico de la propiedad inmueble y protegiendo la buena fe de los terceros, al exigir que se hagan visibles y notorios todos los actos que impliquen modificación en la situación jurídica de la propiedad raíz.

El mandato para la enajenación de inmuebles, si es verdad que sólo genera derechos y obligaciones personales, no por esto puede considerarse que su celebración no pueda afectar la situación jurídica del inmueble o mueble a que se refiere. Porque si es verdad que el artículo 2577, citado, habla de gravámenes, servidumbre, responsabilidades y limitaciones al dominio, no lo es menos que se refiere de una manera general a toda clase de contratos, es decir, tanto a los consensuales como a los reales, ya que la compraventa, aún siendo un contrato del primer orden, cuando versa sobre bienes raíces, exige, con apoyo en el precepto citado, el otorgamiento de escritura pública. Lo que significa, también, que toda operación jurídica que, directa o indirectamente, tienda a producir sobre los bienes inmuebles alguna modificación en su situación jurídica, aunque por sí mismo, sólo sea apto para generar obligaciones personales, debe constar en escritura pública; ya que, de acuerdo con el sistema contractual colombiano, los contratos sólo son fuente de obligaciones y derechos personales y no reales. Y, si es verdad, que el texto citado se refiere a derechos reales como el dominio, las servidumbres, el fideicomiso, el usufructo, los derechos de uso y habitación, también, extiende a las fuentes creadoras de las obligaciones y derechos personales que, por el mecanismo de nuestro sistema contractual, dieren lugar a los derechos que, por naturaleza, pueden ejercerse, sin respeto a determinada persona.

En el caso sub-judice, el poder conferido por los señores Israel Tulcán y Helena Guaramag, al señor Pedro P. Montero, para proceder a la venta de los inmuebles denominados "Florida" y "Garrapatera", debió constar en escritura pública, al tenor del artículo 2577 del C. C., citado, porque el ánimo contractual específico y los propósitos jurídicos que los esposos quisieran desarrollar sobre esos inmuebles, se refieren a la enajenación de los mismos. Como se preterm itió esta solemnidad, son ineficaces para producir efectos jurídicos los siguientes actos: el contrato de mandato, contenido en el documento privado de 31 de diciembre de 1950; el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 5, de 2 de enero de 1951, de la Notaría 2ª de Ipiales; y, por último, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 192 de 24 de febrero de 1951 de la misma Notaría. Lo primero, porque no existe una prueba adecuada del ánimo contractual y del consentimiento por parte de los vendedores, en cuyo nombre se efectuó la operación jurídica mencionada; y, lo segundo, porque Helena Guaramag es un tercero adquirente, a quien afecta la declaración de nulidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1748 del C. C., por haberse publicado, también, contra ella la acción restitutoria.

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de 9 de noviembre de 1955, revoca la del Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, pronunciada en este juicio, y, en su lugar FALLA:

1º—El contrato de mandato celebrado entre los señores Israel Tulcán y Helena Guaramag, como mandantes, y Pedro P. Montero, como mandatario, contenido en el documento privado de 31 de diciembre de 1950, es absolutamente nulo, y, por consiguiente, no es idóneo para producir efectos jurídicos.

2º—Es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 5, de dos de enero de 1951, de la Notaría 2ª de Ipiales, por medio del cual Pedro P. Montero, dijo vender, en nombre y representación de Israel Tulcán y Helena Guaramag, los inmuebles denominados "La Florida" y "Garrapatera", situados en jurisdicción del municipio de Potosí del Departamento de Nariño, al señor José María Rodríguez.

3º—Como consecuencia de la declaración ante-

rior, el demandado José María Rodríguez está en la obligación de restituir, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a la sucesión ilíquida del señor Israel Tulcán representada por sus herederos legítimos, y a la sociedad conyugal, también ilíquida, que formó con su esposa Helena Guaramag de Tulcán, representada por ésta y los herederos legítimos del primero, el inmueble denominado "La Florida", con todos los frutos naturales y civiles percibidos, y los que tanto la sucesión como la mencionada sociedad conyugal, hubieran podido percibir, desde la fecha en que entró en poder del demandado el inmueble hasta que verifique la entrega, como poseedor de mala fe.

4º—Ofíciese al Notario 2º del Circuito de Ipiales para que proceda a la cancelación de la escritura Nº 5 de 2 de enero de 1951, como también al registrador de Instrumentos Públicos del mismo Circuito para la cancelación del registro del mencionado instrumento.

5º—La sucesión ilíquida de Israel Tulcán y la sociedad conyugal, también ilíquida que existió entre Israel Tulcán y Helena Guaramag, son dueñas del inmueble denominado "Garrapatera", situado en jurisdicción del municipio de Potosí, del Departamento de Nariño.

6º—Como consecuencia de la declaración anterior la señora Helena Guaramag vda. de Tulcán, está en la obligación de restituir a la sociedad conyugal que formó con el señor Israel Tulcán, como también a la sucesión ilíquida de éste, representada por sus herederos legítimos, el inmueble mencionado en el numeral anterior, por los linderos que se describen en la demanda, con los frutos naturales y civiles percibidos desde la notificación de la demanda hasta que verifique la entrega, como heredera de buena fe.

7º—Ofíciese al Notario 2º del Circuito de Ipiales para que proceda a la cancelación de la escritura pública Nº 192 de 24 de febrero de 1951; como también al Registrador de Instrumentos Públicos para que proceda a la cancelación del registro.

8º—Absuélvese al señor Angel María Benavides de todos los cargos formulados en la demanda.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

SALA DE CASACION PENAL

LOS HECHOS QUE DETERMINEN LAS SANCIONES QUE POR MANDATO DE LA LEY 69 DE 1945 DEBEN IMPONER LOS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL A LOS ABOGADOS QUE COMETEN FALTAS GRAVES O LEVES CONTRA LA DELICADEZA O EL DECORO PROFESIONALES, DEBEN ESTAR PLENAMENTE PROBADOS.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre quince de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente doctor Domingo Sarasty Montenegro

VISTOS:

En sentencia de veintidós de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga absuelve al doctor PEDRO RICARDO SANCHEZ MOLINA, de los cargos formulados por el señor José María Hernández que fueron objeto de la presente investigación, y ordena consultar la providencia con el inmediato superior.

Antecedentes

"El 29 de julio del año de 1944 —dice el querellante— contraté los servicios profesionales del doctor Pedro Ricardo Sánchez, a fin de obtener una titulación como colono sobre unas mejoras hechas en el kilómetro 21 de la carretera Nacional de Carare, servicios que se contrataron por la cantidad de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) pagaderos así: la mitad al iniciarse el trabajo y el resto cuando lo terminara. Condición que cumplí y fuera de ésto me hizo hacer cuantiosos gastos".

"Estamos en el mes de agosto de 1955, y hasta la presente dicho doctor Pedro Ricardo Sánchez, no ha hecho absolutamente nada en mi favor, con grave perjuicio para mí por haber perdido lo que le adelanté y otros gastos que me exigió, por haber procedido con decoro, a dicho doctor le es (sic) aplicable las leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, sobre ejercicio de la abogacía, y que deben cancelársele las matrículas o licencias concedidas, por no cumplir sus deberes de abogado en ejercicio, porque debió habermo dado cuenta de los resultados de mi negocio a que se comprometió, sino que se quedó en silencio, causándome con ello muy graves perjuicios".

INVESTIGACION

En el curso de ella se allegaron los siguientes elementos probatorios:

a) Acuerdo Nº 162 de veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por el cual el doctor Pedro Ricardo Sánchez Molina fué recibido como abogado titulado y se le autorizó para ejercer la profesión en todo el territorio de la República;

b) Certificado expedido por el Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil; se demuestra que el doctor Sánchez M. fué matriculado como abogado titulado ante esa Entidad.

Con los anteriores documentos se demuestra que el doctor Pedro Ricardo Sánchez Molina tenía la calidad de abogado titulado e inscrito, requisito indispensable para poder ejercer la profesión.

c) Certificado del Juez Primero Civil del Circuito de Vélez, en el cual consta que el Juzgado fué comisionado para practicar una diligencia de inspección ocular relativa a una adjudicación de baldíos a favor de Hernández Builes, diligencia que no se practicó porqué el interesado no suministró lo necesario para cumplir esa diligencia.

Que posteriormente se pidió señalamiento de nuevo día para la práctica de esa diligencia que no pudo cumplirse "por razón del pésimo estado de la carretera del Carare".

Más adelante el mismo funcionario, con fecha diez y ocho de enero de mil novecientos cincuen-

ta y seis, certifica que la diligencia se cumplió en el mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco y que los gastos que ella demandó fueron cubiertos por el doctor Pedro Ricardo Sánchez.

TRASLADO

El doctor Pedro Ricardo Sánchez, al contestar el traslado de la querella expresa:

"No es verdad como lo dice el querellante, que no haya hecho nada en el mencionado negocio. A su debido tiempo presenté la demanda por conducto de esta Alcaldía, al Ministerio de Agricultura y Ganadería, Sección de Baldíos en Bogotá, sobre adjudicación de la finca que se me indicó. La Alcaldía de este lugar, ordenó que se fijaran los avisos, se hicieron las publicaciones por medio del Diario Oficial y comisionó al señor Juez Primero Civil del Circuito de esta ciudad para que practicara la diligencia de inspección ocular. Todos esos gastos los he hecho yo".

"En 1953, el comisionado bajó al Carare a practicar la diligencia, con peritos y el policionario, la que no se pudo efectuar porque el interesado no se presentó en la orilla de la carretera con las bestias, para trasladarnos a la finca, la cual, según informes, queda lejos. Dichos gastos también los hice yo. Desde entonces no se ha presentado el interesado a suministrar lo necesario para llevar a efecto la diligencia, como lo comprueba con el certificado del Juzgado correspondiente, el cual adjunto en una foja útil".

"De forma, que atendiendo a los gastos que he tenido que hacer, el poco dinero que me dio no alcanzó para los gastos".

Se considera:

Los hechos que determinen las sanciones que por mandato de la Ley 69 de 1945 deben imponer los funcionarios de la Rama Jurisdiccional a los abogados que cometen faltas leves o graves contra la delicadeza o el decoro profesionales, deben estar plenamente probados. Si bien es verdad que la Ley no determina la clase de prueba que debe tenerse en cuenta para llegar a esa conclusión, es obvio y natural que ella no puede ser otra que la plena y completa de la infracción, según lo disponen los artículos 593, 1203 del C. J. y 203 del C. de P. P.

La causal alegada para pedir la imposición de sanciones, es la de que el abogado no cumplió con los deberes y obligaciones provenientes del mandato, a como lo dice el querellante, "por no cumplir sus deberes de abogado en ejercicio, porque debió haberme dado cuenta de los resultados de mi negocio a que se comprometió, sino que se quedó en silencio causándome con ello muy graves perjuicios". Pero es lo cierto que la parte querellante no ha demostrado la omisión del abogado en el cumplimiento de sus deberes, ni los perjuicios causados con la demora, ni mucho menos en forma directa o indirecta trató de probar el contrato origen de las obligaciones para deducir cumplimiento de ellas. En otros términos, hubo ausencia completa de pruebas sobre los cargos materia de la investigación.

En cambio, se ha demostrado que se hicieron las gestiones preliminares tendientes a obtener la adjudicación; que se pidió la práctica de una inspección ocular; que si ella no pudo realizarse en la época fijada por el Juzgado no se debió a omisiones o falta de cuidado por parte del abogado, sino al hecho de que el interesado José María Hernández "no se presentó a suministrar lo necesario para la práctica de ella", lo cual hace presumir que en el ejercicio del mandato el doctor Ricardo Sánchez cumplió con sus deberes como abogado. Si los actos no se realizaron oportunamente, ello se debió a causas ajenas a su voluntad, como eran la falta de colaboración del interesado, o bien, el pésimo estado de las vías de comunicación. Sin embargo, la diligencia posteriormente se cumplió como consta del certificado expedido por el Juez Primero Civil del Circuito de Vélez (Fs. 23 vto. Cuaderno 1º). En estas condiciones, no existe falta grave ni leve que pueda ser objeto de sanción.

"En suma —como lo dice la Procuraduría— no aparecen comprobados los hechos afirmados por el denunciante, quien, a pesar de haber sido notificado en una forma excepcional de los descargos de su acusado, no adjuntó, ni pidió, ni anunció prueba alguna que los rebatiera. En consecuencia es lógica la absolución del doctor Sánchez Molina en este asunto".

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 CONFIRMA la providencia de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Lozano Montenegro — Alberto Vélez Camacho — Jorge Amadeo Rey, Oficial Mayor.

COLISION DE COMPETENCIAS SURGUIDA ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA PENAL MILITAR.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente doctor Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

En ejercicio de la facultad conferida por el Art. 42, numeral 4º del C. de P. P. y 1º del Decreto 2.900 de 1953, procede la Corte a resolver el incidente de colisión de competencias surgida entre la Justicia Ordinaria y la Penal Militar.

Antecedentes:

En el establecimiento de Luis Saray, Municipio de Quetame —sección de Guayabetal— el treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y dos, se encontraban libando cerveza José Miguel Sandoval y Jorge Rodríguez. En las horas de la noche llegaron en estado de embriaguez a dicho lugar Parmenio Parra y José Benjamín Cocunubo, agente de la Policía Nacional; por cuestiones de poca importancia resultaron discutiendo Parra y Cocunubo quien en forma violenta atacó a puntapiés y palmadas a su compañero de jarana causándole algunas lesiones. Sandoval parece reclamó al agresor por el ataque sorpresivo e inusitado hecho en contra de su amigo, lo cual dio lugar para que se trabaran en riña y como resultado de ella los dos contendores salieron lesionados; Cocunubo con una incapacidad de nueve días y Sandoval con diez, sin otras consecuencias.

Las partes en ejercicio del derecho consagrado por los artículos 378 y 103 del Código Penal desistieron de la acción y así se declaró; pero posteriormente el funcionario —Juez Municipal— asignándole al delito una denominación jurídica distinta, revocó la providencia y ordenó remitir el negocio al Juez del Circuito quien sin estudio previo expresó que el negocio era de conocimiento de la Justicia Penal Militar.

El Comando de la Brigada teniendo en cuenta concepto del Auditor Edilberto García Ulloa funcionario que no estudió el negocio para saber si era o no de competencia de la justicia castrense, aceptó las razones del Juzgado por la circunstancia de ser una de las partes Agente de la Policía Nacional, disponiendo, en consecuencia, que el procedimiento a seguir era el contemplado en el Decreto 1426 de 1954.

Concepto de la Brigada de Institutos Militares

Posteriormente, el nuevo Auditor Martín Alonso Pinzón M. después de examinar las diligencias expresó:

"Del estudio de las piezas anteriormente citadas, se llega a la conclusión de que no es el Agente de Policía quien aparece incriminado del delito de lesiones personales, a él reconocidas por los facultativos, sino que tales lesiones le fueron causadas por los civiles SANDOVAL GOMEZ y PARRA. Ahora bien, se dice que Sandoval Gómez resultó lesionado, que estas lesiones las causó el Agente, no está debidamente acreditado en los autos, así como tampoco está desvirtuado que el Agente cumplía una misión de su servicio y que por razón de este servicio hubiere sido lesionado por los civiles. Así pues, la sindicación aparece contra los civiles y por esta razón la investigación es de la competencia del señor Juez del Circuito Penal de Cáqueza. Otra sería la razón para dar cabida al artículo 4º del Decreto 1426, y ésta sería, la de que el Agente de Policía fuera el sindicado y que esta sindicación no fuera conexa con los actos ejecutados por los civiles, porque desmembrar la investigación traería consigo grandes perjuicios a la Administración de Justicia y en el caso concreto, es Juez competente aquel que tiene jurisdicción en relación con los autores o agentes activos del delito que aparecen indagatoriados".

"Por lo expuesto me permito conceptuar: Que la presente investigación no es de competencia de la Justicia Penal Militar y que por tal razón el proceso debe ser enviado nuevamente al señor Juez del Circuito de Cáqueza, proponiendo desde ahora colisión de competencia negativa por ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, como lo manda el artículo 1º del Decreto 2900 de 1953".

La Brigada de Institutos Militares acogió el

concepto anterior y ordenó remitir el negocio a la Justicia Penal Ordinaria.

Auto del Juzgado

En providencia de nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza hace un examen de los hechos y pruebas del proceso, valorándolos con precisión de acuerdo con la ley y dándole a la prueba el sentido exacto y justo de veracidad, en orden a determinar la responsabilidad de sus autores, pero olvidó analizar detenidamente el problema relativo a la competencia; únicamente se atuvo a las razones expresadas por el Auditor 3º Auxiliar de Guerra en concepto de once de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco, y con base en ellas manifestó:

"Toda la razón tuvo el señor Auditor Auxiliar 3º de Guerra, cuando sostuvo (fl. 92) que siendo indiscutible la calidad de miembro de las Fuerzas Armadas de José Benjamín Cocunubo así como que éste fuese el autor de las lesiones que recibieron en aquella noche Parmenio Parra y José Miguel Sandoval, la competencia correspondía a la justicia Castrense y no a la Ordinaria, debiéndose sacar copia de lo indispensable, de conformidad con el Art. 15 del C. de Justicia Penal Militar, para que los Jueces comunes fallaran en lo correspondiente a la responsabilidad de los procesados civiles".

"Esas razones permanecen hoy con su misma validez de entonces cuando la Justicia Penal Militar acogió la competencia, como puede verse a los folios 93, 94 y 95, por cuanto no ha cambiado en nada la calidad de la prueba testimonial e indiciaria del proceso. Es allí donde se debe fallar lo correspondiente a los cargos que le aparecen al militar Cocunubo y por ello no resulta aceptable este nuevo pronunciamiento sobre la competencia, cuando, como ya se dijo, los funcionarios militares ya la habían aceptado. No es razón valedera el que hasta hoy no se le haya recibido indagatoria al Sargento Cocunubo y menos que aparezca como denunciante en este negocio porque eso apenas demuestra las condiciones de inferioridad en que se hallaban los empleados de la carretera que salieron malheridos".

"De conformidad con lo previsto en el Decreto 1426 de 1954, este Juzgado no acepta la competencia positiva planteada por el señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, competencia que por lo demás ya había sido aceptada por la Justicia Penal Militar, como atrás se dijo".

"Por lo expuesto, este Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACEPTA LA COMPETENCIA POSITIVA en este negocio y ordena su devolución al señor Comandante de la Brigada de Institutos Militares, para lo de su cargo".

El Comando de la Brigada de Institutos Militares no aceptó la determinación del Juez Penal del Circuito, y ordenó remitir "el sumario a la H. Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) para que dirima la colisión ya que está planteada por el funcionario de la Justicia Ordinaria".

Se considera:

En diversas ocasiones y en múltiples providencias, la Corte, ha examinado el problema de la jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de las infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía. Su reglamentación se halla contemplada en los Decretos Extraordinarios 1534 de 1950, 1231 de 1951, 1814 y 2.900 de 1953 y 1426 de 1954.

Pero ninguna de las disposiciones de los mencionados Decretos es aplicable al caso sub judice, por estos motivos: a) Porque el delito de lesiones personales que se imputa al Agente de la Policía, no es un delito militar de aquellos que contempla el artículo 3º del Decreto Nº 1534 de 1950, o sea, devastación, saqueo y extorsión —Título VII, Libro II del Código de Justicia Penal Militar— y porque el delito común - lesiones personales— no fué realizado por actos de servicio o en ejercicio de funciones inherentes al mismo, modalidad que también contempla el Decreto mencionado; b) Porque al tiempo de cometerse la infracción la jurisdicción y competencia para conocer de estos delitos estaba atribuída a la justicia ordinaria, según lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 1231 de 1951, y porque contra el acusado no se había convocado ningún consejo de guerra verbal para su juzgamiento, que es la excepción que contempla la norma; c) Porque el Decreto 1814 de 1953 que incorporó la Policía al Ministerio de Guerra como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, omitió reglamentar lo atinente a jurisdicción y competencia para los delitos realizados por miembros de la Policía, vale decir, que el conocimiento de estas infracciones se regía por las normas anteriores con las excepciones consagradas en ellas; d) Porque el artículo 140 del Decreto Nº 2.900 de 1953, solamente determinó la jurisdicción y competencia de la justicia pe-

militar para los agentes de Policía que con anterioridad a su vigencia tuvieran fuero militar, pero es lo cierto que el sindicado no estaba amparado por ese privilegio para gozar de esas prerrogativas; y e) Porque sólo a partir de la vigencia del Decreto 1426 de 1952 —Art. 1º— de todos los delitos que cometan los miembros de la Policía en servicio activo conoce la Justicia Penal Militar, y el delito que se imputa al acusado no fué realizado cuando este Decreto se hallaba en vigencia.

Para que este delito —lesiones personales— fuera de conocimiento de la Justicia Penal Militar, sería necesario que los Decretos que se dejan analizados así lo hubieran determinado pues la omisión de disposición expresa, no significa otra cosa que la jurisdicción y competencia está sujeta a las normas de la justicia común. En otros términos, los delitos cometidos por miembros de la Policía con anterioridad a la expedición de los Decretos que se dejan comentados, no son de competencia de la justicia penal militar sino de la ordinaria, con las excepciones en ellos contempladas.

Por estos motivos y no por los expuestos por el Auditor de la Brigada de Institutos Militares, la competencia es de la Justicia Ordinaria y así habrá de resolverse.

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 atribuir el conocimiento del presente negocio a la Justicia Común u Ordinaria.

Dése cuenta de esta providencia al Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Cúmplase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. — PARA QUE SEA PUNIBLE ES NECESARIO DEMOSTRAR LOS ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS QUE INTEGRAN EL DELITO. — LA AUSENCIA DE UNO DE ELLOS DESINTEGRA LA FIGURA DELICTUAL. — NO PUEDE AFIRMARSE QUE DE UN ACTO EQUIVOCADO, NO DE MALA FE, O DE UN ERROR INVOLUNTARIO PERO NO NEGLIGENTE, SE PUEDA DEDUCIR UN PROPOSITO O FIN DETERMINADO EN ORDEN DE INFRINGIR LA LEY PENAL

1 — El artículo 231, numeral 4º del C. P. erige como delito de falsedad en documentos el hecho de que el funcionario o empleado público abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos falte a la verdad en la narración de los hechos, o sea, que a sabiendas o maliciosamente altere, suprima u oculte hechos verdaderos que perjudican los intereses del Estado o de los particulares, fingiendo, simulando o mudando lo falso por lo verdadero, es decir, faltando a la fe pública que el Estado y la sociedad deposita en sus funcionarios para que los documentos autorizados por ellos sean considerados como auténticos y verdaderos en su contenido.

2 — Para que la falsedad en documentos sea punible —ante la ley— es necesario demostrar los elementos objetivos y subjetivos que integran el delito, porque es la reunión de estos componentes frente a un hecho determinado lo que configura el ilícito penal. El factor material sería la mutación de la verdad, o sea la discrepancia real entre lo que el funcionario conoce y lo que afirma o se hace constar en el documento, declaración o diligencia judicial; y el factor moral estaría integrado por la intención, propósito, voluntad y fines dolosos de cometer una infracción penal que causa un perjuicio real o potencial de orden público o privado. La ausencia de uno de estos elementos —material o moral— desintegra la figura delictual.

3 — La constancia dejada por un Juez en una diligencia de careo —con base en un informe secretarial equivocado—, de que el apoderado del sindicado no concurrió a ella, "a pesar de que fue notificado personalmente por la Secretaría en la debida oportunidad", tal constancia, que sería el elemento material del delito, no altera ni modifica las relaciones jurídicas de las personas que intervinieron en la diligencia de careo, ni por sí sola, demuestra el elemento intencional o doloso que hubiera tenido el funcionario al autorizar y firmar ese documento y con ese acto cometer un delito de falsedad.

La intención —en este caso— no se refleja en la proyección de actos externos en orden a violar la ley penal, pues la determinación de la voluntad no está animada por ningún fin doloso y si el hecho no es producto o resultado de una acción más o menos deliberada o negligente encaminada a quebrantar el orden jurídico tutelado por el Estado, entonces, mal podría afirmarse que de un acto equivocado, no de mala fe o de un error involuntario pero no negligente se pueda deducir un propósito o fin determinado en orden de infringir la ley penal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente doctor Domingo Sarasti Montenegro.

VISTOS:

En providencia de seis de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, sobresee definitivamente en favor del doctor ANTISTENES LOPEZ por los cargos objeto de esta investigación y ordena consultar la mencionada providencia.

Antecedentes

El doctor Manuel J. Troya, en memorial

veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, denuncia al doctor Antístenes López —Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Pasto— como presunto responsable de un delito de falsedad cometido en documentos públicos "porque en la diligencia de careo —23 de enero de 1955— llevada a efecto en el proceso que por un delito de concusión se adelanta contra Hugo Morales y otros, se manifiesta que se deja constancia de que contestaron con naturalidad ambos careados y de que el apoderado del sindicado, doctor Manuel J. Troya no asistió a esta diligencia a pesar de que fué notificado personalmente por la Secretaría en debida oportunidad"

"Es falso y de toda falsedad —dice el denunciante— que se me haya notificado personalmente para que asista a la diligencia de careo ya mencionada. Si ello fuere así, en el expediente debería constar esa circunstancia debidamente firmada y autorizada por el Secretario. En consecuencia, como la constancia dejada por el señor Juez Primero Superior es falsa, es el caso que se ha cometido un delito de investigación oficiosa y tiene señalada pena en el C. P. en el artículo 231 numeral 4º, pues se ha hecho constar en esa diligencia un hecho falso que engendra un delito de falsedad".

INVESTIGACION

Al sumario se allegaron los siguientes documentos:

a) El Acuerdo Nº 16 —junio 18 de 1953— por el cual se designa al doctor Antístenes López como Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Pasto;

b) Copia del Acta de posesión verificada ante la Gobernación del Departamento —Secretaría de Gobierno— con fecha 14 de julio de 1953, y certificado sobre el ejercicio del cargo.

Con estos documentos se acredita la calidad de funcionario público que como Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Pasto tenía el doctor Antístenes López en la fecha a que hace referencia el memorial denuncia.

c) Copia de la diligencia de careo, de fecha veintidós de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, en la cual al finalizar el acta se deja la constancia a que hace referencia el memorial denuncia;

d) Se practicó una diligencia de inspección ocular en el proceso contra Hugo Morales y otros por un delito de Concusión y especialmente sobre la diligencia de careo. Los peritos, después de relacionar los hechos expresan que el auto por el cual se ordenó practicar la diligencia de careo no fué notificado personalmente al doctor Manuel J. Troya. No hay constancia de este hecho ni mucho menos el de que se le hubiera notificado personalmente para que asistiera a ese acto el día en que debía celebrarse, ni aparece boleta original. El auto se notificó por estados.

e) Se recibió declaración a Jorge Pérez D. quien desempeñaba las funciones de Secretario del Juzgado. Al ser interrogado sobre los hechos dice:

"Recuerdo que en ese día por la mañana —se refiere al día de la diligencia de careo— encontré al doctor Manuel J. Troya, apoderado de Luis A. Figueroa y le dí aviso personal de que esa tarde se iba a verificar la diligencia de careo... insinuándole que concurriera a la diligencia. El doctor Troya manifestó que si podía iría. Eso es todo".

Al finalizar la diligencia de careo —dice el testigo— que dio aviso al Juez "de que yo lo había notificado al doctor Troya verbalmente y de que éste no había concurrido a la diligencia; el señor Juez me dijo que haga constar esa circunstancia; por costumbre es obligación de los Secretarios redactar las constancias al finalizar la diligencia, creo que yo cometí un error al haber hecho constar que lo notifiqué personalmente, cuando lo correcto era haber dicho en la constancia que le dí aviso verbal". "Manifiesto que el señor Juez pasó por desapercibida esa circunstancia y no intervino en la redacción".

Indagatoria

En el curso del sumario se recibió declaración indagatoria al doctor Antístenes López —Juez acusado— en relación con los cargos que se le formulan en el memorial denuncia, y al responder concretamente sobre ellos, manifiesta:

"Al final de la diligencia, mi secretario manifestó que el doctor Troya había sido notificado personalmente para que concurriera a la diligencia; yo le dije que dejara constancia y él dejó la constancia, es decir, mi secretario redactó la constancia. Desde luego, yo creí en lo que decía mi Secretario, porque todo Juez confía en los informes que suministra el respectivo Secretario. Además, como no le dí importancia al informe que debe el Secretario, no me cerciorè sobre el expediente si realmente se había hecho una notificación personal al doctor Troya, notificación personal que por lo demás no era necesaria, ya

que los autos que ordenan practicar careos, no es necesario notificarlos personalmente a los abogados de acuerdo con la ley. Yo tengo por costumbre revisar si las notificaciones están bien hechas cuando voy a dictar sentencia, en los procesos que ya tienen la categoría de causas. Jamás reviso notificaciones en los sumarios, porque sé que no se incurre en nulidades en las etapas sumariales".

Se considera:

El artículo 231, numeral 4o del C. P. erige como delito de falsedad en documentos el hecho de que el funcionario o empleado público abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos falte a la verdad en la narración de los hechos, o sea, que a sabiendas o maliciosamente altere, suprima u oculte hechos verdaderos que perjudican los intereses del Estado o de los particulares, fingiendo, simulando o imitando lo falso por lo verdadero, es decir faltando a la fé pública que el Estado y la sociedad deposita en sus funcionarios para que los documentos autorizados por ellos sean considerados como auténticos y verdaderos en su contenido.

Para que la falsedad en documentos sea punible —ante la ley— es necesario demostrar los elementos objetivos y subjetivos que integran el delito, porque es la reunión de estos componentes frente a un hecho determinado lo que configura el ilícito penal. El factor material sería la mutación de la verdad, o sea la discrepancia real entre lo que el funcionario conoce y lo que afirma o se hace constar en el documento, declaración o diligencia judicial; y el factor moral estaría integrado por la intención, propósito, voluntad y fines dolosos de cometer una infracción penal que cause un perjuicio real o potencial de orden público o privado. La ausencia de uno de estos elementos —material o moral— desintegra la figura delictual.

Es verdad que en la diligencia de careo se dejó constancia de que el apoderado del sindicado no concurrió a ella, "a pesar de que fué notificado personalmente por la Secretaría en la debida oportunidad", pero también es cierto que esa constancia —elemento material del delito— no altera ni modifica las relaciones jurídicas de las personas que intervinieron en la diligencia de careo, ni por sí sola, demuestra el elemento intencional o doloso que hubiera tenido el funcionario al autorizar y firmar ese documento y con ese acto, cometer un delito de falsedad.

La intención —en este caso— no se refleja en la proyección de actos externos en orden a violar la ley penal, pues la determinación de la voluntad no está animada por ningún fin doloso y si el hecho no es producto o resultado de una acción más o menos deliberada o negligente encaminada a quebrantar el orden jurídico tutelado por el Estado, entonces, mal podría afirmarse que de un acto equivocado, no de mala fe, o de un error involuntario pero no negligente se pueda deducir un propósito o fin determinado en orden de infringir la ley penal.

La constancia fué el resultado de un informe equivocado de la Secretaría, cuyo empleado en vez de hacer constar que el día de la diligencia de careo informó al apoderado que ésta se llevaría a cabo, equivocadamente y sin malicia expresó que a ese acto "no concurrió el apoderado a pesar de haber sido notificado personalmente". Afirmación que no ha sido contradicha ni tachada de falsa y que, por consiguiente, conserva plena validez para sostener que la conducta del Juez acusado no es delictuosa.

"El error en que incurrió el Secretario Páez (sic) —dice la Procuraduría— al dar la información a su superior y redactar la constancia por orden suya, es un hecho que no puede imputarse al Juez, por una parte; y por otra, tal circunstancia no engendra una falsedad del contenido del acta levantada con motivo de la diligencia de careo, sobre el cual el propio denunciante no hace objeción alguna; quedando, tal diligencia, libre de toda sospecha y plenamente eficiente para servir como prueba, ya que la pretendida falsedad en nada afecta el contenido mismo de la diligencia y queda garantizada así la fe pública que atestigua el documento en cuestión".

"Se halla demostrada la posibilidad de existencia de uno de los extremos del delito, la mutación de la verdad; pero no se encuentra en el proceso elemento alguno que traiga siquiera la noción del elemento intencional que guiara al doctor Antístenes López, para dar la orden a su secretario de dejar una constancia mentirosa cuando el Juez desconocía los fundamentos del error en que incurrió su secretario, desapareciendo así toda malicia de parte del Juez para que la mutación de la verdad se hiciera fraudulentamente".

Así pues, el acto realizado por el Juez acusado

no entraña un delito de falsedad por ausencia de uno de los elementos que sirven para configurarlo, o sea, el factor moral o intencional.

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 materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Monsenegro — Elberto Téllez Camacho — José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

A LOS MILITARES EN LA RESERVA O EN RETIRO, A LOS CIVILES AL SERVICIO DE LAS FUERZAS MILITARES Y A LOS PARTICULARES LOS PUEDE JUZGAR LA JUSTICIA PENAL MILITAR, SOLAMENTE POR DELITOS MILITARES O COMUNES TAXATIVAMENTE DETERMINADOS EN EL CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR.

La Justicia Penal Militar conoce de los delitos denominados militares cometidos por militares en servicio activo, en cualquier tiempo, y excepcionalmente, de los delitos comunes cometidos por las mismas personas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del Orden Público.

A los Militares en la reserva o en retiro, a los civiles al servicio de las fuerzas militares y a los particulares los puede juzgar la Justicia penal militar solamente por delitos militares o comunes taxativamente establecidos en el Código de Justicia Penal Militar. Así tenemos que en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior, la jurisdicción Penal Militar conoce de los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado cometidos por particulares (art. 3º, ord. 3º del C. de Justicia Penal Militar), quienes pueden ser agentes activos, a su vez, de delitos típicamente militares (v. gr. delito de falsa alarma, delito de sabotaje). Un civil al servicio de las fuerzas militares también puede incurrir en un ilícito típicamente militar como es el de violación de secretos, casos todos éstos sometidos a la jurisdicción penal militar.

El juzgamiento del delito común de lesiones personales agotado por un civil al servicio de las fuerzas militares no puede sustraerse al conocimiento de la justicia ordinaria en razón a que no está comprendido entre los que caen bajo la jurisdicción especial de que se viene hablando. El Código de Justicia Penal Militar en su art. 350 trata del delito militar de lesiones personales circunscribiendo su comisión al militar en servicio activo que, con ocasión del servicio o a causa del mismo, sin el propósito, de matar ocasione a otro un daño en el cuerpo o en la salud, o una perturbación psíquica.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El señor Juez Penal del Circuito de Montería ha enviado a la Corte copia de lo pertinente del sumario que por un delito de lesiones personales se sigue contra José Fabriciano García Rojas para que esta entidad dirima el incidente de colisión de competencias surgido entre dicho funcionario y el Comando de la Segunda Brigada con sede en Barranquilla.

Antecedentes

El 13 de agosto de 1956 siendo las 8 y 30 p. m. un jeep perteneciente al Comando del Distrito Militar Nº 21, conducido por José Fabriciano García, civil al servicio de las Fuerzas Militares, que se dirigía a Montería en cumplimiento de órdenes superiores, dio alcance y adelantó, rozándola a la volqueta Nº 4 del citado Municipio manejada por Andrés Herrera, con el resultado trágico de que el soldado Cano Abaunza Ramiro, quien viajaba en el vehículo manejado por García, debido al rozamiento, sufrió lesiones consistentes en la pérdida de las dos primeras falanges del dedo meñique de la mano derecha.

El sumario fué adelantado por la oficina de instrucción del Batallón de Infantería Nº 6 "Cartagena" hasta el momento en que se estableció que el sindicado no era militar en servicio activo sino simplemente un civil al servicio de las Fuerzas Militares asimilado a Cabo Segundo por razones administrativas de los reglamentos del Servicio Territorial Militar, cuando, y por tratarse de un delito común de lesiones personales con consecuencias de carácter permanente, se dis-

puso enviarlo al Juez Penal del Circuito de Montería.

El funcionario últimamente mencionado, en consideración a que el artículo 8º del Código de Justicia Penal Militar en el ordinal 2º dispone que se halla sometido a la jurisdicción penal militar "Todo el personal Civil que forma parte de las Fuerzas Militares, según las leyes y decretos orgánicos de éstos" resolvió enviar las diligencias al Comando de la Segunda Brigada, por competencia.

A su turno el Comando, después de algunas consideraciones de orden jurídico, las devolvió al Juzgado afirmando ser éste el competente quien, como ya se vio, las remitió a la Corte.

Se considera:

Como bien lo expone el Comando de la Segunda Brigada, la norma en que se apoya el Juez Penal del Circuito de Montería es de aplicación restrictiva y está supeditada a lo que dispongan las leyes y reglamentos orgánicos de las Fuerzas Militares.

En efecto, el artículo 9º del Código de Justicia Penal Militar, expresa:

"La jurisdicción penal militar conoce:

1º De los delitos clasificados en el presente Código, que se denominan delitos militares, cometidos por militares en servicio activo, en la reserva o en retiro; por civiles que forman parte de las Fuerzas Militares o por particulares de acuerdo con las normas de este Código.

2º (Subrogado por el artículo 1º del Decreto 1005 de 1952).

De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio activo, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del Orden Público con aplicación del procedimiento general señalado en el presente Código.

3º De los delitos establecidos en leyes penales comunes o militares, cometidos por militares o civiles que forman parte de las Fuerzas Militares o por particulares en territorio extranjero ocupado, con aplicación del procedimiento general o el especial señalado en el presente Código, según sea el caso".

De donde se deduce —con acierto lo hace ver también el citado Comando— que la regla general es la de que la Justicia Penal Militar conoce de los delitos denominados militares cometidos por militares en servicio activo, en cualquier tiempo, y excepcionalmente, de los delitos comunes cometidos por las mismas personas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del Orden Público.

A los militares en la reserva o en retiro, a los civiles al servicio de las Fuerzas Militares y a los particulares los puede juzgar la Justicia Penal Militar solamente por delitos militares o comunes taxativamente establecidos en el Código de Justicia Penal Militar. Así tenemos que en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior la Jurisdicción Penal Militar conoce de los Delitos Contra el Régimen Constitucional y Contra la Seguridad Interior del Estado cometidos por particulares (artículo 8º ordinal 7º del Código de Justicia Penal Militar), quienes pueden ser agentes activos, a su vez, de delitos típicamente militares, (v. gr. Delito de Falsa Alarma, Delito de Sabotaje). Un civil al servicio de las Fuerzas Militares también puede incurrir en un ilícito típicamente militar como es el de violación de secretos, casos todos éstos sometidos a la Jurisdicción Penal Militar.

Ahora bien, el delito de que tratan estas diligencias es el común de lesiones personales agotado por un civil al servicio de las Fuerzas Militares cuyo juzgamiento no puede sustraerse al conocimiento de la justicia ordinaria en razón a que no está comprendido entre los que caen bajo la jurisdicción especial de que se viene hablando. El Código de Justicia Penal Militar en su artículo 150 trata del delito militar de lesiones personales circunscribiendo su comisión al militar en servicio activo que, con ocasión del servicio o a causa del mismo, sin el propósito de matar, ocasione a otro un daño en el cuerpo o en la salud, o una perturbación psíquica, situación que no es la de José Fabriciano García Rojas.

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, DIRIME la colisión de competencias, en el sentido de atribuir el conocimiento del presente negocio al señor Juez Penal del Circuito de Montería.

Dese cuenta de esta providencia al señor Comandante de la Segunda Brigada.

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, Secretario.

CORRESPONDE A LA JUSTICIA MILITAR CONOCER DEL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR. — CRITERIO DISTINTIVO ENTRE ASOCIACION PARA DELINQUIR Y CONCURSO DE VARIAS PERSONAS EN UN MISMO DELITO. NO ES LA PLURALIDAD DE AGENTES, NI EL NUMERO DE DELITOS COMETIDOS, NI LA INSENSIBILIDAD MORAL EN LA EJECUCION, NI SIQUIERA EL ACUERDO Y AYUDA RECIPROCA DE LOS DELINCUENTES LO QUE CONFORMA LA ASOCIACION CRIMINOSA, SINO LA ACTIVIDAD ORGANIZADA CON EL ANIMO PERMANENTE, NO OCASIONAL, DE DELINQUIR.

1 — De conformidad con el artículo 139 del Decreto 2000 de 1958, —que casi en su integridad se halla vigente, pues el Decreto 0043 de 1958 no hizo sino suspender las disposiciones que le fueran contrarias—, a la Justicia Militar le corresponde, efectivamente, conocer del delito de asociación para delinquir de que trata el artículo 208 del C. Penal.

2 — Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Italia, de fecha 29 de marzo de 1937 —citada por Maggiore— "el criterio distintivo entre asociación para delinquir y concurso de varias personas en un mismo delito, consiste en esto: en la primera debe haber alguna fase preparatoria, preordenada a la consumación de delitos en general, en la que precisamente se manifiesta la actividad organizada, característica del fin de la SOCIETAS DELINQUENDUM; en cambio, en el concurso de varias personas en un mismo delito, los agentes no preparan ningún organismo, pues limitan su acción a la consumación en concurso de un delito determinado. Así que, consumado éste, ya no tiene razón de ser el acuerdo.

3 — Al darse el nombre del delito específico Asociación para Delinquir a un conjunto de hechos delictuosos específicamente distintos, a su vez, entre sí se olvida que no es la pluralidad de agentes, ni el número de delitos cometidos, ni la insensibilidad moral en la ejecución, ni siquiera el acuerdo y ayuda recíproca de los delincuentes lo que conforma la asociación criminosa, sino la actividad organizada con el ánimo permanente, NO OCASIONAL, de delinquir. Se incurriría así en la confusión anotada por Carrara cuando dice, al enseñar que tal es "el elemento cardinal e indispensable" de la SOCIETAS SCELERIS: "Los acusadores olvidan con frecuencia este criterio, pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer algún delito, corren veloces a darles, sin más ni más, el título de asociación de malhechores".

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal Bogotá, veintiseis de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve).

VISTOS:

La Auditoría de Guerra de la Sexta Brigada, con sede en Ibagué, entidad instructora de estas diligencias contra Emiliano Oliveros y otros por varios delitos, según comisión que le confiriera el Comando de la misma con fecha 28 de junio de este año, provocó colisión de competencia negativa a los Jueces Superiores de ese Distrito Judicial a solicitud del apoderado de los sindicados Ismael y Antonio Mayorga, aduciendo las siguientes razones:

HECHOS:

"En la noche del veinticinco de febrero del año próximo pasado (1956) en altas horas de la noche fueron asaltadas por un grupo de diez sujetos las casas de habitación de Gregorio Gutiérrez Vásquez y Roque Jacinto, ubicadas en jurisdicción del Municipio de Suárez, punto denominado 'La Honda' donde dieron muerte, en la primera de ellas a Eudovino Gutiérrez, Ligia, Efraín, Alicia, Severiano, Gladis, Wenceslada y Gregorio Gutiérrez Rocha y a Diva Andrade de Gutiérrez y en la segunda a Roque Jacinto, Griselda Ce

y a Rosalía Suárez de Celis, abusando carnalmente antes y después de la muerte de Gricelda Celis, igualmente abusaron de Lucía Calderón de Celis, única sobreviviente de tan espantosa tragedia o masacre, procediendo luego de esto, a incendiar los casas donde se encontraban los cadáveres.

"...el memorialista ha sustentado la tesis jurídica, que en las presentes diligencias, no se configura el delito de Asociación para Delinquir, y para esto, cita las normas pertinentes del caso, así mismo lo que sostiene el profesor Lozano y Lozano.

"...De lo actuado dentro del expediente establece y sobran pruebas que los presuntos sindicados de los delitos que se les imputa, cometieron en la noche del veinticinco de febrero del año próximo pasado, el homicidio en catorce personas y por las circunstancias y modalidades como se efectuó dicho crimen, toma la denominación de asesinato, y los elementos materiales de la estructuración de dicho delito se encuentra acreditado dentro del sumario (sic) pero de ninguna manera dentro de la misma investigación se ha configurado el delito de Asociación para delinquir, que es precisamente lo que dá competencia a la Justicia Castrense.

"...Como se podrá observar a través de la investigación efectuada, no existe una sola diligencia que lleve al ánimo al juzgador, (sic) de que los componentes que concurrieron la noche de autos, a efectuar tan horripilante crimen, fuera precisamente una cuadrilla organizada en forma permanente: así mismo dentro de las mismas diligencias, no obra prueba alguna que demuestre la organización entre los concurrentes al crimen.

"En todo caso y de las pruebas que obran, jamás se puede establecer la existencia de una cuadrilla o asociación que operara en el Municipio de Suárez, que tuviera como fin primordial y único el objeto de cometer toda clase de delitos y que actuara en todos los casos mediante común acuerdo y recíproca ayuda entre los asociados y mucho menos que la organización fuera de carácter permanente.

"En estas circunstancias, no puede tener la Justicia Castrense competencia para conocer del presente negocio, sino que le corresponde, es a la Justicia Ordinaria su conocimiento y juzgamiento, y por lo tanto se debe remitir el proceso a los señores Jueces Superiores de Ibagué, por razón de su jurisdicción, y por ser éstos los competentes".

Repartido el negocio al señor Juez Primero Superior, este funcionario arguyó que desde un principio las autoridades militares aceptaron que se trataba de un delito de "Asociación para Delinquir"; que tal es la denominación dada a los hechos en el auto de detención dictado por el Juez 75 de Instrucción Criminal y en las providencias que declararon cerrada la investigación y la calificaron; y que no fue por incompetencia de jurisdicción sino por error en el procedimiento por lo que la nulidad de la actuación fue decretada. Y agrega:

"Por su parte este Despacho considera que realmente los hechos investigados hacen referencia a delitos que por su naturaleza y gravedad, así como por su persistencia, sólo pudieron haber sido cometidos por personas dedicadas al crimen, constituidas en asociación para ello, con dirigentes o jefes y con la calidad de permanente existencia. Y esto es indudable, porque no de otra manera se explica la absoluta falta de sensibilidad humana en los autores de los crímenes; la variedad y cantidad de los delitos cometidos; la concurrencia de mas de cinco individuos; la coordinación en el planeamiento y ejecución de los mismos; y la evidente relación y concordancia con los procedimientos empleados en otros casos similares.

"Es natural que los responsables no solamente nieguen su participación en los delitos de homicidio, robo etc. sino también la existencia de la asociación para delinquir, absteniéndose de indicar sus dirigentes sus objetivos y todo aquello que la defensa alega no haber sido demostrado en el expediente. Pero esto no quiere decir, que del mismo expediente surja la inexistencia de dicha infracción. Al contrario, basta tener en cuenta lo afirmado en el aparte anterior, para llegar a la conclusión de que en este proceso el expresado delito de 'Asociación para Delinquir' se configura plenamente y por ello su competencia no es de la justicia ordinaria".

Rechazada por el Juzgado la competencia así promovida, el negocio se ha enviado a la Corte para lo de su cargo.

Se considera:

De conformidad con el artículo 139 del Decreto 2900 de 1953 (que casi en su integridad se halla vigente, contra lo aseverado por el señor Comandante del Batallón No 3 Cazadores del Departamento del Tolima, pues el Decreto 0943 de 1955 no hizo sino suspender las disposiciones que le fueran contrarias), a la Justicia Militar le corresponde, efectivamente conocer del delito de

asociación para delinquir de que trata el artículo 208 del Código Penal.

Lo que la Corte debe, por tanto, examinar es si en el presente informativo se configura o no el ilícito en referencia, que la citada norma del Estatuto Punitivo define como la agrupación de tres o más personas, organizadas con el propósito permanente de cometer delitos mediante común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados.

Para llegar a una conclusión afirmativa, el señor Juez Primero Superior de Ibagué tuvo en cuenta que las circunstancias en que no menos de diez atacantes asaltaron, en la noche del 25 de febrero de 1956, las casas de Gregorio Gutiérrez y Roque Jacinto, con un saldo de catorce víctimas, no es un fenómeno de simple complicidad o delincuencia común; pero, aunque dice que no surge del expediente la inexistencia de la infracción, tampoco indica la prueba o pruebas que le permitieran deducir, positivamente, lo contrario. Apoya su parecer en la consideración de la falta de sensibilidad humana de los delincuentes, variedad y cantidad de los delitos, concurrencia de más de tres individuos en el asalto, concordancia del procedimiento con el empleado en casos semejantes y coordinación en el planeamiento y ejecución, conjunto de modalidades simplemente indicador de la coparticipación delictuosa mientras no esté demostrada la previa organización con voluntad de violar permanentemente la ley.

La infracción de que se trata es autónoma o sea que existe per se, abstracción hecha de los delitos que se perpetren por su causa. Aún más: sus autores pueden no cometer delito alguno en desarrollo del propósito que ha determinado la agrupación, y el ilícito se habrá consumado, no obstante por el solo hecho de asociarse para delinquir.

Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Italia, de fecha 29 de marzo de 1937 —citada por Maggiore— "El criterio distintivo entre asociación para delinquir y concurso de varias personas en un mismo delito, consiste en esto: en la primera debe haber alguna fase preparatoria, preordenada a la consumación de delitos en general, en la que precisamente se manifiesta la actividad organizada, característica del fin de la societas delinquentium; en cambio, en el concurso de varias personas en un mismo delito, los agentes no preparan ningún organismo, pues limitan su noción a la consumación en concurso de un delito determinado. Así que, consumado éste, ya no tiene razón de ser el acuerdo".

Verdad es que en el auto de proceder que en estas diligencias alcanzó a proferirse antes de declararse nulo lo actuado por no haberse seguido el procedimiento legal correspondiente, los sindicados fueron llamados a responder en juicio "por los delitos de ASESINATO (sic), ROBO, VIOLACION DE DOMICILIO, INCENDIO, VIOLENCIA CARNAL y VIOLACION DE CADAVERES... y del de ASOCIACION PARA DELINQUIR"; pero la mención que allí se hace de este último ilícito debió de corresponder a falta de nociones claras sobre los elementos que ontológicamente lo estructuran, pues tanto el señor Comandante del Destacamento del Guamo como el Oficial de Detall, aquél al cerrar la investigación y éste al emitir concepto como Agente del Ministerio Público, dicen que "Los hechos en cuestión constituyen el delito de ASOCIACION PARA DELINQUIR, que define y castiga el C. P. en su Título V Libro 2º artículos 208 y siguientes, artículos 362 363 251 317 y 302 ibidem que por Decreto 2900 de 1951 (sic) artículo 4º y 2900 artículo 139, ordinal C. conoce de dicho delito la Justicia Penal Militar" (subraya la Sala).

Se le dio pues, el nombre del delito específico Asociación para Delinquir a un conjunto de hechos delictuosos específicamente distintos, a su vez entre sí, olvidando que no es la pluralidad de agentes, ni el número de delitos cometidos, ni la insensibilidad moral en la ejecución, ni siquiera el acuerdo y ayuda recíproca de los delincuentes lo que conforma la asociación criminosa, sino la actividad organizada con el ánimo permanente, no ocasional, de delinquir. Se incurrió así en la confusión anotada por Carrara cuando dice, al enseñar que tal es "el elemento cardinal e indispensable" de la societas sceleris: "Los acusadores olvidan con frecuencia este criterio, pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer algún delito, corren veloces a darles, sin más ni más, el título de asociación de malhechores".

Al aseverar que los delitos investigados "sí pudieron haber sido cometidos por personas dedicadas al crimen, constituídas en asociación para ello, con dirigentes o jefes y con la calidad de permanente existencia" (subraya la Sala), el señor Juez Primero Superior de Ibagué expresó únicamente una posibilidad, no desprovista de fundamentos morales dado el estado de descomposición social que se ha venido viviendo en el Departamento del Tolima y en otras regiones del país; pero frente a la negativa de los sindicados y en ausencia de toda comprobación al respecto sería injurídico deducir la materialidad del

cito de circunstancias ajenas a la realidad procesal.

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, dirime la colisión de competencias negativas de que se ha hecho mérito en el sentido de que es al señor Juez Primero Superior de Ibagué a quien corresponde conocer de este negocio.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen y comuníquese lo resuelto a la Sexta Brigada de las Fuerzas Armadas con sede en la misma ciudad.

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 Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

La facultad otorgada al Gobierno para disponer de acuerdo con la Corte —en cualquier estado de un proceso y antes de proferirse el fallo de segunda instancia— que las personas acusadas por delitos del conocimiento de los Jueces Superiores sean juzgadas en Distrito Judicial distinto de aquel donde la ley se infringió, constituye una excepción a las reglas generales de competencia por razón del territorio, que procede cuando la medida se estima conveniente para la recta administración de justicia o la salud del inculpado lo requiere.

No puede decirse que los derechos de la sociedad se hallan plenamente amparados allí donde a su turno, no lo han estado debidamente los que se controvierten por las partes en determinado proceso. No pueden estarlo, cuando de la documentación allegada al expediente surgen omisiones, incoherencias, errores y descuidos que infunden, cuando menos, el temor de que factores extraños no hayan fijado enteramente a salvo la libre apreciación del problema sub júdice por las autoridades que lo han venido tratando.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal Bogotá veintiseis de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

Para el concepto de que trata el artículo 58 del Estatuto Procesal se ha enviado a la Corte la solicitud elevada al Ministerio de Justicia por el doctor Arturo Vallejo Sánchez para obtener el cambio de radicación del proceso adelantado contra Roberto Torres y otros en el Juzgado 5º Superior de Medellín, en el cual se averiguan —al decir del peticionario— varios delitos cometidos en perjuicio de la EMPRESA DE TRANSPORTES DUQUE LIMITADA por Luis H. Gómez, Gilberto Ordóñez o Roberto Torres, Aldemar Campos Aguirre y otros, quienes dispusieron de 115 sacos de café excelso que se transportaban de la mencionada ciudad al puerto marítimo de Buenaventura con destino a la exportación.

Como fundamentos DE HECHO alega el interesado que en el sumario aparece notoriamente comprometido el señor Emilio Angel, Gerente de la FABRICA DE CHOCOLATES SANSON de Medellín quien adquirió ilícitamente a menos precio los referidos sacos de café pagando por ellos la suma de $ 26.365,00 moneda corriente el 13 de febrero de 1957, es decir cuando su valor comercial era el de $ 35.566,75; que en las declaraciones de personas que intervinieron en la negociación aparecen el señor Angel "como un reducidor sumamente hábil" y la Empresa gerenciada por él "como una sociedad dedicada a negocios turbios de compra de café de dudoso procedencia"; que el mismo señor, en su calidad de Gerente de la FABRICA DE CHOCOLATES SANSON, "está igualmente comprometido en la compra de 65 sacos de Café Medellín Excelso, que la firma EDUARDO BOTERO SOTO y CIA. LIMITADA entregó a Pascual Duque y Antonio Márquez para transportar a Cartagena, compra hecha por Angel el 6 de octubre de 1956, negociación dentro de la cual aparece el mismo sujeto 'ROBERTO TORRES', mencionado en el proceso... De manera que la cadena delictiva formada entre Angel Torres (sic) o como en realidad se llame este sujeto, y otros amigos de lo ajeno, aparece patente a los ojos de cualquier funcionario instructor de buena fé"; que la Fábrica de Chocolates Sansón ofreció un cheque para pagar el valor del café adquirido por Angel y que todos los testigos comprometen a éste como beneficiario de la infracción, aparte de que el SERVICIO DE INTELIGENCIA COLOMBIANO lo capturó y condujo ante el Inspector de Policía Departamental, con un informe completo y fehaciente sobre sus actividades delictuosas, no obstante lo cual "es lo cierto que Emilio Angel no ha sido oído en indagatoria, como sindicado, sino en declaración bajo juramento como un simple testigo honorable, se le puso en libertad inmediata, sin formalidades de ninguna especie, por el referido funcionario de Policía. Y la actuación de éste ha sido confirmada al través del proceso por el señor Juez 5º Superior de Medellín, quien sigue con-

derando a Angel como persona ajena al delito cometido, ya que el 22 de agosto del año en curso dictó sentencia condenatoria por el delito de 'abuso de confianza' contra los sujetos LUIS H. GOMEZ y RICARDO MONTOYA MARQUEZ o GILBERTO ORDOÑEZ o ROBERTO TORRES, condenándoles a las penas de 16 y 18 meses, respectivamente, de conformidad con el Decreto 0014, y absolviendo a Aldemar Ocampo (sic) quien se halla en libertad. Y en cuanto a Angel, se ordena sacar copias del proceso, para averiguar por separado el delito en el cual hubiera podido incurrir"; que no se decretó la aprehensión del café objeto del delito y el Juez Superior confirmó la actuación del instructor, "que es violatoria de claras normas de procedimiento penal"; que "deliberadamente al parecer, se ha incurrido en un error en la calificación del delito, para beneficiar con esta determinación a los comprometidos"; y que el señor Emilio Angel, por su posición económico social y sus nexos comerciales y financieros, dispone en Medellín de influencias que han hecho fracasar las gestiones de la justicia frente a él, y que le garantizarán la impunidad más absoluta en el proceso iniciado por los representantes que tiene en dicha ciudad la EMPRESA DE TRANSPORTES DUQUE LIMITADA, como se demuestra con los informes del servicio de Inteligencia Colombiano y con el análisis de la realidad procesal que debió hacer el Visitador del Ministerio de Justicia.

Se han acompañado los siguientes documentos:

A) Poder conferido por el señor Víctor M. Duque Peña al doctor Vallejo Sánchez para gestionar el cambio de radicación solicitado (fl. 1);

B) Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución de la Sociedad denominada DUQUE y JIMENEZ LIMITADA, que inicialmente formaron los señores Luis A. Duque Peña y Carlos Jiménez y que integraron después, con el nombre de TRANSPORTES DUQUE Y COMPAÑIA LIMITADA, los señores Luis A. Alberto y Víctor Manuel Duque Peña, como únicos socios (fls. 2 a 5);

C) Copia del memorial dirigido por el poderdante del doctor Vallejo Sánchez al Jefe del Servicio de Inteligencia Colombiano —Seccional del Departamento de Antioquia— en el cual se relatan los hechos y se pide la investigación de los mismos (fls. 6 a 8);

D) Certificación del Secretario del Juzgado 3º Superior de Medellín, según el cual en el negocio adelantado en ese despacho por abuso de confianza contra Luis Gómez, Aldemar Campos A. y Ricardo Montoya Márquez y en que aparecen como ofendidos ARISTIZABAL y CIA. y TRANSPORTES DUQUE, se condenó a los sindicados —con excepción de Campos— en sentencia que está al conocimiento del respectivo Tribunal Superior por el doble concepto de apelación y consulta (fl. 39);

E) Copia del informe rendido con fecha 30 de mayo último por el Jefe Seccional del SIC en Antioquia, Teniente Gilberto Bayona Ortiz al cual pertenecen los apartes que a continuación se transcriben:

CONCLUSIONES:

"a) La labor de los miembros de esta Institución en la investigación de la sustracción criminal del café, se vio demeritada por el señor Inspector, por cuanto el cheque en cuestión, con el cual se iba a resarcir los perjuicios ocasionados con infracción (sic) fue devuelto antiprocedimentalmente por tal funcionario, y en auto recaído en el sumario atribuyó a los AA. SS. afirmaciones que no están contenidas en el informe ni fueron hechas jamás, todo para poner fuera de responsabilidad al señor EMILIO ANGEL.

"b) El hecho de haber permitido que el sindicado Angel hubiese hablado antes con su abogado, para luego si indagatoriarlo, indica asimismo el interés en llevarse de calle las normas procedimentales.

Concepto

"1º El señor Inspector GERMAN BOTERO EASTMAN es responsable de parcialización en la tramitación del sumario de que hablan las diligencias, por lo cual no merece el honor de ser empleado oficial y debe ser removido de su cargo.

"2º El proceso penal en referencia debe ser revisado por la autoridad correspondiente, a fin de establecer la responsabilidad penal que pueda caberle al abogado BOTERO E. y al señor EMILIO ANGEL absuelto antiprocedimentalmente por dicho funcionario". (Fls. 35 a 36).

F) Copia del informe rendido con fecha 23 de septiembre del año en curso por el Visitador del Ministerio de Justicia doctor Miguel Osorio Mannotas, quien llegó, después de haber examinado el expediente de que se hace mención, a las siguientes CONCLUSIONES:

"PRIMERA. En la tramitación del proceso que nos ocupa se han consumado multitud de errores

tanto de carácter procedimental como de naturaleza sustantiva. También se observa que la fuente de tales deficiencias son originadas en hechos que colocan a la justicia en difícil situación en el lugar donde aún permanece el expediente.

"Desde la etapa prístina de la investigación se observan modalidades que repercuten hondamente en una sana aplicación del derecho. No otra circunstancia podría esperarse de la irregular actuación del Inspector Segundo Departamental, doctor Germán Botero Eastman, quien sin respeto por los más elementales principios de la ley procedimental penal proceda precipitadamente a suspender la captura y pone en libertad al señor Emilio Angel, no obstante que en el detallado informe del Sic se aprecian graves cargos contra dicho señor.

"Pero no sólo eso ejecuta tan singular funcionario. Luego de libertar al mentado Emilio Angel lo cita a su despacho y le toma declaración bajo juramento como si se tratara de un ejemplar ciudadano. Esto también da motivo para que esa conducta del citado empleado público sea acerbamente criticada.

"SEGUNDA. El Inspector, doctor Botero Eastman, calificó el hecho delictivo que la sociedad le confiaba para su investigación erróneamente y, pues detuvo y abrió a prueba afirmando que se encontraba estructurado un simple delito de Abuso de Confianza. Para el suscrito Visitador los hechos que realizaron los sindicados si se estudian desapasionadamente y sólo con fundamento en las probanzas que existen en el expediente nos configuran un típico delito de estafa; ya que los sindicados pusieron en ejecución varias maniobras engañosas para hacer incurrir en error al Gerente de Transportes Duque, Sucursal Medellín, y cumplido el fraude recibieron el cargamento de café para luego aprovecharse de él ilícitamente.

"TERCERA. Que la libertad súbita que dio el Inspector Botero Eastman a Emilio Angel y luego el delicado tratamiento que le dispensó en el despacho fue consecuencia de una parcialidad de fines inexplicables es cuestión que no sólo deduce el suscrito Visitador, pues mucho antes esa desorbitada conducta fue calificada duramente, por la misma razón, por el señor Jefe del Sic. Seccional de Medellín. Esta conclusión consta en el informe rendido por dicho funcionario y cuya copia me permito adjuntar.

"CUARTA. Otro acto contrario al buen procedimiento que realizó el referido Inspector Segundo de Medellín fue el de abstenerse de aprehender los sacos de café que el denunciante había entregado para su conducción a Buenaventura y que fueron comprados por la Fábrica de que es Gerente Emilio Angel. Esa aprehensión ha debido verificarse, pues así lo estatuye terminantemente el procedimiento penal.

"QUINTA. Para mayor confusión de todo cuanto se ha visto cumplido por el Inspector de Medellín, encontramos en el proceso de la referencia la actuación seguida por el señor Juez Quinto Superior doctor Rubén Herrera R. Este funcionario se limitó a poner el visto bueno a toda la actuación que desacertadamente llevó a cabo dicho instructor. De tal manera que ahí vemos al Juez mencionado negando la indagatoria a Emilio Angel; negando la aprehensión del café fraudulentamente aprovechado; aceptando que el delito es un abuso de confianza; y finalmente condenando en forma demasiado benigna a los autores materiales del delito.

"El señor Juez Quinto Superior tuvo oportunidad de subsanar todos los errores descomunales que verificó el Inspector Segundo. El señor Juez Superior ha podido estudiar el desarrollo de los hechos y llegar fácilmente a la inequívoca conclusión de que se trataba de una estafa. Este mismo funcionario ha debido tocar por todo la actuación procesal y colocar las enmiendas indispensables. No lo hizo así y se solidarizó injustificadamente con su inferior, por expresa declaración en tres providencias cuyas copias me permito acompañar.

"No puede compartir el suscrito Visitador estas tesis porque carecen de toda lógica y de todo fundamento jurídico. El señor Emilio Angel ha debido ser indagatoriado por el señor Juez porque en el informativo aparecen pluralidad de cargos con él. Y no sólo someterlo a declaración e inquirir sino que hay mérito para decretar su detención.

"SEXTA. Del estudio cuidadoso y sereno que el suscrito Visitador hizo del proceso aludido del criterio que se vislumbra de los funcionarios que en su tramitación han intervenido, al través de las copias de las providencias que se adjuntan, se puede colegir, dentro de una absoluta certeza, que este proceso va al naufragio en bochornoso si se permite que continúe desarrollándose en Medellín.

"No sólo el señor Inspector que inició la inv

tigación nos está demostrando que es un ignorante o un timorato o un complaciente con los sindicados en la administración de justicia, sino que el mismo Juez Superior que como Juez competente le ha tocado examinar el proceso nos está gritando, muy a las claras, que es capaz de realizar todas y cada una de esas repugnantes acciones.

"De tal manera que no hay que esperar nada bueno para el futuro de este proceso. El señor Emilio Angel es un ciudadano muy bien relacionado y con capacidad económica muy amplia. Este señor Angel, Gerencia la firma Fábrica de Chocolates Sansón, entidad que dispone de una incalculable influencia en todos los sectores. Bastaría como ejemplo de esa inconmensurable influencia el hecho consumado por el Inspector al poner en libertad al señor Emilio Angel sin tomarle declaración y sin oirlo en la etapa delicada de la investigación.

"Posteriormente, como ha quedado demostrado, el señor Juez Quinto Superior respalda tan nefasta conducta y el señor Emilio Angel continúa al margen del proceso sin responder de los cargos que allí le aparecen reunidos.

"De modo pues, que con fundamento en lo afirmado por el señor Jefe de la Seccional del Sic. de Medellín; en lo sostenido por el señor Juez Quinto Superior en las providencias que dieron oportunidad para conocer su criterio; y finalmente en algunas confidencias que dejaron escapar algunos profesionales y que luego llegaron a mis oídos, estimo, muy fundadamente, que este proceso convendría que el Ministerio de Justicia tramitara activamente su traslado a otro Distrito Judicial, de conformidad con lo estipulado por el artículo 78 del C. de P. P. Hay fundamentos plausibles que así lo piden y que no son otros que la recta y sana administración de justicia" (Fs. 20 a 28).

Con sendas copias de las providencias de 18 de julio, 12 de agosto y 3 de septiembre de 1957, dictadas por el Juez 5º Superior de Medellín, por las cuales —respectivamente— se dispuso la entrega en depósito a TRANSPORTES DUQUE LIMITADA de 111 de los bultos de café cuyo extravío originó la instrucción (los cuatro restantes no entraron en las transacciones de la casa comisionadora"); se retrotrajo la actuación por haberse ordenado el depósito sin audiencia de la Chocolatería Sansón; y se le negaron a la parte civil la restitución de la mercancía y la práctica de algunas pruebas, entre éllas la indagatoria del señor Emilio Angel (fs. 30 a 31).

Se considera:

La facultad otorgada al Gobierno para disponer de acuerdo con la Corte —en cualquier estado de un proceso y antes de proferirse fallo de segunda instancia— que las personas acusadas por delitos del conocimiento de los Jueces Superiores sean juzgadas en Distrito Judicial distinto de aquel donde la ley se infringió, constituye una excepción a las reglas generales de competencia por razón del territorio, que procede cuando la medida se estima conveniente para la recta administración de justicia o la salud del inculpado la requiere.

No puede decirse que los derechos de la sociedad se hallan plenamente amparados allí donde, a su turno, no lo han estado debidamente los que se controvierten por las partes en determinado proceso. Tal ocurre en el caso que se contempla, pues la actuación de los funcionarios a cuyo cargo estuvieron la investigación y juzgamiento en primera instancia de los hechos denunciados por TRANSPORTES DUQUE y CIA. LIMITADA mereció, por parte de los empleados administrativos comisionados para estudiarla, la crítica acerba que antes se transcribió y que no obedece a estimaciones gratuitas sino a informaciones directas, como la obtenida por el Visitador del Ministerio de Justicia al examinar la realidad procesal.

Pero no es solamente eso. De la documentación allegada a los autos surgen omisiones, incoherencias, errores y descuidos que infunden, cuando menos el temor de que factores extraños no hayan dejado enteramente a salvo la libre apreciación del problema sub judice por las autoridades que hasta ahora lo han venido tratando.

Aparece, en efecto, que el Inspector de Policía encargado de la instrucción prescindió de detener provisionalmente al señor Emilio Angel y lo puso en libertad sin recibirle indagatoria, oyéndolo apenas como testigo, no obstante los indicios que determinaron su captura por el Servicio de Inteligencia, procedimiento que contrasta con el seguido respecto de otros sindicados de condición social diferente. Sin que valga la explicación de que contra el señor Angel no se configuraba el cargo de abuso de confianza sino el de encubrimiento, porque este último ilícito se halla reprimido con pena de prisión en el caso del artículo 200 del Código Penal (que sería la disposición aplicable en tal hipótesis, por lo demás muy discutible) y exige por lo tanto, la detención preventiva. Tampoco efectuó dicho funcionario la aprehensión de los efectos objeto del hecho inves-

tigado, y así pido la Empresa compradora, gerenciada por el mismo señor Angel, continuar en posesión de aquéllos.

No es menos infortunada la prosecución del negocio en la etapa subsiguiente. Ante el señor Juez 5º Superior de Medellín solicita la parte civil la devolución del café; y el funcionario, diciendo que la concede, ordena se deposite el producto "en su legítimo dueño TRANSPORTES DUQUE LIMITADA" afirmando "que los mismos poseedores actuales (se refiere a Chocolatería Sansón, la entidad compradora) reconocen que el dominio de la mercancía es de la empresa ofendida, y que han estado dispuestos a la indemnización de los perjuicios". La parte civil interpone los recursos de reposición y, subsidiariamente, de apelación contra lo resuelto para que se dé aplicación a lo que dispone el artículo 704 del Código de Procedimiento Penal, y el Juez retrotrae lo actuado aceptando que "en forma ligera e inconsulta... accedió a las pretensiones de los demandantes, sin previa citación y audiencia del tercero en cuyo poder estaba la mercancía". La Chocolatería Sansón se hace presente, y la restitución acaba por negarse, lo mismo que la indagatoria del señor Angel y demás pruebas solicitadas por la parte civil.

Hasta aquí las providencias del señor Juez Superior traídas en copia a los autos —consideradas en sus partes dispositivas y hecha abstracción del acierto o desacierto de la decisión final adoptada en ellas— podrían significar apenas el natural proceso de rectificación a que los funcionarios judiciales se ven expuestos frecuentemente en el desempeño de su misión. Pero sucede que, al motivarlas, incurre en contradicciones muy difíciles de explicar por ignorancia o injuria, como la de afirmar primero —para ordenar el depósito del café— que TRANSPORTES DUQUE LIMITADA es "su legítimo dueño"; asseverar después —al retrotraer la actuación— que no se considera oportuno "entrar a resolver sobre el mejor derecho de dominio en el elemento que aparece como instrumento del delito entre los interesados" y terminar declarando —en el auto que deniega la restitución de la mercancía— que "No está demostrado que el café excaso a que se refiere el abuso de confianza que se investiga fue el realmente comprado por Chocolatería Sansón, y aun cuando esto fuera cierto, la compra **constituyó una operación normal, lícita y procedente**" y que "**son aplicables al caso, los artículos 792 y 947 del C. Civil**" (Subraya la Sala).

Esta última afirmación se hace por el mismo Juez que ya había dictado sentencia condenatoria, por **abuso de confianza**, contra Luis H. Gómez y Gilberto Ordóñez a Roberto Torres o Ricardo Montoya Márquez, los sujetos que le vendieron a la Fábrica de Chocolates Sansón el café a ellos entregado para transportar a Buenaventura; y que había dispuesto se sacara copia de lo conducente en los autos para investigar el delito de **encubrimiento** en que hubiera podido incurrir el señor Angel, quien confesó haberle girado a Torres, en su condición de gerente de la empresa compradora, el valor del producto, y quien —según declaración del sentenciado Gómez— "sabía que el café era robado". En tales circunstancias parece, cuando menos, extraño que a la parte ofendida se le proponga o insinúe que instaure acción de dominio o inicie un juicio posesorio para recuperar lo que debía restituírsele en los términos del artículo 30 del Código de Procedimiento Penal y que no se le devolvió porque el instructor había omitido la aprehensión y el Juez del conocimiento consideró irreparable ese "error inicial" que, como los demás advertidos en la aplicación de la ley o del criterio jurídico a la cuestión debatida, perjudicaba únicamente al sujeto pasivo de la infracción.

No resultan, de consiguiente, infundadas las apreciaciones del señor Visitador del Ministerio de Justicia cuando dice que las deficiencias halladas por él en el proceso de que se hace mención "son originadas en hechos que colocan a la justicia en difícil situación en el lugar donde aún permanece el expediente" y que "Desde la etapa prístina de la investigación se observan modalidades que repercuten hondamente en una sana aplicación del derecho".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de lo Criminal— CONCEPTUA que es procedente el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, devuélvanse las presentes diligencias a la oficina de origen y envíese al Tribunal Superior de Medellín copia de este concepto para los fines del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

Guillermo Hernández Peñalosa — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Moreno — Gilberto Téllez Camacho — Julio Arguello, Secretario.

LA INTERVENCION DEL PROCESADO EN LA ELECCION DE JUECES QUE HAN DE CONOCER DE SU CAUSA, COMO FUNDAMENTO DE QUE SE CONSTITUYE UN IMPEDIMENTO DE ORDEN MORAL EN AQUELLOS, O EL TEMOR DE POSIBLES COMENTARIOS DESFAVORABLES A UNA FUTURA DECISION DE SUS COMPAÑEROS EN LA ENTIDAD QUE HA DE JUZGARLO, O EL SENTIMIENTO DE AMISTAD Y COMPRESION QUE PUEDAN TENER CON EL PROCESADO, NO SON CAUSAS JUSTIFICATIVAS PARA VARIAR LA RADICACION DE UN PROCESO PENAL. TALES HECHOS PUEDEN CONFIGURAR CAUSAL DE IMPEDIMENTO O DE RECUSACION. PERO DEBE SEGUIRSE SU TRAMITE PROPIO, NO EL DE DICHO CAMBIO DE RADICACION.

El carácter excepcional del cambio de radicación de un proceso, justificable sólo por causas muy graves, todavía se hace más imperativo cuando está fundado en circunstancias distintas a las contenidas en el artículo 58 del C. de P. P. en su segundo inciso, puesto que se ha de partir entonces de la presunción de que quien administra justicia se ve compelido a no ser imparcial en el ejercicio de su misión, y por implicar el que la persona no sea juzgada por quien de antemano está señalado por la ley misma. Es cierto que la medida en referencia tiene la finalidad de una recta administración de justicia y que asimismo la Corte, para dar su concepto, posee un amplio margen de apreciación para inferir, de los elementos de prueba, si en el caso particular de que se trate, de hecho existen factores que perturben la aplicación de la ley, pero no es menos evidente que no bastan simples conjeturas para tenerlos como medio adecuado de prueba.

No puede tenerse como causa justificativa de cambio de radicación de un proceso la presunta existencia de un impedimento de ORDEN MORAL en los juzgadores, debida al hecho de que en su elección hubiese intervenido el procesado, porque al decidir favorablemente a la tesis de un modo tan general, se estaría sentando la presunción de que ninguno de los jueces del Distrito posee la independencia de carácter necesaria para sus labores, perdiendo de vista el que no es un sólo magistrado el que interviene en la elección, y de que ésta siempre —y es necesario suponerlo— está presidida por el pensamiento de que cada uno de los elegidos tiene dotes de competencia y honestidad suficientes para que sus decisiones no se vean influidas ni tergiversadas en ningún momento por sentimientos de gratitud o de dependencia; si, de hecho existiese esta circunstancia en alguno o algunos de los jueces, como es obvio, podría estarse en presencia de una causal de impedimento o recusación, pero no ante hechos que justifiquen el cambio de radicación del proceso. Y esta misma presunción de rectitud fundamenta el motivo para no dictaminar favorablemente en cuanto se refiere a los Magistrados componentes del Tribunal de que hace parte el procesado.

El temor acerca de malas interpretaciones a que se pueda ver sometida la decisión del Tribunal, en un futuro recurso, no es suficiente para deducir que se ha creado desde ahora una atmósfera contraria a los intereses de la justicia. Ni basta el que los Magistrados puedan sentir afectada su sensibilidad respecto de un negocio para que no conozcan de él, si las consideraciones de este orden no les impiden aplicar la justicia según las normas legales y éticas, como lo reconoce quien dá el argumento. Las condiciones de amistad y comprensión entre los miembros de la entidad que ha de juzgar a uno de ellos tampoco serían suficientes, dado que lo que en realidad se estaría planteando, como en alguna de las hipótesis atrás examinadas, sería una causal de impedimento o de recusación, por amistad íntima, por ejemplo que para los efectos del concepto presente, no puede tenerse en cuenta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, octubre veintiseis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñaloza)

VISTOS:

El Fiscal del Juzgado....Superior del Distrito Judicial de..... solicitó el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra el actual Magistrado del Tribunal Superior del mismo Distrito, doctor X. X. , por un delito de falsedad en documentos, por considerar que, como el procesado había intervenido en la elección de los Jueces Superiores, "existe un impedimento de orden moral por parte de aquellos funcionarios para conocer de dicho negocio". A su turno, el doctor X. X. dice:

"Considero esa medida de gran conveniencia por cuanto el señor Juez..... es mi inferior y su nombramiento depende de este H. Tribunal. Por otra parte, el sumario puede venir a esta Corporación en apelación o consulta y podría presentarse una mala interpretación respecto a las decisiones que aquí se tomara, lo que, en todo caso, debe evitarse". En comunicación a la Corte, el doctor X. X. reitera su pensamiento, añadiendo que se "crea una incompatibilidad para conocer de dicho Sumario. Además, como vendría en apelación a esta Corporación, comprendo la dificultad en que se hallarían mis H. colegas del Tribunal, por sus excelentes condiciones de amistad y comprensión que los unen conmigo..... y lo cual, aunque no es ningún óbice para ellos fallar conforme a la justicia y a la moral y la ley, podría dar lugar su providencia a malas interpretaciones, de una parte, o a afectar su generosa sensibilidad de otra".

El carácter excepcional del cambio de radicación de un proceso, justificable sólo por causas muy graves, todavía se hace más imperativo cuando está fundado en circunstancias distintas a las contenidas en el art. 58 del C. P. P. en su segundo inciso, puesto que se ha de partir entonces de la presunción de que quien administra justicia se ve compelido a no ser imparcial en el ejercicio de su misión, y por implicar el que la persona no sea juzgada por quien de antemano está señalado por la ley misma. Es cierto que la medida en referencia tiene la finalidad de una recta administración de justicia y que así mismo la Corte, para dar su concepto, posee un amplio margen de apreciación para inferir, de los elementos de prueba, si en el caso particular de que se trate, de hecho existen factores que perturben la aplicación de la ley, pero no es menos evidente que no bastan simples conjeturas para tenerlas como medio adecuado de prueba.

No puede tenerse como causa justificativa de cambio de radicación de un proceso la presunta existencia de un impedimento de *orden moral* en los juzgadores, debida al hecho de que en su elección hubiese intervenido el procesado, porque al decidir favorablemente a la tesis de un modo tan general, se estaría sentando la presunción de que ninguno de los jueces del Distrito posee la independencia de carácter necesaria para sus labores, perdiendo de vista el que no es un solo magistrado el que interviene en la elección, y de que ésta siempre —y es necesario suponerlo— está presidida por el pensamiento de que cada uno de los elegidos tiene dotes de competencia y honestidad suficientes para que sus decisiones no se vean influídas ni tergiversadas en ningún momento por sentimientos de gratitud o de dependencia: si, de hecho existiese esta circunstancia en alguno o algunos de los jueces, como es obvio, podría estarse en presencia de una causal de impedimento o recusación, pero no ante hechos que justifiquen el cambio de radicación del proceso. Y esta misma presunción de rectitud fundamenta el motivo para no dictaminar favorablemente en cuanto se refiere a los Magistrados componentes del Tribunal de que hace parte el procesado.

Por otra parte, el temor acerca de malas interpretaciones a que se pueda ver sometida la decisión del Tribunal, en un futuro recurso, no es suficiente para deducir que se ha creado desde ahora una atmósfera contraria a los intereses de la justicia. Ni basta el que los magistrados puedan sentir afectada su sensibilidad respecto de un negocio para que no conozcan de él, si las consideraciones de este orden no les impiden aplicar la justicia según las normas legales y éticas, como lo reconoce quien da el argumento. Las condiciones de amistad y comprensión entre los miembros de la entidad que ha de juzgar a uno de ellos tampoco serían suficientes para el cambio de radicación, dado que lo que en realidad se estaría planteando, como en cualquiera de las hipótesis atrás examinadas, sería una causal de impedimento o de recusación, por amistad íntima, por ejemplo, que ,para los efectos del concepto presente, no puede tenerse en cuenta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— emite concepto DESFAVORABLE a la solicitud de cambio de radicación presentada por el Fiscal del Juzgado ...Superior del Distrito Judicial de ..... en el proceso que se adelanta contra el doctor X. X., por el delito de falsedad en documentos.

Guillermo Hernández Peñaloza. — Santiago Ospina Capote. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Vulcarcel. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Tellez Camacho. — Julio E. Argüello R., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — LOS JUECES DE INSTRUCCION PENAL MILITAR, NO PUEDEN PROMOVERLAS NI ACEPTARLAS.

1 — Hay colisión de competencia —dice el artículo 65 del C. de P. Penal y el 17 del Código de Justicia Penal Militar— cuando dos jueces o tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos.

La colisión puede ser provocada de oficio por el juez o magistrado, o a solicitud de parte legítima. Si fuere de oficio, el juez o tribunal que la suscitare se dirigirá al juez o tribunal ante quien se promueva, exponiéndole los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto. Si este juez o magistrado no aceptare, contestará dando la razón jurídica de su denuncia, y en tal evento se dará cuenta al juez o tribunal inmediatamente superior para que resuelva de plano la colisión (Arts. 67 del C. Penal y 20 del C. de J. P. M.).

2 — Para que la colisión de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia castrense pueda dar lugar a una resolución de la Corte, en obedecimiento a lo preceptuado por el artículo 1º del Decreto 2900 de 1953, debe haber adquirido forma, esto es que haya tenido lugar entre funcionarios que sean competentes, por la naturaleza del hecho, el lugar en que se cometió, o el fuero del sindicado, para conocer de él es decir, que en un caso dado puedan fallarlo. Pero en manera alguna puede plantearla un juez de instrucción penal militar, ya que éstos son auxiliares de la justicia represiva, que carecen por lo mismo, de competencia para conocer de un proceso penal y para fallarlo en primera instancia.

te Suprema de Justicia. — Sala de Casación en Criminal. — Bogotá, octubre veintiocho de il novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete.)

VISTOS:

El Juez 2º Departamental de Policía, con sede en Neiva, quien en un principio tuvo a su cargo la instrucción del sumario contra Enrique Barragán Collazos y otros por hurto de ganado mayor, resolvió remitirlo al Auditor de la Sexta Brigada por considerar que su conocimiento era de competencia de la justicia castrense.

El señor Auditor de Guerra ordenó, a su vez, pasarlo al Juez 22 de Instrucción Militar, de la misma ciudad funcionario que por auto de 4 de mayo de 1956 decretó la detención preventiva de Enrique Barragán Collazos y terminó provocando competencia negativa con el fin de que la resolviera el superior, sin decir a quién se la provocaba, por estimar que el asunto era de conocimiento de la justicia ordinaria.

El negocio llegó al Tribunal Superior Militar para que resolviera una petición de Barragán sobre amnistía, lo que hizo en sentido negativo en providencia del 5 de julio de ese mismo año.

Siguió entonces el proceso su marcha accidentada y llegó al conocimiento del Juez Superior del Distrito Judicial de Neiva, quien en providencia del tres de agosto siguiente revocó la detención preventiva del procesado por no haber mérito legal y declaró que el asunto era de competencia de la Justicia Penal Militar, por lo que dispuso su envío al Comando del Batallón de Artillería Tenerife, con la advertencia de que en caso de que no fueran aceptadas sus razones proponía competencia negativa.

El Comando del Batallón citado ordenó a su turno, pasarlo a la Auditoría Principal de la Brigada, despacho que en providencia de 21 de agosto de tal año dispuso devolverlo al Juzgado Superior, para que él diera el trámite legal, ya que en su sentir estaba pendiente la colisión de competencia provocada primeramente por el Juez 22 de Instrucción Penal Militar.

El Juzgado Superior resolvió entonces el envío del expediente al Tribunal Superior, donde se declaró, en proveído del 12 de junio de este año, que carecía de jurisdicción para resolver el incidente, por tratarse de una colisión de competencia entre

la Justicia Penal ordinaria y la Justicia Penal Militar.

Vuelto el negocio al Juzgado, se ordenó entonces su remisión a la Corte, donde para decidir

SE CONSIDERA:

Hay colisión de competencia —dice el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal y el 17 del Código de Justicia Penal Militar— cuando dos jueces o tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos.

La colisión puede ser provocada de oficio por el juez o magistrado, o a solicitud de parte legítima. Si fuere de oficio, el juez o tribunal que la suscitare se dirigirá al juez o tribunal ante quien se promueva, exponiéndole los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto. Si este juez o magistrado no aceptare, contestará dando la razón jurídica de su renuencia, y en tal evento se dará cuenta al juez o tribunal inmediatamente superior para que resuelva de plano la colisión. (Artículo 67 del Código Penal y 20 del Código de Justicia Penal Militar).

Basta la simple enunciación de estas normas para concluir que la supuesta colisión de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia castrense no ha adquirido aún forma que pueda dar lugar a una resolución de esta Superioridad en obedecimiento a lo preceptuado por el artículo 1º del Decreto 2900 de 1953. Y no la ha adquirido, sencillamente, porque el incidente de colisión de que se habla sólo puede tener lugar entre funcionarios que sean competentes, por la naturaleza del hecho, el lugar en que se cometió, o el fuero del sindicado, para conocer de él, es decir, que en un caso dado puedan fallarlo, calidad que no tiene, en manera alguna, el juez de instrucción penal militar que pretendió, saliéndose de sus funciones, plantearla ya que él es un simple auxiliar de la justicia represiva, que carece, por lo mismo, de competencia para conocer de un proceso penal y para fallarlo en primera instancia.

De consiguiente, lo único que por ahora existe es el planteamiento hecho por el Juz Superior de Neiva, que debe ser estudiado y resuelto por el funcionario competente de la justicia castrense.

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 conocer del presente negocio por carecer de competencia, y DISPONE que sea devuelto al funcionario remitente para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete. Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Velasco. — Domingo Sarasty M. — Elbert Vélez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

EL RECURSO DE CASACION PUEDE SER INTERPUESTO POR EL ACUSADO, PERO LA DEMANDA QUE ES LA QUE LO SUSTENTA, NO PUEDE SER FORMULADA SINO POR ABOGADO INSCRITO EN LA CORTE, A MENOS QUE EL ACUSADO TENGA DICHA CALIDAD.

"...El recurso de casación puede ser interpuesto por el acusado, pero la demanda que es la que sustenta el recurso, no puede ser formulada sino por Abogado inscrito en la Corte, a menos que el acusado tenga dicha calidad. Si la demanda se formula contra expresa prohibición del artículo 40 de la Constitución Nacional y de los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945, ella —la demanda— no prospera y el recurso como consecuencia lógica debe declararse desierto; por esto es por lo que, por norma general, en los autos de admisibilidad del recurso de casación se hace la advertencia previa de que la demanda debe presentarse por abogado titulado e inscrito en la Corte. Sin el cumplimiento de esta formalidad o en ausencia de este requisito el escrito presentado no es demanda sino un simple memorial que no puede ser considerado por la Corte como base de estudio dentro del recurso extraordinario de casación" (Auto de 8 de mayo de 1954).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de lo Criminal. Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve.)

VISTOS:

Juan José Peláez Bustamante recurrió en casación contra la sentencia de 5 de julio del año en curso, por la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga lo condenó a seis años de prisión como responsable del delito de estafa.

Concedido el recurso, se ordenó el traslado legal por el término de quince días para que, dentro de y por medio de abogado inscrito, se formulara respectiva demanda; pero éste no se presentó, gún el informe secretarial que precede, por lo al habrá de darse aplicación a lo dispuesto en el ículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Cierto es que a folios 3 y 4 del Cuaderno de la Corte aparece un escrito de demanda presentado en tiempo por el procesado y firmado por éste; pero como Peláez Bustamante no es abogado inscrito en la Corporación —como también se informa por la Secretaría— podía únicamente interponer el recurso, *no sustentarlo*, al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Nacional en armonía con el artículo 2º de la ley 69 de 1945. Al respecto ha dicho la Corte:

"....El recurso de casación puede ser interpuesto por el acusado, pero la demanda que es la que sustenta el recurso, no puede ser formulada sino por Abogado inscrito en la Corte, a menos, que el acusado tenga dicha calidad. Si la demanda se formula contra express prohibición del artículo 40 de la Constitución Nacional y de los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945, ella —la demanda— no prospera y el recurso como consecuencia lógica debe declararse desierto; por esto es por lo que, por norma general, en los autos de admisibilidad del recurso de casación se hace la advertencia previa de que la demanda debe presentarse por abogado titulado e inscrito en la Corte. Sin el cumplimiento de esta formalidad o en ausencia de este requisito el escrito presentado no es demanda sino un simple memorial que no puede ser considerado por la Corte como base de estudio dentro del recurso extraordinario de casación" (auto de 8 de mayo de 1954).

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 DESIERTO el recurso interpuesto y condena en costas a la parte recurrente.

El Tribunal de la instancia hará la respectiva liquidación que comunicará a la autoridad fiscal correspondiente para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valcarcel. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

LA FALTA DE NOTIFICACION AL PROCESADO DEL AUTO QUE SEÑALA FECHA PARA LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA, NO GENERA NULIDAD SI LA PRACTICA DE DICHA DILIGENCIA SE HIZO IMPOSIBLE POR LA FUGA DEL PROCESADO. — EL EMPLAZAMIENTO COMO REO AUSENTE, SOLO TIENE VIGENCIA JURIDICA AL CUMPLIRSE LA NOTIFICACION DEL AUTO DE PROCEDER. — FINALIDAD DE LA PROHIBICION CONTENIDA EN EL ARTICULO 28 DE LA LEY 4ª DE 1943. —PARTE INMODIFICABLE DEL AUTO DE PROCEDER.

1 — El hecho de que la providencia en la cual se señaló por segunda ocasión fecha para la celebración de la audiencia no se le hubiera notificado al procesado, no puede generar nulidad si la práctica de dicha diligencia se hizo imposible por la actitud del mismo procesado, al sustraerse por su propia voluntad a la acción de la justicia, con la cual no solamente violó los reglamentos carcelarios sino que incurrió en un nuevo delito (fuga de presos). A la misma conclusión se llega también, si se atiende al hecho de que la situación jurídica del procesado en tal evento era la de encontrarse detenido a quien por lo tanto sólo podían legalmente hacérsele las notificaciones en forma personal (Arts. 168 y 176 del C. de P. P.) sin que valga el argumento de que tal diligencia debió entonces cumplirse con el procesado en la forma prevenida por el art. 166 del mismo estatuto, pues esa manera de hacerle sólo es idónea para aquellos contra quienes no existe en tal momento procesal un auto de detención vigente. Si esto último ocurre la UNICA manera válida de efectuar la notificación es la personal, la cual se hace imposible si el interesado se ha sustraído por su propia voluntad a la acción de la justicia.

Si se mira a la norma constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, norma que para ser considerada en plena vigencia exige que se observen en cada caso las formas propias del juicio, se llega al mismo resultado, si en el evento ella tuvo cabal cumplimiento no obstante el obstáculo colocado por el procesado con su fuga, por haber estado representado por el defensor nombrado por él mismo.

2 — El emplazamiento como reo ausente, sólo tiene vigencia jurídica al cumplirse la notificación del auto de proceder o sea el pliego de cargos que el Estado por medio de sus funcionarios competentes le formula al procesado, notificación que debe hacerse en forma personal sea que el acusado se halle detenido o no, caso último en el que una vez agotada la actividad de los encargados de dar con el paradero del procesado, previas las formalidades del artículo 433 del C. de P. P. se le declara reo ausente, se le nombra un defensor de oficio, con quien se seguirá el juicio hasta su terminación.

3 — La prohibición contenida en el art. 28 de la ley 4ª de 1943, debe entenderse encaminada a evitar la posibilidad de que el jurado sea sorprendido con tecnicismos jurídicos cuyo alcance no acierte a comprender haciendo nugatorias sus respuestas.

4 — La única parte inmodificable del auto de proceder es aquella en que se determina el género del delito no su especie lo que se hace en la parte resolutiva pues de lo contrario podría darse el caso de una condenación por un delito que no fue imputado. De ahí que el Juez no pueda preguntar al Jurado por género distinto del señalado en el auto de proceder; no le está vedado empero interrogar por circunstancias específicas o modificadoras diferentes cuando durante el término probatorio de la causa éstas aparecen con modalidades distintas a las consignadas en el sumario, las que para esa finalidad se detalla en la parte motiva que no circunscribe el debate.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Criminal. — Bogotá, treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Santiago Cadena Copete.)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, condenó a Manuel Hernández Díaz y Alejandro o Alejandrino Patiño a la pena principal de diez y nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de homicidio en Fránz Werner Naumann, lesiones personales en José Flórez Hormiga y robo en bienes de la Compañía Molinera "Herrán S. A.", cometidos el 10 de marzo de 1951, en el sitio 'Las Juntas', del Municipio de Capitanejo.

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el defensor de los procesados, y como ha llegado la hora de decidir en definitiva del negocio, a ello se procede en la siguiente forma:

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL.

Franz Werner Naumann y José Flórez Hormiga, Julio E. Ortiz y Alfredo Velandia emprendieron viaje pasadas las cuatro de la mañana del día diez de marzo de mil novecientos cincuenta y uno de Málaga rumbo al pueblo El Espino en una camioneta de propiedad de la empresa Molinera de Herrán S. A. la cual tiene una sucursal en Málaga, cuyo secretario en ese entonces era el señor Werner Naumann. El viaje transcurrió normalmente hasta el sitio denominado 'Las Juntas' —Municipio de Capitanejo— en el que cerca al lugar en que la carretera se aproxima al río Chicamocha la camioneta tuvo que detener su marcha al encontrar obstruída la vía con una piedra, oportunidad que aprovecharon cuatro sujetos para atacar a los ocupantes del vehículo con armas de fuego, visto lo cual el conductor, que lo era el señor Franz Werner Naumann, puso la máquina en reverso, momento en que los bandoleros, subidos en los estribos, dispararon a quemarropa contra los viajeros resultando muerto aquél y herido Flórez Hormiga. Los demás ocupantes de la camioneta lograron huir y dar oportuno aviso a la autoridad.

Durante la diligencia de levantamiento del cadáver se comprobó que habían desaparecido de la carrera que portaba el occiso tanto sus efectos personales como el dinero en ella contenido; también se dejó constancia de los daños ocasionados a la camioneta por los delincuentes.

Instruído el sumario fue calificado por el señor Juez Primero Superior de Bucaramanga dictando auto de proceder contra los sindicados el 25 de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, decisión ésta confirmada por el Tribunal Superior el veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y dos al conocer de ella por apelación. En su oportunidad se celebró la audiencia pública habiendo contestado el jurado los cuestionarios unánimemente con 'SI' rotundo por cuya razón el juez del conocimiento con apoyo en el veredicto profirió fallo condenatorio el veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y tres contra Manuel Hernández Díaz y Alejandro o Alejandrino Patiño por los delitos de homicidio agravado, en la persona de Franz Werner Naumann, lesiones personales en Jorge Flórez Hormiga y robo en bienes (dinero) de propiedad de la compañía molinera 'Herrán S. A.', sancionándolos con la pena principal de diecinueve años de presidio y las accesorias respectivas. Los autos subieron al Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el procesado Alejandrino Patiño y el defensor de éste y del acusado Manuel Hernández (ausente) contra la sentencia de primer grado, la que fue confirmada en todas sus partes el diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres.

LA DEMANDA:

Se invocan las causales 4ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal Cuarta:

En relación con esta causal afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley procesal penal por no habérsele notificado al procesado Manuel Hernández el auto que señaló fecha para la audiencia pública omisión que acarrea nulidad según los términos del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, la cual en el caso de autos se patentiza por no haber concurrido Manuel Hernández a la audiencia pública pues de haberlo hecho se habría saneado tal deficiencia de conformidad con lo señalado por la misma disposición.

También considera que existe nulidad por cuanto se violó el artículo 28 de la Ley 4ª de 1945 que enseña la manera como debe formularse el cuestionario al Jurado ya que en el caso sub-júdice el Juez, en relación con el delito contra la propiedad, denominó jurídicamente el hecho al interrogar concretamente sobre el delito de robo.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia con detenimiento ambos cargos, los refuta y pide que con base en ellos no se case la sentencia.

Se considera:

Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, es viable la causal cuarta de casación.

De autos aparece que la providencia de 13 de marzo de 1953, por la cual se señaló día y hora para celebrar la audiencia pública en este proceso, no se notificó al acusado Manuel Hernández como también consta que dicho acto, transcurrido en cuatro sesiones: la primera el 7 de abril, la segunda el 8 de mayo, el 11 del mismo mes la tercera y la cuarta el día siguiente, se llevó a efecto sin la presencia de aquél. *Prima facie* parece, por lo tanto, que se hubiera configurado la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Empero, si se ahonda en el estudio de la cuestión se llega a un resultado diferente.

En efecto, por medio de auto de fecha 30 de octubre de 1952 el Juzgado había señalado en otra ocasión día y hora para la celebración de la audiencia, señalamiento del cual tuvo conocimiento legal el procesado Hernández, como se desprende de la diligencia de notificación personal que obra al folio 67 v. del cuaderno 7º, no obstante lo cual se fugó del Hospital de San Juan de Dios de Bucaramanga, en donde se encontraba por orden del médico del penal, el día 27 de noviembre de 1952 según constancia de la secretaría del Juzgado (f. 68 ibidem). Así las cosas ,el hecho de que la providencia en la cual se señaló por segunda ocasión fecha para la celebración de la audiencia no se le notificara a dicho procesado, no puede generar nulidad pues tal diligencia la hizo imposible la actitud del mismo procesado quien al fugarse no solamente violó los reglamentos carcelarios sino que incurrió en un nuevo delito (fuga de presos). A la misma conclusión se llega también si se atiende al hecho de que la situación jurídica de Hernández era la de encausado detenido a quien, por lo tanto, sólo podían legalmente hacérsele las notificaciones en forma personal (Artículos 168 y 174 C. de P .P.) sin que valga el argumento del demandante de que tal diligencia debió cumplirse con su patrocinado en la forma prevenida por el art. 166 de dicho código pues, se repite, esa manera de hacerla sólo es idónea para los procesados contra los cuales no exista en tal momento procesal un auto de detención vigente. Si esto último ocurre la *única* manera válida de efectuar la notificación es la personal, la cual se hace imposible si el interesado se ha sustraído por su propia voluntad a la acción de la justicia.

Ahora, si se mira a la norma constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, norma que para ser considerada en plena vigencia exige que se observen en cada caso las formas propias del juicio, se llega al resultado así mismo de que en el evento *sub-judice* ella tuvo cabal cumplimiento no obstante el obstáculo colocado por el procesado con su fuga, ya que él estuvo asistido por su defensor quien fue nombrado por el propio reo y representó los intereses de éste con acuciosidad ejemplar digna del mejor elogio.

La insinuación del recurrente de que su poderdante debió haber sido emplazado como reo ausente, no tiene asidero legal pues tal requisito sólo tiene vigencia jurídica al cumplirse la notificación del auto de proceder o sea el pliego de cargos que el Estado por medio de sus funcionarios competentes le formula al procesado, notificación que debe hacerse en forma personal sea que el acusado se halle detenido o nó, caso último en el que una vez agotada la actividad de los encargados de dar con el paradero del procesado, previas las formalidades del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, se le declara reo ausente, se le nombra un defensor de oficio, con quien se seguirá el juicio hasta su terminación. En el caso *sub-judice* no hubo necesidad del emplazamiento ya que el acusado se hallaba recluido en la cárcel cumpliendo el auto de detención lo que permitió la notificación personal del auto de proceder y lo facilitó el nombramiento de su defensor, situación ésta si se quiere más favorable a la que se contemplaría en el evento del reo a quien no puede notificársele el auto de proceder personalmente pues a éste, como se ha visto, se le nombra un defensor de oficio para que lo represente hasta la terminación del proceso.

De otro lado, el argumento del defensor de Manuel Hernández acerca de que los derechos del reo se desconocieron al no habérsele notificado por estado la providencia mencionada —ya que era imposible hacérsele personalmente— pues la defensa no fue completa al impedírsele al enjuiciado el nombramiento de un vocero para el acto de la audiencia pública, sólo resistiría análisis si tal designación únicamente fuera posible una vez conocida la fecha de la celebración de dicho acto lo que no es así pues el nombramiento de vocero puede hacerlo el procesado en cualquier estado de la causa. Si no lo hizo antes de la fuga es porque no tenía interés en estar representado en la audiencia como acertadamente lo anota la Procuraduría. También sería discutible si debiendo estar detenido el enjuiciado el nombramiento de vocero que hiciera hallándose en franca rebeldía con la ley, como es el caso del que huye a la acción de la justicia, sería válido.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo Cargo de Nulidad:

Lo fundamenta la demanda así:

"Acuso también el fallo proferido por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, toda vez que en el cuestionario que el Juzgado sometió a la consideración del jurado, respecto de ambos procesados, en relación en (sic) el delito de robo da la denominación jurídica del delito, con violación del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. El H. Tribunal desechó esta nulidad por considerar que el Juzgado en el cuestionario relativo al delito de robo había especificado algunas de las circunstancias legales que lo constituyen, lo cual es cierto parcialmente, porque en el cuestionario sólo se habla del apoderamiento, y no de que hubiera mediado violencia sobre las personas o las cosas, circunstancia ésta específica que no puede considerarse incluída en el cuestionario mediante la frase "después de consumados los otros hechos de que se les interrogó... ", pérque esa frase se refiere simplemente al tiempo (sucesión cronológica de los hechos) y no al modo. Así las cosas, los sindicados en este proceso fueron condenados en juicio en que se violó la ley procesal, incurriéndose por este motivo en la violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Se considera:

El cuestionario glosado por el señor defensor reza:

"Cuestión Tercera:

"El acusado MANUEL HERNANDEZ (ausente) es responsable de haber tomado parte en la comisión del delito de robo en bienes de propiedad de la Compañía Molinera Herrán S. A., consistente en el apoderamiento después de consumados los otros hechos de que se les interrogó a las cuestiones primera y segunda, de una cantidad de dinero equivalente a la suma de CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS ($ 4.320.00), que el occiso señor Naumar llevaba en una cartera; hecho acaecido en las horas de la mañana del día diez de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, en el punto denominado "Las Juntas" de la comprensión municipal de Capitanejo?".

En las cuestiones primera y segunda el Juzgado contempló en su orden los hechos constitutivos del homicidio de Franz Werner Nauman y las lesiones causadas a José Flórez Hormiga en forma tal que la cuestión tercera al contener la locución "después de consumados los otros hechos de que se les interroga" está indicando que el apoderamiento del dinero de que se habla se hizo posible previa la muerte y las lesiones personales de que fueron víctimas dichos ciudadanos o sea mediante fuerza y violencia a las personas. Se concluye entonces que si bien es cierto que se dió la denominación jurídica del delito, también es evidente que a renglón seguido el mismo cuestionario contiene la explicación de los hechos en la forma como lo dispone el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Además como bien lo anota el señor Procurador, la prohibición contenida en la disposición que se comenta debe entenderse encaminada a evitar la posibilidad de que el jurado sea sorprendido con tecnicismos jurídicos cuyo alcance no acierte a comprender haciendo nugatorias sus respuestas, deficiencia que no se eclumbra en el caso en estudio pues en el cuestionario, como se dejó visto, se hizo la relación de los hechos conforme al auto de proceder con lo que se evitó la posibilidad de que los jueces de hecho se equivocaran al redactar el veredicto.

Se desecha el cargo.

Tercer Cargo de Nulidad:

Así está enunciado:

"El fallo recurrido se produjo en un juicio viciado de nulidad por haberse elaborado los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado con violación de los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943 y 499 del C. de P. P.

"Efectivamente se tiene lo siguiente:

"a) El Juzgado Primero Superior llamó a juicio a mis defendidos por delito de homicidio modificado por las causales 2ª, 3ª y 4ª del art. 363 del C. P.

"b) El Tribunal confirmó el auto de proceder apelado, diciendo respecto de las circunstancias modificadoras: "es claro que el homicidio y las lesiones se cometieron para consumar el delito de robo, luego es aplicable el artículo 363, numeral 3º".

"c) El Juzgado en el cuestionario únicamente interrogó al jurado sobre una de las circunstancias modificadoras del delito de homicidio, contempladas en el auto de proceder que confirmó el H. Tribunal.

"d) De esa manera es visible que el jurado solamente pudo referirse en su silábica respuesta a ese cargo, pero no a los otros que el auto confirmado formulaba.

"Como es visible lo anterior, la nulidad alegada consiste en la imperfecta elaboración de los cuestionarios, en contravención de los artículos citados anteriormente, porque si es verdad que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad corresponden al juez de derecho, las modificadoras del delito deben ser sometidas al jurado, y en este caso no lo

fueron. Y desde luego, así las cosas, no se observaron en su plenitud las formas del juicio, según el artículo 26 de la Constitución Nacional".

El señor Procurador para refutar este cargo transcribe las consideraciones hechas al respecto por el Tribunal de Bucaramanga cuando le fue propuesta la misma cuestión por la defensa y apartes de fallos de la Corte en que se sienta doctrina sobre este punto.

Se Considera:

En realidad de verdad el Tribunal enfocó acertadamente el punto debatido cuando expresó:

"Conviene ante todo aclarar que, no fue el Tribunal sino el Juzgado quien llamó a juicio a los acusados, agravando el homicidio con estas tres causales y que el Tribunal al revisar el auto de enjuiciamiento, sólo trató de la causal 3ª del artículo 363 del C. P. omitiendo por descuido involuntario, el modificar el auto del Juzgado en cuanto se refería a las causales 2ª y 4ª; pero de la lectura del citado auto, claramente se observa que la intención del Tribunal fue la de suprimir dichas dos causales, ya que de ninguna de ellas se habló, por considerar que sólo la 3ª cabía al caso estudiado. Esto mismo lo entendió el juzgador de la primera instancia y por ello no interrogó a los jurados sobre esas dos causales, que consideró suprimidas".

A lo anterior cabe agregar lo que esta Sala ya ha tenido oportunidad de expresar en otras ocasiones al referirse a la relación existente entre el auto de proceder y el cuestionario que se somete a la consideración del Jurado, a saber:

La única parte inmodificable del auto de proceder es aquella en que se determina el género del delito no su especie lo que se hace en la parte resolutiva pues de lo contrario podría darse el caso de una condenación por un delito que no fue imputado. De ahí que el Juez no pueda preguntar al Jurado por género distinto del señalado en el auto de proceder; no le está vedado empero interrogar por circunstancias específicas o modificadoras diferentes cuando durante el término probatorio de la causa éstas aparecen con modalidades distintas a las consignadas en el enjuiciamiento; las que para esa finalidad se detallan en la parte motiva que no circunscribe el debate.

Debe anotarse de paso, como con buen criterio lo hace el señor Procurador, que al defensor "no le es dable provocar la posibilidad de hacer más gravosa la situación de su defendido, como sería la de lograr repetir el juicio para preguntar al jurado las circunstancias modificadoras que al ser contestadas afirmativamente perjudicarían en mayor grado a su representado, aunque así lo haga en la creencia de poder obtener resultados que lo favorezcan".

Debe advertirse, además, que cualquiera de las circunstancias agravantes contenidas en los nueve ordinales del artículo 363 del Código Penal es un elemento constitutivo de asesinato, que acentúa el *animus necandi* o *occidendi*.

No prospera el cargo.

Causal Tercera:

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

La invoca el demandante sobre estas bases:

"Estudiando este cargo por otro aspecto distinto del de la nulidad observada, resulta que la sentencia, si es verdad que está de acuerdo con el veredicto del jurado, no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de llamamiento a juicio, por haberse elaborado imperfectamente el cuestionario sometido a la consideración del jurado.

"Como entre el auto de proceder y el cuestionario que sirve de base formal al veredicto debe haber armonía, si no existe consonancia entre estos dos términos fundamentales es preciso decirse del fallo que concuerde con el veredicto dado sobre un cuestionario disonante con el auto de proceder que no abarca toda la materia sometida a la consideración del jurado y que, por lo tanto, no está en consonancia con él".

Se considera:

Daría base para atacar el fallo por vacíos o imperfecciones en el cuestionario no la causal tercera como equivocadamente la invoca el demandante, sino la cuarta que —ya se ha estudiado— no prospera.

Se rechaza la causal.

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, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñaloza. — Santiago Cadena Coyete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valcárcel. — Domingo Sarasty Montenegro. — El Conjuez, *Agustín Montes Herrera.— Julio E. Argüello, Secretario.*

MODALIDADES DE LA EMOCION DE LA IRA O DE LA EMOCION DEL DOLOR QUE LA LEY SUSTRAE DEL CAMPO PURAMENTE PSICOLOGICO PARA CONSTITUIRLAS EN FACTORES DE LA DOSIMETRIA PENAL.—CUANDO OCURREN LAS CONTEMPLADAS EN LOS ARTICULOS 28 Y 382 DEL ESTATUTO PUNITIVO.—ELEMENTOS ESENCIALES QUE LE COMUNICAN AL DOLOR MORAL SU PODER EXCUSANTE

1 — Tres son las modalidades de la emoción de la ira o de la emoción del dolor que la ley sustrae, por decirlo así, del campo puramente psicológico para constituirlas en factores de la dosimetría penal: la consagrada en el ordinal 3º del artículo 38 del Estatuto Punitivo como simple circunstancia de menor peligrosidad y que se aprecia únicamente por los jueces de derecho; y las contempladas en los artículos 28 y 382 de la misma obra, que son modificadoras del delito y se estiman por el tribunal popular en los juicios que se tramitan con intervención de éste.

La primera de las dos últimas ocurre cada vez que la ira o el dolor se han suscitado en el ánimo del sujeto activo por grave o injusta provocación; y la segunda se presenta en el caso especial del homicidio o las lesiones que cometen el cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vidas honestas, que han incurrido en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, aunquando la reacción criminosa sobrevenga con posterioridad al momento de realizarse la ofensa.

2 — Dos son los elementos ESENCIALES que le comunican al dolor moral su poder excusante: intensidad y justicia. INTENSIDAD, como elemento subjetivo porque las emociones —al igual que las pasiones— sólo constituyen causal de excusa cuando ejercen sobre el agente una coacción capaz de perturbar su libertad o su conciencia; y JUSTICIA, como elemento objetivo, porque sin agresión injusta o grave que motive en el mundo exterior la excitación del sujeto activo, disminuyendo la espontaneidad de su determinación criminal, toda atenuación de la responsabilidad resultaría gratuita.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal

Bogotá, cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El defensor de Mario Castillo Cruz recurrió en casación contra la sentencia de 24 de agosto de 1955, por la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó a su mandante a la pena de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Pedro Rodríguez Guerrero. ... ...

Tramitado legalmente el recurso, la Corte procede a decidir sobre su mérito.

Hechos y actuación procesal

Dicen los autos que el procesado, a eso de las siete de la mañana del ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, entró en la cantina de propiedad de José García Rangel, situada en el caserío de Santa Cruz, jurisdicción de Matanza donde ingirió licor acompañado de tres sujetos desconocidos; que éstos se retiraron de la tienda dejando solo a Castillo, quien se dedicó a escuchar repetidamente un disco con las canciones intituladas "El Presidiario" y "La Vida Infausta", mientras lloraba con la cabeza entre los brazos; que una media hora después llegó al mismo lugar Rodríguez Guerrero, y que sobre éste —cuando desprevenidamente departía con García Rangel— se lanzó de súbito Castillo causándole, con instrumento corto punzante (machete), las nueve heridas que le produjeron la muerte, al tiempo que increpaba a la víctima con estas palabras: "Gran hijueputa, vuelva a burlarse de mis hermanas".

Ni el Juzgado del conocimiento —que en la etapa sumarial, lo fue el Tercero Superior de Bucaramanga— ni el Tribunal —que confirmó en grado de apelación el respectivo auto de proceder—

estimaron comprendida la situación jurídica del reo dentro de las circunstancias que dan al homicidio la denominación de asesinato, en consideración al estado de embriaguez ocasional en que obró el agresor; pero tampoco se tuvieron como demostradas en favor del mismo la prevista en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal, ni la de que trata el artículo 28 ibidem. Castillo Cruz fue llamado pues, a responder en juicio por un homicidio simplemente intencional; y el Jurado contestó así la cuestión única propuesta: "SI ES RESPONSABLE PERO EN EL CURSO DE UN ESTADO EMOCIONAL ANOMALO, CONSECUENCIA DE SU ANTIGUO RESENTIMIENTO POR EL DESHONOR FAMILIAR, DE LA PROXIMIDAD DE SU BODA Y DE LA RECIENTE INTOXICACION ALCOHOLICA".

En la valoración del veredicto discreparon los falladores de ambas instancias, pues el Juez Primero Superior —a quien le correspondió conocer del negocio en la etapa del juicio en virtud de nuevo reparto— lo interpretó como declarativo de la ira e intenso dolor a que se refiere el inciso 2º del artículo 382 del Estatuto Punitivo, "por haber tenido el occiso relaciones sexuales ilícitas con Limbania o Elbania Castillo, hermana legítima del procesado", y condenó a éste a dos años de presidio; en tanto que el Tribunal lo entendió como rotundamente afirmativo del homicidio de propósito, y elevó a ocho años la pena impuesta por el inferior.

La Demanda

Se han alegado las causales 3ª y 1ª de casación, con base en idénticas razones, por los siguientes conceptos: estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto y ser violadora de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

Sostiene el actor que la respuesta del Jurado y la decisión del Tribunal se contraponen ostensible y manifiestamente; que la Corporación sentenciadora se apartó del sentido y alcance de la voluntad de los jueces populares al no aceptar que el homicidio se realizó en estado de ira o intenso dolor a consecuencia de la ofensa irrogada por el occiso a la familia del agente; que la provocación, el justo dolor, el ultraje al honor y la emoción violenta como fundamentos de la modificante consagrada en el artículo 382 del Código Penal, se aúnan y conjugan en quien los sufre, son de frecuencia intermitente y se acentúan en el sujeto activo, haciendo estallar su emotividad con "el tiempo y la presencia del infame copartícipe"; que la provocación, para obrar como circunstancia modificadora de la responsabilidad, ha de ofender el patrimonio físico o moral del agraviado, ser injusta y grave en sí misma y entrañar la relación de causalidad, "es decir ser tal ofensa consecuencia directa del delito" (sic); que la ofensa, sea de palabra o de hecho, produce estados emocionales y también pasionales, más o menos transitorios los primeros, más o menos permanentes los segundos, creándose en el primer caso un estado de ira que impulsa instantáneamente al delito y, en el segundo, un estado de intenso dolor que la posterior representación, momentánea o sorpresiva, de la provocación puede convertir en ira ocasionando la reacción delictuosa; y que en el fallo no se hizo la mutilación del veredicto porque la circunstancia modificadora reconocida en éste careciera de respaldo probatorio o fuera contrevidente, notoriamente injusta, inoperante o inexistente, sino por "la errada concepción que tiene (el Tribunal) de los estados pasionales y emocionales, de los efectos en el sujeto que los padece, y de los factores de tiempo, criterio de avaluación y naturaleza de estos fenómenos".

El demandante conceptúa que la sentencia no se ciñó en consonancia con la calificación dada a los hechos por el Jurado, como lo prescribe el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, ni de consiguiente, con la plena observancia de las formas propias del juicio, como lo estatuye el artículo 26 de la Constitución Nacional; y sobre procedencia de la causal 1ª sólo hace al final, este breve planteamiento: "Por cuanto se dijo y estudió en la fundamentación de la causal tercera, se vino a conclusión cierta de que el veredicto del jurado encuadra en forma precisa en el inciso segundo del artículo 382 en concordancia con el 28 del C. P., el Tribunal en la sentencia impugnada lo enmarcó por infundado desacuerdo en el 382 ibidem; luego violó las citadas disposiciones y la ley sustantiva penal por indebida aplicación".

Concepto de la Procuraduría

Para solicitar que no se invalide la sentencia recurrida, el señor Procurador Primero Delegado sostiene que si en el debate oral no acogieron los jueces populares la proposición del Ministerio Público ("Sí, pero impulsado por un justo dolor, a causa de una grave provocación"), ni ninguna de las formuladas por el defensor como principal y subsidiaria ("Sí, pero en legítima defensa de honor familiar" o "Sí, pero en estado de ira o de intenso dolor, porque la víctima tuvo acceso carnal ilegítimo en Elbania Castillo Cruz, hermana del victimario") fue ciertamente porque no est

vo en su ánimo reconocer la modalidad del artículo 382 del mismo estatuto.

Dice también el Colaborador de la Sala:

"Pero, además, conforme a los términos del veredicto no fue simplemente el antiguo resentimiento por el deshonor familiar' lo que determinó a Mario Castillo Cruz a proceder contra la persona de Pedro Rodríguez Guerrero, sino que según se deduce de la cuestionada respuesta, en el momento de los hechos se encontraba el procesado en un estado de depresión nerviosa, como consecuencia de su próximo cambio de estado y de reciente intoxicación alcohólica, y fueron esas circunstancias las que dieron pábulo a su antiguo resentimiento y lo determinaron a actuar.

"De otra parte, el Jurado califica de antiguo el resentimiento que embargaba al procesado, y en tales condiciones no es posible darle cabida al inciso segundo del artículo 382 del Código Penal, puesto que es necesario para que la excusa allí prevista tenga aplicación, la actualidad de la ira o del intenso dolor como causas determinantes del homicidio o de las lesiones, y por lo mismo, debe aparecer clara la relación de causalidad entre ese estado emocional o pasional y la reacción punible, ya que por tratarse de un elemento modificador del delito, y estar previsto como tal en la parte especial del Código, es necesario, para que se pueda aceptar en los juicios por jurado, que se le haya reconocido en el auto de proceder, y que el tribunal popular expresamente lo haya consignado en su respuesta, o esto último únicamente, y sólo en esos casos puede capitalizarse en la respectiva sentencia, en favor del procesado" (fls. 25 y 26 del Cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte:

Tres son las modalidades de la emoción de la ira o de la emoción del dolor que la ley sustrae, por decirlo así, del campo puramente psicológico para constituirlas en factores de la dosimetría penal: la consagrada en el ordinal 3o del artículo 38 del Estatuto Punitivo como simple circunstancia de menor peligrosidad y que se aprecia únicamente por los jueces de derecho; y las contempladas en los artículos 28 y 382 de la misma Obra, que son modificadoras del delito y se estiman por el tribunal popular en los juicios que se tramitan con intervención de éste.

La primera de las dos últimas ocurre cada vez que la ira o el dolor se han suscitado en el ánimo del sujeto activo por grave e injusta provocación; y la segunda se presenta en el caso especial del homicidio o las lesiones que cometen el cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vidas honestas que han incurrido en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, aun cuando la reacción criminosa sobrevenga con posterioridad al momento de realizarse la ofensa.

Tal es la modalidad que el apoderado del actor entiende se halla comprendida en el veredicto que los jueces de conciencia profirieron en este negocio y que el fallador de la primera instancia interpretó de igual manera, en desacuerdo con la opinión del Tribunal.

Dos son los elementos esenciales que le comunican al dolor moral su poder excusante: intensidad y justicia. **Intensidad**, como elemento subjetivo porque las emociones —al igual que las pasiones— sólo constituyen causal de excusa cuando ejercen sobre el agente una coacción capaz de perturbar su libertad o su conciencia; y **justicia**, como elemento objetivo, porque sin agresión injusta o grave que motive en el mundo exterior la excitación del sujeto activo, disminuyendo la espontaneidad de su determinación criminal, toda atenuación de la responsabilidad resultaría gratuita. Verdad es que, en el caso sub judice, la ofensa se le irrogó al victimario en persona distinta de la suya propia y cuando había mediado buen espacio de tiempo entre la acción y la reacción, que son los factores que caracterizan el ímpetu de intenso dolor, diferenciándolo del ímpetu de ira: y también lo es que, en la respuesta que se estudia, se aceptó por consiguiente, la existencia en el procesado del referido estado emocional aunque no se le diera denominación alguna, porque las fórmulas sacramentales no son de empleo imprescindible sino cuando el legislador las exige. Pero ninguno de los términos del veredicto incluye, explícita o implícitamente, la provocación **grave** e **injusta**, que los jueces populares se negaron a reconocer, no obstante la advertencia que el señor defensor les hizo en la audiencia en el sentido de que "no debía tenerse como atrevimiento de su parte el sugerir un veredicto redactado con frases técnicas, **sino que la jurisprudencia y la doctrina lo exigían**, para evitar interpretaciones que podrían causar perjuicios al acusado", y a pesar de que el señor Agente del Ministerio Público, en su elocuente intervención, pidió para Castillo Cruz la modificante de haber obrado "**impulsado por un justo dolor a causa de una grave provocación**" (Subraya la Sala).

Hablaron ellos de "un estado emocional anómalo" en el responsable, que no pudo ser otro que el aludido antes. Sólo que, al explicar tal estado como consecuencia "de su antiguo resentimiento por el deshonor familiar, de la proximidad de su boda y de la reciente intoxicación alcohólica", no hicieron más que reconocer, con exactitud que sorprende en personas desprovistas de conocimientos jurídicos —el demandante dice que el Jurado se integró por un industrial, un médico y un comerciante—, las circunstancias 3ª 4ª 5ª y 12ª de menor peligrosidad que se contemplan en el artículo 38 del Estatuto Procesal, a saber la emoción del intenso dolor (sin el requisito de la provocación grave e injusta); la influencia de excepcionales acaecimientos de orden personal y familiar en la ejecución; la embriaguez voluntaria no preordenada al delito, y la inferioridad psíquica derivada de condiciones orgánicas transitorias.

Podría arguirse que el Jurado aceptó la gravedad e injusticia de la ofensa, al incluir entre las causas del intenso dolor "el deshonor familiar"; pero la objeción se replica con la misma jurisprudencia de la Corte invocada por el actor, según la cual "interpretar el veredicto es **acomodar la voluntad del tribunal de conciencia a la ley**, y no tratar de ajustarlo a la concepción mental y jurídica del intérprete, por buenos que sean los razonamientos que éste aduzca para pretenderlo". La ofensa que en el artículo 382 del Código Penal exige la ley como circunstancia modificadora del homicidio o las lesiones es el agravio al honor de la familia **excluyendo concretamente del ilegítimo acceso carnal a que allí se hace referencia**; y el Jurado no sólo se abstuvo de declarar esa causa de deshonra, con su propia denominación u otras equivalentes, sino que atribuyó el estado emocional del homicida a motivos de distinta naturaleza como el de la intoxicación alcohólica, factor este último que debió influir en los jueces de hecho para no admitir que el acusado obrara precisamente bajo el impulso y persistencia de un "justo dolor".

Tampoco la realidad procesal favorecía exclusivamente al pronunciamiento de un veredicto declarativo de la circunstancia modificadora que se pretende. Dijo al respecto el Tribunal en la sentencia impugnada:

"...Ya quedó visto cómo las circunstancias agregadas por el jurado no constituyen legalmente específicas atenuantes de la responsabilidad o de la pena, y de otro lado, la prueba en que los señores Fiscal de la primera instancia y defensor se fundaron para sostenerlas, no llevan al íntimo convencimiento de que el hecho se consumó en tales condiciones, esto es, que no existe la prueba de la evidencia que llevaría a la declaratoria de que trata el artículo 537 del C. de P. P.

"En efecto, como se dejó observado en el auto de esta Sala que confirmó el de enjuiciamiento, hasta ese momento sólo hacía (sic) pensar en la atenuación, las palabras proferidas por Castillo en el momento de agredir a Rodríguez y de que da cuenta el testigo García Rangel, y la declaración de Limbania Castillo hermana del matador, que afirmaba las relaciones amorosas que sostuvo con Rodríguez y a consecuencia de las cuales quedó embarazada, el abandono posterior, y el nacimiento del fruto de ese ilícito ocurrido el 28 de mayo de 1953. Pero también se encontraba acreditado que entre los nombrados Castillo y Rodríguez existieron buenas relaciones ya que como lo afirma Tulia Pradilla "ellos habían tomado más antes ambos y nunca se les había oído decir que ellos hubieran tenido disgustos los dos", o como lo dice Ernesto Arenas, "siempre veía que Pedro Rodríguez Guerrero y Marín Castillo se trataban como amigos y nunca supe que hubieran tenido disgustos de ninguna clase", armonía que se pudo observar de continuo durante la noche anterior en casa de Arenas, como lo sostiene la señora dueña de casa al declarar que durante la fiesta que allí ocurrió todos los presentes estuvieron en completa armonía y amistad íntima 'inclusive los nombrados Castillo Cruz y Rodríguez Guerrero, sin que se notara entre éstos disgusto o diferencia alguna que pudiera originar entre ellos enemistad o peles' (fls. 14 y 15 del Cuaderno 3º).

Basta lo anterior para concluir que no hay desacuerdo alguno entre el fallo acusado y el veredicto, porque en esta pieza se reconocieron solamente las circunstancias de menor peligrosidad que en aquélla se apreciaron con igual carácter y, como lo ha dicho muy bien el apoderado del demandante, "Si falta la injusticia y gravedad en la provocación por parte de la víctima, no se tratará del estado emocional y pasional que caracteriza la circunstancia modificadora de la responsabilidad". Son, por tanto, infundados los cargos en que se ha sustentado la CAUSAL TERCERA y ésta debe, en consecuencia, desecharse.

Igual decisión se habrá de tomar, lógicamente en relación con la CAUSAL PRIMERA, alegada por idéntico motivo. Si en la respuesta del Jurado se omitió el reconocimiento de la atenuante de responsabilidad consagrada en el ordinal del artículo 382 del Estatuto Punitivo, el Tribunal sentenciador aplicó acertadamente la ley

condenar al recurrente con base en el artículo 362 de la misma Obra, por el cual se reprime el homicidio simplemente voluntario.

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, previa audiencia de su Colaborador Fiscal y de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el veinticuatro de agosto 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 — Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD PROVENIENTE DE DISCUSION SURGIDA ENTRE EL JUEZ Y EL APODERADO DEL SINDICADO EN EL ACTO DE UNA DILIGENCIA SUMARIAL

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, noviembre cuatro de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente, doctor Domingo Sarasty Montenegro.

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, consulta la providencia de nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor ALFONSO VILLALOBOS SERPA, por los cargos materia de la presente investigación.

Antecedentes:

En el Juzgado Penal del Circuito de Ocaña se adelantaba el proceso por el delito de violencia carnal cometido por Alberto Sepúlveda en la persona de Carmen Dolores Sulas Rico. Al practicarse una diligencia y en momentos en que ésta se realizaba, se presentó el apoderado del sindicado, Piñeres Andrade quien reclamó al Juez por el hecho de no haber sido citado para intervenir en dicho acto; a esta pregunta —dice el denunciante— "...el funcionario respondió: Este Juzgado no está al servicio suyo; los empleados del Juzgado no son sirvientes suyos; aquél le contestó: Pero usted está obligado a citarme por medio del empleado citador". Entonces el Juez replicó: "yo hago respetar este Juzgado; usted se sale de aquí; aquí no se entra sin pedir permiso, salga de aquí", pero el apoderado le expresó que no salía y que si no quería cumplir con sus deberes "renuncie al cargo". En este momento fué cuando los empleados le dijeron que abandonara el despacho y así lo hizo.

En este mismo memorial Piñeres Andrade dice que esta conducta seguramente obedece al hecho de "haberle cobrado lo que me está debiendo, préstamos de dinero que le he hecho con la natural contrariedad por ser usted Juez y yo abogado en ejercicio accediendo a sus urgencias. Es verdad que no es éste el primer caso que lo revela a usted como indigno de ser juez como contrainidicado para la alta y delicada misión de administrar justicia". Estos hechos demuestran que "usted es enemigo, que no puedo esperar de usted ninguna garantía de imparcialidad en los negocios que atiende en su Juzgado" por lo cual "para ahorrarme el expediente de tener que recusarlo, espero se sirva declararse impedido en el proceso a que he venido refiriéndome".

El Juzgado en auto de catorce de junio de mil novecientos cincuenta y dos, ordenó devolver "el anterior escrito al señor V. Piñeres Andrade a efecto de que concrete y demuestre, si es hombre, los casos por los cuales sostiene que el suscrito es indigno de ser Juez", advirtiéndole al peticionario "que la vejez que ostenta no sería óbice para que el suscrito le cruzara a latigazos la cara, en caso de repetición de los insultos consignados en el anterior escrito".

Estos incidentes dieron oportunidad al Juzgado para que con base en el informe del Secretario y en el memorial presentado por el demandante dictara la Resolución N° 1 de 14 de junio de 1952 por la cual se impuso al doctor V. Piñeres Andrade la sanción correccional de cinco días de arresto inconmutables, pero posteriormente, el 2 del mes y año citado, se convirtió el arresto en una multa.

Contra esta providencia se interpusieron todos los recursos autorizados por la ley, los cuales, en su debida oportunidad fueron considerados por el Juzgado en sentido desfavorable para el peticionario.

INVESTIGACION

Al sumario se allegaron los documentos que demuestran la calidad de funcionario público que sindicado —en ese entonces— tenía como Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña.

Copia de la actuación cumplida en el juicio seguido contra Abel Sepúlveda Puentes, por delito de violencia carnal.

Copia de la actuación realizada para impo

la sanción disciplinaria al doctor Valentín Piñeres Andrade.

En el curso de la investigación se recibieron varios testimonios, como también la declaración indagatoria del sindicado.

Se considera:

El delito de abuso de autoridad consistente en el hecho de omitir, rehusar o retardar la ejecución de un acto al cual estaba obligado, como era la suspensión de toda actuación, por haber sido recusado, no tiene existencia legal, pues tan pronto fué presentado el memorial de recusación el funcionario se declaró impedido para seguir conociendo del negocio y en auto de junio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos, es decir, dos días después de la petición ordenó pasar la investigación al Juez Segundo del Circuito en lo Penal para que avocara el conocimiento de las diligencias, lo que equivale a decir que el hecho imputado —ante la ley— no es constitutivo de infracción penal.

En cuanto al delito de abuso de autoridad proveniente de la discusión surgida entre el Juez y el apoderado en la diligencia cumplida en el sumario adelantado contra Sepúlveda Puentes, el hecho no es constitutivo de infracción penal, porque si bien es verdad que los conceptos expresados por el Juez no están de acuerdo con la conducta que deben observar los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, la respuesta tiene un sentido obvio y natural de defensa, no sólo del honor personal sino también de la dignidad de la investidura ante la ofensa hecha por el apoderado del procesado.

La protesta del Juez —en este caso— fué un rechazo natural a la conducta asumida por el apoderado, facultad que la ley no puede negarle a ningún funcionario quien por simples razones de ética no puede permanecer impasible ante las ofensas contenidas en el memorial de recusación, máxime cuando se le formula un cargo por indignidad; y si bien es verdad que el acto es censurable por falta de serenidad del funcionario acusado, también es evidente que el hecho no contiene los elementos necesarios para estructurar una infracción dentro de la modalidad del artículo 171 del Código Penal.

Tampoco hay lugar a deducir responsabilidad al doctor Villalobos Serpa por el hecho de haber dictado la Resolución Nº 1 de 14 de junio de 1952, porque esa determinación tiene fundamento constitucional y legal (Arts. 27 de la C. N. 112 del C. J. y 320 del C. de P. P. y M). No hubo, por una parte, omisión de formalidades legales para llegar a esa conclusión, y por otra, la persona sancionada tuvo oportunidad de interponer los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron negados y sólo cuando esas providencias estuvieron ejecutoriadas la resolución quedó en firme. Así pues, el hecho no es constitutivo de delito.

El cargo relativo a préstamos de dinero hechos por Piñeres Andrade al Juez acusado, no está probado, pues el denunciante expresa que "no incluí esos préstamos para que se investigasen como hechos punibles y sólo hablé de ellos incidentalmente en uno de mis escritos dirigidos a él como Juez, pidiéndole se declarase impedido para seguir actuando en los procesos en que yo intervenía como apoderado o como defensor". Es decir, que por este aspecto la conducta del funcionario no fué objeto de procedimiento alguno.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre 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 sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona con fecha noviembre nueve de mil novecientos cincuenta y cuatro.

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.

VALOR PROBATORIO DE LA CONFESION LEGITIMAMENTE PROVOCADA. — QUE ES LO QUE DISTINGUE EL ACCESO CARNAL DE LOS DEMAS ACTOS EROTICO-SEXUALES, COMO CONSTITUTIVO DE LA VIOLENCIA EN SUS ELEMENTOS MATERIALES. — LOS TRIBUNALES SE HALLAN FACULTADOS NO SOLO PARA REVOCAR LAS PROVIDENCIAS DEL INFERIOR EN QUE SE LE HA DADO AL DELITO UNA DENOMINACION ERRADA, SINO TAMBIEN PARA SUSTITUIRLAS, EN EL MISMO ACTO JURISDICCIONAL, A FIN DE CALIFICAR EL HECHO DE CONFORMIDAD CON LA LEY

1 — La confesión legítimamente provocada pero no sugerida reviste el mismo valor probatorio de la confesión espontánea cuando se halla, por lo demás, ratificada en otras constancias procesales.

2 — Lo que distingue el acceso carnal de los demás actos eróticos sexuales, como constitutivo de la violencia en sus elementos materiales, es el propósito dirigido a la unión carnal de los cuerpos, aunque ésta no se perfeccione fisiológicamente.

3 — El artículo 481 del Estatuto Procesal, en cuanto dispone que los autos de proceder deben contener en su parte resolutiva "el llamamiento a juicio por el delito que corresponda" no se refiere únicamente y exclusivamente a los jueces de la primera instancia sino también a los de la segunda; y es así como los Tribunales se hallan facultados no sólo para revocar las providencias del inferior en que se le ha dado al delito una denominación errada, sino también para sustituirlas, en el mismo acto jurisdiccional, a fin de calificar el hecho de conformidad con la ley. La tesis contraria conduciría a la conclusión inaceptable de que el Superior tampoco estaría en capacidad de revocar, como a diario sucede, una providencia de sobreseimiento definitivo para dictar auto de vocación a juicio, porque entonces también se coloca al procesado en la imposibilidad de recurrir contra la nueva decisión que lo perjudica. Cuando tal ocurre, la causal de nulidad a que se refiere el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. Penal desaparece, y el proceso continúa desarrollándose por las vías estrictamente legales y técnicas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal — Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve).

VISTOS:

El señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Cali recurrió en casación contra la sentencia de fecha 9 de agosto de 1956, por la cual dicha Corporación condenó a Sergio Ordóñez a la pena de dos años de prisión por el delito de violencia carnal.

La Corte procede a decidir sobre el mérito del recurso, cuya tramitación se ha cumplido legalmente.

Hechos y actuación procesal

Rosa Elena Santacruz desapareció una noche de la casa de los esposos Carmelo Gazia y Libia Delgado, en donde había venido trabajando como doméstica y a donde no regresó hasta la mañana del día siguiente. Interrogada por su tía Lucila Rosero sobre la causa de su ausencia, contestó que había pernoctado en un hotel del Parque de Santa Rosa en compañía del procesado y que éste había usado allí carnalmente de su cuerpo. La edad de Rosa Elena fluctuaba por entonces entre 13 y 14 años, pues había nacido en La Unión (Nariño) el 12 de abril de 1940 y el hecho tuvo lugar el 3 de julio de 1953. Examinada genitalmente los Médicos Legistas no le encontraron señales de fuerza, embarazo, ni contaminación venérea y advirtieron en ella la presencia "de un himen complaciente, que puede permitir el paso de un pene normal sin romperse".

El sumario se instruyó por la Inspección Segunda Superior Municipal de Cali y se calificó

por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad con llamamiento a juicio por el delito de "corrupción de menores", en auto que el respectivo Tribunal revocó para encausar a Ordóñez por el ilícito de "violencia carnal". Por la infracción así denominada rectificando su anterior punto de vista, el juzgador de primera instancia profirió el fallo condenatorio que confirmó el Tribunal en la sentencia acusada.

La demanda

Se resumen a continuación las causales alegadas y los motivos en que el actor las fundamenta:

A) — CAUSAL PRIMERA. La sentencia es violadora de la ley penal por errónea interpretación de lo dispuesto en el artículo 187 del Estatuto Procesal, según el cual los autos interlocutorios son apelables. Cuando el Tribunal revocó el enjuiciamiento contra Sergio Ordóñez, sustituyendo la denominación de corrupción de menores que el inferior le había dado a la infracción por la de violencia carnal, le quitó al procesado la posibilidad de apelar de esa providencia, ya que, como aquella Corporación obraba como juez ad-quem, "necesariamente tenía que finalizar allí el trámite del reclamo puesto que no se podía conceder para ante la H. Corte Suprema de Justicia el recurso de alzada porque se hubiera dado lugar a una tercera instancia".

B) — CAUSAL SEGUNDA. En la sentencia se dio a los hechos un valor probatorio que no tienen, pues lo que Ordóñez manifestó, después de haber negado en un principio la práctica del coito con Rosa Elena, fue únicamente la posibilidad de que "le hubiera introducido un poco el miembro viril en los órganos genitales", afirmación hipotética de donde erradamente dedujo el Tribunal el acceso carnal. El procesado "sólo quiso significar que se había contentado, con tocamientos o hechos vecinos al coito pero que no eran el coito mismo", y "Al elevar ese hecho a la categoría de coito incompleto (pero al fin coito) el H. Tribunal Superior están dando a las pruebas una significación que éstas no tenían ni podían tener ya que, más que a la forma como el sindicado se expresó, había que atender al significado de sus palabras".

C) — CAUSAL CUARTA. La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad porque, al advertir el Tribunal que el inferior se había equivocado en la denominación jurídica del hecho "lo que correspondía hacer era declarar que se había incurrido en la causal de nulidad contemplada en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P." Aquella entidad revocó el enjuiciamiento de primera instancia y procedió a dictar el suyo propio, pero "la nulidad ha persistido por no haber sido declarada".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado manifiesta que, no siéndole posible prohijar el recurso, tampoco considera de su deber ejercitar el derecho a que se refiere el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954; y al solicitar que no se case la sentencia recurrida, analiza en orden inverso las causales invocadas por el Fiscal recurrente.

Sobre la CAUSAL CUARTA sostiene que, de aceptarse la tesis de la demanda, carecería de objeto específico la alzada; que es una vez decidido por el superior el recurso intentado contra ella cuando la providencia de primera instancia queda en firme y surte todos sus efectos, y que la nulidad que pudiera derivarse de un error relativo a la denominación del delito desaparece con la revocatoria del auto equivocado, recobrando éste su virtualidad jurídica con la calificación acertada del que se profiere para reemplazarlo. Lo contrario significaría que "una vez adquirida la jurisdicción y competencia para decidir sobre una providencia, no se pudiera tomar ninguna determinación diferente a la de sugerir al inferior el camino que debiera seguir, dando lugar a que nuevamente se produjera ulterior recurso para revisarlo una vez más, con lo cual no sólo se iría contra la economía procesal sino contra elementales normas de procedimiento que tienen claramente señalada la finalidad de los recursos y la forma de tramitarlos con los resultados consiguientes".

Para oponerse a la aceptación de la CAUSAL SEGUNDA transcribe algunos apartes de la demanda, del auto de proceder del Tribunal y de los fallos de primera y segunda instancia; expresa que los hechos y pruebas que arroja el expediente han sido interpretados y apreciados en su verdadero alcance, sin que pueda encontrarse argumento o comprobación valederos para concluir que se incurrió en error o que se tergiversó el sentido exacto de las conclusiones que era forzoso obtener de tales elementos de juicio, y declara que el Tribunal procedió jurídicamente al considerar que el sindicado violó el artículo 316 del

Código Penal en su segundo inciso, de conformidad con el proveído enjuiciatorio que calificó claramente la infracción con el carácter genérico exigido por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

Opina finalmente que, por la forma como se formula el cargo referente a la CAUSAL PRIMERA, las razones del demandante corresponderían más bien a la causal cuarta de casación; y consiguientemente, para pedir también que se deseche aquélla, se limita a sintetizar sus razonamientos contra ésta.

Consideraciones de la Corte

Como los cargos relacionados con las causales primera y cuarta son, en el fondo, uno mismo (haber revocado el Tribunal el enjuiciamiento contra Ordóñez y haber llamado a responder a éste por delito distinto en la misma providencia revocatoria), la Sala estudiará conjuntamente dichas causales, después de analizar el mérito de la segunda.

Causal Segunda

Rosa Elena Santacruz refiere en su declaración instructiva que, por tres veces en la noche de autos, el procesado accedió a su cuerpo. "Sucede que hace aproximadamente dos meses —son sus palabras— me conocí con el señor Sergio Ordóñez, con quien entablé relaciones amorosas; y es el caso que hace unos ocho días me encontré con él y me invitó a que fuéramos a un hotel, pero sin decirme a qué. Yo lo acompañé y me llevó al hotel 'Barranquilla', que me parece está situado junto al parque de 'Santa Rosa'. Como él residiera en dicho hotel, me dentró a dicho establecimiento, a su pieza. Una vez dentro de la pieza y en compañía de Sergio mi novio, y como fuera más de las once de la noche, yo me desvestí en su presencia y me acosté en la cama, acostándose al mismo tiempo junto a mí, Sergio, quien una vez en ella se dio a la tarea de hacerme toda clase de caricias, cogiéndome mis partes genitales, al mismo tiempo que me besaba. Al rato de encontrarse Sergio haciéndome tales caricias, se me subió encima de mí, al mismo tiempo que me abría las piernas y me introducía el miembro de él por mi parte genital, ejecutando en esta forma el acto sexual, el cual duró unos treinta minutos... A la otra media hora de haber hecho uso de mí, volvió y se me montó encima, volviendo a ejecutar de nuevo el acto sexual conmigo, pero demorándose menos tiempo. Aclaro que cuando Sergio me cogió por primera vez, no fue tanto el dolor que sentí, como tampoco tuve hemorragia de sangre (sic). Cuando por segunda vez terminó de hacer picardías conmigo nos quedamos dormidos, hasta el otro día a las cuatro de la mañana que despertamos y se me volvió a montar encima, ejecutando el mismo acto sexual, como lo había hecho por primera vez. Luego de esto nos volvimos a quedar dormidos y nos despertamos a las seis de la mañana, nos levantamos y nos fuimos, él para su trabajo y yo para mi colocación..."

Ordóñez admitió en la indagatoria que ambos durmieron en su pieza aquella noche; pero que, habiéndole preguntado a Rosa Elena si "estaba señorita", ella le contestó afirmativamente, por lo cual se limitó a besarla y acariciar sus senos y partes pudendas, sin hacerle daño. Fue posteriormente, en el careo practicado entre ofensor y ofendida y ante la firmeza con que ésta le sostuvo a Ordóñez sus inculpaciones, cuando el procesado se reconoció progresivamente culpable al dar las respuestas que en seguida se transcriben de esa diligencia: "Porque yo sí me subí encima, pero sin introducirle el miembro"; "Lo que puede haber sucedido es que yo en medio de la sensación que sentía en esos momentos en que me hallaba encima de ella, pude haberle introducido un poco mi miembro, pero mis intenciones no eran las de practicar el acto carnal completo con ella, sino tan solo rozarla, de modo que puede ser cierto lo dicho por ella, o sea que yo le introduje mi miembro"; "Quizás por un olvido no dije lo de las propuestas de que nos saliéramos a vivir y de que juntáramos nuestros órganos genitales, y a las caricias a que me referí y en lo que concierne al tres de julio, fueron las de yo montármelo encima, fuera de haberle tocado también con mi mano los senos y sus partes genitales y haberla besado, y hasta haberle introducido un poco mi miembro en los momentos de emoción"; "y luego de desvestirnos nos acostamos y apagué la luz y empecé a acariciarla de nuevo y fue cuando me monté en ella y fui sintiendo sensación, habiéndome desarrollado encima de ella pero por fuera esta primera vez, pero me imagino que en las otras dos ocasiones y en medio de la sensación me le desarrollé dentro de ella".

Frente a los principios que rigen la crítica de las pruebas en derecho penal, obró acertadamente la Corporación sentenciadora al atribuir a estas manifestaciones el carácter de una confesión legítimamente provocada —no indebidamente

sugerida— del delito por el cual fue condenado el recurrente. En ellas reconoce éste la introducción parcial del pene en el orificio vulvar y la seminatio intra vas, coincidiendo con la versión de la ofendida, quien gráficamente describe en los siguientes términos la sensación que tuvo de esos dos hechos decisivos —uno solo de ellos habría sido suficiente— para establecer la objetividad del acceso carnal: "El sí me introdujo el miembro un poquito y en este momento fue que me dolié, yo sentí como que me cayó algo dentro de mí, y que era de él".

No era pues, indispensable entrar en eruditas lucubraciones sobre las dos tendencias en que se han dividido, de extremo a extremo, los criminalistas al exigir unos la introducción completa o incompleta del pene en la vagina para que se configure la violencia en sus componentes objetivos, y expresar otros que basta el simple contacto exterior de los órganos genitales masculino y femenino, dirigido a la unión carnal de los cuerpos, para que dicha infracción se integre en los elementos materiales que la distinguen de los demás ilícitos a ella semejantes que se reprimen en el Libro Segundo, Título XII, del Código Penal. Si en el presente negocio se daba la primera hipótesis, la segunda quedaba descartada; y con menos razón aún podía decirse estructurada en los autos la corrupción de menores, consistente en la ejecución de "actos erótico sexuales diversos del acceso carnal".

Ha dicho el Fiscal recurrente que el acusado no incurrió en la violación del artículo 316 de la Obra últimamente citada, sino en la del inciso 2º del artículo 325 ibidem "por no haber existido el acceso carnal, pues faltó la enérgica expresión que significa penetración sexual, y el acto psico físico de la penetración carnalmente considerada se vio controlado por el temor a las consecuencias de la desfloración, contentándose Ordóñez con los frotamientos pene labiales"; pero sobre el particular se expresa así la Procuraduría: "...como se dejó establecido suficientemente, no sólo se comprobó la edad de la menor inferior a catorce años, sino el hecho muy explícito de haber tenido Ordóñez acceso carnal sobre la misma, sin que por haber resultado el himen complaciente pueda dudarse de la realidad de la cópula, dados los pormenores establecidos en la investigación, de haber estado en la cama desvestidos durante las horas de la noche, con toda clase de caricias, tocamientos, preparativos y con el adimento (sic) de haber logrado que en tales circunstancias la menor abriera las piernas y el sindicado hubiera introducido su miembro viril en erección en la vulva, aunque no lo fuera en su totalidad sino un poco, como él mismo lo admitió explícitamente, aspecto que por lo demás era apenas lógico, dados todos los otros medios de que dispuso voluntariamente para lograr tal acceso carnal aunque en principio no se lo hubiera propuesto formalmente. Colocado en tales condiciones, en realidad, los abusos deshonestos diversos del acceso carnal, que se hubieran tenido inicialmente, o el simple coito perineal, llegaron a convertirse en coito completo al lograr introducir el pene en la vagina aun con las precauciones de no hacerlo en su totalidad por el temor a la desfloración, pero con el resultado de que pudo haberlo logrado dada la calidad del himen plástico. Admitida pues, la iniciación en el acceso carnal, éste quedó consumado, sin que sea indispensable entrar en disquisiciones perfectamente acomodaticias, para desvirtuar la naturaleza de la violencia carnal operada por la edad de la mujer y, desplazarla hacia otro ilícito, como el de los abusos deshonestos o la corrupción de menores, en la forma en que la plantea el señor apoderado de Ordóñez" (fl. 37 Cuaderno de la Corte).

Es por tanto, infundado el cargo de error en la valoración de los hechos y —en consecuencia— la causal segunda no habrá de prosperar.

Causales Cuarta y Primera

Los respectivos cargos se hacen consistir en que la sentencia se dictó en un juicio afectado de la nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, y en que con ella se violó el artículo 187 de la misma Obra.

Para desechar el primer cargo basta anotar que el error relativo a la denominación jurídica del delito en que había incurrido el Juez de la primera instancia, al proferir enjuiciamiento contra Ordóñez por el ilícito de corrupción de menores, se rectificó precisamente por el Tribunal mediante la revocatoria de esa providencia y la apertura de de causa por el de violencia carnal, decisiones que la Corporación ad quem estaba facultada para adoptar en un mismo acto jurisdiccional, toda vez que la parte resolutiva de los autos de proceder, según mandato del artículo 431 del Estatuto Procesal, "contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, **el llamamiento a juicio por el delito que corresponda**, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa sin determinar dentro del

género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considera aplicable". Es obvio que esta disposición no se refiere única y exclusivamente a los autos de proceder proferidos en las primeras instancias; y el Tribunal, al sustituir el que revisaba en vía de apelación, no hizo otra cosa que darle cumplimiento a la norma que, en lo pertinente se ha transcrito. De otra manera, no podría el superior, como a diario sucede revocar una providencia de sobreseimiento definitivo para dictar auto de vocación a juicio, porque entonces también se coloca al procesado en la imposibilidad de recurrir contra la nueva decisión que lo perjudica.

Se afirma en el libelo que con esa actuación, se violó el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal, según el cual los autos interlocutorios, entre otros el de proceder son apelables en el efecto suspensivo: que la apelación y los demás recursos entrañan derechos que la ley concede a las partes para que el mismo funcionario o su inmediato superior revisen la providencia y resuelvan el caso como si ésta no se hubiera producido; que a nadie se le puede arrebatar la oportunidad de esa revisión sin que aquellos derechos se conculquen gravemente, y que lo contrario equivale a pretermitir una instancia con detrimento, además de las garantías elevadas a canon constitucional por el artículo 26 de la Carta.

Sobre la improcedencia de estos motivos referentes a la causal primera —que, con menos impropiedad, habrían podido aducirse para sustentar la causal cuarta— la Sala observa, con su Colaborador Fiscal, que "Ninguna garantía o derecho del procesado se viola al cumplir los trámites propios de las instancias en un auto apelado; y cuando éste queda en firme al resolverse el recurso, mal puede pensarse en la posibilidad de retrotraer la actuación confundiendo las causales de nulidad, en que es preciso reponer lo actuado con la revocatoria de una decisión que en virtud del mismo recurso de alzada debe reemplazarse por el exacto sentido en que debe quedar el proveído. Con lo cual, lejos de violar los preceptos procedimentales y las garantías constitucionales, se está dando estricto cumplimiento a sus mandatos y se está desarrollando el proceso por las vías estrictamente legales y técnicas".

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, previa audiencia del señor Procurador Segundo Delegado y de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el nueve de agosto de mil novecientos cincuenta y seis.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa — Octavio Laserna Villegas, Conjuez. — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Liborio Tíller Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

EN ACCIONES POR FALTAS CONTRA LA MORAL Y EL DECORO PROFESIONALES, AL DECIDIR EN SEGUNDA INSTANCIA, LA CORTE CARECE DE FACULTAD LEGAL PARA ADMITIR ELEMENTOS PROBATORIOS NUEVOS COMO BASE PARA RESOLVER SOBRE LA LEGALIDAD DEL FALLO APELADO O CONSULTADO, PORQUE ESTE PROCEDIMIENTO NO LO AUTORIZA LA LEY.

La calidad de abogado con facultad legal para ejercer su profesión es indispensable acreditarla en las acciones que se adelanten por faltas contra el decoro y la moral profesional. Mediante la prueba de dicha calidad, por un lado se fija la competencia del Tribunal para decidir en primera instancia y por otro, la de la Corte para hacerlo en segunda. Si al dictar la providencia de primer grado el Tribunal no considera aquella prueba, carece de un elemento necesario para determinar su propia competencia. Aparte del problema de la competencia, el fallador de segundo grado se encontraría ante el hecho de tener que decidir con valoración de una prueba que en primera instancia no se pudo estudiar ni apreciar, y así habría de confirmar, revocar o modificar en atención a una prueba no conocida en la misma providencia recurrida. La Corte, al decidir sobre un proveído de esta naturaleza, carece de facultad legal para admitir elementos probatorios nuevos y con base en éstos resolver sobre la legalidad del fallo consultado, porque este procedimiento no lo autoriza la ley.

Podría decirse que, por economía procesal, debiera admitirse la prueba por la Corte, pero ante las razones expuestas, el argumento carece de eficacia, dado que su valor incide fundamentalmente en la decisión, y es al Tribunal a quien le compete apreciarla en primera instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñaloza)

VISTOS:

Debe decidirse sobre la consulta que al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín hace de su providencia, del 15 de febrero de 1956, por la que se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Jaime Velásquez Toro, en estas diligencias que, de acuerdo con las prescripciones de la ley 69 de 1945 se le siguieron, por queja de Rafael Angel Arias.

Recibida la querella por el Tribunal, ratificado el querellante en los cargos, oído el doctor Velásquez Toro, y allegadas diversas piezas, el Fiscal del Tribunal solicitó el sobreseimiento, a lo que aquella entidad accedió aunque faltaba la prueba de la calidad profesional del acusado. Cuando se tramitaba la consulta y después de que el Agente del Ministerio Público ante la Corte había pedido la revocatoria del proveído, el doctor Velásquez Toro presentó copia del acuerdo mediante el cual fue recibido como abogado titulado por el Tribunal en mención; el colaborador fiscal de la Sala, en nuevo concepto, pide se confirme por hallar subsanada la irregularidad.

Pasa la Sala a examinar si al documento presentado por el doctor Velásquez Toro se le pueda dar valor probatorio, aunque no hubiese sido conocido por el Tribunal que dictó la providencia materia del recurso.

La calidad de abogado con facultad legal para ejercer su profesión es indispensable en esta clase de juicios. Mediante la prueba de dicha calidad, por un lado se fija la competencia del Tribunal para decidir en primera instancia y, por otro, la de la Corte para hacerlo en segunda. Al dictar la providencia de primer grado no se consideró aquella prueba y, por tanto, el Tribunal carecía de un elemento necesario para determinar su propia competencia. Aparte del problema de la competencia, el fallador de segundo grado se encontraría ante el hecho de tener que decidir con valoración de una prueba que en primera instancia no se pudo estudiar ni apreciar, y así habría de confirmar, revocar o modificar en atención a una prueba no conocida en la misma providencia recurrida. La Corte, al decidir sobre un proveído de esta naturaleza, carece de facultad legal para admitir elementos pro-

baterios nuevos y con base en éstos resolver sobre la legalidad del fallo consultado, porque este procedimiento no lo autoriza la ley.

Podría decirse que, por economía procesal, debe ser admitida la prueba por la Corte, pero ante las razones expuestas, el argumento carece de eficacia, dado que su valor incide fundamentalmente en la decisión, y es al Tribunal a quien le compete apreciarla en primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— oído el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia consultada, para que se proceda como se dice en la parte motiva del presente auto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Guillermo Hernández Peñaloza. — Santiago Cardenas Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valenzuela. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello R., Secretario.

TECNICA DE CASACION. — LA INDIGENCIA Y LA FALTA DE ILUSTRACION DEBEN INFLUIR EN EL DELITO PARA QUE SEAN CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD.

1 — Cuando se invoca una causal como la primera en su carácter de principal, no basta señalar las disposiciones que se consideran violadas ni decir por qué se consideran violadas, en un sentido general y axiomático, sino con toda precisión y con base demostrativa.

2 — La indigencia y la falta de ilustración constituyen circunstancias de menor peligrosidad en tanto han influido en el delito y en la medida en que ha existido el influjo, de tal suerte que, si no estuvieron concatenadas con el ilícito, no pueden estimarse como tales circunstancias de menor peligrosidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Hernández Peñalosa.)

VISTOS:

Agotados los trámites legales, corresponde decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado David Gabino Torres González, y su apoderado, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 7 de octubre de 1953, y por cuyo medio se condenó a dicho procesado a la pena principal de 19 años y 6 meses de presidio, como autor de homicidio, con características de asesinato, en Simón Casarrubia.

Hechos:

En el caserío de Nuevo Paraíso, de la comprensión municipal de Montería, en la tarde del 19 de febrero de 1950, se hallaba formado un grupo por David Gabino Torres, sus hermanos Faustino, Manuel y Florencio y su cuñado Manuel Francisco López, que se habían entregado a beber licor. Se formó una trifulca, de la cual resultó herido Fausto Torres, así como el propio comisario de policía. Por su parte, Simón Casarrubia, Gabriel Trujillo, Joaquín Gómez y Brindisi Vertel estaban reunidos en casa del primero; habiendo salido éstos a tomar noticia de la aludida riña, Trujillo dejó a sus compañeros; hacia las siete de la noche, cuando Casarrubia, Gómez y Vertel esperaban la llegada de un muchacho, a quien habían enviado a comprar licor para dirigirse a comer a casa de una hija del primero, se presentó el grupo al cual pertenecían los Torres. Casarrubia estaba hablando con Manuel Torres sobre lo que le había ocurrido a su hermano Faustino, cuando David Gabino, sin mediar palabra, y en la oscuridad, apuñaló en el abdomen a Casarrubia, al cual se intentó enviar a Montería, pero falleció antes de llegar a esa ciudad.

El Cuestionario y el Veredicto:

El Juez Superior sometió a los miembros del jurado el correspondiente cuestionario así:

"El acusado David Gabino Torres González es responsable de haber ocasionado, con el propósito de matar y con alevosía, la muerte a Simón Casarrubia, infiriéndole una herida con arma punzante o cortante y punzante, hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del día 19 —diecinueve— de febrero de mil novecientos cincuenta (1950) en el Caserío de Nuevo Paraíso, comprensión del Distrito de Montería?".

Los miembros del jurado discreparon sólo en cuanto se refiere a la característica de asesinato, concretada en la alevosía; todos reconocieron la responsabilidad. Uno de ellos contestó: "Sí, pero sin alevosía"; los otros dos simplemente: "Sí es responsable".

La Sentencia:

En primer lugar desestima el Tribunal la solicitud de nulidad hecha por el defensor, basado en que a David Gabino Torres "lo llamaron a juicio por homicidio y lo juzgaron por asesinato", argumento al cual contesta aquella entidad que el Juzgado acogió el concepto fiscal en que precisamen-

te se habla de que el procesado obró "en forma alevosa y villana". Para desestimar también la solicitud de contraevidencia que planteara el defensor, el Tribunal manifiesta que, si bien el mismo Fiscal en la audiencia quiso explicar que su concepto no había tendido a que se tuviesen los hechos como configurativos de asesinato, con todo existen al menos dos testimonios cuya credibilidad no ha sido atacada, con los que se prueba, plenamente que la víctima se encontraba en condiciones de indefensión o inferioridad cuando fue atacada y rebate el concepto fiscal de segunda instancia, según el cual ninguno de los miembros del jurado aceptó el que se hubiese obrado con alevosía, por cuanto a éste no se le exigen palabras sacramentales y, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte, hay que entender que las circunstancias modificadoras de la responsabilidad que no desechó expresamente el jurado hay que entenderlas como aceptadas por éste.

Tampoco encontró el Tribunal el que fuese contrario a la evidencia de los hechos el veredicto, dado que existe la prueba arriba aludida que muestra cómo había condiciones de indefensión o inferioridad en la víctima, a que se refiere el ordinal 5º del artículo 363 del C. P. para que el homicidio se tenga como asesinato.

Rechaza el Tribunal la tesis de que debía tenerse en cuenta la circunstancia de haber delinquido David Gabino Torres en estado de ira e intenso dolor, por cuanto su hermano había sido muerto, porque, para que aquel estado pueda tener efectos jurídicos, es necesario que haya sido causado por grave e injusta provocación u ofensa de las contempladas en la misma ley, originada precisamente por la víctima, y como falte este último elemento, no puede aceptarse la modalidad.

En cuanto a la graduación de la pena, se muestra partidario el Tribunal del criterio que guió al juzgador de primera instancia, y se refiere a los motivos determinantes del delito, para concluir que el procesado obró por motivos innobles o fútiles, por lo que se está ante una de las circunstancias de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del C. P. Por otro lado, tiene como probada la embriaguez, "caso contemplado como atenuante por el artículo 38 ibidem". Así, no acepta la reducción de la sanción propuesta por la defensa.

La Demanda:

En el acápite denominado "Hechos" se dice que la sentencia no se halla en consonancia con el auto de proceder por cuanto la parte motiva no incluye premisas para abrir causa criminal por asesinato y se agregan las consideraciones del Tribunal para graduar la pena; se observa que el procesado ha tenido buena conducta anterior a los hechos, carece de instrucción, tiene humilde condición social, reconoció voluntariamente los hechos en la indagatoria, y además se habla del "estado de pasión excusable en que se encontraba por motivo de haber recibido la noticia de la muerte de su hermano". Concluye esta parte de la demanda con la afirmación de que el juzgador de segunda instancia tuvo en cuenta el numeral 3º del artículo 37 del C. P., "y tal actitud se basó en una tesis de venganza atribuída al matador, la cual apenas constituye una especulación fortuita y más o menos discutible".

Se invocan en seguida las causales primera y tercera de casación. En lo tocante a la primera, se afirma que la sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación, "ya que al graduar la pena el juzgador, valoró una circunstancia, sólo una, de menor peligrosidad como suficiente para aumentar el mínimo de la pena en cuatro años y seis meses, dándole vocación jurídica para tal cantidad de pena en balance con la circunstancia de mayor peligrosidad que reconoce". En relación con la tercera causal se afirma que la sentencia no está en armonía con los cargos formulados en el auto de proceder "pues la fundamentación no se hizo debidamente pues se basó en las palabras de la vista fiscal.... interpretadas por el sentenciador como elemento constitutivo de asesinato y, más tarde, contradichas y aclaradas por el señor Fiscal, quien expresó francamente que no fue intención convertir en asesinato lo que para él constituía apenas un homicidio simple".

Enunciadas las causales, con las indicaciones que se acaban de hacer, argumenta el apoderado de Torres Gonzáles contra la graduación de la pena en el sentido de que, aún admitiendo como premisa el juzgamiento por asesinato, "la imposición de una sanción no puede ser un promedio aritmético exprechosamente traído, sino una inferior, dado que su apreciación no solamente depende de las concurrentes circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, sino también de las modalidades del hecho delictuoso, de los motivos determinantes y hasta de la personalidad del agente al tenor del artículo 36 del C. P. Además, el juzgador no tuvo en cuenta el artículo 40 del C. P. para concordarlo con el artículo 38, ya que según la demanda obran en el expediente otras circunstancias de menor peligrosidad, ya aludidas y que se repiten ahora para añadir "la cólera, que, explicablemente, embargaba su espíritu —del procesado— por la noticia de la muerte de su hermano". Y vuelve otra vez el escrito del apoderado sobre la graduación de la pena con la base de existencia de aquellas múltiples

cunstancias de menor peligrosidad, para concluír en esta parte que, si se siguiese el razonamiento puramente aritmético que atribuye al juzgador, habría de llegarse al mínimo de la sanción, y examina la "única y solitaria" circunstancia de mayor peligrosidad a la luz de que "es fruto exclusivo de la especulación del juzgador, deducción del juez que no se basa en prueba concreta alguna y que proviene de que, ciertamente, debe haber un motivo del acto delictuoso, que casi siempre desconoce o están en mucha duda para el juez, por lo que afirmar una razón con exclusión de las otras posibilidades resulta más o menos caprichoso. Pudo bien ser otro el móvil: por qué no el noble que impone la obligación social de reaccionar ante el ofensor familiar, así sea de manera difusa e indeterminada, o, también, la presión costumbrista más propia y vigente en las bajas capas sociales. Otra hubiera sido la conclusión si el señor Juez en vez de tomar el camino de la venganza hubiera seguido por el camino de analizar las reacciones íntimas, profundamente afectivas del hermano que daba por muerto a su carnal. Es que no hay que colocarse en el puesto de Juez o de Fiscal, sino más bien en el lugar del inculpado para explicarse que atacara a un extraño, seguramente por motivo de una equivocación que debió sufrir. Dada la confusión producida por las libaciones y la alusión a la "paja del señor Casarrubia" el motivo debió ser noble dentro de una equivocación inicial".

Señala en seguida la demanda las disposiciones que se consideran violadas: los artículos 37, ordinal 3º, 38, 39 y 40 del C. P. Y agrega que se basa conjuntamente en el artículo 567, numerales 1º y 2º del C. P. P. y en el artículo 163 de la Constitución Nacional.

Finalmente concreta la demanda su finalidad: que se infirme el fallo del Tribunal para que se condene al procesado al mínimo de la sanción.

VI. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En su cuidadoso estudio, el Procurador Segundo delegado en lo Penal dice cómo la demanda se circunscribe preferentemente a los aspectos atientes la causal primera, invocada como principal, y sólo tidentalmente se refiere a la tercera.

Señala, en lo tocante al primer punto, que la demanda es deficiente, porque viene a constituir más comprobación de lo alegado, precisamente un vo alegato sobre los temas controvertidos. Entra la Procuraduría que si bien se hicieron arnenaciones hábiles acerca de nuéviles e inexistencia de la venganza, con todo "no se dá la razón ni la prueba convicente de la errónea interpretación o de la indebida aplicación del respectivo numeral del artículo 37 del C. P." Después de anotar cómo en el fallo se tuviéron serios fundamentos para aumentar la pena sobre el mínimo y cómo no puede haber una pauta rígida en esta apreciación concreta, a partir de elementos probatorios, y no puede ser atacada sino mediante prueba y demostración de que hubo error en la interpretación o aplicación indebida de la norma penal, concluye la Procuraduría: "En síntesis, de los tres motivos anotados como fundamentos para sustentar los cargos de haber violado el fallo las citadas disposiciones, ninguno puede prosperar, por cuanto las razones en el fondo conducen todas a pretender demostrar que el aumento sobre el mínimo fue improcedente, partiendo de la impugnación de la circunstancia de mayor peligrosidad, siguiendo con la afirmación enfática de que concurren en favor del sentenciado varias circunstancias de menor peligrosidad (artículo 38 del C. P.) y terminando con la aseveración de la falta de concordancia y armonía entre los artículos 39, 40 del C. P., con los dos de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad (37 y 38) y con el básico en la graduación de la pena (36), todos de la misma obra". La demanda no logró argumentar concluyentemente ni dar prueba decisiva para hacer desaparecer la circunstancia de mayor peligrosidad a que se refiere el Tribunal, y éste sólo aludió a la venganza de manera incidental. Tampoco lograron demostración las circunstancias de menor peligrosidad a que alude la demanda, a excepción de la que tuvo en cuenta aquella entidad. Por otro lado, "y en lo que respecta a la falta de concordancia de las citadas disposiciones, es suficiente anotar que el artículo 39 mal puede aplicarse desde que se perfilan circunstancias de mayor peligrosidad; que el artículo 40 exige como es natural que las otras circunstancias que se aduzcan tengan el respaldo probatorio del caso; y que la relación obligada de todos esos artículos mencionados en la gama de apreciación obedece a un criterio serio, formal, que parte antes de todo, de las correspondientes pruebas para cada una de las circunstancias mencionadas y de las bases de apreciación en los presupuestos del artículo clave de justipreciación que varias veces se ha mencionado" (artículo 36 del C. P.)". Por lo demás, recuerda la Procuraduría cómo, cuando se invoca la causal primera de casación como única o principal, es más exigente su demostración y cómo la técnica exige la plena comprobación de los elementos que conduzcan a establecer la violación de la ley penal. Por todo lo anterior, pide el distinguido

colaborador de la Sala se rechace la demanda en cuanto hace a esta causal.

En cuanto a la causal tercera, invocada en la demanda, luego de transcribir el numeral cuarto de ésta y su breve desarrollo, anota la Procuraduría cómo fuera de la referencia al numeral 3º del artículo 567 del C. de P. P. y de los respectivos apartes de la demanda no se aportó argumentación ni demostración, ni elemento de juicio para sustentar la causal: se hizo un simple enunciado o afirmación de carácter general de que la sentencia no está en concordancia con los cargos formulados en el auto de proceder porque no contiene los elementos necesarios para configurar el asesinato y sin embargo se condenó por éste. Conceptúa la Procuraduría que, como se trata de juicio con intervención de jurado, debería rechazarse de plano el cargo, por manifiesta improcedencia e inoportunidad, puesto que no puede concebirse posibilidad para analizar una situación agotada en su totalidad, al pronunciarse el veredicto, al cual deben ajustarse el juez de derecho y el superior, conforme al artículo 480 del C. P. P. Si se alterase la determinación del jurado con una pretensa desarmonía entre la sentencia y el auto de proceder, se desconocería previamente el veredicto, y como el desacuerdo entre éste y el auto de proceder no es causal de casación, no es posible considerar la alegación a este respecto, menos cuando, de la realidad procesal y de las providencias en que se quiso sustentar aquella afirmación, se desprende que se tuvieron en cuenta las circunstancias sobre las cuales el jurado elevó a la categoría de asesinato el homicidio de que tratan los autos. Además, el Tribunal señala cómo no erró el inferior en su providencia tanto al considerar la tesis del desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia como al resolver las peticiones sobre nulidad y sobre contraevidencia, a más de que en el auto de proceder, en su parte motiva, se contiene lo referente al asesinato. "Por donde se concluye —dice la Procuraduría luego de poner de manifiesto la superabundancia de razones del Tribunal para considerar el ilícito como asesinato y la aceptación del jurado sin que el juzgador en derecho pudiera rechazar el veredicto— que para destruir la juriscidad que exhibe la sentencia en puntos tan extensa y fundadamente tratados, hubiera sido necesario presentar pruebas incontrovertibles y no simplemente enunciados, máxime cuando se planteaba una tesis que podía rechazarse de plano por la dificultad manifiesta de comprobar el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, estando de por medio el veredicto al cual debía sujetarse ineludiblemente el fallo. Pero admitiendo en gracia de discusión que la parte motiva del auto de proceder no contuviera la figura del asesinato, —lo cual en el presente caso no ocurrió como se dejó suficientemente aclarado—, otra sería entonces la causal que podría tenerse en cuenta en caso de alegarse, menos la tercera en su motivo primero". Así, debe rechazarse este cargo.

Concluye la vista fiscal con la solicitud de que no se case la sentencia recurrida.

ESTUDIO DE LA CORTE

1º—*Observaciones de carácter general.* Es evidente que la demanda en el fondo no es más que una serie de afirmaciones desprovistas de prueba y de conceptos que expresan un criterio sin demostrarlo; adolece no sólo de faltas contra la técnica en su presentación, sino que carece de las demostraciones que son más necesarias cuando se invoca una causal como la primera en su carácter de principal, porque entonces no basta señalar las disposiciones que se consideran violadas ni decir por qué se consideran violadas, en un sentido general y axiomático, sino con toda precisión y con base demostrativa.

Ha de seguirse el orden propuesto en la demanda, aunque no sea el que lógicamente corresponda ya que la causal primera se alega para rechazar la validez de una sentencia por el aspecto de no haber tenido en cuenta determinadas circunstancias de menor peligrosidad, y la tercera va más al fondo por cuanto ataca la sentencia en el sentido de que fue más allá no sólo de la simple imposición de una pena sino ligándola con el auto de proceder, que indirectamente, también se pretende devaluar.

No puede la Corte pasar sin anotar el que, entre los fundamentos de la demanda se cite el artículo 168 de la Constitución Nacional, porque los claros argumentos del Tribunal se extienden por varias páginas de nutrida lectura, con precisiones y referencias no sólo a hechos sino a disposiciones legales que se consideraron indispensables, todo con base, y por tanto, como motivación para pronunciar el fallo. Citar el artículo 168 de la Constitución fue, pues, inoportuno.

2º *Observaciones en cuanto a la causal primera.* Se ha afirmado en la demanda que la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación, es decir, por los dos aspectos del ordinal 1º del art. 567 del C. P. P., lo es porque al graduar la pena, según el recurrente el juzgador "valoró una circunstancia, sólo una, menor peligrosidad" y, a más de excesivo el criterio del Tribunal, no se tuvieron en cuenta otras circunstancias de la misma índole, a saber —y por interpretación de la demanda— la buena

ducta anterior a los hechos, la carencia de instrucción, la condición social, el reconocimiento voluntario del ilícito en la indagatoria, y la "cólera" de que debía estar embargado el victimario de Casarrubia porque alguien había ultimado a su hermano Faustino.

La Corte entra a examinar si existen, demostradas, las circunstancias de menor peligrosidad a que alude el demandante, sólo por agotar todas las posibilidades y apesar de que la demanda no demuestra sino simplemente afirma.

Comenzando por la denominada "cólera", es bien sabido que la circunstancia 3ª del artículo 38 del C. P., o sea, la pasión excusable, la emoción determinada por intenso dolor o temor, o el ímpetu de ira provocada injustamente, son tres situaciones distintas que, al parecer se han confundido en la demanda, ya que además de la cólera, en los denominados 'hechos' se habla de la pasión excusable que debía poseer al procesado por la muerte de su hermano, y, posteriormente, se hacen aquellas extrañas alegaciones de que existe obligación de reaccionar "así sea de manera difusa e indeterminada", es decir, contra cualquiera, aunque no sea el autor del hecho que origina el movimiento anímico aquel contra quien se dirige el agente del ilícito, sin contar con aquello de "la presión costumbrista más propia y vigente en las bajas capas sociales". No habiéndose partido del artículo 23 del C. P., se trataría, pues, de alegar la existencia de una circunstancia de menor peligrosidad por el concepto que se viene reseñando, y es patente que ni se probó violación de la ley o su mala interpretación cuando el Tribunal no la tuvo en cuenta, ni ahora puede darse como productora de resultado alguno, ya que los fundamentos que se le han pretendido dar no son más que afirmaciones escuetas alejadas de toda norma legal y de todo principio jurídico. No hay necesidad de decir cómo el ímpetu de ira —si por tal se entiende la 'cólera' a que se refiere la demanda— ha de ser injustamente provocado, y nadie más ajeno que Casarrubia a los hechos que motivaron la cólera de su victimario, sin que estuviera por ende ligado éste ni a los hechos que, según la demanda, hayan puesto fuera de sí a Torres González, porque no hay nexo de causalidad entre el delito cometido por Casarrubia y la provocación, grave además de injusta, que debía existir con todos sus elementos en que favoreciera al procesado.

Tampoco aparece que haya habido confesión en el sentido en que lo exige la circunstancia 9ª del artículo 38 del C. P., porque la confesión está, por su parte, unida a la presentación voluntaria ante las autoridades, lo que debe estar probado, y por otra al hecho de ser verdadera *confesión*, no relato acomodaticio ni, menos, basado en una presunta amnesia producida por el licor, dado que entonces no se está confesando, como es obvio.

Si la condición social se liga con la indigencia y la falta de ilustración a que, concretamente, se refiere la circunstancia 11ª del citado artículo 38 del C. P., tampoco el Tribunal violó la ley por este concepto, ya que no se demostró que hubiese debido tener en cuenta esta circunstancia y, menos, la relación de causalidad con los hechos porque la indigencia y la falta de ilustración constituyen circunstancias de menor peligrosidad en tanto han influido en el delito y en la medida en que han influido en su comisión, de tal suerte que, aún existiendo la indigencia y la falta de ilustración, si no estuvieron concatenadas con el ilícito, no pueden estimarse como circunstancia de menor peligrosidad. Si se quiso hacer de la baja posición social una circunstancia de menor peligrosidad, por analogía, tampoco cabe tomarla en consideración, porque, también debería existir aquel nexo entre esa posición social y el delito.

No se ha probado tampoco cargo contra la sentencia en cuanto hace a la buena conducta anterior. La de primera instancia dejó claramente establecido que tal conducta no había recibido comprobación y así es efectivamente.

Pudo errar el Tribunal en el cálculo de la pena imponible, si de otro lado tuvo en cuenta la circunstancia contenida en el ordinal 3º del artículo 37 del C. P.? Muy bien dice la demanda que, para la individualización de la pena, no puede tenerse un criterio estrictamente aritmético. Pero este criterio no guió al Tribunal, entidad que, en todo caso, razonó fundadamente para llegar a la cantidad de pena que juzgó necesario imponer y compartió las explicaciones de la sentencia de primer grado expresamente. La circunstancia de mayor peligrosidad que se tuvo en cuenta es de grado considerable, porque si como la misma demanda lo hace notar, al procesado le pudo molestar Casarrubia por su conversación, así presentadas las reacciones de aquél, lo hacen muy peligroso, resultando todo lo contrario de lo que se quiere decir contra la sentencia, más cuando se tienen presentes las extrañas lucubraciones sobre convivencia social, que atrás se transcribieron, sin que, en el fondo, se rebatan las tesis del Tribunal. No se puede decir que éste errara al dar un valor elevado a la circunstancia de mayor peligrosidad que halló demostrado, para que ella sola contrapesara y sobrepasara la de menor peligrosidad. Si el mínimo de la pena es de quince años y el máximo de veinticuatro, podía con entera li-

bertad el Tribunal estimar la pena en un medio entre aquellos extremos sin que errara, dada la valuación de la circunstancia que sirvió para el aumento, y sin que, precisamente por esto, haya incurrido en falta, puesto que aquella entidad no usó de un criterio puramente aritrético.

Nos prospera la causal porque no se demostró error en el Tribunal cuando estimó las bases de la pena, y en cambio se encuentra justificado el que hubiese tenido en cuenta el ordinal 3º del artículo 37 del C. P., que, en consecuencia, no sólo no fue violado por la sentencia sino que recibió cabal cumplimiento, ni podía violarse el artículo 39 porque, como se explicó antes y fue claramente dicho por el Tribunal, hay una circunstancia de mayor peligrosidad, que impide aplicar el mínimo de la sanción. Si, además, la conducta de Torres González no encaja sino dentro de la circunstancia a que se refiere el Tribunal, contenida en el artículo 38 del C. P., cómo pudo violarse éste? Ni podía quebrantarse el artículo 40 de la citada obra, por cuanto no se demostró la existencia de circunstancias análogas a las del artículo 38 del mismo cuerpo legal.

3º *La causal tercera y el caso de autos.* Hay una evidente falta de lógica en cuanto hace a la argumentación sobre la causal tercera del artículo 567 del C. P. P. porque la sentencia no se ataca por estar en desarmonía con el auto de proceder o con el veredicto, sino por un aspecto muy diverso: el de que el auto de proceder se equivocó al tomar en cierto sentido algún pasaje del concepto fiscal, cuyo autor después lo rectificó en la audiencia. Basta tener en cuenta que la causal es concreta y que lo alegado no tiene relación con ella para encontrar infundado el cargo.

Que en el llamamiento a juicio se hubiesen tomado determinadas frases en su espíritu y tenor literal, y que luego éstas hubiesen sido explicadas en sentido diferente por su autor, no implica el que la providencia hubiese errado ni menos el que no hubiese tenido en cuenta la circunstancia que elevaba el homicidio a la categoría de asesinato: en el auto de proceder sí se pretendió el que se tuviese esta figura jurídica en vez de la otra. Si el autor del concepto que se tomó para la calificación no quiso decir eso, sin embargo el auto no le siguió. Es más: el jurado, libre apreciador de las pruebas, encontró, por la mayoría que hace veredicto, que no se trataba de homicidio simplemente voluntario sino de uno calificado, vale decir, rechazó también las explicaciones del Agente del Ministerio Público en la audiencia, y dió prelación al auto de proceder.

Ahora bien, si la sentencia se dictó de acuerdo con el auto de proceder y con el veredicto, es patente que la causal no puede prosperar. En la demanda se hacen consideraciones que no dan fuerza a la argumentación en contra de la sentencia, ya que se parte del supuesto erróneo de que ésta se fundamentó en el reconocimiento de la venganza, lo cual es equivocado y salta a la vista con sólo leer la pieza acusada. Por lo demás, aquella tesis de que hubo error en la persona, "seguramente por motivo de un equivocación que debió sufrir" el procesado, es opuesta a la suposición que en la misma demanda se hace acerca de la molestia que le ocasionó la charla de Casarrubia, además de que ambas son afirmaciones absolutamente gratuitas y que, aún en el caso de que tuviesen algún respaldo procesal, no llevarían a invalidar el fallo por la causal alegada, como tampoco llevaría a la infirmación por esta causal el que se hubiese comprobado que hubo un error en la apreciación jurídica de los hechos en el auto de proceder.

Esta causal tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— en armonía 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.

Cópiese. Notifíquese. Publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Sandoval Valcarcel. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Hernández. — Guillermo Hernández —ausente. — Domingo Sarasty Moreno. — Alberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

La ley, haciendo una excepción al principio de la jurisdicción y competencia pero buscando garantizar los intereses de la sociedad o de las partes, permite el cambio de radicación de un proceso como medida de precaución para que la administración de justicia no sufra ningún detrimento. De ahí que dicha medida no se tome sino cuando existan graves motivos que la impongan, siendo también uno de ellos que el procesado o sindicado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija su cambio de residencia o de clima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, noviembre veintitres de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte, para los efectos del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud que formula Alirio Sánchez Bedoya para que se cambie la radicación del proceso que contra él cursa en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga por el delito de homicidio.

A la petición se acompañan las declaraciones de dicho hecho de los señores José María Barrera, Antonio Giraldo, Hernando Arango y Próspero Libreros y copia simple del auto de proceder.

Dice el peticionario:

"Fundo mi solicitud en lo dispuesto por el Art. del C. de Procedimiento Penal, ya que en el Distrito Judicial de Buga no hay ambiente de equidad de justicia para juzgar mi causa, por los motivos que demuestro con las declaraciones que acompaño.

"Basta leer los términos empleados en las providencias enjuiciatorias, y compararlos con lo afirmado por los declarantes, para darse perfecta cuenta de la notoria parcialidad que existe en mi contra, de que la recta y cumplida administración de justicia sufre detrimento.

"Todo el proceso se hace alrededor de palabras que pronuncié cuando me encontraba en estado agónico. Pues, afirman que dije: "Hágame llamar a don León María Lozano, él sabe quien soy yo, pues me conoce bien, que haga algo por mí, que no me deje morir".

"Sobre estas afirmaciones que no recuerdo haber pronunciado, se sustenta toda la persecución contra mí. Luego fincan todo el proceso en enemigos de León María Lozano, ya fallecido, y con el ánimo de perseguirlo, calificándolo como "pájaro", descargan todo el peso sobre mí, siendo que sólo obré en legítima defensa de mi honor y de mi vida.

"Con la prueba acredito la *íntima amistad* del occiso con el señor Juez 2º Superior, y sus vinculaciones con el H. Tribunal.

"Acompaño los autos de primera y segunda instancia calificativos del negocio, en los cuales en forma accidental se habla de mi persona, ya que todo alude a León María Lozano, a quien persigue el Juzgado Segundo Superior y el H. Tribunal.

"..... ....

"Y para perjudicar al señor León María Lozano, el H. Tribunal dice *"es que SANCHEZ BEDOYA ocupaba alguna condición"*.

"Por esta razón, aunque los jueces de conciencia me absuelvan, ya los jueces de derecho tienen prevención. Ello me dá derecho a solicitar el cambio de radicación. Fuera de que todo el país conoce la campaña que en el Valle se adelanta contra los amigos del fallecido, señor León María Lozano. Por ello, debe ir el proceso a otro distrito, para que brille la justicia y se me reconozca el derecho que ejercité, sin apasionamientos y sin meras sospechas y conjeturas".

Pruebas:

Los declarantes a que atrás se hizo referencia fueron examinados por el Inspector Primero de Policía Municipal de Buga conforme a un cuestionario que debe transcribirse en lo pertinente para cotejarlo con las respuestas de aquéllos.

Dice así:

"....b) Dirán los declarantes si es verdad y les consta que el doctor José María Villegas Jaramillo, actual Juez 2º Superior de Buga, fue íntimo amigo del doctor Tulio Londoño Botero, hasta el punto de que este último lo tenía como su confidente y como su consultor en cuestiones penales. Que igualmente les consta que el doctor Villegas Jaramillo hizo pú-

blica manifestación, al fallecer el Doctor Londoño Botero, que por encima de todo él condenaría al sindicado, cualquiera que fuera la situación jurídica que ofreciera el proceso, pues tenía que vengar por la vida de su amigo dilecto.

"e) Dirán cómo es verdad que el doctor José María Villegas Jaramillo siendo Fiscal del Juzgado Primero Superior, en las audiencias del señor Bernardo Castillo, hizo públicas manifestación de que él como funcionario sancionaría todo sindicado que apareciera vinculado, por cualquier causa, al nombre de León María Lozano, hasta lograr que éste cayera a la cárcel y todos sus amigos. Pues, contra los llamados 'pájaros' él tenía una venganza, que cualquier día explicaría por qué perseguía a todas esas gentes, aunque el expediente no diera prueba para condenarlos.

"d) Dirán los declarantes que por diversos conductos han conocido el expediente seguido contra mí, como inriminado por la muerte del doctor Londoño Botero, quien pretendió ultrajar mi honor y atentó contra mi vida, que ello está demostrado en el proceso, es decir, que obré en legítima defensa, y sin embargo el doctor Villegas J. me ha enjuiciado, dizque por asesinato, siendo que recibí cinco (5) disparos del doctor Londoño Botero, que como homosexuel reconocido, pretendió contra mi hombría.

"e) Que a los declarantes les consta que el doctor Villegas Jaramillo ha expresado en privado que por encima de toda consideración él condenará al autor de la muerte de su amigo Londoño Botero, que mientras él sea Juez no logrará el sindicado salir, pues si lo absuelven declara contraevidente el veredicto y así sigue en la cárcel otros años, para el turno de la nueva audiencia.

"f) Que los declarantes saben y les consta que el doctor Cayetano Renjifo Illera figuraba entre los enemigos personales del señor León María Lozano, pues él como profesional dirigió varios mensajes a Bogotá pidiendo la detención del señor Lozano, únicamente porque eran viejos enemigos. Y que por ese motivo todo sujeto que aparezca conocido del señor León María Lozano lo persigue desde el cargo de Magistrado que ejerce. Pues, declara en público que ha sido víctima de los llamados 'pájaros', y que cualquier sujeto que caiga en sus garras lo condena, aunque la prueba sea muy leve, y que nunca firmará una libertad para un sujeto de tal naturaleza, aunque haya obrado en legítima defensa.

"g) Que les consta que el Dr. Renjifo Illera, aún no siendo Magistrado declaró que al sujeto que figurara como autor de la muerte de su dilecto amigo y colega Doctor Tulio Londoño Botero, lo condenaría por encima de todo, y aunque sí reconocía que Londoño Botero, era invertido y agresivo cuando era víctima de esa anormalidad. Pero que todo lo que fuera amigo de León María Lozano había que eliminarlo, y tenerlos presos aunque no hubieran pruebas.

"h) Que les consta que tanto el Dr. Antonio Montoya Payán como el doctor Vicente H. Cruz, que con el Dr. Renjifo Illera, forman la Sala Penal, han declarado en forma terminante, que lo que es mi persona, Alirio Sánchez B., tiene que pagar la muerte de su gran amigo y colega Dr. Londoño Botero, aunque hay pruebas que la favorecen, pero como es amigo de León María Lozano, que acusó al Tribunal de Buga, hay que aplicarle la máquina de la Ley.

"i) Que los Magistrados de la Sala Penal han hecho público su concepto de que por encima de todo hay que condenar al suscrito, y que si es absuelto por el Jurado, declaran contraevidente el veredicto, para que siga en la cárcel.

"j) Que a los declarantes les consta que esa animadversión del H. Tribunal de Buga contra todo lo que se diga amigo de León María Lozano, en las audiencias se traduce en una notable presión sobre los jurados para que condenen al sindicado, aunque no existan las pruebas para ello. Que ya la H. Corte hubo de cambiar de radicación el negocio contra Bernardo Castillo, precisamente porque el ambiente no es una garantía para la justicia, ya que los jurados temerosos y presionados se ven precisados a atender la insinuación del H. Tribunal.

"k) Que el ambiente en Buga contra todo lo que ha ocurrido en Tuluá es impropicio para una recta administración de justicia, máxime ahora cuando fue muerto León María Lozano, y se pretende en Buga ejercer venganza y retaliación contra cualquiera que lejanamente se le tilde de amigo de León Lozano.

"l) Que dado el ambiente de retaliación que se respira en el Valle del Cauca contra cualquier persona que aparente haber sido amiga de León María Lozano, como declarantes honrados consideramos que en Buga no hay ambiente propicio para los altos intereses de la justicia, máxime que el occiso doctor Londoño Botero, tiene en esta ciudad numerosos amigos, que por todos los medios están preparando para ejercitar venganzas, sin preocuparse por la recta y cumplida administración de justicia. Por ello, consideramos que el negocio debe cambiarse de radicación para que se obre con serenidad y legalidad".

Al señor José María Barrera no le consta nada de lo que se le pregunta, con excepción de la ca

paña desatada contra León María Lozano; explica también que ha oído comentar que Sánchez B. obró "en defensa del honor puesto que era voz popular que el doctor Londoño era homosexual", y, sin dar razón de su dicho, estima que hay predisposición en Buga, por parte del órgano judicial ,contra el sindicado, por lo que debe cambiarse la radicación del proceso.

El señor Antonio Giraldo Orozco sí da testimonio de la amistad íntima que existió entre el doctor Tulio Londoño Botero y el doctor José María Villegas Jaramillo, actual Juez 2º Superior de Buga, a quien le oyó decir en el Café Poker de esa ciudad que 'condenaría al que mató al doctor Tulio Londoño Botero, costare lo que costare'; sobre el punto c) no le consta nada; en relación con el d) afirma que le consta la anormalidad del Dr. Londoño, y respecto a los puntos restantes no da fe de nada.

El señor Próspero Libreros Llanos afirma también que entre el señor Juez del conocimiento y el occiso existía amistad íntima; que éste "como reconocido homosexual que era, trató de forzar la integridad personal del señor Alirio Sánchez motivo por el cual sucedieron los hechos" sin agregar ninguna explicación; que el doctor Renjifo Ilera siempre ha perseguido toda persona que diga ser conservadora, y que "todo el que se llame amigo de León María Lozano, y caiga en manos de la justicia tiene que ser condenado inexorablemente", por lo que es partidario de que el negocio en referencia se cambie de radicación. Nada le consta, en cambio, acerca de los otros puntos del cuestionario.

El señor Hernando Arango sólo sabe que el Dr. Londoño era amigo del doctor Villegas Jaramillo, homosexual y gran perseguidor del señor León María Lozano y a los amigos de éste" (sic); que el doctor Cayetano Renjifo "figura como enemigo de aquno" agregando a renglón seguido: "he oído el comentario que el doctor Cayetano Renjifo, es un perseguido (sic) del doctor o mejor señor León María Lozano y de los amigos de éste". Sobre las demás preguntas o no le consta nada o son comentarios que ha oído.

Se considera:

La ley, haciendo una excepción al principio de la radicación y competencia pura buscando garantizar los intereses de la sociedad o de las partes, permite el cambio de radicación de un proceso como medida de precaución para que la administración de justicia no sufra ningún detrimento. De ahí que dicha medida no se tome sino cuando existan graves motivos que la impongan, siendo también uno de ellos que el procesado o sindicado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija su cambio de residencia o de clima.

Del estudio de la documentación allegada a la solicitud no se desprende que el ambiente en que se ventila el proceso sea adverso al sereno juzgamiento: el mismo acusado no desecarta la posibilidad de que los jueces de conciencia puedan absolverlo, y ha contado en todo momento con los medios de defensa adecuados. La lectura de las piezas procesales que en copia se han traído, no dejan pensar o presumir que la justicia no se esté administrando como debe serlo.

En cuanto a la amistad íntima que los testigos antes referidos dicen existió entre el doctor Londoño Botero y el Juez que hoy conoce del negocio, así como las manifestaciones que ponen en boca de éste y del Magistrado doctor Renjifo Ilera, ellos apenas constituirían causales de impedimento o recusación que por sí solas no dan base para el cambio de radicación. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte, v. gr. en concepto de 22 de agosto de 1955, cuando dijo: "....los motivos de impedimento que pueden concurrir en los jueces que han de conocer de un proceso, no son suficientes, por sí solos, para cambiar de radicación el negocio, ya que ese obstáculo, derivado de la capacidad subjetiva en concepto del juzgador, puede removerse por los medios ordinarios que consagra la ley, sin necesidad de alterar el elemento territorial de la competencia, bien mediante la declaración del Juez, de hallarse impedido o bien ejerciendo las partes el derecho de recusarlo". (Arts. 72 y 76 del C. de P. P).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio se adelanta a Alirio Sánchez B. en el Distrito Judicial de Buga.

Cópiese y devuélvanse las diligencias.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Vulcarcel. — Domingo Saracty M. — Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DE UN NEGOCIO PENAL, POR HABER EMITIDO OPINION SOBRE EL ASUNTO MATERIA DEL PROCESO, COMO SIMPLE PARTICULAR.

La causal de impedimento prevista por el numeral 4º del artículo 73 de la ley procedimental en su parte de haber "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" hace referencia al concepto o juicio que emita el fundamento público o la persona particular sobre un proceso determinado; naturalmente que en tratándose del segundo, la opinión es causal de impedimento o recusación, cuando posteriormente esa persona investida de la calidad de funcionario de la rama jurisdiccional, tenga que conocer del negocio sobre el cual había emitido opinión.

El juicio o concepto sobre el tema discutido puede ser oral o escrito, favorable o desfavorable para los intereses del sindicado, con interés real o presunto respecto de la persona que lo emite; lo esencial en este caso es la opinión sobre el punto fundamental que estructura el delito en sus elementos objetivos porque sólo una opinión de esta naturaleza es la que con lógica suficiente y con fundamento jurídico da base para estructurar la causal de impedimento o recusación.

La opinión puede formarse y emitirse por conocimiento directo y personal del negocio, o bien por información indirecta que de él se tenga o por ser del dominio público el hecho que origina el delito, pero lo fundamental es que el concepto, dictamen o parecer versa sobre el asunto materia del juicio, no sobre temas accidentales al mismo, ni sobre la clase de acción —civil o penal— que previamente deba ejercitarse. No. El precepto legal (Numeral 4º artículo 73) exige perentoriamente una opinión sobre el tema concreto del proceso penal; cualquiera otra manifestación no es la causal de impedimento que señala la ley para invocarla como excusa.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En ejercicio de la facultad consagrada por el Art. 74 del C. de P. P., procede la Corte a calificar el impedimento manifestado por el doctor Alvaro Andrade Montaño para conocer del negocio adelantado en contra del doctor Natanael Díaz Rivas, por abuso de confianza.

Opinión del Doctor Alvaro Andrade Montaño

El doctor Andrade Motaño hace consistir el impedimento en el hecho de que cuando se encontraba ejerciendo la profesión se enteró de la iniciación del sumario por ser amigo y colega del sindicado y más concretamente porque se puso "en contacto con el apoderado de la parte civil para gestionar un arreglo amigable del diferendo precisamente porque consideró que se trataba de un asunto eminentemente civil, y como tal, sujeto a arreglo". Y más adelante expresa:

"Sin juzgar el asunto por el aspecto de la ética, sino únicamente de los ordenamientos jurídicos consideraba que mientras los mandantes no adelantaran el juicio civil de cuentas, era prematuro hablar de una acción de indebida apropiación de dineros por actos de los cuales había que fijar, en primer lugar, el alcance y la interpretación de las cláusulas del contrato de mandato respectivo".

Concepto de la Sala

El Tribunal declaró infundado el impedimento porque —en su concepto— la manifestación hecha por el doctor Andrade Montaño, no es la opinión determinante de la causal de impedimento prevista en el numeral 4º del Artículo 73 del C. de P. P., y al efecto expresa:

"Ciertamente, la opinión que expresara el doctor Andrade Montaño al tener noticia de la iniciación del consabido negocio contra el doctor Natan

Díaz, cuando tenía su oficina de abogado en el mismo edificio donde todavía funcionan los Juzgados Penales del Circuito, y las manifestaciones que hiciera después entre sus colegas y amigos acerca del criterio 'eminentemente civil y como tal sujeto a arreglo' del asunto, no es propiamente la opinión que liga al Juez o Magistrado, que haga presumir algún interés suyo en favor o en contra del sindicado. No. La opinión anticipada ha de ser la que se deduce de ciertos antecedentes y circunstancias suficientemente conocidos, o establecidos en el proceso, cuyos resultados puedan favorecer o perjudicar a aquél pero no la que simplemente se emite sin previo y cabal conocimiento de la cuestión, en los corrillos y comentarios ocasionales entre colegas y amigos. Esa opinión ha de ser seria y fundada (no precipitada ni ligera), como la que absuelve, por ejemplo, un abogado en ejercicio, con base en la prueba de los hechos o en razonamientos y deducciones que podrían, incluso, hacerse valer en un juicio".

"Pero en este proceso contra el doctor Natanael Díaz no se encuentra en ninguna de sus páginas opinión alguna del doctor Andrade Montaño como abogado en ejercicio, que haga presumir su interés material o moral en el proceso, pero ni siquiera una alusión a él por alguna de las partes, o por quien estando vinculado al doctor Andrade por los nexos de la amistad, se acercó hasta su oficina en busca de su opinión o consejo. Casos estos en que las opiniones actúan como frenos morales que inhiben la conciencia y cartan la libertad, constituyendo un verdadero impedimento para la recta administración de justicia".

Se considera:

La causal de impedimento prevista por el numeral 4º del Art. 78 de la ley procedimental en su parte de haber "manifestado su opinión sobre el punto materia del proceso" hace referencia al concepto o juicio que emita el funcionario público o la persona particular sobre un proceso determinado; naturalmente que en tratándose del segundo, la opinión es causal de impedimento o recusación, cuando, posteriormente, esa persona investida de la calidad de funcionario de la rama jurisdiccional, venga que conocer del negocio sobre el cual había emitido su opinión.

El juicio o concepto sobre el tema discutido puede ser oral o escrito, favorable o desfavorable para los intereses del sindicado, con interés real o presunto respecto de la persona que lo emite; lo esencial en este caso es la opinión sobre el punto fundamental que estructura el delito en sus elementos objetivos o subjetivos porque sólo una opinión de esta naturaleza es la que con lógica suficiente y con fundamento jurídico da base para estructurar la causal de impedimento o recusación.

La opinión puede formarse y emitirse por conocimiento directo y personal del negocio, o bien por información indirecta que de él se tenga o por ser del dominio público el hecho que origina el delito, pero lo fundamental es que el concepto, dictamen o parecer verse sobre el asunto materia del juicio, no sobre temas accidentales al mismo ,ni sobre la clase de acción —civil o penal— que, previamente, deba ejercitarse. No. El precepto legal (Numeral 4º Artículo 78), exige perentoriamente una opinión sobre el tema concreto del proceso penal; cualquier otra manifestación no es la causal de impedimento que señala la ley para invocarla como excusa.

El concepto que pueda formarse sobre "interpretación de las cláusulas del contrato de mandato respectivo" para deducir que no puede iniciarse una acción penal si, previamente, no procede a un juicio civil de rendición de cuentas, hace referencia a la exigencia de acción que en un momento determinado puede ejercitarse, pero esa opinión —eminentemente civil— sobre preeminencia de la acción y ejercicio del derecho, no implica— al mismo tiempo un juicio sobre los elementos estructurales del delito, ni mucho menos sobre pruebas atinentes a demostrar o impugnar la responsabilidad del acusado, precisamente esa opinión que en este caso constituiría la causal de impedimento, no fue expresada por el doctor Andrade Montaño, para que con fundamento en ella, se pueda hacer la declaración del impedimento, vale decir, que la causal alegada no está probada.

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, *declara infundado el impedimento* expresado por el doctor Alvaro Andrade Montaño, para conocer del negocio que se adelanta contra el doctor Natanael Díaz Rivas por un delito "del abuso de confianza".

Cópiese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valcarcel. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

QUIEN SOLICITA EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL DEBE PROBAR QUE DICHA MEDIDA ES CONVENIENTE EN ORDEN A LA RECTA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, diciembre dos de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

Para los efectos del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia ha remitido a la Corte la solicitud que formula Isauro Romero Cortés a fin de obtener el cambio de radicación del proceso que se le adelanta en el Distrito Judicial de Ibagué por el delito de falsedad.

A la solicitud se acompañan los siguientes documentos:

a) Copias al carbón de dos memoriales del peticionario: uno dirigido el 7 de julio de 1955 al señor Juez 3º Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por el cual se recusa a este funcionario, y el otro al señor Procurador General de la Nación, con fecha 14 de julio siguiente, dándole cuenta de varias irregularidades y pidiéndole el envío de un visitador para que revisara el expediente;

b) Copia al carbón de una comunicación dirigida por el procesado el 4 de agosto de 1955 a la Procuraduría General de la Nación y la respuesta obtenida;

c) Una constancia de la Secretaría del Tribunal Superior de Ibagué acerca de que Isauro Romero C. presentó un memorial para que se certificara que en esa fecha (junio 15 de 1957) no se había dictado aún sentencia de segunda instancia, y

d) Copia al carbón de un telegrama dirigido por el Abogado General del Ministerio de Justicia al Secretario de la Sala Penal del Tribunal y la respuesta de éste sobre el estado en que se encontraba el proceso el 17 de septiembre último.

Dice el peticionario:

"....Que conforme a lo dispuesto en el art. 58 del C. de P. Penal, se ordene de acuerdo con la H. Corte Suprema de Justicia, el cambio de radicación a otro Distrito Judicial de la República, de la causa que contra el suscrito cursa en el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, procedente del Juzgado 1º Superior donde se profirió la sentencia de primera instancia y pasó para la segunda a la Corporación mencionada, desde hace ocho meses más ó menos y sin que hasta la fecha se haya pronunciado el Magistrado ponente conforme a disposiciones procedimentales pertinentes, petición que sustento en los puntos siguientes:

"1º—Por el año de 1952, en mi calidad de Oficial Mayor de la Alcaldía de Villarica (Tolima), se me sumarió por haber infringido el citado artículo 235 del C. de P. Penal, es decir, por haber recepcionado una declaración en ausencia del Alcalde pero mandado por éste mismo, diligencias sumarias que no prosperaron por obvias razones; luego en 1954, llegaron al frente del Juzgado Municipal de aquél lugar gratuitos enemigos personales y políticos, quienes no ahorraron esfuerzo alguno para iniciar contra el suscrito amplia persecución y fue así como se me detuvo arbitrariamente siendo Secretario de la Alcaldía de Icononzo y posteriormente enviado a los Jueces Superiores y como consecuencia a este penal, para lo cual se me negó de plano reposiciones y apelaciones;

"2º—Ante el atropello anunciado en el punto anterior, una vez en este lugar y ante el Juez 1º Superior formulé la respectiva denuncia por prevaricato y detención arbitraria contra el Juez y Secretario de Villarrica, con tan mala suerte que no fui oído y nada se hizo, en cambio si fueron avisados y con más ánimo le dieron desenfreno a su encarnizada persecución, hasta el punto de venir personalmente a indisponerme con el Juez donde cursa el sumario y demás funcionarios de la rama Jurisdiccional;

"3º—Por reparto le correspondió conocer de las diligencias sumarias mencionadas al señor Juez Superior, por ese entonces, Dr. Solanilla Niño quien sin mediar razones de orden moral y material puso en práctica contra el suscrito determinada prevensión o animadversión, quizá por lo informado falsamente por el Juez y Secretario de Villarrica y además por la tremenda acusación que inició el ex-alcalde quien ocupaba un alto cargo en la administración municipal, que como era lógico

de ley, que si yo estaba privado de mi libertad por la transgresión al citado art. 285, igualmente a éste se le debía detener por mandato de la misma ley, pero este funcionario no tuvo inconveniente en prevaricar para que contra mí solo recayera la responsabilidad sobre el particular, cosa por demás imposible, así como para negarme de plano toda la prueba que pedí y que ponía a salvo mi responsabilidad penal y otras peticiones más, por lo cual y al advertir semejante atropello no vi más camino que el de recurrir a la Procuraduría General de la Nación y proponerle recusación a este funcionario, quien para colmo de sus arbitrariedades no la aceptó y entonces le tocó al H. Tribunal resolverla y como la encontrara probada lo separó del negocio y en la misma providencia dispuso la Corporación que se abriera investigación por la fuga consentida del ex-alcalde y se omitió talvez la más importante que era la del prevaricato, pues solamente se conformó el H. Tribunal con decir más o menos las siguientes palabras sobre el particular: "Si dentro del sumario estuviera demostrado la enemistad o animadversión del Juez para con el sindicado Romero, estaríamos al frente del clásico delito de prevaricato". En cuanto al Delegado de la Procuraduría y por ende, representante del Ministerio Público nada hizo, se limitó a revisar el expediente para luego decirme verbalmente que mi situación no sería resuelta muy pronto porque eso nada valía y que al efecto le había dejado un oficio al Juez 1º Superior a quien le tocó continuar conociendo del sumario, para que me resolviera la situación;

"4º— Por entonces (Julio de 1966) también se adelantaba un sumario por concusión y otros delitos contra el Secretario del Juzgado 2o. Superior y otros empleados del Tribunal, en la que me tocó rendir una declaración que jugó papel preponderante y éste como aquéllos fueron detenidos preventivamente y como era era natural, esto causó el gran revuelo en el Poder Judicial y no se diga las represalias contra quienes declaramos en esas diligencias con especialidad el suscrito que ya tenía un ambiente hostil por la queja a la Procuraduría, el denuncio contra el Juez y Secretario de Villarrica y recusación al Juez, por manera que desde allí se judizó mucho más la persecución sistemática contra mí que no ha habido poder humano que me reste, pues se han valido sobre este pobre víctima primero indefensa;

"5º—El Juez 1º Superior al conocer del negocio suscrito, también conocía el de los concusionarios y a éstos les revocó la detención y dicho sea de paso, que por este hecho se le cambió de radicación a ese sumario, y al suscrito se le llamó a responder en juicio pretermitiendo normas elementales de procedimiento y penales y no obstante el Fiscal en su concepto de fondo pidió mi libertad porque se me había detenido sin haber delito qué averiguar en mi contra de cuya providencia apelé pero el Tribunal confirmó la antijurídica providencia y para ello sólo le bastó decir, palabra menos palabra más, lo siguiente: "No está demostrado que el sindicado Romero hubiera obrado dolosamente pero se presume a juzgar por las radicaciones que registra, error craso en materia de jurisprudencia y del derecho penal";

"6º—El pasado año y al sucederse los cambios de Jueces en todo el país, fue trasladado del Juzgdado Segundo Superior con todo el tren de empleados al doctor Giraldo al 1º y como tal le tocó juzgarme y no tuvo inconveniente en sentenciarme a ocho años de presidio, advirtiendo desde luego que era el superior jerárquico de Argilio Montealegre y a la vez compadre de éste, a quien se le detuvo cuando la investigación por concusión y otros delitos a que me he referido anteriormente, entonces yo pregunto: Cuál podría ser el ánimo del señor Juez y sus empleados contra el suscrito? No se escapará de la consideración de V. S., la situación del suscrito frente al Poder Judicial con motivo de esas incidencias;

"7º La apelación se me concedió normalmente y el sumario o causa desde el mes de octubre del año pasado pasó al Tribunal, correspondiéndole al Magistrado Salazar Santos, quien inició el curso propio de la segunda instancia pero se dió a la tarea de pretermitir términos en tal forma que ha puesto de manifiesto el ánimo prevenido contra el suscrito por lo que me he visto obligado a proponerle recusación de la cual les acompaño copia a fin de tratar de justificar mi petición y para que se ilustren sobre los motivos fundados que he tenido para recusarlo y para sospechar desde luego esa fundada prevensión y la natural desconfianza:

"Acompaño a la presente solicitud las copias de los mensajes enviados y recibidos a la Procuraduría General de la Nación, así como del memorial de queja y copia de la recusación propuesta al Juez 2o. Superior de este Distrito Judicial, a lo que me he referido anteriormente, siéndome materialmente imposible acompañar más pruebas por cuanto la solicito y no se me expide pero ni se me niega, además son cuestiones demostradas con claridad meridiana dentro del mismo expediente que un visitador podría constatar u oficialmente V. S. solicitar los datos correspondientes para justificar la concepción de mi pedimento.

"Todas estas incidencias tan claras y evidentes desde que fuí detenido demuestran ....que tengo en mi contra el Poder Judicial de este Distrito Judicial, con algunas excepciones y que en esas condiciones debo cultivar la natural desconfianza para que se me juzgue definitivamente y por ello aspiro que se me termine de Juzgar en otro Distrito Judicial porque aquí por las razones expuestas no tengo las garantías o mejor, no las he tenido...."

Se considera:

Con el fin de garantizar los intereses de la sociedad o de las partes, la ley, haciendo una excepción al principio de la jurisdicción y de la competencia, permite el cambio de radicación de un proceso como medida de precaución para que la administración de justicia no sufra ningún detrimento. De ahí que dicha medida sólo se tome cuando existan graves motivos que la impongan, siendo también uno de ellos que el procesado o sindicado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija su cambio de residencia o de clima.

Ninguno de los documentos acompañados a la petición se encamina a demostrar la conveniencia del cambio de radicación en el momento procesal actual. Las afirmaciones que al respecto hace el peticionario aparecen sin respaldo probatorio y, de otro lado, él mismo informa que la recusación que propuso contra el Juez 3º Superior fue fallado de acuerdo con sus pretensiones por el Tribunal Superior de Ibagué. En relación con la recusación que dice haberle formulado al Magistrado Salazar Santos no acompañó a su escrito la copia que anunció. En tales circunstancias no prospera la solicitud.

La Sala ha dicho en casos similares:

"El cambio de radicación o traslado de un procesado de un Distrito Judicial a otro está subordinado, conforme al artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, a las conveniencias de la recta administración de justicia y su procedencia exige que graves motivos la determinen o impongan. Mas para que la Corte pueda conceptuar favorablemente al respecto, como lo preceptúa la misma disposición citada, es necesario que a la petición respectiva se alleguen comprobantes de los cuales surja que es conveniente el cambio de radicación". (LXXXII, 536).

"Cuando se invoca como derecho la razón del artículo 58 del C. de P. P., es necesaria 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, sin comprobación alguna, no da base a la Corte para emitir concepto favorable". (LXI, 201).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— CONCEPTUA que no es el caso de cambiar de radicación el proceso que por el delito de falsedad se adelanta a Isauro Romero Cortés en el Distrito Judicial de Ibagué.

Cópiese y devuélvanse las diligencias.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sanclemente Valcárcel. — Domingo Sarasti M. Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA. — EL FUERO LO CONCEDE LA LEY PARA LOS DELITOS DE RESPONSABILIDAD Y NO PARA LOS DELITOS COMUNES.

1 — A tenor del artículo 42 num. 6º del Código de Procedimiento Penal, la Corte es competente para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros, contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Quiere decir lo anterior que los Magistrados de los Tribunales Superiores gozan de fuero judicial cuando el delito que se le imputa es uno de los llamados de responsabilidad, o sean aquellos que se cometen en ejercicio de funciones oficiales o por razón de ellas o so pretexto de éstos. fuero que además de ser una garantía para el funcionario es una seguridad de que no habrá una "impunidad escandalosa" como consecuencia del espíritu de solidaridad profesional. Los delitos comunes o sean aquellos en que pueden incurrir los Magistrados sin que para nada juegue su investidura oficial son, en cambio, de competencia de los jueces ordinarios.

2 — La sola investidura o categoría de Magistrado, ha dicho la Corte, no es causa suficiente para que a ella se le confiera facultad para ampliar las normas de jurisdicción y competencia, normas que son de orden público y cuya aplicación no puede hacerse con criterio analógico, sino restringido, ya que aplicando el principio analógico se llegaría a la conclusión de dar a los simples delitos comunes el carácter de delitos de responsabilidad. "No es la sola investidura o categoría del Magistrado lo que da competencia a la Corte para conocer; a aquélla debe estar unida la naturaleza del hecho imputado, que mira directamente al ejercicio de una actividad oficial del cargo". (LXXXIV, 434).

Como en el caso sub-judice, si alguna intervención del Magistrado acusado pudo existir en la consumación o preparación y desarrollo de los hechos denunciados, bien por indicaciones, sugestiones o insinuaciones; ya por el empleo de influencias o valimientos; ora por el de intrigas u otros hechos análogos, sea o no valiéndose de su investidura de Magistrado, no ejecutó ninguno de esos hechos o actividades "en el momento de desempeñar la función o por causa de ella", no habiendo por lo tanto, un "abuso u omisión de funciones propias de la investidura, sino meros actos de un simple particular, concluyese que el conocimiento del negocio no corresponde a la Corte Suprema de Justicia, sino a los Jueces ordinarios.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, diciembre dos de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: doctor Santiago Cadena Copete.)

VISTOS:

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte se inhiba de conocer del presente sumario y ordene enviarlo al Juez competente. Como ha llegado la oportunidad de resolver lo que sea legal, a ello se procede en la siguiente forma:

HECHOS:

Los resume muy bien el señor Procurador Delegado en lo Penal, en la siguiente forma:

"....El señor Efraín Mejía presentó denuncia ante el Ministerio de Justicia y la Procuraduría General de la Nación contra los señores Ernesto Restrepo Osorio, ex-Jefe Seccional del "Servicio de Inteligencia Colombiano, S. I. C." del Departamento de Bolívar con residencia en la ciudad de Cartagena, Arturo Almeida Baget y Roberto Pradilla Apresa, principal y directamente, así como contra otros ciudadanos, entre los cuales se encuentran el señor Alfredo Amín y el doctor Roberto Camacho Rodríguez, actualmente Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, pero para éstos en una forma no tan directa y expresa, por los siguientes de-

litos, reunidos por su apoderado, el profesor Jorge Gutiérrez Anzola, en la correspondiente demanda de constitución de parte civil:

"Un delito contra la autonomía personal;

"Un delito de detención arbitraria:

"Un delito de abuso de autoridad;

"Un delito de giro de cheques en descubierto; y

"Un delito de extorsión."

"En los escritos respectivos de denuncia y de constitución de parte civil, sus signatarios, después de hacer un detallado recuento de los antecedentes de los hechos que consideran delictuosos y de éstos mismos hechos, expresa el primero:

'Debo aclarar que el Magistrado Roberto Camacho no estaba presente en el arreglo al cual fui forzado por medio de detención y desconozco por tanto la participación que él haya podido tener en esos hechos aun cuando como ya expresé él era uno de los asociados en el negocio original" (fl. 4.)

"Y dice el segundo:

"No se conoce exactamente la participación directa o indirecta que hayan tenido en estos hechos los otros socios del señor Londoño Mejía, pero si aparecieren mezclados en los mismos la presente demanda de constitución será adicionada con respecto a ellos en la parte pertinente." (fl. 21 vto.)

"El doctor Camacho Rodríguez es señalado como uno de los 'socios' o interesados en un 'contrato privado de asociación' efectuado entre el denunciante, Londoño Mejía, y uno de los denunciados, Almeida Bagett para la explotación de otro contrato celebrado conjuntamente por Londoño Mejía y Almeida Bagett con la 'Industria Licorera de Bolívar' o 'Rentas Departamentales de Bolívar', para la distribución exclusiva de los productos de dicha empresa.

"El Magistrado Camacho Rodríguez, por no aparecer, o para no aparecer, en el referido 'contrato privado de asociación' estaría representado por el contratante Almeida Bagett.

"Tanto éste como aquél niegan rotundamente la existencia de tal hecho, es decir, de la participación del doctor Camacho Rodríguez en el mencionado negocio con la 'Licorera Departamental'.

"El doctor Padilla Aprosa, quien se presenta como abogado en todos los tiempos del señor Almeida Bagett y por lo mismo perfectamente enterado de sus negocios y actividades, declara que el doctor Camacho Rodríguez no tenía participación ni interés ninguno en aquel contrato, que el dinero lo suministró 'exclusviamente' el señor Almeida Bagett (folio 27), es decir, que éste 'aportó los cuarenta mil pesos de su propio peculio'. (folio 27 vto.) Esto lo manifiesta, además, debido a su estrecha amistad con el Magistrado Camacho Rodríguez en cuya oficina particular ha trabajado en diversas ocasiones en asuntos propios, (folio 32.) siendo también, junto con Almeida Bagett, oriundos todos de la misma villa de San Estanislao. (folios 42 y 46). Y en ello está de acuerdo con Almeida Bagett, quien expresa que no *comunicó* con el Magistrado Camacho Rodríguez el negocio que celebraba con el señor Londoño Mejía (folio 46 vto.); que el dinero lo aportó él exclusivamente por haberlo obtenido en préstamo de los Bancos Popular y Comercial Antioqueño y del señor Juan Manzur de la ciudad de Cartagena.

"Con todo, el doctor Camacho Rodríguez expone lo siguiente:

"....uno de los socios del negocio de la distribución de Ron Bolívar, el señor Arturo Almeida B., desarrolla negocios de ganadería en mi compañía, dispone con absoluta libertad de mis modestos ahorros, y por qué no decirlo, cuando me comunicó el negocio que se proponía explotar en asocio de Efraín Londoño, y la circunstancia de no disponer de la totalidad del dinero que debía *aportar* (subraya la Procuraduría) al negocio, recibió de mí la ayuda que necesitaba, traducida en dinero y en crédito. Yo mismo no habría encontrado inconveniente en vincular mi capital a aquel negocio, y ello porque pensé entonces, como pienso hoy, que se trata de una actividad comercial lícita,....." (fl. 43)

"Igualmente acepta el Magistrado Camacho Rodríguez que en diversas ocasiones concurrió a la oficina de Londoño Mejía, pero simplemente como acompañante de sus paisanos Almeida Bagett y Padilla Aprosa, sin interesarse ni mezclarse en los asuntos que éstos trataran con Londoño Mejía.

"También reconoce que existe una amistad con el señor Restrepo Osorio, razón por la cual 'con regular frecuencia' lo visita en su Despacho del 'S. I. C.' y que esto lo hace 'casi siempre a horas que no son hábiles puesto que no se trata de gestiones de ninguna índole." (pag. 41).

Se considera:

Al tenor del artículo 42 numeral 6º del Código de Procedimiento Penal, la Corte es competente para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros, contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Quiere decir lo anterior que los Magistrados de los Tribunales Superiores gozan de fuero judicial cuando el delito que se le imputa es uno de los llamados de responsabilidad, o sean aquellos que se cometen con ocasión del ejercicio de funciones oficiales o por razón de ellas o so pretexto de éstas, fuero que además de ser un

garantía para el funcionario es una seguridad de que no habrá una 'impunidad escandalosa' como consecuencia del espíritu de solidaridad profesional. Los delitos comunes o sean aquellos en que pueden incurrir los Magistrados sin que para nada juegue su investidura oficial son, en cambio, de competencia de los jueces ordinarios.

La sola investidura oficial del sindicado, ha dicho la Corte ,no es causa suficiente para que a ella se le confiera facultad para ampliar las normas de jurisdicción y competencia, normas que son de orden público, y cuya aplicación no puede hacerse con criterio analógico, sino restringido, ya que aplicando el principio analógico se llegaría a la conclusión de dar a los simples delitos comunes el carácter de delitos de responsabilidad. "No es la sola investidura o categoría del Magistrado lo que dá competencia a la Corte para conocer; a aquélla debe estar unida la naturaleza del hecho imputado, que mira directamente al ejercicio de una actividad oficial del cargo. (LXXXIV, 434).

Y como en el caso sub-judice —bien lo cree el señor Procurador— si alguna intervención del Magistrado Camacho Rodríguez pudo existir en la consumación o preparación y desarrollo de los hechos denunciados, bien por indicaciones, sugestiones o insinuaciones: ya por el empleo de influencias o valimientos; ora por el de intrigas u otros hechos análogos, sea o no valiéndose de su investidura de Magistrado, no ejecutó ninguno de esos hechos o actividades "en el momento de desempeñar la función o por causa de ella", no habiendo por lo tanto, un 'abuso u omisión' de funciones propias de la investidura, sino meros actos de un simple particular, concluyese que el conocimiento del negocio no corresponde a la Corte Suprema de Justicia, sino a los jueces ordinarios.

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, SE ABSTIENE de conocer del presente sumario y ordena remitirlo al funcionario competente que lo es el Juez Penal del Circuito de Cartagena.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valcarcel. — Domingo Sarasty M. — Alberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

RECURSO DE HECHO. — DIFERENCIA FUNDEMENTAL ENTRE LAS SENTENCIAS PROPIAMENTE DICHAS Y LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. — ESTOS ULTIMOS NO TIENEN RECURSO DE CASACION.

Segun lo establecido en el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal, las sentencias se distinguen de los autos interlocutorios en que por las primeras se decide definitivamente sobre lo principal del juicio, en tanto que por los segundos, se provee a la detención o libertad del procesado, SE DA-"PRECA EL MERITO DEL SUMARIO, se niega la admisión de la práctica de alguna prueba, se formula el cuestionario que ha de someterse a los jurados, se resuelve algún incidente del proceso o se toman determinaciones análogas.

Las providencias de sobreseimiento son pues, verdaderos autos interlocutorios por la definición misma de la ley. Así lo ha entendido por lo demás, la jurisprudencia de esta Corporación, como aparece del proveído de 20 de septiembre de 1944 (LVIII, 735).

Es verdad que a tenor del inciso 2º del artículo 438 del Estatuto Procesal, el auto de sobreseimiento definitivo —una vez ejecutoriado— pone fin al proceso; pero esta palabra no tiene, en esa disposición, el sentido de CAUSA sino de SUMARIO, como claramente se infiere de lo dispuesto en los artículos 435 y 437 ibidem, según los cuales el procedimiento se dictará por el Juez "SI NO FUERE EL CASO DE PROFERIR auto de proceder" y será definitivo cuando el hecho que dio lugar a la investigación no se realizó o no es constitutivo de delito; cuando está claramente demostrada la inocencia del procesado o se comprueba que éste obró en alguna de las circunstancias de inimputabilidad o de justificación que se enumeran en los artículos 23 y 25 del C. de las Penas.

Salta por tanto, a la vista la diferencia fundamental entre los actos de sobreseimiento y las sentencias propiamente dichas, que requieren el previo llamamiento a juicio (sean o no absolutorias) y que son impugnables en casación cuando se profieren en la segunda instancia. Si no lo son siquiera los fallos de primer grado, la creencia de que los sobreseimientos definitivos son susceptibles del recurso de casación, resulta a todas luces extraña. En los sobreseimientos —al igual que en las providencias a que dan lugar las hipótesis contempladas en el artículo 153 del C. de P. Penal— NI SE ABSUELVE NI SE CONDENA, únicos extremos que hacen viable la casación para quien se halle ligeramente enterado de lo que ella significa como recurso extraordinario.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación de lo Criminal. —Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve.)

VISTOS:

El Juzgado Penal del Circuito de La Mesa abrió causa criminal, con fecha 22 de mayo de 1956, contra Alvaro Villalba Espitia "como autor del delito de rapto" en Ana Silvia Vargas, ocurrido el 16 de septiembre de 1954 en jurisdicción de Viotá.

Apelado el enjuiciamiento, el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó por auto de 10 de abril del año en curso para sobreseer definitivamente, en favor del sindicado por los cargos que se le hicieron. El apoderado de la parte civil pidió reposición de lo resuelto, la que fue negada en proveído de 23 de mayo siguiente. De ambas decisiones recurrió aquél en casación, y el Tribunal, en auto de 9 de junio último, dijo: "Las providencias en mención, tienen el carácter de autos interlocutorios, por consiguiente contra éllas no tiene cabida el recurso propuesto. Estas breves consideraciones hacen que el Tribunal niegue lo pedido, como en efecto lo hace".

De este postrer pronunciamiento recurrió el mismo apoderado en reposición que le fue igualmente denegada; y como se le concediera el recurso de hecho, subsidiariamente interpuesto, dice ante la Corte: "....el sobreseimiento definitivo se equipara lógica y legalmente a una sentencia, toda vez, que pone fin al proceso y por tal razón debe tener casación. Además, ... el sobreseimiento definitivo dictado en favor del señor Alvaro Villalba es el

sultado de la aplicación de la sentencia de que habla el artículo 153 del C. de P. P. que para el caso de autos no ordenó la cesación del proceso penal porque estimó el Honorable Tribunal que existe el delito de rapto impropio según los fundamentos de la parte motiva de la sentencia, que, como lo dije anteriormente obra en las copias que acompaño, y que el mismo Tribunal en otra providencia o sea la proferida para el sobreseimiento definitivo desconoció sin razón ni fundamento legal.... De la confrontación de las dos providencias....se deduce y establece sin lugar a duda que existe una notoria y marcada contradicción en el contenido de las mismas y se coloca en un notorio y grave situación (sic) de inferioridad procesal a la parte civil que represento y la única manera de obtener la tutela de los legítimos derechos que le asisten a mi mandante, es precisamente el recurso de casación para que se unifique verdaderamente la jurisprudencia y se subsanen los errores manifiestos contenidos en el fallo que es precisamente materia del recurso. Finalmente, el desconocimiento de los derechos del señor Tobías Vargas y con él toda su familia, que, contiene la providencia que dictó el sobreseimiento definitivo, le ocasiona notorios y graves perjuicios de orden material y moral, los cuales son irreparables si no se le concede este beneficio legal ya que quedaría totalmente desamparado y se abriría camino necesariamente a la impunidad que tantos males le ha acarreado a los hogares colombianos".

Se considera:

Según lo estableciuo en el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal, las sentencias se distinguen de los autos interlocutorios en que por las primeras se decide definitivamente sobre lo principal del juicio, en tanto que, por los segundos, se provee a la detención o libertad del procesado, *se califica el mérito del sumario*, se niega la admisión o la práctica de alguna prueba, se formula el cuestionario que ha de someterse a los jurados, se resuelve algún incidente del proceso o se toman determinaciones análogas; y por el artículo 428 de la misma Obra se dispone que "Contestado el traslado por el Agente del Ministerio Público, o cerrada la instrucción cuando no fuere necesario correr aquel traslado, *corresponde al juez calificar el mérito del sumario, lo que hará por medio de auto de proceder o del de sobreseimiento*, que deberá dictar en el término de treinta días".

Las providencias de sobreseimiento son, pues, verdaderos autos interlocutorios por la definición misma de la ley; y así lo ha entendido, por lo demás, jurisprudencia de esta Corporación, como aparece del proveído de 20 de septiembre de 1944 citado por el Tribunal. "La providencia que declara extinguida por prescripción la acción penal — dijo entonces la Corte— no tiene la forma ni el contenido de una sentencia, *como no la tiene el auto que califica el mérito del sumario* que bien puede ordenar el sobreseimiento temporal o definitivo, sin que *pueda afirmarse que este último sea una sentencia, y que, en consecuencia, pueda ser sometido a casación*.... —Subraya la Sala— (LVII, 735).

Es verdad que, al tenor del inciso 2º del artículo 438 del Estatuto Procesal, el auto de sobreseimiento definitivo —una vez ejecutoriado— pone fin al proceso; pero esta palabra no tiene, en esa disposición, el sentido de *causa* sino de *sumario*, como obviamente se infiere de lo dispuesto en los artículos 435 y 437 ibidem, según los cuales el sobreseimiento se dictará por el juez *"si no fuere el caso de proferir auto de proceder"* y será definitivo cuando el hecho que dió lugar a la investigación no se realizó o no es constitutivo de delito; cuando está claramente demostrada la inocencia del procesado o se comprueba que éste obró en alguna de las circunstancias de inimputabilidad o de justificación que se enumeran en los artículos 23 y 25 del Código de las Penas.

Salta, por tanto, a la vista la diferencia fundamental entre los autos de sobreseimiento y las sentencias propiamente dichas, que requieren el previo llamamiento a juicio (sean o no absolutorias) y que son impugnables en casación cuando se profieren en la segunda instancia. Si no lo son siquiera los fallos de primer grado, la pretensión del recurrente resulta a todas luces extraña. En los sobreseimientos —al igual que en las providencias a que dan lugar las hipótesis contempladas en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— *ni se absuelve ni se condena*, únicos extremos que hacen viable la casación para quien se halle legalmente enterado de lo que ella significa como recurso extraordinario.

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, *estima bien denegado el recurso de casación* interpuesto contra el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en las diligencias contra Alvaro Villalba Espitia por el delito de rapto, y ordena ponerlo así en conocimiento de la mencionada Corporación para que conste en los autos.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valencia — Domingo Sarasty Montenegro. — Alberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE POLICIA ANTES DE SU INCORPORACION A LAS FUERZAS ARMADAS, SOLO GOZARON DE FUERO EN DETERMINADOS CASOS, DURANTE UN CORTO PERIODO.

Constante ha sido la jurisprudencia de la Sala sobre el punto sometido hoy nuevamente a su estudio. En uno de sus fallos agotó prácticamente la materia en la forma que va a transcribirse como fundamento de esta providencia.

"De conformidad con el artículo 3º del Decreto 1634 de 1953, los miembros de los Cuerpos Armados de la Policía Nacional estaban sometidos para su juzgamiento a la Justicia Penal Militar, cuando en actos de servicio o fuera de ellos cometían cualquier delito de los contemplados en el Título VII, Libro III del Código Penal Militar (devastación, saqueo, extorsión) o cuando en actos de servicio cometían delitos contra la vida y la integridad personal de que trata el Título XV, Libro II del C. P. (homicidio, lesiones personales, aborto, duelo abandono y exposición de niños).

"Por Decreto número 1231 de 1951, artículo 11, se dispuso que a partir del 15 de junio del mismo año la Justicia Penal Militar sólo tendría jurisdicción y competencia para conocer de los delitos que le están atribuídos por el Código de la materia, o sea las infracciones previstas en el Decreto 1125 de 1950. Sin embargo, en el Parágrafo del mencionado artículo se estableció "que no obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Justicia Penal Militar seguirá conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado consejo de guerra verbal".

"Por Decreto número 1814 de 10 de julio de 1953, se dispuso incorporar la Policía Nacional al Ministerio de Guerra como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, y por Decreto 2900 del mismo año —artículo 140— se ordenó que los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones del mismo. Vino luégo el Decreto número 1426 de 4 de mayo de 1954, por el cual se dispone que de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo, conocerá la Justicia Penal Militar, cualquiera que sea el estado en que se encuentren.

"Para que los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional puedan gozar del fuero Militar a que dán derecho los Decretos mencionados, se requiere que los delitos imputados se hayan realizado dentro de las modalidades en ellos previstos: o sea, que en actos del servicio o fuera de él, hubieran cometido un hecho de extorsión, saqueo o devastación —Título VII, Libro II del C. P. M.— o en actos del servicio hubieran cometido un delito común contra la vida y la integridad personal (homicidio, lesiones personales, y los demás delitos de que trata el Título XV, Libro II del C. P.) al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto número 1534 de 1950, o que durante la vigencia del mismo y en el curso de la investigación, se hubiera convocado consejo de guerra verbal (artículo 11, Decreto 1231 de 1950), o bien que bajo el imperio del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953, el sindicado tuviera fuero militar, prerrogativa que no se deduce de la simple incorporación de las Fuerzas Armadas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, sino de la jurisdicción y competencia que se dio a la Justicia Penal Militar —Decreto número 1426 de 1954— para conocer de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas de Policía en servicio activo.

"Lo cual quiere decir y en presencia del artículo 12 del Decreto número 1426 de 1954, que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de ese artículo sólo comprenden aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia

los Decretos que se citaron antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las fuerzas Armadas. Y por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna corresponden al conocimiento de la Justicia Penal Militar" (LXXXII 258).

Lo anterior significa que antes de la vigencia del Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954, sólo tuvieron fuero castrense los agentes de policía en el lapso comprendido entre el 9 de mayo de 1950 y el 25 de junio de 1951 en los casos enumerados. A partir de esta fecha la Justicia Penal Militar sólo siguió conociendo de los procesos en que se hubiera convocado consejo de guerra verbal al entrar a regir el artículo 11 del Decreto número 1231 de 1951, y de los procesos en curso contra miembros de la Policía con fuero militar en virtud de la incorporación de las Fuerzas de Policía a las Fuerzas Armadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Santiago Cadena Copete.)

VISTOS:

Ha llegado a la Corte el proceso adelantado contra Célimo Medardo Martínez Bravo por el delito de homicidio, para que se dirima la colisión de competencias positivas suscitadas entre el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Cali y el Comando de la Tercera Brigada.

Consta de autos que el agente de la Policía Nacional Célimo Medardo Martínez Bravo en la noche del 11 de mayo de 1952, hallándose en ejercicio de sus funciones en la ciudad de Palmira, acudió a la cantina "Estambul" situada en la zona de tolerancia, al tener conocimiento de que allí se había suscitado una riña entre dos personas. Al notar la presencia de la autoridad, uno de los que reñían, Segundo Nabor Ruales, huyó a guarecerse en una de las piezas de dicho establecimiento cuya puerta cerró y se negó a abrir al agente que así se lo pedía, por lo que éste optó por disparar su fusil cuyo proyectil perforó la puerta e hizo blanco en la porción del rostro y de la cabeza de Ruales ocasionándole la muerte, hechos que dieron lugar al llamamiento de oficio del sindicado, por el Juzgado Segundo Superior de Cali en providencia confirmada por el Tribunal.

Estando próxima la fecha en que debía celebrarse la audiencia pública señalada para el día 23 de octubre último, el Comando de la Tercera Brigada en comunicación del 16 del mismo mes, solicitó al Juzgado la remisión del negocio "para que por la Justicia Penal Militar se continúe la tramitación de la causa" basado en que "habiéndose incorporado la FF de PP a las Fuerzas Armadas en virtud del Decreto Ejecutivo 1814 de 10 de julio de 1953, el juzgamiento de los delitos cometidos por personal perteneciente a las FF. de PP., corresponde, privativamente, a la Justicia Penal Militar, como expresamente lo ordenan los artículos 1º y 12 del Decreto 1426, de 4 de mayo de 1951....", y agrega:

"En la aplicación de los textos transcritos, en un principio se dijo que tales normas tenían operancia únicamente en tratándose de delitos cometidos con posterioridad a la vigencia del Decreto 1814 de 10 de julio de 1953, que incorporó las FF. de Policía a las FF. Armadas. En desarrollo de esta interpretación se remitieron a la Justicia ordinaria los negocios iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto citado y que los señores Jueces habían enviado a los Comandos de Brigada en cumplimiento del artículo 12 arriba transcrito. Empero, como tal modo de pensar estaba en desacuerdo con la hermenéutica, ya que con ese criterio el fuero castrense para personal de las FF. de Policía solamente podía aplicarse con posterioridad a la vigencia del precitado artículo 12 y no desde la vigencia del Decreto 1814, se rectificó ese criterio y por el H. Tribunal Superior Militar se dijo que el fuero militar tenía aplicación aún en el caso de que el sindicado hubiese sido expulsado de la institución con posterioridad a la ejecución del hecho delictuoso...." Y después de transcribir un concepto de la Asesoría Jurídica del Cuartel General de las FF. de Policía, según el cual bastan dos condiciones para tener derecho al fuero militar por delitos cometidos antes del diez de julio de mil novecientos cincuenta y tres: "Haber pertenecido a la institución cuando se cometió el delito y no haber perdido esa calidad en el momento de la incorporación a las Fuerzas Armadas", termina provocando competencia positiva si no se atienden sus razones.

Por su parte el Juzgado, con aplicación de jurisprudencia de esta Corporación, aceptó la colisión de competencia positiva y ordenó remitir el expediente a la Corte.

Se considera:

Constante ha sido la jurisprudencia de la Sala sobre el punto sometido hoy nuevamente a su estu-

dio. En uno de sus fallos agotó profusamente la materia en la forma que va a transcribirse como fundamento de esta providencia:

"De conformidad con el artículo 3º del Decreto número 1384 de 1950, los miembros de los Cuerpos Armados de la Policía Nacional estaban sometidos para su juzgamiento a la Justicia Penal Militar, cuando en actos de servicio o fuera de ellos cometían cualquier delito de los contemplados en el Título VII, Libro II del Código Penal Militar (devastación, saqueo, extorsión), o cuando en actos de servicio cometían delitos contra la vida y la integridad personal de que trata el Título XV, Libro II del C. P. (homicidio, lesiones personales, aborto, duelo, abandono y exposición de niños).

"Por Decreto número 1231 de 1951, artículo 11, se dispuso que a partir del 15 de junio del mismo año la Justicia Penal Militar sólo tendría jurisdicción y competencia para conocer de los delitos que le están atribuidos por el Código de la materia, o sea, las infracciones previstas en el Decreto 1125 de 1950. Sin embargo, en el Parágrafo del mencionado artículo, se estableció "que no obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Justicia Penal Militar seguirá conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado consejo de guerra verbal".

Por Decreto número 1814 de 10 de julio de 1953, se dispuso incorporar la Policía Nacional al Ministerio de Guerra como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, y por Decreto número 2900 del mismo año —artículo 140— se ordenó que los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones del mismo. Vino luego el Decreto número 1426 de 4 de mayo de 1954, por el cual se dispone que de todos los delitos que cometan los miembro de las Fuerzas de Policía en servicio activo, conocerá la Justicia Penal Militar, cualquiera que sea el estado en que se encuentren.

"Para que los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional puedan gozar del fuero militar a que dan derecho los decretos mencionados, se requiere que los delitos imputados se hayan realizado dentro de las modalidades en ellos previstos: o sea, que en actos del servicio o fuera de él, hubieran cometido un hecho de extorsión, saqueo o devastación —Título VII, Libro II del C. P. M.—, o en actos del servicio hubieran cometido un delito común contra la vida y la integridad personal (homicidio, lesiones personales, y los demás delitos de que trata el Título XV, Libro II del C. P.) al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto número 1384 de 1950, o que durante la vigencia del mismo y en el curso de la investigación, se hubiera convocado consejo de guerra verbal (artículo 11, Decreto 1231 de 1950), o bien que, bajo el imperio del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953, el sindicado tuviera fuero militar, prerrogativa que no se deduce de la simple incorporación de las Fuerzas Armadas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, sino de la jurisdicción y competencia que se dió a la Justicia Penal Militar —Decreto número 1426 de 1954— para conocer de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas de Policía en servicio activo.

"Lo cual quiere decir y en presencia del artículo 12 del Decreto número 1426 de 1954, que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de dicho artículo sólo comprenden aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los Decretos que se citaren antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las Fuerzas Armadas. Y, por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna, corresponden al conocimiento de la Justicia Penal Militar". (LXXXI, 253).

Lo anterior significa que antes de la vigencia del Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954 sólo tuvieron fuero castrense los agentes de policía en el lapso comprendido entre el 9 de mayo de 1950 y el 15 de junio de 1951 en los casos enumerados. A partir de esta fecha la Justicia Penal Militar sólo siguió conociendo de los procesos en que se hubiera convocado consejo de guerra verbal al entrar a regir el artículo 11 del Decreto número 1231 de 1951, y de los procesos en curso contra miembros de la Policía con fuero militar en virtud de la incorporación de las Fuerzas de Policía a las Fuerzas Armadas, situación en que no se encuentra Célimo Mecardo Martínez Bravo pues el delito de que se acusa ocurrió el 11 de mayo de 1952.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación en lo Criminal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, dirime la colisión que se ha presentado en el sentido de que es al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Cali no al Comando de la Tercera Brigada, a quien corresponde el conocimiento del presente negocio.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta de lo aquí resuelto al Comando de la Tercera Brigada de Cali y devuélvase el proceso al señor Juez Segundo Superior de Cali.

Guillermo Hernández P. — Santiago Ordeñez Ospina. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valenzuela. — Domingo Sarasty M. — Alberto Ramírez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

NO PUEDE FORMULAR SOLICITUD DE REVISION QUIEN NO SEA ABOGADO INSCRITO EN LA CORTE

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado ponente: doctor Santiago Cadena Copete.

VISTOS:

Oscar Suescum Giraldo y Jorge Enrique Valderrama, demandan la revisión de las sentencias ejecutoriadas que se pronunciaron dentro del proceso que se les siguió en la Alcaldía Municipal de San Jerónimo y la Gobernación del Departamento de Antioquia como infractores del Decreto 0014 de 1955, y en virtud de los cuales fueron condenados a la pena de dos a seis años de relegación a colonia agrícola.

El señor Secretario de la Sala informa que Oscar Suescum Giraldo y Jorge Enrique Valderrama no son abogados inscritos en la Corte, hecho que impide la admisión de la demanda.

En efecto ya la Sala ha expresado, en casos similares:

"La revisión es técnicamente una acción provida 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 ordinal 2º del Código de Procedimiento Penal. Esa 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).

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, NO ADMITE la demanda de revisión promovida por Oscar Suescum Giraldo y Jorge Enrique Valderrama.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández P. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

LOS JUECES DE DERECHO ESTAN FACULTADOS PARA INTERPRETAR EL VEREDICTO Y ACOMODARLO A LOS PRESUPUESTOS LEGALES, CUANDO QUIERA QUE SU TEXTO ES AMBIGUO U OSCURO, EVITANDO QUE LA VOLUNTAD DEL INTERPRETE SE SUSTITUYA A LA DEL TRIBUNAL POPULAR. APRECIACION DEL VEREDICTO "SI EN RIÑA IMPREVISTA Y SIN QUE SE SEPA DE SU PROPOSITO". — EL DOLO SE REFIERE AL HECHO DE PREVER Y QUERER LA CONSECUENCIA CIERTA O PROBABLE DEL MOVIMIENTO ORGANICO DIRIGIDO A LA NEGACION DEL DERECHO.

1 — De conformidad con lo estatuído en el artículo 456 del C. de P. P. en los procesos que se adelantan con la intervención del Jurado la sentencia ha de distarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; y de ahí la facultad que los jueces de derecho tienen de interpretar el veredicto para acomodarlo a los presupuestos legales, cuando quiera que su texto es ambiguo u oscuro, evitando que la voluntad del intérprete se sustituya a la del tribunal popular.

La Sala encuentra jurídicamente aceptable la apreciación del veredicto hecha por el Tribunal, en los siguientes apartes del fallo impugnado; "....es indudable que la locución 'si en riña imprevista' con que se inicia el veredicto, contiene la afirmación categórica de la responsabilidad de la acusada, sin que la última parte, integrada por la expresión 'sin que se sepa del propósito', implica una declaración contradictoria, si se interpreta como debe interpretarse, en armonía con la primera parte y con las constancias procesales. Es claro que el Tribunal Popular se refería al propósito de matar, que fue el incluído en la pregunta y que no se perfila de modo evidente en los autos, cuando emitió su concepto de que NADA SE SABIA DEL PROPOSITO. Pero no negó la intención de lesionar, sino que, por el contrario la afirmó terminantemente al aceptar la responsabilidad por un homicidio en riña. El veredicto del Jurado no es una fórmula sacramental, sino la expresión, más o menos imperfecta, del pensamiento íntimo de los jueces; y es ese fenómeno interno el que hay que desentrañar a través de las formas siempre imperfectas del lenguaje".

2 — Cada vez que los jueces de conciencia reconocen la VOLUNTAS SCELERIS, facultad es de los juzgadores de instancia desentrañar su verdadero sentido, porque el dolo se refiere al hecho de prever y querer —como enseña Pessina— la consecuencia cierta O PROBABLE del movimiento orgánico dirigido a la negación del derecho. "Cuando se ha previsto un efecto dado como mera posibilidad, pero difícil de realizar —agrega el mismo autor— se ha previsto como una cuasi certeza que aquel evento no se realizaría, lo cual significa que el evento no ha sido previsto: tanto da no prever un efecto como pensar que difícilmente se realice. Pero cuando, por el contrario, se previó como cierto y AUN COMO PROBABLE, y no obstante esta certeza, o cuasi certeza de un resultado criminoso, se ha querido el hecho del que luego ha derivado aquel resultado, si por un lado se puede decir que no se ha querido directamente, por otro es indudable que se ha querido no evitarlo, y el querer no evitar un resultado que era evitable, nos fermenta el evento criminoso, si no fue la meta que se aspiraba llegar, DENTRO POR LO MENOS, A FORMAR PARTE INTEGRANTE DEL PROPOSITO" (Subraya la Sala).

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Crimin Bogotá, siete de diciembre de mil novecient cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estra Monsalve)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín condenó a María Cristina Ríos Quint a la pena de dos años de presidio como respor

ble de la muerte de Judith Salge, en sentencia contra la cual recurrió en casación el defensor de oficio de la procesada.

Previa la tramitación legal del recurso, la Corte procede a resolver sobre su mérito.

Hechos y actuación procesal

Hacia la una de la mañana del nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno se encontraban en la cantina denominada "El Trópico", ubicada en el barrio de tolerancia del Municipio de Turbo, María Cristina Ríos y Judith Salge, quienes en avanzado estado de embriaguez, entraron a disputarse los favores de Luis Breiva, individuo que en noche anterior había yacido con Judith y en la hora y fecha mencionadas ingería licor en compañía de María Cristina, su preferida de turno. Las infortunadas mujeres se dirigieron miradas y señales de reproche desde las mesas que, respectivamente, ocupaban en el establecimiento; de ahí pasaron a injuriarse verbalmente, y por último, se trabaron en violenta lucha, de la cual resultaron herida la procesada en el dorso de la mano derecha y en la región frontal, con ocho días de incapacidad definitiva, y muerta Judith a consecuencia de ocho lesiones, una de carácter mortal y dos esencialmente mortales, producidas con instrumento corto-punzante.

En el auto calificativo de las correspondientes diligencias sumarias María Cristina fue llamada por el Juzgado Segundo Superior de Medellín a responder de un homicidio intencional, y al Juzgado se le formuló la siguiente cuestión única: "La acusada María Cristina Ríos Quintana es responsable de haber lesionado con arma punzo-cortante (puñal) y con la intención y propósito de matar a Judith Salge a consecuencia de lo cual falleció éste momentos después y hecho ocurrido en las primeras horas de la madrugada del día nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, en el barrio de lenocinio de la población de Turbo?" Los jueces de conciencia respondieron: "SI EN RIÑA IMPREVISTA Y SIN QUE SE HAYA DE SU PROPOSITO".

Todas las personas que intervinieron en el juicio entendieron de diverso modo el anterior veredicto. Para el defensor fue **absolutorio**; para el fiscal de la primera instancia, **inexistente**; para el juzgador de primer grado, **contrario a la evidencia**; para el representante de la sociedad en segunda instancia, **incompleto** en cuanto dejó de resolver lo referente al elemento moral o intención delictuosa, por lo cual debía declararse nulo lo actuado a fin de que nuevos jueces calificaran los hechos, so pena de absolver a la procesada; y para la Corporación sentenciadora —que sucesivamente revocó el auto de contrasevidencia del inferior y el fallo en que este funcionario absolvió a la encausada— **indicativo de un homicidio comprendido "dentro de las disposiciones contenidas en los artículos 362, 365 y 384 del C. Penal, relacionados entre sí".**

La Demanda

Se han invocado la causal de casación consagrada en la segunda parte del numeral 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado; y la contemplada en el ordinal 1º del mismo precepto: ser la sentencia violadora de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación de sus normas.

En relación con la causal 3ª se hace el cargo de que habiéndose negado el **animus necandi** y el **animus laedendi**, "el Jurado excluyó con su veredicto la existencia de todo dolo, de toda intención", de donde el demandante infiere que el Tribunal, al condenar a su defendida, se puso en desacuerdo con esa pieza del proceso, que le imponía la obligación de absolver; y con referencia a la causal 1ª se alega que el fallo, por haberse proferido sobre una respuesta que denegaba el propósito, entraña la violación del artículo 203 del Estatuto Procesal, que para el recurrente es disposición penal sustantiva y que prohibe dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obre en el proceso, legalmente producida, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio.

Concepto de la Procuraduría

Para pedir la invalidación del fallo impugnado, el señor Agente del Ministerio Público —entre otras razones que se comentarán adelante— expresa sobre la causal 3ª que ciertamente en el veredicto se declaró la responsabilidad penal con la modificación de la riña imprevista; pero que luégo se destruyó el fundamento esencial de aquélla al afirmarse la duda acerca del elemento psíquico o subjetivo "en forma tal que podría dar asidero a cualquiera de las otras especies de homicidio diferentes del homicidio (sic), a saber, el preterintencional —con dolo— el culposo, o el cometido por un enfermo de la mente".

Sostiene que, para la sustentación de la causal 1ª el libelo "no tiene bases probatorias adecua-

das... por lo cual los cargos formulados en esta parte deben rechazarse"; y contra lo que tales premisas parecían anunciar, concluye con el siguiente razonamiento, que desplaza hacia otras violaciones de la ley penal, no aducidas por el recurrente, la procedencia de la causal aludida: "No obstante, de acuerdo con lo que se ha dejado expuesto y en cuanto simplemente se invocó esta causal que constituye complemento adecuado de la tercera, y como quiera que el Tribunal efectivamente interpretó erróneamente el artículo 365 del C. P. en armonía con los artículos 362 y 364 Ibidem, sería el caso, sobre la base aceptada de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto (causal tercera de casación), de considerar violadas tales disposiciones de la ley penal. Y en este sentido podría tener cabida la causal primera invocada" (fs. 27 Cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte

La controversia suscitada alrededor del veredicto pronunciado en el presente negocio sólo se explica por la falta de una debida relación entre los dos términos que lo forman. Al preguntársele al Tribunal de conciencia si María Cristina Ríos era "responsable de haber lesionado con arma corto-punzante (puñal) y con la intención de matar a Judith Salge, a consecuencia de lo cual falleció ésta momentos después", contestó "SÍ EN RIÑA IMPREVISTA", reconociendo la responsabilidad de la acusada en la comisión de un homicidio modificado al tenor de lo prescrito en el artículo 364 del Código de las Penas. La adición "Y SIN QUE SE SEPA DE SU PROPOSITO" no constituye una negación del elemento intencional en sí, sino la expresión de la ignorancia del Jurado sobre la dirección del ánimus del agente, y entonces no puede hablarse de incertidumbre en cuanto al dolo sino en cuanto al grado o intensidad del mismo.

De conformidad con lo estatuído en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, en los procesos que se adelantan con la intervención del Jurado la sentencia ha de dictarse de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; y de ahí la facultad que los jueces de derecho tienen de interpretar el veredicto para acomodarlo a los presupuestos legales, cuando quiera que su texto es ambiguo u oscuro, evitando que la voluntad del intérprete se sustituya a la del tribunal popular.

Obró dentro de estas normas la entidad cuya sentencia se impugna? La Procuraduría admite que el hecho de María Cristina Ríos no puede considerarse como resultado de enfermedad mental, porque la enjuiciada ninguna padecía; ni como culposo, porque los elementos de la culpa no se establecieron, ni se incluyeron en la cuestión propuesta; ni como homicidio simplemente intencional "pues precisamente se dudaba terminantemente del propósito de matar". Y añade, razonando por exclusión en el terreno de las hipótesis: "Luego la respuesta no podía señalar sino el preterintencional, de acuerdo con los elementos que arrojan los autos, en la forma como ha concluído el Tribunal en el fallo de segundo grado".

Con todo, el Colaborador de la Sala —recobrando su posición inicial favorable a la prosperidad del recurso— concluye de esta manera: "Pero aquí radica de modo terminante el vacío que ofrece el veredicto. Pues ciertamente al establecer que 'sin que se sepa de su propósito', con igual énfasis se puede sostener la duda respecto de la intención de matar como respecto de la de lesionar".

Para la Corte, es ésta la razón que hace inobjetable la interpretación que se le dio en la sentencia al veredicto que se estudia. Porque, al rechazar en la condena la figura del homicidio simplemente intencional para acoger la del preterintencional, la Corporación sentenciadora no hizo otra cosa que resolver la duda en favor de la inculpada. Que el propósito fuera de matar o de lesionar ("y sin que se sepa de su propósito") no era cuestión ajena a la función interpretativa del juzgador de derecho, dada la afirmación de la responsabilidad contenida en la primera parte del veredicto ("Sí en riña imprevista"). Es lo que se ha olvidado por la Procuraduría al aplicarle al caso sub judice razonamientos y jurisprudencias relacionadas con aquellos eventos en que se ha negado totalmente el propósito o en que la duda sobre éste se refiere a su existencia y no a una modalidad del mismo fácilmente deducible de la realidad procesal.

De ahí que la Sala encuentre jurídicamente aceptable la apreciación contenida en los siguientes apartes del fallo impugnado:

"...es indudable que la locución 'Sí en riña imprevista' con que se inicia el veredicto, contiene la afirmación categórica de la responsabilidad de la Ríos, sin que la última parte, integrada por la expresión 'sin que se sepa del propósito', implica una declaración contradictoria, si se interpreta como debe interpretarse, en armonía con la primera parte y con las constancias procesales.

"Es claro que el Tribunal popular se refirió

al propósito de matar, que fue el incluido en la pregunta y que no se perfila de modo evidente en los autos, cuando emitió su concepto de que **nada se sabía del propósito.** Pero no negó la intención de lesionar, sino que, por el contrario la afirmó terminantemente al aceptar la responsabilidad por un homicidio en riña. El veredicto del Jurado no es una fórmula sacramental, sino la expresión, más o menos imperfecta, del pensamiento íntimo de los jueces; y es ese fenómeno interno el que hay que desentrañar a través de las formas siempre imperfectas del lenguaje.

"No es discutible que María Cristina tuvo el propósito de lesionar, y así se desprende, con toda claridad de la sola lectura del informativo; y de ahí que la respuesta afirmativa de la responsabilidad se armoniza perfectamente con las constancias del proceso.

"El caso de la Rios encaja pues, dentro de las disposiciones contenidas en los artículos 362, 365 y 384 del C. Penal, relacionados entre sí; y la calificación del delito debe hacerse en el grado mínimo, por la ausencia de circunstancias agravantes" (fl. 131 del Cuaderno Principal).

Cada vez que los jueces de conciencia reconocen la **voluntas sceleris**, facultad es de los juzgadores de instancia desentrañar su verdadero sentido, porque el dolo se refiere al hecho de prever y querer —como enseña Pessina— la consecuencia cierta o **probable** del movimiento orgánico dirigido a la negación del derecho. "Cuando se ha previsto un efecto dado como mera posibilidad, pero difícil de realizar —agrega el mismo autor— se ha previsto como una cuasi certeza que aquel evento no se realizaría, lo cual significa que el evento no ha sido previsto: tanto da no prever un efecto como pensar que difícilmente se realice. Pero cuando, por el contrario, se previó como cierto **y aun como probable**, y no obstante esta certeza, o cuasi certeza, de un resultado criminoso se ha querido el hecho del que luego ha derivado aquel resultado, si por un lado se puede decir que no se ha querido directamente, por otro es indudable que se ha querido no evitarlo, y el querer no evitar un resultado que era evitable, nos demuestra que el evento criminoso, si no fue la meta a que se aspiraba llegar, **entró, por lo menos, a formar parte integrante del propósito**". (Subraya la Sala).

Obsérvese que el propio abogado recurrente estuvo lejos de entender que en la segunda parte de la respuesta en estudio se denegaba el propósito declarado en la primera —es decir que se trataba de un veredicto evidentemente contradictorio— pues de otro modo, habría alegado la causal 7ª.

No es por tanto, fundado el cargo en que se apoya la causal 3ª y ésta debe, en consecuencia, desecharse.

A idéntica conclusión se llega en cuanto a la causal 1ª, pues si el fallo materia de la impugnación se dictó, como se ha visto, de acuerdo con el veredicto no se incurrió en la denunciada violación del artículo 203 del Estatuto Procesal, ya que —en los juicios que se adelantan con la intervención del Jurado— la prueba plena o completa de la responsabilidad del procesado es precisamente la calificación que el tribunal popular ha dado a los hechos investigados, a la cual debe ajustarse el funcionario **de jure** al proferir sentencia, como lo prescribe el artículo 480 de la misma Obra.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— oído el concepto de su Colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín el tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, objeto del presente 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, Secretario.

FUGA DE PRESOS. — EL EMPLEO DE VIOLENCIA SOBRE LAS COSAS, NO ES EN TODOS LOS CASOS UNA SIMPLE CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD, SINO UNA MODALIDAD DEL ILICITO INVESTIGADO.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal
Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Estrada Monsalve).

VISTOS:

El señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Manizales recurrió en casación contra la sentencia en que dicha Corporación condenó a Cristóbal Londoño Vallejo a la pena principal de cinco años de prisión, como responsable del delito de fuga de presos.

Tramitado legalmente el recurso, se procede a decidir sobre su mérito previas las siguientes consideraciones.

Hechos y actuación procesal

En las horas de la mañana del 13 de abril de 1953, levantando una de las tablas del piso de la pieza número 4, se fugó de la cárcel de Salamina, donde purgaba la pena de veintidós meses de prisión a que había sido condenado por el delito de hurto, Cristóbal Londoño Vallejo o Londoño López o Alfonso Muñoz López, a quien el Juzgado de Circuito de aquella ciudad le impuso, por la referida infracción contra la administración de justicia, cincuenta y dos meses y diez días de prisión, pena que el Tribunal al revisar el fallo de primer grado por vía de consulta, fijó en el máximo de cinco años que señala el inciso 2º del artículo 203 del Código Penal.

La Demanda

El demandante aduce las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: ser la sentencia violadora de la ley penal por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma, y haberse interpretado o apreciado erradamente los hechos al hacerse en aquella su valoración legal, "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".

Analizándolas en orden inverso del enunciado, el recurrente formula los respectivos cargos así:

PARA LA CAUSAL SEGUNDA — El Tribunal no aceptó, en la dosificación de la pena, las circunstancias contempladas en el ordinal 1º del artículo 38 del Estatuto Punitivo, olvidando que la fuga de presos es la infracción que más se presta a ser cometida bajo el influjo de la indigencia y falta de ilustración.

PARA LA CAUSAL PRIMERA — La entidad sentenciadora estimó que Londoño Vallejo infringió el artículo 203 del Código de las Penas, como que se fugó cuando estaba condenado; pero no aplicó la sanción que le correspondía, que no era solamente la de que trata el inciso 2º de tal norma (aumentada en su mínimo por el artículo 1º del Decreto 0241 de 1951) sino la resultante de armonizar la allí establecida con las derivadas de las circunstancias a que se refieren el inciso 3º ibidem (violencia sobre las cosas), el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal ("por una condenación anterior no computable como reincidencia") y el artículo 34 de la misma Obra ("por dos reincidencias").

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al coadyuvar el recurso y pedir que se case la sentencia impugnada, presenta la Causal Primera invocada como operante, además sobre los artículos 36 y 39 del Código Penal.

"...es de observarse —dice el Colaborador de la Sala— que la dosificación de la pena es una cosa que la ley ha dejado al pleno arbitrio y libertad del fallador moviéndose dentro del mínimo el máximo de la sanción y dentro del mínimo el máximo de la pena complementaria que, [illegible]

alguna peculiaridad del delito, deba o pueda aplicarse.

"La prueba de ello la dá el mismo señor Fiscal al hacer sus cómputos, puesto que, según su leal saber y entender su buena fe y sus conocimientos científicos, su conciencia y práctica en la aplicación sana, correcta y ajustada a la Ley penal (cuestiones todas que deben entenderse también del H. Tribunal y en general, de todo funcionario público) estima una pena base, hace sus cómputos de aumentos y disminuciones, mayores o menores, y señala finalmente el total de ella según su propio convencimiento y discreción, siguiendo el criterio positivístico (sic) del artículo 36 del Código Penal.

. . . . . .

"Si el H. Tribunal hubiese tenido en cuenta íntegramente el citado art. 36 del C. P. no hubiera considerado de necesidad la aplicación del máximo de la pena señalada en el inciso segundo del artículo 203 del Código Penal y habría habido base para la aplicación también de lo dispuesto en el inciso tercero del mismo proveído legal.

"El H. Tribunal hubiera visto que el delito de Fuga no es de los más graves que la etiología penal pueda señalar; que sus modalidades en este caso no fueron de excepcional gravedad (como lo han sido otras de actualidad y amplia publicidad); que las cárceles inseguras son un aliciente demasiado poderoso y una permanente tentación para el detenido o condenado; que el incumplimiento de los reglamentos carcelarios y penitenciarios son otros tantos motivos y ocasiones para las fugas; que la llamada 'reducida posición social' del reo puede ser la circunstancia de menor peligrosidad correspondiente a la enumerada en el ordinal 1º del artículo 37 del Código Penal, como 'la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio' y que lo es de mayor peligrosidad etc.

"Ahora bien, es verdad que el cómputo de penas por el sistema de la acumulación jurídica no puede ir hasta romper el límite máximo señalado por el legislador para la respectiva infracción aplicable al caso; de allí que, en el caso análogo de agravación de la pena como lo es el presente por razón de concurrir para su aplicación el inciso tercero del artículo 203 del Código Penal, el juzgador deba situarse en punto que permita su operancia hasta copar, si fuere el caso, la penalidad máxima.

. . . . . .

"No está por demás observar que si el H. Tribunal no dio tampoco aplicación al inciso segundo del artículo 34 del Código Penal, (relegación a colonias), debió ser porque no halló 'que la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente', no daban una base suficiente para demostrar en éste una tendencia persistente al delito" (fls. 30, 31, 32 y 34 del Cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte

Dada la íntima relación que entre sí guardan, la Sala estudiará conjuntamente las causales alegadas.

El Tribunal desechó la ignorancia y la reducida posición social del inculpado por estimar que no influyeron en la ejecución del hecho, apreciación que era menester apoyar en razonamientos valederos para tener esas circunstancias como excluyentes de toda atenuación al revisar el fallo de primera instancia en que se habían explícitamente reconocido, sin que bastara la afirmación —harto inexacta— de que "cuando el Juez al hacer la graduación de la pena llega al máximo fijado por la ley, ha considerado suficientemente todos los factores que contempla el artículo 36 del C. Penal", disposición que es necesario armonizar con los artículos 39 y 40 ibidem.

Partió por tanto, la entidad falladora de una base falsa al decir que "como en el caso que se examina no concurren sino circunstancias de mayor peligrosidad, pues está establecido que Londoño ha sufrido condenas anteriores que no pueden computarse como reincidencia, y además es un elemento antisocial, debe darse aplicación al artículo 39 del C. Penal, en armonía con el 36 del mismo texto, correspondiéndole por consiguiente el máximo de la pena señalada para el delito, o sea cinco años de prisión".

De tan errónea apreciación de los hechos surgió, lógicamente, la equivocada interpretación de la ley consistente en desestimar el aumento de pena de una tercera parte a la mitad, determinado por el empleo de violencia sobre las cosas, que se prescribe para el ilícito de fuga en el inciso 3º del artículo 203 del Código Penal. "De tal manera —dice el Tribunal— que no se puede admitir que sea facultativo del Juez calificar y sancionar las circunstancias de agravación de un delito fuera de los límites señalados por la ley, pues ésta ha dispuesto expresamente que tal operación se hará siempre dentro de tales límites. En el caso de Londoño esos límites son el mínimo de dos y el máximo de cinco años de prisión".

Como lo observa la Procuraduría, al proceder

en esta forma inflexible el Tribunal no tuvo en cuenta sino la existencia o inexistencia de circunstancias de menor o de mayor peligrosidad, descuidando los otros tres elementos que, conforme al artículo 36 del Código Penal, inciden en la individualización de las penas: gravedad y modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes y personalidad del agente.

El empleo de violencia sobre las cosas no es, en casos como el presente, una simple circunstancia de mayor peligrosidad, sino una modalidad del ilícito investigado y como tal, no podía dejarse sin sanción con el pretexto de que el máximo de cinco años de prisión —establecido en el inciso 2º del artículo 203 para los prófugos que ya han sido condenados— le impedía al juzgador rebasar ese límite. Lo que, en el fallo recurrido, estaba el Tribunal en la obligación de hacer no era graduar la sanción por ese solo y único concepto, sino dosificarla computando, además, aquellos elementos que por ser constitutivos del delito, modificadores de la responsabilidad o determinantes de la pena, debían influir sobre la fijación de ésta por virtud de claros imperativos legales.

Con observancia de este criterio —y siguiendo, en líneas generales, la fórmula que el recurrente propone, no objetada por la Procuraduría —la sanción aplicable en el caso de autos— reconocidas las circunstancias de menor peligrosidad a que se ha hecho referencia— es la que a continuación se discrimina: 24 meses, como mínimum establecido en el inciso 2º del artículo 203, en armonía con lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 0241 de 1951 (no de 1952, como dice el demandante); más 10 meses en que se calcula el aumento de que trata el inciso 3º del citado artículo 203; más 17 meses o sea la mitad de los 34 meses así hallados, por concurrencia de la segunda reincidencia y en atención a lo dispuesto en el artículo 34 (antes de la condena por el delito de hurto, que Londoño Vallejo sufría cuando se evadió de la cárcel de Salamina, había sido sentenciado en 1943 por fuga de presos y por estafa en 1949); más 4 meses en consideración a las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad. TOTAL: CINCUENTA Y CINCO MESES.

No son —en consecuencia— cinco años sino cuatro años y siete meses de prisión los que deben imponérsele a Cristóbal Londoño Vallejo, por el ilícito "De la fuga de presos"; y así habrá de decretarlo la Sala, de conformidad con lo preceptuado en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, al aceptar las causales invocadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— de acuerdo con su Colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia materia del recurso y, en su lugar FALLA:

I — Condénase al señor Cristóbal Londoño Vallejo o Londoño López o Alfonso López Muñoz, de las condiciones civiles acreditadas en el juicio, a pagar —en el lugar que señale la Dirección General del Departamento de Establecimientos de Detención, Pena y Medidas de Seguridad del Ministerio de Justicia— la pena de CUATRO AÑOS Y SIETE MESES DE PRISION, como responsable del delito de fuga de presos.

II — Condénase al mismo señor a las siguientes penas accesorias: interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; suspensión de la patria potestad por igual tiempo, y publicación especial de la sentencia en los términos del artículo 52 del Código Penal.

III — El reo queda obligado al pago de los perjuicios de todo orden ocasionados con la infracción, que se liquidarán por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial.

IV — No se le concede la gracia de la condena condicional, por no ser acreedor a ella; y de la pena corporal que se le impone se le abonará la que hubiere sufrido en detención preventiva en razón de este proceso.

Dése cumplimiento a los artículos 13 y 16 de los Decretos 1255 y 944 de 1934, y al 636 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñaloza — Santiago Ordeña Copete — Jesús Estrada Marsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

LAS ACTUACIONES JUDICIALES Y LOS TERMINOS PROCESALES NO PUEDEN ESTAR SUJETOS A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES INTERESADAS. — PRORROGA DE TERMINOS Y RESTITUCION DE LOS MISMOS. — LA ACCION, SUS EFECTOS Y CONSECUENCIAS SON DIFERENTES.

1 — Las actuaciones judiciales y los términos procesales no pueden estar sujetos a la voluntad de las partes interesadas, porque los juicios se harían interminables y se desvirtuaría el espíritu de la ley. Los términos son perentorios, constituyen la garantía recíproca de las partes, conservan el equilibrio del proceso y tienen como finalidad evitar dilaciones para la pronta culminación del juicio.

2 — La ley para el ejercicio de cada derecho, determina una acción, un procedimiento y a ellos debe sujetarse quien los invoca. Si una parte, en vez de pedir restitución de términos pide prórroga de los mismos, la acción, sus efectos y consecuencias son diferentes porque el ejercicio del derecho —en cada caso— está condicionado a dos momentos procesales distintos; el primero, se vincula a términos vencidos (art. 372 C. J.); el segundo, a la existencia de ellos (artículo 179 del C. de P. P.)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En memorial de veintidos de octubre del año en rso, el apoderado de Julio Enrique Prieto Méndez pide reposición del auto de quince del mismo es, por el cual se declara desierto el recurso de casión interpuesto contra la sentencia del Tribunal perior del Distrito Judicial de Bogotá, que con a la pena de cuatro años de presidio al señor ieto Méndez.

ANTECEDENTES:

En memorial de doce de septiembre del presente año, el doctor Luis Alberto Suárez Alonso como apoderado de Julio Enrique Prieto Méndez pidió a la Corte "se sirva prorrogar en ocho días el término, para presentar la demanda de casación", solicitud presentada dos días después de haberse vencido el término legal que el apoderado del recurrente tenía para presentar la demanda.

La Sala, en providencia de septiembre diez y seis resolvió negativamente la solicitud, y en esa providencia se dijo:

"Si bien es verdad que tanto la restitución de términos —art. 372 C. J.— como la prórroga de ellos —art. 149 del C. de P. P.— conducen a una misma finalidad, la forma como estas modalidades operan en los procesos es distinta en su trámite y consecuencias. En el primero, —restitución— se trata de un término vencido para que se reponga; en el segundo —prórroga— se está en presencia de un plazo no extinguido para que se prolongue; de allí la importancia de formular debidamente la petición para que ella prospere".

"La restitución implica el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes de presentarse las causas —fuerza mayor o caso fortuito— factores que obstaculizaron el ejercicio del derecho dentro de los términos señalados por la ley. La restitución hace referencia al caso del término extinguido y se encamina a reponerlo como si no hubiera corrido el primero, pero la reposición debe fundarse en causas legales y debe probarse dentro del procedimiento especial señalado para tal evento".

"La prórroga —art. 179 C. de P. P.— se refiere a la continuación o prolongación de un término para hacer uso de un derecho que por una u otra circunstancia no pudo ejercitarse en su debida oportunidad. En este evento no hay preclusión de términos sino ampliación de los mismos, a solicitud de parte hecha antes de su vencimiento y con fundamento en 'causas graves o justificadas'. La ley condiciona el beneficio de prórroga al hecho de que la petición se haga antes de la extinción de los términos judiciales, pues el cumplimiento del lapso legal quita a la petición todo carácter de juridicidad. La omisión del requisito señalado por la ley anula el

derecho de la parte interesada para solicitar la prórroga de términos dentro del proceso penal".

"Como en el presente caso —de acuerdo con el informe de la Secretaría— el término de traslado venció el día nueve del presente mes, y como la solicitud de prórroga del término del traslado para presentar la demanda se hizo el día doce del mes de septiembre, es decir, dos días después de vencido el término legal, la petición del apoderado del recurrente carece de fundamento legal al tenor de lo dispuesto por el artículo 179 del C. de P. P.".

"Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— no accede a la solicitud de prórroga del término para contestar la demanda pedida por el doctor Luis Alberto Suárez Alonso".

La anterior providencia quedó ejecutoriada el día veinticinco de septiembre del presente año, según constancia de la Secretaría (folios 9 vto.), es decir, el proceso en su tramitación estaba finalizado: sin embargo, el apoderado del recurrente Luis Alberto Suárez Alonso, después de ejecutoriado el auto, con fecha veintisiete de septiembre pide que previos los trámites legales 'se restituya el término para presentar la demanda de casación, de conformidad con el artículo 372 del Código Judicial". Este memorial no fue resuelto por estar precluídos los términos para toda actuación procesal.

Posteriormente, en memorial de veintidós de octubre, solicitó reposición del auto por el cual la Corte declara desierto el recurso de casación, aduciendo como fundamento los siguientes motivos:

"El 27 del pasado mes presenté a la H. Corte una petición de restitución del término para elaborar la demanda de casación, *sin que en la fecha aludida el negocio hubiera sido resuelto en definitiva*".

"Posteriormente, el 15 de los corrientes, la H. Corte declaró desierto el recurso de casación, *sin pronunciarse sobre la solicitud en tiempo formulada*".

"Con fundamento en el art. 372 del C. J. solicito a la H. Corte resolver la petición de restitución del término para presentar la demanda de casación, *repudiando para tal efecto la providencia de 15 de los corrientes*".

Se considera:

La solicitud de restitución de términos presentada por el apoderado del recurrente es extemporánea, porque el auto que negó la prórroga de los mismos quedó ejecutoriado con fecha veinticinco de septiembre, y la petición de restitución se hace con fecha veintisiete, es decir, cuando los términos habían precluído y no quedaba pendiente ninguna actuación procesal, a excepción del auto por el cual se declara desierto el recurso.

El apoderado del recurrente, se dió cuenta de que la acción estaba equivocada, cuando la Corte dictó la providencia de diez y seis de septiembre en la cual se anotaba que una cosa es la "prórroga de términos" y otra muy distinta 'la restitución de los mismos', y que como la acción escogida fue la primera y no la segunda, era natural que la Sala debía rechazarla. Pero el demandante, al darse cuenta de su error trató de remediarlo: por este es por lo que, en memorial del veintisiete de septiembre solicitó 'se restituya el término para presentar la demanda de casación, de conformidad con el artículo 372 del C. J.', y, posteriormente, en memorial de veintidos de octubre pide previamente, que se revoque el auto en virtud del cual se declara desierto el recurso.

Si se tratara de resolver la petición de restitución de términos, habría de negarse por no existir ningún documento que pueda respaldarla; por otra parte, aún en el supuesto de que el certificado se considerara, no sirve para comprobar la 'causa grave justificada' porque una afección gripal no es la enfermedad grave a que hace referencia la ley. Si las actuaciones judiciales y los términos procesales estuvieran sujetos a la voluntad de las partes interesadas, los juicios se harían interminables y se desvirtuaría el espíritu de la ley. Los términos son perentorios, constituyen la garantía recíproca de las partes, conservan el equilibrio del proceso y tienen como finalidad evitar dilaciones para la pronta culminación del juicio.

No se trata de resolver un punto nuevo, ni de pronunciar una decisión que estuviere pendiente —como trata de insinuarlo el demandante. Lo que ocurren es que la ley para el ejercicio de cada derecho determina una acción, un procedimiento, y a ellos debe sujetarse quien los invoca. Si en vez de pedir restitución de términos se pide prórroga de los mismos, la sección, sus efectos y consecuencias son diferentes, porque el ejercicio del derecho —en cada caso— está condicionado a dos momentos procesales distintos; el primero, se vincula a términos vencidos (artículo 372 C. J.); el segundo, a la existencia de ellos (artículo 179 del C. de P. P.). Si el recurrente no ejercitó la acción indicada por la ley esa equivocación no puede remediarla la Corte, y la petición posterior en la cual se elige el camino señalado por la Sala, porque los términos han precluído y porque la petición es extemporánea.

"La institución de los términos especiales —ha dicho la Corte— miran a la sencillez, rapidez y continuidad de los actos procesales que garantizan y protegen los intereses de las partes; de donde se desprende que tales términos no pueden ser ampliados en el tiempo sino limitados; que, inobservar

o vencidos, comporta la preclusión de ellos que produce, como consecuencia inmediata, la pérdida de la facultad procesal de ejercitar una actividad también procesal, como es la de formular el libelo de casación dentro del término fatal y perentorio de quince días".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO REPONE el auto de diez y seis de septiembre del presente año.

Cópiese y notifíquese.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valcarcel. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Chinchilla. — Julio E. Argüello, Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. — PROCEDIMIENTOS VARIOS. — DIFERENCIA DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS. — LAS PROVIDENCIAS QUE EN LO PENAL RESUELVEN UN IMPEDIMENTO O RECUSACION, NO ESTAN SUJETAS A NINGUN RECURSO PARA ANTE EL INMEDIATO SUPERIOR.

1 — El Decreto 3346 de 1950, introduce dentro de la legislación procedimental civil y penal (Arts. 435 y 73 respectivamente) una causal de recusación no contemplada en las disposiciones citadas y el Decreto 0243 de 1951 establece una nueva forma de procedimiento en la tramitación del incidente, no prevista en los arts. 442, inciso 2º del C. J. y 74 y 77 del C. de PP. o sea que de conformidad con el artículo 5º del Decreto 243 citado, tanto la petición de recusación como la solución de la misma se hace ante el respectivo superior jerárquico, prescindiendo del procedimiento previo que —en lo penal— se consagra para ante el funcionario recusado para que en definitiva si no se aceptan los motivos de recusación, la resuelva el respectivo superior.

El procedimiento que debe observarse en la tramitación de la recusación contra funcionarios que "dejan vencer, sin actuar, los términos que la ley les señala al efecto", no es el indicado por el artículo 5º del Decreto 3665 de 1950, porque éste hace referencia al trámite que debe seguirse cuando se trata de imponer sanciones disciplinarias por violación de las normas consagradas en el artículo 2º numerales 1º, 2º, 3º y 4º sino al determinado por el Decreto 243 de 1951 que comprende la separación del funcionario para el conocimiento de un asunto determinado por vencimiento de términos.

El término o la expresión "inmediato superior jerárquico del Juez recusado" no se vincula ni hace referencia a la entidad o funcionario a quien corresponda nombrar en propiedad al inferior —Art. 10 del Decreto Nº 3665 de 1950— porque el superior jerárquico —en esos casos— es el Juez o Tribunal —Sala respectiva— que en virtud de disposiciones legales y con plena jurisdicción y competencia, conoce de la tramitación y falla de cada negocio, y no la entidad que debe hacer el nombramiento, porque se repite, una cosa es la imposición de sanciones disciplinarias cuya jurisdicción la da la ley expresamente a la entidad que provee los cargos en propiedad, y otra muy distinta, es la facultad que la misma ley otorga a la Sala respectiva para separar al funcionario recusado mediante los trámites ordinarios consagrados para ese evento en las disposiciones procedimentales, bien sean civiles o penales.

2 — Las providencias que en lo penal resuelven un incidente de impedimento o recusación, no están sujetas a ningún recurso para ante el inmediato superior, porque dentro del imperio de los artículos 74 y 77 del C. de P. P. la Corte no conoce ni califica los motivos de impedimento o recusación en virtud de recurso de apelación, pues la jurisdicción la adquiere por la simple declaración que hace el funcionario impedido o recusado, los incidentes se resuelven de plano, o sea que para calificar el impedimento o recusación, no hay necesidad de tramitación alguna porque a ello se opone el contenido y el espíritu de los textos que regulan estos incidentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

Carlos García Herreros O., apoderado de Julio Pérez Pinilla, en memorial de ocho de mayo del presente año, recurre de hecho para que la Corte conceda el recurso de apelación interpuesto contra providencia de marzo veintiseis de mil novecientos cincuenta y siete, por la cual se declara no probada la recusación formulada al Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

ANTECEDENTES:

En el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga se adelantaba el proceso contra Julio López Pinilla por un delito de homicidio y lesiones personales. La audiencia pública fue celebrada el veinticuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, y con fecha veintidos de enero de mil novecientos cincuenta y siete, se dictó una providencia ordenando el traslado del negocio al Agente del Ministerio Público para que emitiera opinión sobre aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

El defensor del procesado teniendo en cuenta las demoras ocurridas en la tramitación del negocio, y legalmente con fundamento en lo dispuesto por el Artículo 1º del Decreto Nº 3346 de 1950, en memorial de ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y siete 'recusó al señor Juez Segundo Superior de Bucaramanga para seguir conociendo de dicho juicio, por demora en su tramitación'.

El Tribunal, en providencia de veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, tramitó la recusación —por demoras— de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 4º del Decreto Nº 3665 de 1950, y ordenó correr traslado al doctor Pedro Ardila Beltrán para que 'en el término de diez días presente los descargos y acompañe las pruebas que estime conducentes'. En memorial de veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, el funcionario recusado presentó sus descargos y el Tribunal en providencia de marzo veintisiete del mismo año, resolvió el incidente así:

"Declara no probada la recusación propuesta y condena al recusante a pagar una multa de veinte pesos a favor de la Caja Nacional de Previsión Social".

El veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, el apoderado de López Pinilla "con la finalidad de interponer oportunamente recurso de queja contra la providencia que declara no probada la recusación", solicitó se le expidieran copias de la actuación. El mismo día —en petición distinta a la anterior— solicitó, por una parte, aclaración de la providencia de veintiocho de marzo, y por otra interpuso contra ella recurso de apelación.

El Tribunal, en auto de nueve de abril de mil novecientos cincuenta y siete, consideró las peticiones del doctor García Herreros y entre otras cosas resolvió:

"1º—No es el caso de otorgar ante el superior la apelación interpuesta por el doctor García Herreros.

"2º—A costa del peticionario expídanse las copias que solicita para el recurso de queja anunciado.

"3º—No es el caso de aclarar la resolución referida.

"4º—No es el caso de adicionar la resolución proferida por el Tribunal imponiendo multa o sanción de cualquier clase al doctor Ardila Beltrán".

Recurso de Hecho

En memorial de ocho de mayo del presente año ocurre de hecho ante la Corte para que le conceda el recurso de apelación que le fue negado por el Tribunal, con base en las razones que se sintetizan así:

a) El recurso fue interpuesto previo cumplimiento de los requisitos señalados en la ley, según lo dispone el Art. 516 del C. J.

b) Los autos que resuelven un incidente de recusación están sujetos al procedimiento de las dos instancias, pues de no ser así, la ley expresamente lo hubiera determinado; y,

c) Porque el artículo 12 del Decreto 3.665 de 1950 que establece que 'contra las decisiones del Superior no habrá otro recurso que el de queja', se refiere exclusivamente a las sanciones disciplinarias impuestas por violación de los Numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 2º, del mencionado Decreto, y no a la separación del funcionario acusado por vencimiento de términos (Artículo 5º Decreto Nº 243 de 1951). En este evento los fundamentos son distintos y, naturalmente, los procedimientos diferentes.

Se considera:

Para que el recurso de hecho sea procedente, es necesario e indispensable sujetar la actuación a los requisitos previamente ordenados en el artículo 513 del Código Judicial, o sea que la persona que pretende recurrir de hecho pida reposición del auto que deniega la apelación, y en subsidio copia de la providencia apelada, de las diligencias de notificación, del escrito en que se interpone la apelación del auto que la deniega y de aquellos documentos que juzgue convenientes para ilustrar el criterio del juez, cumpliendo en esta forma los requisitos determinados por el artículo 518 para que el recurso pueda ser admitido. La ausencia u omisión de cualquiera de los requisitos que se dejan señalados, conduce por consecuencia inevitable a la negación del mismo por ausencia de normas procedimentales de tramitación previas a la interposición del recurso de hecho.

En las copias de la actuación cumplidas ante el respectivo Tribunal, no hay constancia de que la providencia de nueve de abril de mil novecientos cincuenta y siete, por la cual se niega el recurso

de apelación interpuesto por el doctor García Herreros contra el auto que declara no probada la recusación, hubiera sido reclamado mediante el *recurso de reposición*, requisito de indispensable y previo cumplimiento ante el respectivo Tribunal para que, posteriormente, se pudiera recurrir de hecho y como esta formalidad no fue cumplida —Art. 513 del C. J.— la Corte por este aspecto carece de jurisdicción y competencia para conocer del negocio.

El artículo 1º del Decreto Nº 3346 de 1950, confiere a las partes facultad para recusar a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional que en los procesos civiles, penales, o del trabajo, 'dejen vencer sin actuar los términos que la ley señale al efecto, a menos que su demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito' y el artículo 5º del Decreto Nº 0243 de 1951 establece que de estos incidentes de recusación por morosidad en el despacho de los negocios 'conocerá el inmediato superior jerárquico del Juez recusado. De las demás, según las reglas generales'.

El primero de los Decretos mencionados, introduce dentro de la legislación procedimental civil y penal (Artículos 446 y 73 respectivamente) una causal de recusación no contemplada en las disposiciones citadas y el segundo, establece una nueva forma de procedimiento en la tramitación del incidente, no prevista en los artículos 442, inciso 2º del C. J. y 74 y 77 del C. de P. P., o sea que de conformidad con el artículo 5º del Decreto 243 de 1951, tanto la petición de recusación como la solución de la misma se hace ante el repectivo superior jerárquico, prescindiendo del procedimiento previo que —en lo penal— se consagra para ante el funcionamiento recusado para que en definitiva si no se aceptan los motivos de recusación la resuelva el respectivo superior.

El procedimiento que debe observarse en la tramitación de la recusación contra funcionarios que "dejen vencer, sin actuar, los términos que la ley les señale al efecto", no es el seguido por el Tribunal (Artículo 5º del Decreto 3665 de 1950), porque éste hace referencia al trámite que debe seguirse cuando se trata de imponer sanciones disciplinarias por violación de las normas consagradas en el artículo 2º, numerales 1º, 2º, 3o. y 4o., sino el determinado por el Decreto 243 de 1951 que comprende la separación del funcionario para el conocimiento de un asunto determinado por vencimiento de términos. Por esto es por lo que la Sala no encuentra fundamento legal para que se adopte un procedimiento que la ley no consagra para la tramitación del incidente, con prescindencia de aquel que debe aplicarse al caso sub-júdice.

El término o la expresión "inmediato superior jerárquico del Juez recusado" no se vincula ni hace referencia a la entidad o funcionario a quien corresponda nombrar en propiedad al inferior —art. 10 del Decreto Nº 3665 de 1950— porque el superior jerárquico —en estos casos— es el Juez o Tribunal —Sala respectiva— que en virtud de disposiciones legales y con plena jurisdicción y competencia, conoce de la tramitación y fallo de cada negocio, y no la entidad que debe hacer el nombramiento, porque, se repite, una cosa es la imposición de sanciones disciplinarias cuya jurisdicción la da la ley expresamente a la entidad que provee los cargos en propiedad, y otra muy distinta, es la facultad que la misma ley otorga a la Sala respectiva para separar al funcionamiento recusado mediante los trámites ordinarios consagrados para este evento en las disposiciones procedimentales, bien sea civiles o penales, o sea que, por este aspecto, tampoco tiene la Corte —Sala Penal— jurisdicción y competencia para conocer del negocio.

Las providencias que en lo penal resuelven un incidente de impedimento o recusación, no están sujetas a ningún recurso para ante el inmediato superior, porque dentro del imperio de los artículos 74 y 77 del C. de P. P., la Corte no conoce ni califica los motivos de impedimento o recusación en virtud de recurso de apelación, pues la jurisdicción la adquiere por la simple declaración que hace el funcionario impedido o recusado, los incidentes se resuelven de plano, o sea que para calificar el impedimento o recusación, no hay necesidad de tramitación alguna porque a ello se opone el contenido y el espíritu de los textos que regulan estos incidentes.

Tampoco es procedente el recurso con base en los Decretos invocados, porque en ninguna de sus disposiciones se consagra esa facultad. Así lo ha resuelto la Corte cuando expresa:

"Si los artículos 1º del Decreto 3346 de 1950 y del Decreto-Ley número 0243 de 1951 no establecieron el recurso de apelación para las acciones de recusación por ellos creadas en orden a hacer más eficaz y rápida la administración de justicia, y no al contrario, señalaron un grado especial de jurisdicción para desatarlas, ha de concluirse necesariamente que a estos incidentes no son aplicables los preceptos comunes, por los cuales se rigen los casos de recusación en los procesos judiciales, y por ello que los incidentes promovidos con base en el precitado artículo 1º del Decreto Nº 3346 de 1950, carecen del grado de revisión".

"En punto de competencia no hay ni puede haber lugar a la aplicación por analogía de las reglas

preceptos que regulan casos o materias semejantes. Esa competencia de estar expresamente señalada en cada caso particular, de acuerdo con las atribuciones concedidas por la ley a los funcionarios encargados por ella de ejercer en determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República. Así lo dice en términos de evidente claridad el artículo 143 del C. J.".

En otros términos, el recurso de apelación no es procedente para las providencias que resuelve favorable o desfavorablemente el incidente de recusación.

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 conocer del incidente por carecer de jurisdicción y competencia para ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valcarcel. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Cuenca. — Julio E. Argüello, Secretario.

LA CONDUCTA NEGLIGENTE DEL FUNCIONARIO Y NO LA OMISION POR OLVIDO U OMISION INVOLUNTARIA, ES LA QUE LLEVA EN SI EL CONCEPTO DE CULPA. — MODALIDADES.

Es cierto que la omisión por olvido —por regla general— no implica, necesariamente el concepto de culpa, y es evidente que la omisión involuntaria no es objeto de sanción. Es la conducta negligente del funcionario la que lleva en sí el concepto de culpa; por consiguiente, objeto de sanción penal. Son modalidades distintas: la primera, olvido sin negligencia, excluye el concepto de imputabilidad, por consecuencia el de responsabilidad; el otro, afirmativo de la culpa o negligencia, cuando se halla demostrada es penalmente imputable y sobre ella, si en el curso del juicio no se ha desvirtuado, se hace la afirmación de la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: doctor Domingo Sarasty Montenegro)

V I S T O S :

El doctor Carlos Arturo Díaz en memorial de octubre primero del presente año, pide que se revoque el auto de mayo veinte del presente año por el cual se llama a responder en juicio al doctor Patricio Villalba, por un delito de "los abusos de autoridad y otras infracciones" previsto y sancionado en el Capítulo VI, Título III, Libro II del C. P. y en su lugar se sobresea definitiva o temporalmente.

Motivos de la Reposición

Después de hacer algunas observaciones a la interpretación que la Sala dio al artículo 172 del C. P. en sus acepciones de omitir, rehusar y retardar, expresa su acuerdo con la primera parte del concepto de que 'omitir es dejar de hacer alguna cosa por olvido o culpa' pero no en cuanto a lo atinente a la culpa porque "si se omite una cosa por olvido no siempre puede haber culpa, ya que el olvido puede tener muchas causas". Posteriormente dice que el vocablo 'retardar' fue mal empleado en el Código y se lo designó para decir una cosa que no puede decir'; trae una cita del artículo 351 del Código Español, y al hacer el estudio de los elementos del delito afirma que su existencia se condiciona a 'que el retardo sea malicioso intencionado: pues el no haber empleado la diligencia y actividad que exige el cumplimiento de deber, no es suficiente para la existencia legal del delito'.

Al comentar la diligencia de inspección ocular dice: "que no hubo negligencias de parte del doctor Villalba, en ninguno de los momentos en que desempeñó con competencia sin igual esa magistratura" porque el volumen de negocios y los asuntos fallados por su patrocinado, demuestran el esmero y diligencia con los cuales sirvió el cargo, y que —para el caso de dictarse auto de sobreseimiento temporal— debe ordenarse la práctica de una inspección ocular para saber el número de negocios que entraron a su despacho y cuantos fueron fallados.

Finalmente sostiene "que la diligencia de Inspección Ocular debe repetirse nuevamente, pues la que obra en autos no cumplió con lo dispuesto en el artículo 281 del C. de P. P. o sea que a los peritos apenas se les recibió juramento, pero no se les amonestó como ordena la disposición, lo que hace que dicha diligencia sea nula".

Se considera:

Es cierto que la omisión por olvido —por regla general— no implica, necesariamente el concepto de culpa, y es evidente que la omisión involuntaria no es objeto de sanción. Es la conducta negligente del funcionario la que lleva en sí el concepto de culpa; por consiguiente, objeto de sanción penal. La providencia recurrida —en su parte motiva— no confunde estos conceptos para afirmar la imputabilidad por infracciones previstas en el artículo 17 del C. P. Son modalidades distintas: la primera, olvido sin negligencia, excluye el concepto de imputabilidad, por consecuencia, el de responsabilidad; el otro, afirmativo de la culpa o negligencia, cuando se halla demostrada, es penalmente imputable sobre ella, si en el curso del juicio no se ha desvirtuado, se hace la afirmación de la responsabilidad

El comentario sobre el artículo 351 del C. P. Español, de que no hay delito por "no haber empleado la diligencia y actividad que exige el cumplimiento del deber" y que como consecuencia de esto que el tratadista Cuello Calón "opina contrariamente a lo que dice el auto" cuya reposición se pide, no es pertinente al caso. Porque en esa legislación y en el artículo citado por el memorialista se dice "incurre en prevaricato el Juez culpable de retardo malicioso" y en nuestro Código Penal, el delito de abuso de autoridad propiamente no es un prevaricato. Si la disposición del artículo 174 del Código Penal estuviera redactada en la misma forma que la del Código Español, naturalmente que las citas y argumentos de esos autores serían aplicables a este caso, y probablemente con este fundamento podría revocarse el auto; pero mientras esto no ocurra, no hay lugar a acceder a las peticiones del apoderado del Dr. Villalba.

Afirma el memorialista que en la diligencia de inspección ocular "no se cumplió con lo dispuesto por el artículo 261 del C. de P. P. o sea que a los peritos apenas se les recibió el juramento pero no se les amonestó como lo ordena la disposición, lo que hace que dicha diligencia sea nula". La Sala observa que en la diligencia de julio primero de mil novecientos cincuenta y cinco, se expresa que "previa lectura del artículo 191 del C. P. y las amonestaciones de ley" se les recibió el juramento, y posteriormente, en la de noviembre veintitrés del mismo año se dice que "previa la lectura de las disposiciones legales pertinentes los recibió el juramento." De manera que los funcionarios que intervinieron en esos actos procesales, cumplieron los requisitos exigidos por la ley y esas diligencias tienen plena validez.

"El auto cuya reposición se solicita —dice la Procuraduría— es suficientemente explícito en el análisis probatorio que trae y en las consideraciones jurídicas con que está fundamentado, en forma que no se encuentra asidero para prohijar una modificación del mismo, en virtud del pedimento pendiente".

"Las pruebas que solicita el señor apoderado del Dr. Villalba, para fundamentar la petición subsidiaria de sobreseimiento temporal, bien pueden pedirse y decretarse durante la etapa probatoria de la causa; y así, en el evento de que puedan modificar favorablemente la situación del enjuiciado, constituirían elementos de apreciación imprescindibles que oportunamente se alegarían y de los cuales, ciertamente, serían tenidos en cuenta en el fallo".

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 ACCEDE A REPONER el auto de mayo veinte de mil novecientos cincuenta y siete.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valverde. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

CORRESPONDE A LA CORTE CONOCER DE LAS CAUSAS QUE POR MOTIVOS DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCION DE LA CONSTITUCION O LAS LEYES O POR MAL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES SE PROMUEVAN CONTRA LOS INTENDENTES Y COMISARIOS. — NULIDAD

Las actuaciones imputables al Comisario Especial del Vichada, fueron ejecutadas por el acusado en ejercicio de sus funciones de tal, modalidad ésta que le da competencia a la Corte para conocer del negocio a tenor del artículo 42, ordinal 6o del C. de P. P. En consecuencia, y como del proceso han venido conociendo el señor Juez Tercero Superior de Bogotá en primera instancia, y el Tribunal Superior en segunda, concluyese que lo actuado por éstos es nulo en cuanto al ex funcionario amparado con fuero especial, desde el auto proferido por el Juzgado Superior en virtud del cual se declaró cerrada la investigación, y así debe declararse.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, diciembre once de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Santiago Cadena Copete)

VISTOS:

El señor Bernardo Marulanda Rendón ejerció el cargo de Comisario Especial del Vaupés en el lapso comprendido del 25 de noviembre de 1955 al 27 de septiembre de 1956.

Del 3 al 28 de octubre de 1956 se practicó una visita en las dependencias de manejo de la Comisaría, ordenada por la Contraloría General de la República, en la cual se constataron algunas irregularidades en lo tocante a pagos y ordenaciones, lo que dio origen a que se iniciara la correspondiente investigación de carácter criminal.

Al señor Marulanda Rendón le aparecieron los siguientes cargos:

1) Que en su carácter de Comisario ordenó al Pagador General de la Comisaría el pago de unas cuentas, con pleno conocimiento de que las sumas presupuestadas ya se habían agotado y sin que los traslados correspondientes hubieran sido aprobados por el Ministerio de Gobierno;

2) Que permutó un toro por una vaca sin cumplir las formalidades del caso;

3) Que ordenó el pago de cinco mil pesos a Luis Rojas, valor de la construcción de una escuela, sin la debida autorización del Ministerio de Gobierno y en la misma forma ordenó otros pagos;

4) Que ordenó la liquidación del Comisariato o fondo rotatorio de la Comisaría preterm[itiendo] también los requisitos legales, lo que fué aprove[chado] por Gerardo Candomil, Secretario de l[a] Comisaría, para instalar un almacén particular en el que se vendieron los artículos del extinguido Comisariato, junto con los de propiedad particular, sin distinción alguna;

5) Que hizo posible la apropiación por parte de Candomil Gómez, mediante la orden respectiva, de un dinero oficial proveniente de la venta de determinada cantidad de cerveza que la Comisaría había obsequiado para las festividades de Cauchero.

SE CONSIDERA:

Las actuaciones referidas del señor Marulanda Rendón fueron ejecutadas en ejercicio de sus funciones de Comisario Especial del Vichada, modalidad ésta que le da competencia a la Corte para conocer del negocio al tenor del artículo ordinal 6o del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, y como de este proceso han venido conociendo el señor Juez Tercero Superior del Distrito Judicial de Bogotá en primera instancia y el Tribunal en segunda, concluyese que lo actuado por éstos es nulo en cuanto al exfuncionario amparado con fuero especial, desde el a

proferido por el Juzgado Superior en virtud del cual se declaró cerrada la investigación y así debe declararse.

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, DECLARA NULO todo lo actuado en este negocio en lo referente al señor Bernardo Marulanda Rendón a partir del auto de fecha 31 de enero de 1957, por el cual se declaró cerrada la investigación, y comisiona al funcionario de instrucción que designe el Ministerio de Justicia para reponer el proceso. (Art. 200 del C. de P. P.)

Envíese copia de lo conducente al Juez Tercero Superior de Bogotá quien conoce de la investigación en lo relacionado con el señor Gerardo Candonil Gómez.

Cópiese, comuníquese y notifíquese.

Guillermo Hernández F. — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty M. — Elberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES. — CUANDO ES PROCEDENTE PROPONERLAS EN CASACION. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS PROCESOS DE LA LEY 48 DE 1936. — GENERALIDAD DE LA LEY. — COSTUMBRES CONTRA LA LEY. — TECNICA DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — PRESUNCION LEGAL DE HURTO.

1 — Es verdad que la Corte ha admitido la procedencia en casación de las nulidades constitucionales, y ello se ha reiterado en jurisprudencia reciente; pero también lo es que la Corporación ha sido singularmente cautelosa en limitarlas a casos excepcionales. Sobre el particular pueden verse los fallos de 5 de diciembre de 1945, 29 de enero y 5 de febrero de 1947. Y en sentencia de 11 de febrero de 1948 y 24 de febrero de 1950 se propusieron, como ejemplos de nulidad de los juicios por violación de garantías constitucionales, el del menor que se ha procesado sin asistencia de curador y el del Juez que no accede a la petición que hacen los jurados —para enmendar el error en que incurrieron al proferir su veredicto— momentos después de haberlo proferido y sin que se hayan comunicado con persona alguna.

Las nulidades no consienten interpretaciones por analogía; y las de origen constitucional, llamadas también "sustanciales", sólo son alegables en casación —como lo ha dicho la jurisprudencia— en algunos casos extremos comprendidos en los preceptos que las consagran cuya violación atacaría las bases mismas de la organización judicial, cuando quiera que han sido analizadas o siquiera insinuadas en las instancias. No habiéndose concretado ellas por el legislador en mandatos expresos de aplicación inequívoca, su examen en casación —si el Tribunal fallador prescindió de considerarlas— rebasaría los límites mismos del recurso, que circunscriben el ejercicio de la función revisora de la Corte a lo que ha sido materia de estudio en la sentencia acusada.

2 — Claro es que nadie puede ser juzgado sin que se observe la plenitud de las formas de cada juicio, como lo manda el artículo 26 de la Carta; pero también lo es que el procedimiento establecido en el artículo 43 de la Ley 48 de 1936 no menciona siquiera la intervención del Ministerio Público.

El artículo 172 del Estatuto Procesal alude únicamente al procedimiento penal ordinario, y la no exclusión de los representantes de la sociedad en el juicio ESPECIAL de que trata la Ley 48 de 1936 es apenas un tema de discusión académica por falta de un texto constitucional o legal que precisamente la imponga.

Lo anterior no significa que se admita la tesis de que el Ministerio Público deba estar ausente de los procesos especiales en que la ley no ha requerido su presencia. Lo que se quiere decir es que, en tales casos su intervención —que jamás podría prohibirse, lo que es cosa distinta— puede no ser siempre obligatoria.

3 — Si la locución "ARRESE CAUSA CRIMINAL" empleada por el Juzgado del conocimiento al calificar la investigación, fue inexacta, no es la denominación que se le da a una determinada providencia, sino su contenido esencial lo que atestigua su naturaleza propia.

4 — Las costumbres no subrogan la ley menos cuando ésta se dirige a corregirlas.

Ni la geografía es cámara derogatoria de las leyes, cuyo carácter de generalidad impide que los habitantes de un determinado territorio se sustraigan a su imperio, con el pretexto de que la observancia de una práctica antisocial, con posterioridad a la vigencia del precepto que la sanciona o le exige hecho indicador de la comisión de un ilícito, exonera a quien persiste en ella de sufrir las consecuencias de su conducta.

5 — La tarea del demandante que acude en casación, la causal segunda, no es otra que la de confrontar la propia interpretación de los hechos con las del Tribunal sentenciador, para establecer que son acertadas las de aquél y equivocadas las de éste; y

obvio que éste objetivo no se alcanza si la crítica de la realidad procesal deja a salvo la convicción de que el incriminado es responsable. En otros términos, para que el recurso prospere por concepto de la causal segunda no basta demostrar que uno o más hechos han sido mal interpretados o apreciados en la sentencia, sino que esa interpretación o apreciación erradas —tratándose de elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o circunstancias que influyen en la individualización de la pena— afectan, substancialmente, la acertada valoración de las constancias procesales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de lo Criminal Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Primero Penal de ese Circuito en favor de Ramón Aristizábal Gómez, Floro Bustos Casas, Nereo González y Jorge Muñoz o Aristizábal y —en su lugar— le impuso al primero cinco años de prisión y a cada uno de los otros tres cincuenta y seis meses de la misma pena por el delito de hurto de ganado mayor. Contra la respectiva sentencia recurrieron en casación los defensores de los procesados; pero sólo el apoderado sustituto de Muñoz, doctor José Jaramillo Giraldo, interpuso oportunamente la demanda.

Surtida la tramitación legal del recurso, la Sala procede a decidir sobre su mérito.

Hechos y actuación procesal

Ante la Inspección Primera Municipal de Natagaima el señor Francisco Salinas Aguilar dio cuenta de que varios lotes de ganado pertenecientes a la sociedad formada por el denunciante, su hermano Belisario y el señor Camilo Londoño, habían venido desapareciendo de las fincas denominadas 'Josafá' y 'Los Llanos del Placer', ubicadas respectivamente en las jurisdicciones de los Municipios de Santa Isabel y Anzoátegui, en el Departamento del Tolima. Inicialmente adelantado por la referida Inspección, el sumario pasó luego "por razón de competencia en cuanto al territorio" en que el ilícito se había cometido, a la Alcaldía de Anzoátegui, de donde se remitió después a la Visitaduría Administrativa del Tolima, comisionada por el Gobernador de este Departamento para proseguirlo. Por dicha autoridad se practicaron algunas pruebas y se dictó auto de detención preventiva contra Aristizábal Gómez, Bustos Casas, González y Muñoz después de lo cual las diligencias le correspondieron en reparto al señor Juez Primero Penal del Circuito de Ibagué, funcionario que —tras de breve actuación suya y una vez que el Juzgado 1º de Instrucción Criminal cumplió la comisión por él conferida para perfeccionar el informativo— llamó a los sindicados a responder "por el delito de hurto de que trata el Capítulo I, Título XVI, Libro II del Código Penal y la Ley 48 de 1943", y los absolvió ulteriormente estimando que la prueba allegada a los autos no sólo carecía de la fuerza necesaria para condenarlos, sino que había sido completamente desvirtuada. Otra fue la opinión del Tribunal, entidad que revocó la decisión del inferior, al conocer de ella por vía de apelación de la parte civil, y profirió el fallo condenatorio objeto del recurso.

La demanda

Se ha impugnado el fallo por las causales CUARTA, PRIMERA y SEGUNDA de casación, con base en los cargos que el apoderado de Jorge Muñoz motivó, en lo substancial así:

CAUSAL CUARTA — **Ser la sentencia violadora de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.**

Primer motivo de invalidación — Se refiere aquí el demandante a la "NULIDAD POR VIOLACION DE NORMAS CONSTITUCIONALES", cita el artículo 52 del Estatuto Fundamental, según el cual las disposiciones del Título Tercero del mismo "se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución", y dice que fue en desarrollo de este precepto como se estatuyó por el artículo 7º de la Ley 153 de 1887 que "El Título Tercero de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil".

Agrega que, si en un principio sostuvo la Corte que no existen causales constitucionales de violación como quiera que cada uno de los preceptos

de la Carta opera a través de las leyes que lo desarrollan, en dicha jurisprudencia no se hizo alusión al doble carácter constitucional y legal de su Título Tercero; y que fue esta misma Corporación la que, al interpretar los mencionados artículos 52 de la Superley y 7º de la Ley 153 de 1887, dijo: "Así en doctrina. Pero en tratándose de las disposiciones que integran el Título Tercero de la Constitución Nacional 'sobre derechos civiles y garantías sociales', sí es posible que sirvan de base a la casación porque una disposición expresa ha bajado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad y por ese aspecto las normas de tal Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación..."

Alude luego a la "GARANTIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PROCESAL PENAL", de acuerdo con la cual "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; y afirma que en este mandato debe distinguirse entre leyes y formas, "porque si las formas propias de los juicios penales están contenidas en las leyes, hubiera bastado con la primera parte". Habla de la Teoría de las Facultades Accidentales e Implícitas que desarrollara don Miguel Antonio Caro en su mensaje al Congreso de 1894 y —volviendo al artículo 26 de la Carta— dice que, para que el derecho allí consagrado no sea nugatorio, "las leyes penales han establecido que mediante el auto de proceder el reo debe saber exactamente de qué se le acusa"; que la defensa ocupa un tiempo procesal secundario o subsiguiente al otro extremo procesal de la acusación, y que las formas de los procesos penales son universales y se configuran al amparo de principios democráticos que suplantan la arbitrariedad por un sistema que garantiza doblemente el derecho de saber de qué se acusa a una persona para que opere lógicamente el derecho correlativo de los descargos y de la defensa.

Entra después a lo que denomina "LAS VIOLACIONES CONSTITUCIONALES CONCRETAS EN EL CASO EN ESTUDIO" y que hace consistir en el quebranto de los artículos 26 y 143 de la Carta, el segundo de los cuales prescribe que a los funcionarios del Ministerio Público les corresponde defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social.

Las reglas generales de índole constitucional que imponen la intervención del Ministerio Público en el desarrollo de todo proceso penal, se menospreciaron en la tramitación del que culminó, sin la presencia del representante de la sociedad, en la condena del recurrente.

Segundo motivo de invalidación. — Como las diligencias sumarias se dividieron en sumario y juicio por el llamamiento a responder en causa criminal que se dictó y como por la ley 48 de 1936 se eliminaron tales etapas, la sentencia se profirió en un proceso viciado de nulidad por violación del artículo 13 de ese Estatuto. Se lesionó también por este concepto el artículo 26 de la Carta, porque se juzgó y condenó al acusado sin "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Las anteriores violaciones "impiden sobre los artículos sustantivos del Código Penal, 397 a 401", represivos de la infracción investigada.

Tercer motivo de invalidación. — Si el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal dispone que "Todo auto o sentencia se notificará personalmente al Agente del Ministerio Público" y si el artículo 13 de la ley 48 de 1936 no excluye esa intervención, ambas disposiciones se quebrantaron afectando la validez del proceso y lesionando, de relance, el Decreto 1426 de 1950 (especialmente en su artículo 17) y el Código Penal en los artículos 397 y 398, ordinal 7º en función de los artículos 309 a 401 ibidem, "textos sustantivos que se aplicaron dentro de un juicio viciado de nulidad". Al no decretarse nulo lo actuado en su oportunidad, se violó asimismo, por aplicación el artículo 198 del Estatuto Procesal.

CAUSAL PRIMERA — **Ser la sentencia violadora de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.**

Primer motivo de invalidación. — En el artículo 397 del Código Penal se configura el delito de hurto sobre una base objetiva y otra subjetiva puesto que se requiere la sustracción de una cosa mueble y el propósito de aprovecharse de ella, pero como Jorge Muñoz era un simple trabajador ligado a otras personas por un contrato de trabajo, procedió sin la intención de ese aprovechamiento.

A la violación de la norma que acaba de citar se agrega la del artículo 17 del Decreto 1426 de 1950, que manda a los interesados en toda compraventa de ganado mayor o menor extender una constancia en que se consignen los distintivos de los semovientes y las condiciones de la operación así como los nombres, apellidos y vecindad de quienes efectúan el negocio, con anotación de

documentos de identidad; y erige en indicio grave de abigeato la omisión de tal formalidad. Pero el indicio que en el mencionado Decreto se califica de grave se interpretó en la sentencia como necesario, y por éste se entiende —al tenor del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal— "un hecho de que se infiera lógicamente la existencia de otro hecho". Si en el fallo se admitió que en el Departamento de Caldas no es costumbre dejar constancia escrita de las transacciones sobre ganados, aquella inferencia lógica no era posible por no haberse configurado materialmente el hecho que debía servir de base para establecer el indicio.

Además, para que la presunción legal instituída en el artículo 221 de la misma Obra se le pueda aplicar a una persona se requiere que ésta "haya sido anteriormente condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad"; y ninguno de los sindicados en el proceso ha concurrido a la cárcel en tiempo alguno anterior.

Segundo motivo de invalidación. — Consiste en la violación del artículo 397 del Código Penal por la misma razón explicada en el motivo aducido inmediatamente antes (elemento intencional o subjetivo no demostrado). Solo que aquí no se arguye la **errónea interpretación** de tal norma, sino su **indebida aplicación.**

CAUSAL SEGUNDA. — **Errada interpretación e indebida aplicación de los hechos en la sentencia, por habérseles atribuído un valor probatorio que no tienen; habérseles negado el que sí tienen; no habérseles tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso o resultar 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.**

Se habla de un "**Primer motivo dentro de la segunda causal**, pero ninguno otro se enuncia.

El fallo se impugna con los mismos razonamientos en que se sustenta la Causal Primera. El señor Ramón Aristizábal, de cuya conducta se derivan las inculpaciones a sus compañeros, no solía dejar constancia escrita de sus operaciones de compra y venta de ganado mayor, y ni aquél ni éstos fueron jamás condenados por sentencia irrevocable anterior. Al estimar erradamente esos hechos no discutidos, el Tribunal interpretó antijurídicamente el Decreto 1426 de 1950, especialmente en su artículo 17; la Ley 48 de 1936 y los artículos 216 a 223 del Código de Procedimiento Penal, principalmente el 221.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado, siguiendo el que considera "orden lógico de precedencia", estudia las causales CUARTA, SEGUNDA y PRIMERA para concluir con la solicitud de que no se invalide el fallo acusado.

Dice al efecto:

A) — SOBRE LA CAUSAL CUARTA. "...Los procesados tuvieron su adecuada representación y disfrutaron de todas las garantías durante el proceso, del mismo modo que los intereses de la justicia y de la defensa social quedaron salvaguardiados con el cumplimiento estricto de todas las formalidades y las ventajas procesales que era indispensable reconocer conforme a los trámites propios de esta clase de juicios.

"Es cierto que el Ministerio Público no intervino expresamente, sin que por otra parte aparezca el más leve dato que indique que se haya impedido su actuación en el evento de que hubiera querido intervenir en el proceso.

"Precisamente en este punto radica la intervención del Ministerio Público en cierta clase de procesos tramitados extraordinariamente y sin el formulismo especial de determinadas notificaciones o traslados a sus agentes respectivos. Basta para el efecto la posibilidad de comparecer en el proceso cuando el representante de la sociedad considere indispensable y que se permita su actuación, para cumplir el precepto constitucional de ejercitar la facultad de intervenir en cualquier momento y sin obstáculo alguno.

"Pero si los respectivos agentes de dicho Ministerio Público a pesar de tener tan expresa facultad no actúan en determinado proceso al cual por otra parte y por expresa disposición legal no se han adscrito funciones específicas, entonces el proceso puede adelantarse y fenecerse legalmente sin que aparezca vicio alguno de nulidad que afecte la actuación por no haberse notificado las diversas providencias como en el procedimiento ordinario en que categóricamente se hallan especificadas las notificaciones y traslados de rigor a Agentes del Ministerio Público.

. . . . . .

"Mal puede haber en tales eventos nulidad constitucional, pues no se encuentra asidero suficiente para convertir en causal de invalidez, lo que ha sido el cumplimiento de mandatos legales que ordenan impulsar el proceso con celeri-

dad dentro de ciertos cauces que desplazan los ordinarios y que no permiten detenerse para el juzgamiento de determinados delitos, en los pormenores del procedimiento común.

. . . . . .

"El segundo motivo para sustentar el cargo de nulidad del proceso contra el fallo recurrido, lo resume el señor apoderado de Muñoz, en estas tres fórmulas que luégo explica pormenorizadamente: a) violación del artículo 13 de la Ley 48 de 1936, porque el proceso se dividió en dos etapas: sumario y juicio; b) violación del artículo 26 de la Carta; c) incidencia de tales violaciones sobre los artículos 398 a 401 del C. P.

"Ya se resumió toda la fundamentación jurídica de estos tres motivos, que se reducen en el fondo a los mismos argumentos consignados para demostrar la pretendida nulidad constitucional. Desde luego se advierte que el tercer punto no se relaciona directamente con la causal cuarta invocada; así como el primero, que insiste en la preterm isión del procedimiento extraordinario señalado en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936, no tiene la demostración adecuada, por cuanto precisamente en el proceso aparece lo contrario, según se dejó ya explicado y transcrito: tanto el auto de apertura a prueba equiparado al auto de proceder, como la unidad del juzgamiento, se observaron minuciosamente y hasta el punto de que aun dentro de la perentoria observancia de términos impuesta por circunstancias procesales se dio cabida a la intervención de parte civil, con lo cual se dio más amplitud al debate probatorio, hasta llegar al fallo que en virtud de apelación hubo de revisar el Tribunal por los mismos trámites de la Ley 48, para producir la sentencia que se ha acusado en casación.

. . . . . .

"El tercer motivo para sustentar el cargo de que se ha venido tratando, lo formula sintéticamente el señor apoderado al considerar que se violó el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal y que dicha violación incide en la directa de la Ley 48 de 1936 especialmente en su artículo 13. La explicación jurídica de la pretendida violación ya quedó resumida al hacer referencia al libelo en sus varios cargos. Solo resta indicar que la fundamentación se basa ante todo en la comparación con lo dispuesto en el artículo 64 del Decreto Legislativo 0014 de 1955. El motivo que ahora se está considerando termina con la enfática conclusión de que se violó igualmente el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal que señala taxativamente las causales de nulidad en todo proceso penal.

"Se observa simplemente, que siendo como lo es fundamental la disposición transcrita sobre notificación personal al Agente del Ministerio Público de todo auto o sentencia que se dicte (art. 172 del C. de P. P.) con todo no se halla erigida tal omisión en causal de nulidad en ninguno de los puntos que contiene el invocado artículo 198 del C. de P. P. . . ." (fls. 41 42 43 47 48 y 49 Cuaderno 4).

B) — SOBRE LA CAUSAL SEGUNDA. ". . .El motivo o cargo se encuentra categóricamente enunciado pero sin la demostración requerida. Parte de la base absolutamente inadmisible desde el punto de vista de la realidad procesal y del contexto del fallo acusado, de que éste se fundamenta en el único indicio que se relieva, o sea de la presunción a que se refieren los artículos 17 del Decreto Ley Nº 1426 de 1950 y 218 a 223 del C. de P. P. en cuanto se deduce del hecho de no llevar las anotaciones requeridas sobre las transacciones de ganado que da por establecido en autos el actor y que considera desvinculado de antecedentes sobre condenas anteriores por infracciones contra la propiedad.

"Es suficiente la lectura del fallo sub judice para encontrar una fundamentación sólida que no solo toma como base el hecho o indicio mencionado sino otra serie que en conjunto forma un haz probatorio que a juicio del juzgador adquiere la categoría de plena prueba. Bien conocidas es la doctrina y la jurisprudencia sobre el alcance de la prueba indiciaria y las facultades que la ley otorga al juzgador para formarse una convicción respaldada en hechos que encuentra suficientemente concatenados y establecidos para constituir la plena prueba requerida para condenar, máxime cuando a esos indicios fehacientes se agrega una presunción legal que no deja lugar la menor duda respecto de la responsabilidad penal, como ocurre en el caso que se analiza a través de la fundamentación del fallo.

"Deber ineludible del recurrente era pues desvirtuar el alcance probatorio de los diferentes elementos de juicio que entraron en juego para formar la convicción y a su vez para constituir la plena prueba de la responsabilidad penal. . . (fls. 51 y 52 Cuaderno 4).

C) — SOBRE LA CAUSAL PRIMERA. ". . . planteamiento del cargo y su demostración, re

cionados ambos con la causal primera de casación, adolecen de un enfoque inadmisible de la referida causal, casi siempre subsidiaria de alguna de las otras causales de casación que requieren su demostración previa.

"Precisamente cuando se la alega como principal, su comprobación es mucho más exigente y requiere una comprobación ordenada para alguno de sus extremos: o errónea interpretación de la ley penal, o indebida aplicación de la misma. Ninguno de estos dos aspectos aparece demostrado en la sustentación del motivo alegado. La pretendida violación directa de la ley penal, por haber aplicado a un hecho que se da por aceptado, el artículo 397 del C. P. en concordancia con el 398 Ibidem, cuyos elementos se explican en la demostración del cargo, deja el asunto sometido a una petición de principio. Pues se parte de la aceptación de uno de los hechos que se tuvieron en calidad de indicios para deducir la responsabilidad penal de autores y partícipes; de los elementos que configuran la infracción; y luego se concluye que el sindicado Muñoz obraba bajo la dependencia de otras personas por un contrato de trabajo y que por tanto los referidos artículos de la ley penal fueron aplicados indebidamente. En otros términos, se aducen hechos mal interpretados e indebidamente aplicados, lo cual es objeto de la causal segunda, cuya demostración no aparece en las referencias accidentales que se dejaron transcritas.

. . . . . .

"En verdad no se entiende tan extraña argumentación y tan desconcertada serie de enunciados con las conclusiones dichas. En un esfuerzo de interpretación de la demanda en estos particulares, se trata entender que se hizo (sic) traer como argumento principal la inexistencia de la objetividad de la infracción y de la responsabilidad penal del procesado Jorge Muñoz, en cuanto que obraba en calidad de dependiente del principal sindicado Ramón Aristizábal en virtud de un contrato de trabajo. Pero es lo cierto que aún en esta hipótesis, no aparece la debida comprobación de tales enunciados ni tampoco ha precedido la demostración requerida de la causal atinente a los referidos pormenores que constituyen otros tantos hechos relacionados por la causal segunda.

. . . . . .

"El segundo motivo o cargo relacionado con la causal primera, lo enuncia el actor así:

'Además el Tribunal ha aplicado erradamente el artículo 17 del Decreto Nº 1426 de 17 de abril de 1950...'

. . . . . .

"En presencia de la categórica afirmación de la demanda sobre algún aparte de la sentencia referente al caso del artículo 17 del Decreto 1426 de 1950, que se presenta aislado y sin conexión con el resto de la fundamentación y desde luego desvirtuando el verdadero alcance del párrafo transcrito, es conveniente precisar el alcance de las afirmaciones pertinentes del fallo recurrido.

. . . . . .

"De los apartes transcritos del fallo acusado, claramente se deduce que se fundamentó suficientemente la aplicación del artículo 17 del Decreto 1426 de 1950 y se demostró con plenitud la operancia del indicio grave en concatenación con otros hechos o indicios que formaron la convicción del juzgador para deducir la responsabilidad penal de autores y partícipes en la infracción investigada.

"Toda la argumentación de la demanda en este particular reposa sobre la insistencia de considerar aisladamente uno solo de los indicios que se tuvieron en cuenta en el fallo. De modo que las consideraciones adicionales sobre la hipótesis planteada quedan en el vacío si se tiene en cuenta la totalidad de los elementos probatorios analizados en la sentencia con suficiente claridad y precisión.

. . . . . .

"El otro motivo de la misma causal primera se refiere a la errónea interpretación y aplicación indebida del artículo 397 del C. P. y se pretende fundamentar en las mismas apreciaciones ya transcritas de los tres elementos que se requieren para configurar el delito de hurto de ganado mayor y se hace particular énfasis en que 'se vincula a un elemento de carácter subjetivo, o sea el deseo y propósito del actor de aprovecharse o lucrarse de la cosa hurtada', una de las características a que se refieren los tres elementos de la objetividad del delito.

. . . . . .

"Tanto por el enunciado del cargo como por su demostración, se aprecia fácilmente que se involucra en forma ostensible la pretendida violación del artículo 397 del C. P. o su errónea interpretación —objetivos de la causal primera—, con la apreciación de hechos referentes a la objetividad de la infracción o a la imputabilidad y consiguiente responsabilidad penal de uno de los sindicados, lo cual constituye precisamente el fundamento de la causal segunda.

"Requería ciertamente la plena comprobación previa de tales elementos para poder deducir que el artículo citado de la ley penal se halla indebidamente aplicado o erróneamente interpretado,

como consecuencia lógica. Pero proceder en cambio a sostener que los elementos de la infracción no se encuentran establecidos, sin la correspondiente comprobación y deducir que el artículo 397 del C. P. se aplicó indebidamente equivale a dejar la causal invocada huérfana de sustentación y proceder en desacuerdo con la técnica de la casación.

. . . . . .

"Para destruir toda fundamentación del fallo sobre la responsabilidad del procesado Muñoz, no basta alegar una pretendida relación laboral con el autor principal de la infracción, en desconexión absoluta con los hechos por los cuales se le sindicó en calidad de partícipe y menos sobre la hipótesis de que el elemento intencional de apropiación de lo hurtado no se haya establecido, cuando precisamente el fallo exhibe el más completo análisis de todos los elementos probatorios que obran en contra de cada uno de los sindicados en el proceso y establece las diferentes conexiones que desplazan totalmente cualquier pretendida relación de carácter laboral hacia las actividades propias de la coparticipación delictuosa..." (fls. 57 58 59 60 62 63 y 64 Cuaderno 4).

Consideraciones de la Corte

En el mismo orden seguido por la Procuraduría pasa a examinar la Sala las causales invocadas.

I — CAUSAL CUARTA:

Es verdad que la Corte ha admitido la procedencia en casación de las nulidades constitucionales, y ello se ha reiterado en jurisprudencia reciente; pero también lo es que la Corporación ha sido singularmente cautelosa en limitarlas a casos excepcionales. "Los artículos 198 y 199 del C. de P. P. - se dijo en la sentencia de 5 de diciembre de 1945 - consagran las causales de nulidad que pueden surgir en un proceso penal. Esas nulidades son absolutas o relativas. Las primeras vician el procedimiento en sus bases o contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo o por el consentimiento expreso de las partes que en él intervienen; las segundas son subsanables por el transcurso del tiempo o por cualquier actuación posterior de los interesados. Las nulidades establecidas por esos artículos son taxativas y su interpretación debe ser restringida, **no analógica**, respecto de las disposiciones que las consagran. El juzgador no tiene **derecho** deducir nulidades mediante un raciocinio de analogía, ni facultad legal para erigir **en causal de nulidad hechos** que sólo constituyan **irregularidades.** Un vicio de esta naturaleza, si bien implica el descuido o alteración de una formalidad externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad". En fallo de 29 de enero de 1947 se expuso: "La Corte ha dicho en varias ocasiones que las nulidades son taxativas, es decir, que no se pueden extender a casos semejantes, no sólo porque el señalarlas es tarea propia del legislador, sino también porque los procesos se harían interminables, se crearía la incertidumbre en el ejercicio de la tutela social y se traería el descrédito a las providencias de los jueces de instancia. Esto no obstante, la doctrina ha admitido que en algunos casos extremos, comprendidos en la naturaleza de los propios preceptos que las consagran, **pueden declararse** nulidades no previstas en la ley de modo expreso. Pero son dos condiciones: que se trate de irregularidades esenciales 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. Lo primero, por la razón ya dicha de que al señalar los casos de nulidad no es propio del juez sino del legislador, y lo segundo, porque la casación implica un estudio de la sentencia, de suerte que, en términos generales sólo pueden ser estudiadas las cuestiones que fueron materia del fallo". En el dictado con fecha 5 de febrero de 1947: "Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Solamente en los casos previstos en los artículos 198 y 199, que enumeran las causas de nulidad puede ella ser declarada y también, muy excepcionalmente, cuando las irregularidades son tan graves que bien puede decirse que el enjuiciamiento se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano ante los jueces de la República". (Ha subrayado la Sala). Y en sentencias de 11 de febrero de 1938 y 24 de febrero de 1950 se propusieron, como ejemplos de nulidad de los juicios por violación de garantías constitucionales, el del menor que se ha procesado sin asistencia de curador y el del juez que se accede a la petición que hacen los jurados —para enmendar el error en que incurrieron al proferir su veredicto— momentos después de haberlo proferido y sin que se hayan comunicado con persona alguna.

No encuentra la Sala que los cargos en que pretende sustentarse la causal en referencia se ajus-

ten a tan riguroso criterio. Cierto es que nadie puede ser juzgado sin que se observe la plenitud de las formas de cada juicio, como lo manda el artículo 26 de la Carta; pero también lo es que el procedimiento estatuído en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936 no menciona siquiera la intervención del Ministerio Público, razón más que suficiente para concluir que no podía violarse una disposición inexistente. El apoderado del actor sostiene que, con el juzgamiento de Jorge Muñoz en ausencia del representante de la sociedad, se violó también el artículo 143 de la Superley, a lo cual basta responder que en dicha norma apenas se consagra el principio general de que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social.

El **segundo motivo de acusación** no es menos inconsistente. Se arguye en la demanda que, al proferirse AUTO DE PROCEDER contra Muñoz, el proceso se dividió en dos etapas de **sumario** y **juicio**, no obstante haberse eliminado éllas en el procedimiento de la ley 48 de 1936, con lo cual se violó —también por este concepto— el artículo 26 de la Constitución Nacional y se lesionó el artículo 13 de la referida ley 48, violaciones que inciden sobre los artículos 397 a 401 del Código Penal, que sancionan el ilícito investigado.

No es así, sinembargo. Porque si la locución "ABRESE CAUSA CRIMINAL" empleada por el Juzgado del conocimiento al calificar la investigación fue inexacta, no es la denominación que se le da a una determinada providencia, sino su contenido esencial, lo que atestigua su naturaleza propia. En la parte motiva de la dictada en estas diligencias por el señor Juez Primero Penal del Circuito de Ibagué, que es objeto de la censura, lo dijo que se procedía a decidir del mérito de la sumaria "sin más actuación, por estar sujeta al trámite procedimental de la Ley 48 de 1936"; y en la parte resolutiva, que la causa se abría "de oficio y por los trámites especiales de la Ley 48 de 1936". Pero es más: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de esta Ley, en el mismo auto se abrió a prueba el juicio "por el improrrogable término de OCHO (8) DIAS"; se especificó el hecho que originó la detención de los indiciados (hurto de ganado mayor) y se señaló fecha para la celebración de la audiencia pública. Si la comentada violación de los artículos 26 de la Carta y 13 de la Ley 48 de 1936 no se consumó, tampoco pudo tener ocurrencia la de los artículos 397 a 401 del Código de las Penas, que se hace depender —por incidencia— de aquélla. Por lo demás esa segunda violación subsidiaria no se concretó y razonó artículo por artículo, como la técnica de la casación lo requiere.

Para el **tercer motivo de impugnación** se alega que "todo auto o sentencia" debe notificarse personalmente al Agente del Ministerio Público, al tenor de lo preceptuado en el 172 del Estatuto Procesal, y que la forma de actuación estatuída en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936 no excluye la intervención en ella de dicho funcionario, de donde se infiere que la sentencia se pronunció en un juicio afectado de nulidad por violación de esas normas. El argumento se replica con solo advertir que el precitado artículo 172 alude únicamente al procedimiento penal ordinario, y que la no exclusión de los representantes de la sociedad en el juicio **especial** de que trata la referida Ley 48 es apenas un tema de discusión académica por falta de un texto constitucional o legal que precisamente la imponga.

Lo anterior no significa que se admita la tesis de que el Ministerio Público deba estar ausente de los procesos especiales en que la ley no ha requerido su presencia. Lo que se quiere decir es que, en tales casos su intervención —que jamás podría prohibirse, lo que es cosa distinta— puede no ser siempre obligatoria.

En relación con los tres motivos propuestos cabe observar, en general, que ninguno de ellos aparece incluído entre las causales de nulidad del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, que sería la disposición aplicable al proceso en que se profirió el fallo acusado, por no haberse legislado al respecto en el Estatuto Especial; que las nulidades no consienten interpretaciones por analogía; y que las de origen constitucional, llamadas también "supostanciales", sólo son aducibles en casación —como lo ha dicho la jurisprudencia— en algunos casos extremos comprendidos en los preceptos que las consagran, cuya violación atacaría las bases mismas de la organización judicial, cuando quiera que han sido analizadas o siquiera insinuadas en las instancias. No habiéndose concretado éllas por el legislador en mandatos expresos de aplicación inequívoca, su examen en casación —si el tribunal fallador prescindió de considerarlas— rebasaría los límites mismos del recurso, que circunscriben el ejercicio de la función revisora de la Corte a lo que ha sido materia de estudio en la sentencia acusada.

Por no ser fundados los cargos en que se apoya, la CAUSAL CUARTA invocada no habrá de prosperar.

II — CAUSAL SEGUNDA

Motivo único de invalidación. — Muy breve es el espacio que se le destina en el libelo a la presentación de esta causal, acaso porque los razonamientos en que se sustenta son los mismos con que se defiende la Causal Primera, no obstante la diversa naturaleza de una y otra.

Se argumenta que hubo error de derecho en la interpretación de los hechos por cuanto, hallándose demostrado en los autos que el señor Ramón Aristizábal y sus copartícipes no solían dejar constancia escrita de las operaciones de compra y venta de ganado mayor que realizaban, en la sentencia se hizo obrar contra ellos el indicio grave a que se refiere el artículo 17 del Decreto 1426 de 1950, incurriéndose así en la aplicación injurídica de esta norma, de los artículos 216 a 223 del Código de Procedimiento Penal y de la Ley 48 de 1936, sin que se explique en la demanda la difícil relación de este último Estatuto con el cargo que se formula.

La ineficacia del motivo surge de las siguientes consideraciones del Tribunal sentenciador: "Con el objeto de desvirtuar este indicio fueron aducidos numerosos testimonios para demostrar que en el Departamento de Caldas no se acostumbra dejar constancia escrita de las transacciones sobre ganados. Pero ello carece de relevancia (sic) en el análisis del problema porque el principio consagrado en el artículo 17 del Decreto 1426 no se aplica a la totalidad de las transacciones sobre ganado sino a las que son materia de examen por la justicia penal cuando se está investigando un delito de hurto o robo de ganado. En otras palabras, no se trata de sostener que los ganaderos de Caldas deben ser llevados a la cárcel por el hecho de no suscribir siempre la constancia escrita exigida por el artículo 17 en mención; se trata, por el contrario, de poner en guardia a las gentes honradas contra los peligros que implican operaciones de ese género sobre reses de dudosa procedencia. Los mismos testigos citados por la defensa han dicho que no acostumbran cumplir aquella formalidad y que sí sospechan que los animales que se les ofrecen son mal habidos, no solamente exigirían comprobante escrito sino que se abstendrían de celebrar la transacción, lo cual viene a confirmar la razón que tuvo el Legislador para expedir la norma que se está comentando.... En la época a que se refiere el proceso y aún en nuestros días la frecuencia del hurto y robo de ganado ha constituído un verdadero azote en vastas regiones del país y era de elemental prudencia que el Gobierno expidiera normas particularmente severas para reprimirlos y para poner a los gentes de bien a salvo de la mala fé de los cuatreros. El artículo 17 del Decreto 1426 tiene pues, plena justificación y no sólo es norma sana y conveniente sino que, se repite, aun sin su vigencia sería indicio grave de abigeato el hecho que allí se contempla".

Para la Sala resulta inobjetable la anterior apreciación. Las costumbres no subrogan la ley, menos cuando ésta se dirige a corregirlas. O los sindicados conocían el mandato del artículo 17 o no lo conocían: si lo primero, estaban obligados a sujetarse a él en la celebración de sus negocios; si lo segundo, no les servía de excusa el ignorarlo. Ni la geografía es canon derogatorio de las leyes, cuyo carácter de generalidad impide que los habitantes de un determinado territorio se sustraigan a su imperio, con el pretexto de que la observancia de una práctica antisocial, con posterioridad a la vigencia del precepto que la sanciona o la erige en hecho indicador de la comisión de un ilícito, excusa a quien persiste en ella de sufrir las consecuencias de su conducta.

Pero aceptando, en gracia de controversia, la crítica que al fallo se le hace por el aspecto estudiado, sucede que otros indicios concurrieron a comprobar la responsabilidad de los sindicados. Después de exponer las razones que le impedían admitir la coartada de Ramón Aristizábal, consistente en haber éste afirmado que las reses desaparecidas habían sido halladas en su poder por compra hecha a Jorge Isaac Ruiz, el Tribunal dijo: "...En resumen, todas las consideraciones que anteceden son más que suficientes para llevar a la conclusión de que el negocio con Jorge Ruiz no se efectuó nunca y que por lo tanto, queda en pie el grave indicio de que trata el artículo 17 del Decreto 1426 de 1950.

"III — Al indicio que acaba de analizarse deben agregarse los siguientes, que ya han sido enunciados en el aparte anterior en algunos de sus aspectos:

"a) La circunstancia, superabundantemente establecida, de que las vacas decomisadas en el matadero de Manizáles, de propiedad de los señores Belisario y Francisco Salinas, presentaban desfigurada o adulterada una de sus marcas o señales; indicio que señala a Aristizábal como responsable del hurto de los animales pues fué en su poder donde ocurrió la desfiguración, ya que los dueños del ganado no tenían por qué efectuarla; por otra parte varios de los testigos mencionan el hecho de que la herida que las vacas presentaban en la piel del cuello era reciente;

"b) Las contradicciones y mentiras, ya plen-

lizadas, en que el sindicado incurrió en su indagatoria, que indican que está ocultando la verdad;

"c) Su enemistad grave con los señores Salinas, que puede figurar entre los móviles del delito pues de esa manera se explica que Aristizábal hubiera aprovechado la situación reinante en la región y la ausencia de sus enemigos para adueñarse de parte de sus ganados;

"d) El hecho, plenamente probado en el proceso, de que el señor Aristizábal tuviera por aquella época fácil acceso a la región donde tenía sus haciendas y donde estaban las de los señores Salinas, a pesar de la grave situación de violencia que allí reinaba con grave peligro para la vida y hacienda de sus moradores. En efecto, al paso que hasta los más humildes habitantes de aquella comarca vivían amenazados y se habían visto forzados a retirarse abandonando ganados, y enseres, el señor Aristizábal, según lo confiesa él mismo, visitaba sus fincas y aun fue visto en las de sus vecinos sin molestia alguna para él. Este no puede explicarse sino porque, por una u otra razón, los responsables de los atentados contra las personas y las cosas que allí ejercían sus actividades ilícitas lo respetaban y respetaban sus propiedades.

"El conjunto de indicios que se deja analizado lleva a la Sala a la conclusión de que está plenamente probado el cuerpo del delito de hurto y de que el responsable de ese hurto, en cuanto a las novillas decomisadas en el matadero de Manizáles, es Ramón Aristizábal Gómez, como autor principal.

"IV — El segundo cargo que aparece contra el indicado Aristizábal es el que se deduce de las declaraciones de Argemiro Chavarro, Pedro José Salazar, Pedro Bonilla y Alvaro Gerenas, respaldados, en parte, por las declaraciones de Alfonso Canelo, Alicia Benavides y Floro Bustos. Conforme a la versión de Bonilla, Gerenas, Chavarro y Salazar un día que algunos de ellos sitúan el 1 de marzo de 1953 y otros en los días de la semana santa de ese año, un grupo de personas entre las cuales citan a Ramón Aristizábal, Nereo González, Floro Bustos y Mardoqueo N. reunieron la cantidad considerable de ganado, en su mayor parte de propiedad de Francisco y Belisario Salinas, los 'salaron', castraron algunos toretes y marcaron los que no estaban marcados. Después de todas estas operaciones, y en diferentes días, aquellos ganados fueron sacados del lugar donde habían sido sometidos a ellas y transportados con dirección a El Conde, por distintas personas, entre las cuales figuran los que se acaban de mencionar.

"Salazar, como se vio arriba, había comenzado por informar sobre el asalto a la casa de El Bosque de donde González, Muñoz, Bustos y Mardoqueo sustrajeron varios elementos después de violentar las puertas.

"Las declaraciones que se están comentando están confirmadas con las afirmaciones de Alicia Benavides y Alfonso Canelo en cuanto a las operaciones de solar y castrar aquellos animales; ellos dos habitaban la casa de Agua Blanca, en cuyas inmediaciones ocurrió el hecho.

. . . . . .

"Siendo ello así, desaparece la fuerza aparente de los argumentos aducidos por la defensa para demostrar la inocencia de Aristizábal con apoyo en la expresada prueba de coartada; y de la propia manera adquieren valor los testimonios de Salazar, Chavarro y sus compañeros, confirmados en parte esencial por las afirmaciones de Bustos.

"De otro lado hay una serie de indicios que tienden a respaldar esos testimonios y a conferirles valor probatorio suficiente. En primer término resulta muy sospechosa la actitud de Aristizábal cuando dice en una de sus indagatorias que no conoce ni de nombre a Nereo González, Floro Bustos, Jorge Muñoz o Aristizábal, ni a Mardoqueo N. para más tarde pedir una ampliación de indagatoria y declarar que sí los conoce pero que se le había olvidado el hecho. Ello resulta tanto más significativo cuanto que Jorge Muñoz o Aristizábal era tenido en la región como hijo de Ramón Aristizábal, lo cual indica que entre los dos existían relaciones bastante estrechas; los demás habían sido trabajadores suyos por largo tiempo.

"En segundo lugar hay una curiosa coincidencia entre la fecha en que ocurrió el episodio narrado por estos testigos y la época en que Aristizábal resultó vendiendo ganados de propiedad de los Salinas, con las marcas desfiguradas, en la feria de Manizáles. Nótese que esto último sucedió a comienzos de abril y que el ganado fue recogido en Aguablanca a mediados de marzo; y recuérdese que la versión que presentó el acusado de la compra de las 33 novillas a Jorge Ruiz resultó totalmente desvirtuada.

"Por otra parte surge de nuevo en este episodio la sospechosa conexión entre Aristizábal y Ruiz quien, como ya se ha visto, tenía su residencia y su oficina en una de las haciendas de Aristizábal. Todo indica que Aristizábal, aprovechando la ausencia de sus vecinos y enemigos personales por causa de la situación de violencia reinante en la comarca, se valió de los oficios del Inspector Ruiz, a quien ofreció hospitalidad en su hacienda, para apoderarse de los ganados de

los Salinas en colaboración con el mencionado Inspector y con la ayuda de sus trabajadores González, Muñoz o Aristizábal y otros, algunos de los cuales eran hombres de su íntima confianza.

"Por lo demás hay numerosos testimonios que señalan a Nereo González y Jorge Muñoz, entre otros, como responsables de múltiples depredaciones y atentados en aquella región. Recuérdese al respecto la declaración del Inspector Flaminio Pulecio."

. . . . . .

VI — Sobre la base de la argumentación que antecede se llega a la conclusión de que se trata de un hurto continuado de ganado mayor cometido por Ramón Aristizábal como autor principal, con la cooperación necesaria de Jorge Isaac Ruiz, Jorge Muñoz o Aristizábal, Nereo González Floro Bustos Casas y Mardoqueo N. Como Jorge Isaac Ruiz falleció, se debe declarar cesado el procedimiento en cuanto a él respecta por extinción de la acción penal. Como a Mardoqueo N. no se le llamó a juicio, es forzoso sacar copia de lo conducente, para investigar su responsabilidad.

"No fue posible avaluar sino las novillas decomisadas en el matadero de Manizáles, que fueron estimadas por los peritos a razón de $ 280.00 cada una. Tampoco ha sido posible establecer la cuantía precisa de lo hurtado, pero puede afirmarse que fueron más de las 22 reses que Aristizábal dice haberle comprado a Ruiz el 10 de marzo de 1953. En todo caso, por este aspecto, la gravedad del delito es bastante fuera de lo común..." (fls. 314 a 316, 317 a 318 y 319 Cuaderno 2).

Acerca de los indicios analizados en los apartes transcritos se guarda en el libelo absoluto silencio, con lo cual asume aparente importancia la aserción —traída por el apoderado de Muñoz en el capítulo correspondiente a la Causal Primera, pero que era aquí donde tenía su lugar adecuado— de que "Lo que el Decreto 1426 de 1956 califica como un indicio grave de abigeato lo interpreta la sentencia recurrida como un indicio necesario". La conclusión sería cierta, desde el punto de vista de quien la infiere, si no hubiesen concurrido los otros elementos probatorios, pues nadie puede ser condenado sin la comprobación completa de su responsabilidad y —según lo prescrito en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal— "un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada".

La tarea del demandante que aduce, en casación, la Causal Segunda no es otra que la de confrontar la propia interpretación o apreciación de los hechos con las del Tribunal fallador, para establecer que son acertadas las de aquél y equivocadas las de éste; y es obvio que este objetivo no se alcanza si la crítica de la realidad procesal deja a salvo la convicción de que el inculpado es responsable. En otros términos, para que el reparo prospere por concepto de la Causal Segunda no basta demostrar que uno o más hechos han sido mal interpretados o apreciados en la sentencia, sino que esa interpretación o apreciación erradas —tratándose de elementos constitutivos del delito; determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o circunstancias que influyen en la individualización de la pena— afectan substancialmente, la acertada valoración de las constancias procesales.

En el pronunciamiento del fallo recurrido —como lo anota la Procuraduría— fueron varios los elementos probatorios que permitieron deducir la responsabilidad penal de los sindicados, y el caudal de prueba allegado a los autos en manera alguna puede circunscribirse al indicio o presunción que se señala como único cargo sustentante de la Causal Segunda, "desprovista en el presente caso de las bases mínimas indispensables para que pudiera prosperar".

III — CAUSAL PRIMERA:

Primer motivo de invalidación. — Se dice que cuando el recurrente recogió y trasladó de un lugar a otro las reses que Ramón Aristizábal manifestó haber adquirido por compra que le hizo al señor Jorge Ruiz —el Inspector de Policía para quien se declararon extinguida la acción penal, cesado el procedimiento por haber fallecido— obró bajo la dependencia de sus patronos, en desarrollo de un contrato de trabajo y sin tener conocimiento de la relación "jurídica" que existiera entre las personas que lo dirigían y el ganado que transportaba; y de ahí se concluye que por la falta de elemento subjetivo en la configuración del delito, con la sentencia se violó el artículo 397 del Código Penal, en concordancia con el 398 ibidem, por error en la interpretación de ambas disposiciones.

Al respecto se observa que aquellas circunstancias no están todas demostradas en el proceso que, aunque lo estuviera, no se han argüido válidamente en orden a obtener la casación del fallo. Porque, si se consideran como alguna o algunas de las causas de inimputabilidad enumeradas en el artículo 23 del Código de las Penas, se adujo en la demanda la violación de la sustantiva por ese concepto; y si se estiman co

situaciones de hecho, no podían alegarse en la sustentación de la Causal Primera sino en la de la Segunda.

Bajo el rótulo "B - Interpretación errónea del otro texto legal", se refiere luégo el apoderado de Muñoz a la interpretación y aplicación errada del artículo 17 del Decreto 1426 de 1950, empleando los mismos razonamientos comentados ya por la Sala al examinar la fundamentación de la Causal Segunda y que, por esa razón, no es necesario exponer y refutar de nuevo.

Sólo que el haber tenido el Tribunal como prueba contra Muñoz la falta de la constancia escrita de que trata el mencionado artículo 17 del Decreto 1426 y que por el Parágrafo único de esa norma se erige en "indicio grave de abigeato", no se relaciona aquí por el demandante con la mala apreciación de los hechos, sino con la errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, según el cual constituye presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad.

Aludiendo a esta última disposición, dice el abogado del actor: "Este artículo está vigente. Por tanto el artículo 17 del Decreto debe aplicarse necesariamente en función del artículo 221 que acaba de citarse. De manera que para que la presunción juegue en contra de los sindicados en este proceso se requiere que éllos sean personas anteriormente condenadas en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad. Y por el contrario, en las declaraciones y testimonios y actas que aparecen en el proceso se demuestra que se trata de personas que no han concurrido a la cárcel en ningún momento anterior. Contra ellas no esa ninguna sentencia ejecutoriada. Por el contrario el personaje central, el señor Ramón Arizábal goza de amplísima reputación de hombre de negocios, ecuánimo, magnífico trabajador honestísimo en toda la región caldense. Esta situación jurídica conlleva a la casación de la sentencia por este aspecto también".

Pero el cargo es inexacto. El Tribunal no citó el artículo 221 del Estatuto Procesal dando a entender que dentro de la presunción legal en él instituida estaban comprendidos los sindicados, obstante la falta de condena anterior dictada contra éllos, sino para anotar cómo ese antecedente penitenciario —al igual que la omisión determinante del indicio grave a que hace referencia el artículo 17 del Decreto 1426 de 1950— revela "una personalidad inclinada a esa especie de delitos, lo cual constituye, según la clasificación de Ellero el indicio de la capacidad para delinquir".

Ni el Tribunal estimó que la circunstancia erigida en indicio grave por el artículo 17 en mención requiriese el antecedente de la condena anterior que se exige para la presunción legal establecida en el 221 del Código de Procedimiento Penal, ni la contraria opinión expresada en la demanda tiene fundamento alguno en el tenor de ambas normas, cuyo sentido no es posible involucrar trasladando de la una a la otra situaciones absolutamente diferentes, con violación flagrante del principio de interpretación restrictiva de los preceptos penales.

Se agrega finalmente, que "la condenación del señor Aristizábal, la cual repercute sobre todos sus compañeros de causa, descansa sobre el artículo 17 de la Ley 48 de 1936 y en el artículo 17 del Decreto citado, en función de los artículos 218 a 223 del Código de Procedimiento Penal, con incidencia violadora sobre el artículo 397 del C. P."

La violación principal pasa, en el aparte transcrito, a segundo término; pero acerca del concepto en que las demás disposiciones citadas pudieron igualmente violarse nada se expresa. Algunas hay cuyo quebranto sería arduo deducir de su confrontación con la sentencia acusada por la materia que reglamentan. Así ocurre con el artículo 216 del Estatuto Procesal, en que se define lo que es indicio; con el 220 ibidem sobre presunción legal en los delitos de falsificación o alteración de moneda, y con el 17 de la Ley 48 de 1936, por el cual se derogan el 5º y 7º de la Ley 105 de 1922 y el Decreto Número 1865 de 1926.

Segundo motivo de invalidación. — Se impugna aquí la sentencia nuevamente, por violación del artículo 397 del Código Penal, ya no por error en su interpretación sino por indebida aplicación de su texto.

Como el cargo se apoya en las mismas razones analizadas en el motivo anterior, no es indispensable repetir lo dicho con relación a éste para desechar el presente.

Tampoco se acepta, en consecuencia, la CAUSAL PRIMERA.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de lo Criminal— de acuerdo con su Colaborador Fiscal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia de fecha 25 de enero de 1958 por la cual se le impuso al señor Jorge Muñoz o Aristizábal la pena principal de cincuenta y seis meses de prisión como responsable de abigeato.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Hernández Peñaloza — Santiago Cadena Copete — Jesús Estrada Monsalve — Luis Sandoval Valcárcel — Domingo Sarasty Montenegro — Alberto Téllez Camacho — Julio E. Argüello, Secretario.

Impreso en los
TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA
BOGOTA

ACCION POR FALTAS CONTRA LA MORAL Y EL DECORO PROFESONALES. COEXISTENCIA DE LAS ACCIONES DISCIPLINARIA Y PENAL. — AGOTADO EL TRAMITE SUMARIO Y NO EXISTIENDO PRUEBA PLENA ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL ASPECTO ETICO, DEBE SOBRESEERSE.—LO ANTERIOR NO SE OPONE A QUE LA ACCION PENAL SIGA SU CURSO, INCLUSO HASTA LA CANCELACION DE LA MATRICULA

1 — Es un acierto afirmar que las dos acciones —la disciplinaria y la penal— pueden coexistir, y que dentro de la primera, debe decidirse sin estar sujeto al juzgador a que la segunda sea fallada en definitiva, tanto porque la ley 69 de 1945, en su artículo 9º autoriza el imponer sanción de carácter disciplinario SIN PERJUICIO de la acción penal, como porque el 11 ordena sacar copia de lo conducente para que se inicie la investigación penal cuando, dentro del juicio sumario de que trata la citada ley, aparezca que se ha podido cometer también una infracción penal.

2 — Las sanciones de la Ley 69 deben imponerse siempre que se haya comprobado que se ha incurrido en alguna de ellas, ya sean graves, ora leves las faltas del acusado en el ejercicio profesional. Podría pensarse que, como se llega incluso a la cancelación de la matrícula del abogado cuando sobreviene una condena penal, debería esperarse hasta que estuviese en firme la correspondiente sentencia, para entrar a aplicar dicha ley 69. Pero si en las diligencias disciplinarias se carece de base probatoria, no es necesaria esa espera, perjudicial para el acusado, y sin resultados prácticos para bien de la justicia. Si agotado el trámite sumario, no existe prueba plena acerca de la responsabilidad del profesional por el aspecto ético debe sobreseerse, lo que no se opone a que la acción penal siga su curso, y a que, como consecuencia de una sentencia definitiva condenatoria, se ordene cancelar la matrícula correspondiente.

orte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, diciembre dieciseis de mil novecientos cincuenta y siete.

Magistrado Ponente: doctor Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Agotado el trámite legal, corresponde decidir sobre la apelación interpuesta por Jesús A. Herrera Chacón contra la providencia de 5 de julio último, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en estas diligencias que se siguieron al doctor GUILLERMO PELAEZ HENAO, mediante los trámites de la Ley 69 de 1945, por cargos que le formulara el apelante.

El doctor Peláez Henao —cuya calidad profesional se halla acreditada en autos— fue apoderado de Carmelina Morales en el juicio de separación de bienes, seguido por ella ante el Juzgado del Circuito Civil de Andes, contra Herrera Chacón. Este acusó al abogado de haber dicho que el pleito lo ganaría a toda costa, incluso haciéndolo morir, y que efectivamente propuso a Oscar Uribe que lo diera muerto a Herrera, amante de la mujer legítima del mismo Uribe.

Adán González declaró que, estando en las cercanías de la oficina del doctor Peláez Henao, oyó a éste decir que debía ganar el pleito contra Herrera, aunque tuviera que matarlo o hacerlo matar; que tiempo después —de dos a tres meses— Herrera le contó que el abogado había hecho la referida propuesta a Uribe, y él a su turno informó a Herrera de lo que había oído al profesional.

Oscar Uribe afirma que, hallándose en la fonda denominada "PUENTE DE ZINC", y luego de que una mujer le habló de la mala conducta de la cónyuga del declarante, fue incitado por el doctor Peláez Henao para que matase a Herrera, y llegó a ofrecerle revólver, hasta ponerlo uno en la mano; Uribe al propio tiempo dice —en la declaración extrajuicio ratificada luego— que el abogado le "impartió instrucciones sobre la forma como debía pegarle la puñalada mortal al señor Jesús Herrera C. para que no se escapara de la muerte".

Flor Elisa Chica y Gerardina Chica dan una

versión de lo sucedido en la fonda, que exculpa al doctor Peláez Henao de la insistencia de ofrecer arma a Uribe, quien, según la última de estas declarantes era el que portaba un cuchillo; y aunque ambas manifestaban que Uribe y el doctor Peláez Henao estuvieron conversando entre sí, alejados del resto de la concurrencia, sinembargo no concretaron móvil delictuoso al hecho de hablar los dos solos.

Es abundantísima la prueba sobre la honorabilidad del doctor Peláez Henao. Contrasta este buen nombre del abogado con el concepto que se tiene sobre Herrera, Uribe y González, al último de los cuales, además, tacha de parcial el acusado, como íntimo amigo de Herrera.

Los testimonios de Uribe y de González se refieren a hechos distintos, y aunque se relacionen entre sí, carecen de otro respaldo probatorio y se debilitan en extremo cuando se considera no solo aquel concepto poco favorable que se anotó y la amistad entre González y Herrera, sino al tener en cuenta que el doctor Peláez Henao indirectamente fue quien originó comentarios acerca de la conducta observada por la mujer de Uribe, que llegaron a oídos de éste, como se desprende de lo declarado por Gerardina y Flor Elisa Chica. Por otra parte, no es presumible la ostentación que Uribe atribuye al doctor Peláez Henao, por embriagado que estuviera.

La providencia recurrida consideró que la manifestación del acusado, de tener que ganar el pleito aun a costa de la vida del querellante, estaba desligada del ilícito de "instigación para delinquir", y declaró no probado lo primero y la falta de competencia sobre lo segundo, "por considerar que la acción o querella intentada es extemporánea, pues no se dispone de sentencia condenatoria al respecto, proferida por la justicia ordinaria", luego de hacer un extenso análisis acerca del contenido de la Ley 69 de 1945 y de la jurisprudencia al respecto. Los Magistrados disidentes, por el contrario, afirmaron tal competencia.

En sentir de la Sala, los dos aspectos no pueden separarse. Los hechos tienen una íntima relación entre sí, que impide el que se decida sobre el uno sin resolver el otro. El pensamiento atribuído al doctor Peláez Henao de eliminar a Herrera, se concretó en la frase que González dice haberle oído y en la presunta propuesta a Uribe. Si se da algún valor a lo dicho por el abogado en su oficina, se desprendería un indicio de su voluntad dirigida a conseguir la muerte de' nombrado Herrera.

Existiendo pues, tal conexidad, que llevaría quizá al terreno de los actos preparatorios de un homicidio calificado, o al ilícito a que se refiere el Tribunal, no puede hacerse la anotada separación verificada por él en su providencia. Y entonces debe examinarse si hay prueba suficiente para que al acusado se le aplique sanción de carácter disciplinario, aparte de la penal que pudiera corresponderle. Porque los Magistrados que salvaron su voto tienen razón al afirmar que estas dos acciones —la disciplinaria y la penal— pueden coexistir, y que dentro de la primera, debe decidirse sin estar sujeto el juzgador a que la segunda sea fallada en definitiva, tanto porque la Ley 69 de 1945, en su artículo 9º autoriza el imponer sanción de carácter disciplinario sin perjuicio de la acción penal, como porque el 11 ordena sacar copia de lo conducente para que se inicie la investigación penal cuando, dentro del juicio sumario de que trata la citada ley, aparezca que se ha podido cometer también una infracción penal.

Siendo esto así, las sanciones de la Ley 69 deben imponerse siempre que se haya comprobado que se ha incurrido en alguna de ellas, ya sean graves, ora leves las faltas del acusado en el ejercicio profesional. Podría pensarse que, como se llega incluso a la cancelación de la matrícula del abogado cuando sobreviene una condena penal, debería esperarse hasta que estuviese en firme la correspondiente sentencia, para entrar a aplicar dicha Ley 69. Pero si en las diligencias disciplinarias se carece de base probatoria, no es necesaria esa espera, perjudicial para el acusado y sin resultados prácticos para bien de la justicia. Si agotado el trámite sumario, no existe prueba plena acerca de la responsabilidad del profesional por el aspecto ético debe sobreseerse, sin que no se oponga a que la acción penal siga su curso, y a que, como consecuencia de una sentencia definitiva condenatoria, se ordene cancelar la matrícula correspondiente.

Y esto es lo que sucede en el caso de autos. Se vio cómo los dichos de los dos únicos testigos no son absolutamente creíbles, de tal suerte que no existe comprobación alguna, dentro de estas diligencias, de hecho que pudiera acarrear sanción al doctor Peláez Henao.

Por esto, debe extenderse el sobreseimiento definitivo a todos los cargos.

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, REVOCA el numeral 1º de la providencia recurrida, y confirma el sobreseimiento definitivo a favor del doctor Guillermo Peláez Henao, extendiéndolo a su favor por los cargos a que se refiere el numeral revocado.

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 COMPLICIDAD CORRELATIVA RESPECTO DE VARIOS SINDICADOS NO EXCLUYE QUE OTROS PUEDAN SER COMPLICES O COPARTICIPES DEL MISMO DELITO. — INDEFENSION E INFERIORIDAD DE LA VICTIMA. EN QUE CONSISTEN. — ESTOS CONCEPTOS NO SE EXCLUYEN. — NO ES NECESARIO QUE ESTAS CIRCUNSTANCIAS HAYAN SIDO CREADAS POR EL VICTIMARIO. — LA ENUMERACION DEL ORDINAL 5º ARTICULO 363 C. P. NO ES TAXATIVA. — CIRCUNSTANCIA DE INFERIORIDAD CONSISTENTE EN SER VARIOS LOS AGRESORES Y UNO EL AGREDIDO. — CUESTIONARIOS. — INTERPRETACION DEL VEREDICTO. — ALEGADA LA CAUSAL 4ª DE CASACION EN CONCURRENCIA CON OTRAS, SU ESTUDIO DEBE ANTECEDER AL DE LAS OTRAS.

1 — Cuando, en concurrencia con otras, se alega la causal cuarta de casación, el estudio de ésta debe ocupar el primer término, si la nulidad afecta piezas sobre las que se pueda basar alguna de las otras causales, ya que de prosperar aquella se haría inútil el escudriñar otros puntos, que salen de la existencia legal de partes de la actuación procesal, no afectadas, por tanto de vicio que les reste valor en forma absoluta. Las restantes causales de casación tienen como fundamento esta existencia legal, para que sobre ellas se pueda cimentar un fallo, lo que no sabe predicar de piezas o actuaciones nulas, que en ningún caso permitirán llegar a conclusión diversa de la nulidad misma, cuando ésta se ha alegado.

Si la nulidad arranca del cuestionario que se presenta al Jurado, si existe hecho generador de nulidad desde entonces, sobrando el examen de las otras causales aducidas, que presuponen un veredicto y una sentencia no afectados por nulidad. Existiendo ésta, habría un vacío sobre el cual no podría decidirse en sentido diverso del que lo reconociera para subsanar la actuación, ya que desaparece toda vinculación entre las piezas procesales, supuesta que no puede decirse que la sentencia está en desacuerdo con un veredicto nulo, o que por ejemplo, se pueda violar determinado artículo de la ley penal por errónea interpretación con una sentencia que solo tiene la forma de tal, pero no se sostiene ni por cada valor ante la misma ley.

2 — Debe examinarse si es posible tener a alguien como coautor o cómplice —necesario o no— cuando se trata de relacionarlo con individuos a su vez colocados en complicidad correlativa, cuando la actividad del primero no se concretó en idénticos actos a los ejecutados por los otros. No puede arguirse que es imposible vincular a tal persona como partícipe, con la base de que el estado de complicidad correlativa es consecuencia de ignorar precisamente quién fue el que ejecutó el hecho, causante directo del homicidio o las lesiones. El que la actividad precisa y concreta de dos personas hubiese sido tan equívoca, entre ellas únicamente, que dé lugar a que no se sepa cuál de las dos en realidad hirió a la víctima, mortalmente en el homicidio o sin esta gravedad en el caso de las lesiones personales, delimita de modo preciso el problema y hace que sólo en aquellas dos personas se cristalice la correlatividad, en cuanto a las lesiones, mortales o no, lo que no es óbice para que una tercera quede esencialmente unida a esa actividad porque, al ejecutar actos diversos de los atribuidos a las primeras, apenas es índice negativo de que obró en la misma forma que otras, pero de eso no se demuestra que las resultantes y sus actos sean independientes de los resultados de actos propios de aquéllas: la vinculación por complicidad correlativa de dos primeras no excluye la de éstas con tercera y viceversa. La actividad de las tres fue concreta, como lo es la de la víctima pero ninguna es independiente respecto de los resultados. Así, no constituye error afirmar que alguien, sin disparar, pueda por ejemplo cómplice necesario en un caso de homicidio, cuando no se sabe cuál fue precisamente el que, de otros que sí dispararon, produjo la muerte de la víctima porque lo único que cabe concluir es

alguno de éstos fue el autor de las heridas mortales y que, al ignorarse quién concretamente lo hizo, se les coloca en complicidad correlativa, para no dar tratamiento de autor a quien no fue causa del deceso o de las lesiones, pero también para no dejar impune el ilícito.

Así pues, el concepto de la correlatividad está basado en autoría indeterminada. Si aquélla se establece respecto de algunos de los que intervinieron en los hechos, la participación de otros no queda descartada al aceptarse la correlatividad y los últimos pueden quedar vinculados a los anteriores como coautores coparticipes, si su actividad fue de tal naturaleza que sin ella no hubiesen sobrevenido las simples lesiones o la muerte de la víctima. Cosa distinta es la de que, al aplicar la sanción al coautor no cobijado por la correlatividad, haya de graduarse de acuerdo con la que corresponde a los comprendidos en aquella figura jurídica.

3 — El numeral 5º del artículo 363 del C. P. contiene dos conceptos diversos: el de la indefensión y el de la inferioridad. Por el primero, se entiende el estado de aquel que está sin defensa o carece de medios para ejercitarla, y viene a ser sinónimo del estado de inerme. Por el segundo, se entiende, no el estado en que la víctima ha carecido de medios sino aquel otro en que, aun disponiendo de algún medio de defensa, no pudo utilizarlo, porque en general su situación, comparada con la del agresor o agresores en su conjunto era más baja. La indefensión significa total carencia de medios de defensa; la inferioridad no implica la inexistencia de alguno de esos medios, sino que se basa en lo inadecuado e insuficiente de ellos, como creadores de una situación dominada por la superior en que se encuentran los victimarios. De tal suerte que, al excluir uno de los dos conceptos, no se excluye necesariamente el otro.

Para que la situación de inferioridad consignada en un veredicto se tome como elemento intrínseco al homicidio para calificarlo de asesinato, no es necesario que haya sido creada por el victimario en orden a facilitar su actividad: puede estar creada de antemano. El artículo 37 del C. P. dice textualmente: "Son circunstancias de mayor peligrosidad... 7ª El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido o de circunstancias desfavorables al mismo". El artículo 363 por su parte dice, también textualmente: "El homicidio toma la denominación de asesinato... si el hecho... se cometiere.... 5º Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza la alevosía el envenenamiento". Se ha dicho que como este último ordinal se refiere a la circunstancia que "ponga" a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, es menester que haya sido creada por el victimario; esta interpretación no tiene asidero en la misma redacción, en la letra del artículo; nótese que se exige que medie circunstancia que "ponga" a la víctima en aquellas condiciones, pero no se dice que el victimario ponga a la víctima dentro de la circunstancia. Y ello es obvio, porque sería inaceptable que, existiendo un estado que por sí mismo coloca a la víctima en condiciones de inferioridad o de indefensión, no creado por el victimario, como en el sueño natural esperado por aquél para matar, —ejemplo ya puesto por la Corte en otra ocasión—, no se considerara el hecho como asesinato sino como homicidio simplemente voluntario, agravado con la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del C. P. Como se echa de ver, por la redacción y el sentido, tanto del artículo últimamente citado como de aquel con quien se le compara, o sea, el 363 no surge el que necesariamente, la circunstancia desfavorable a la víctima —artículo 37— o la circunstancia que ponga a la víctima en estado de indefensión o inferioridad —artículo 363— sean creadas por el agente. Lo esencial es que exista el estado de inferioridad o de indefensión y que el agresor proceda no obstante dicho estado precisamente, con cobardía de su parte, dada su superioridad sobre notable inferioridad o la indefensión en que se encuentra la víctima, aun por causa independiente de la acción directa del mismo agresor.

Supuesta la anterior base, consistente en que no es necesario que el estado de indefensión o de inferioridad haya sido creado por el agresor, sino que éste, aun sin crearlo lo ha aprovechado, no hay para qué insistir en otro punto, ya varias veces explicado por la Corte, cual es el de que el numeral 5º del artículo 363 no es taxativo, pa-

ca infligir que no sólo la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento constituyen el estado de indefensión o de inferioridad (G. J. LXIII 769 y LXXIV 121).

4 — La sola circunstancia de ser tres los agresores y uno sólo el agredido, en sí misma puede no constituir inferioridad para éste, en términos generales. Pero esta norma está sujeta al examen del conjunto de circunstancias en que los hechos se desarrollaron, cuestión probatoria que compete a los jueces de conciencia en los casos en que éstos intervienen.

5 — Si en el acto de proceder se tuvo en cuenta el estado de indefensión o de inferioridad como elemento circunstancial para que configurare el asesinato y posteriormente, el jurado desechó la indefensión y aceptó la inferioridad, este reconocimiento no puede convertirse gratuitamente en circunstancias de mayor peligrosidad, porque "los jueces y Magistrados no pueden interpretar como circunstancia de mayor peligrosidad, las que el jurado apreció como elementos del delito" (G. J. LIX 968).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa)

VISTOS:

Agotado el trámite, debe decidirse sobre el recurso de casación, interpuesto por el defensor de ONOSIFERO DURAN PANA, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 31 de mayo de 1955, mediante cuya providencia fue confirmada la de primer grado, en la cual se condenó a José Antonio Freyle Zúñiga (a. Toño), Ildefonso Pana (a. Polo) y Onosífero Durán Pana (a. Fifo), como coautores de homicidio con caracteres de asesinato en Rosendo García López, además de las accesorias, a las penas principales de ocho años para el primero y siete años y medio de presidio para los dos restantes.

HECHOS:

El 24 de abril de 1951, en las horas de la tarde, por la carretera que de Riohacha conduce a Valledupar, salía de la primera de estas localidades una camioneta en la que, además del dueño, Vicente Florentino Nangrán, iban Rosendo García López, que la manejaba, y el menor Sixto Nangrán. Al llegar al punto de 'La Florida' se les hicieron unos disparos desde un camión cuyo propietario y conductor era entonces Onosífero Durán Pana, que se hallaba acompañado por José Antonio Freyle e Ildefenso Pana. Como García hubiese acelerado la marcha, los últimos le persiguieron y alcanzaron en 'Cerro Peralta', donde, después de que el vehículo pasado cortó el camino a la camioneta, hacia las cuatro de la tarde, García López recibió lesiones por disparos de revólver que causaron el fallecimiento de la víctima, en Santa Marta, al día siguiente, o sea, el 25 del citado mes.

Al jurado se le formularon tres preguntas. Las relativas a la responsabilidad de Freyle y Pana son idénticas; varió la referente a Durán Pana, por las peculiares circunstancias de su intervención. Las respuestas son idénticas en los tres casos. Como punto de referencia se copiará la pregunta sobre la responsabilidad del primero de los procesados, junto con la contestación propia, antes de transcribir los puntos que interesan directamente, vale decir, la pregunta sobre la responsabilidad de Durán Pana y la consiguiente respuesta del Jurado.

Dicen, pues, el primero de aquellos interrogantes y la contestación de los jueces de hecho:

"*Pliego de cargos* — Cuestión única. — El acusado José Antonio Zúñiga (a.) "Toño es responsable penalmente, 'SI o NO', de haber causado varias heridas con arma de fuego (revólver), a Rosendo García López, quien a consecuencia de esas heridas murió al día siguiente en esta ciudad de Santa Marta como consta de autos y de la respectiva diligencia de necropsia suscrita por los Médicos Legistas y en la ejecución de ese acto el acusado procedió con intención de matar, en compañía de los señores Ildefenso Pana (a) 'Polo' y Onosífero Durán (a. 'Fifo', aprovechando la inferioridad a que redujeron a la víctima y el estado de indefensión de éste, según hechos ocurridos de tres a cuatro de la tarde del día veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y uno, en el sitio denominado kilómetro '0' o 'Cerro Peralta' de la carretera nacional Riohacha-Valledupar, jurisdicción del Municipio de Riohacha, de la comprensión de este Distrito Judicial?

"*El Jurado responde*: "Sí es responsable de l heridas, aunque no existen en el expediente elemento tos de juicio para precisar quién fue el autor d disparo que recibió Rosendo García López en la

gión inguinal derecha, causa principal de la muerte. En la ejecución de ese acto el acusado procedió con intención de matar, estando la víctima en inferioridad de circunstancias, pero no indefenso, por cuanto portaba un revólver. El Jurado Iguarán Cotes salva su voto en cuanto a la intención de matar".

Sobre la responsabilidad de Durán Pana se tiene lo siguiente:

"*Pliego de cargos.* — Cuestión única. El acusado Onosíforo Durán (a) 'Fifo' es responsable penalmente 'SI o NO' de haber participado necesaria y voluntariamente en las heridas causadas con arma de fuego (revólver), a Rosendo García López, quien a consecuencia de esas heridas murió al día siguiente en esta ciudad de Santa María como consta de autos y de la respectiva diligencia de necropsia suscrita por los médicos legistas, y en la ejecución de ese acto el acusado procedió intencionalmente, en compañía de los señores José Antonio Freyle Zúñiga (a) 'Terio' e Ildefenso Pana (a) 'Polo', aprovechando la inferioridad a que redujeron a la víctima y el estado de indefensión de ésta, según hechos ocurridos de tres a cuatro de la tarde del día veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y uno, en el sitio denominado kilómetro 'Q' o Cerro Peralta de la carretera nacional Riohacha-Valledupar, de la jurisdicción del Municipio de Riohacha, de la competencia de este Distrito Judicial"?

"El Jurado resuelve: Si es responsable de las heridas, aunque no existen en el expediente elementos de juicio para precisar quién fue el autor del disparo que recibió Rosendo García López en la región inguinal derecha, causa principal de la muerte. En la ejecución del acto acusado procedió con intención de matar, estando la víctima en inferioridad de circunstancias, pero no indefensa, por cuanto portaba un revólver. El Jurado Iguarán Cotes salva su voto en cuanto a la intención de matar".

El Juzgado condenó a Freyle y a Pana como coautores del ilícito y, en cuanto a Durán, declaró noblemente injusto el veredicto, "por ser contrario a la realidad procesal y violatorio de la ley sustantiva". El Tribunal revocó la providencia y ordenó que se definiera conjuntamente la responsabilidad de los tres procesados.

Así vino a dictarse la sentencia recurrida. El Tribunal tuvo en cuenta, en síntesis: a) Que el homicidio se consumó cuando la víctima estaba en condiciones de inferioridad porque, aunque portaba arma, lo cierto es que no pudo usarla en su defensa ante el ataque de tres, que actuaban con saña"; b) Que Onosíforo Durán fue 'cómplice necesario' porque sin su concurso no se habría ultimado a Rosendo García López. "Sobre la base del texto de la respuesta del Jurado al pliego de cargos relativo a Onosíforo Durán, ya este Tribunal dijo que esa respuesta contenía el elemento esencial en cuanto a la responsabilidad del acusado, aunque su intervención no hubiera sido la de ejecutor material del hecho, sino la de cooperador eficaz para la ejecución del homicidio, tal como lo definió el auto de proceder de este Tribunal, que colocó a Durán en el mismo plano de responsabilidad de Freyle y Pana y sujeto a la misma sanción. Esta identidad en la responsabilidad, declarada en el auto de proceder, explica suficientemente que el Jurado hubiera empleado la misma fórmula para los tres acusados, y es lo cierto que este procedimiento no ofrece dificultad en la práctica, ni altera la justicia de la apreciación en su más exacta medida"; c) Que por otro lado, debe tenerse en cuenta la complicidad correlativa, para graduar las penas, además de la circunstancias de mayor peligrosidad que se anota al debe de Freyle.

La demanda

El doctor Jorge Gutiérrez Gómez atacó la sentencia recurrida por tres aspectos fundamentales: los contenidos en las causales de casación cuarta, tercera y primera, en su orden, del artículo 567 del C. P. P.

Tocante a la referida causal cuarta argumenta así el recurrente: El auto de proceder tiene por finalidad principal la de fijar los cargos para que en el período del juicio sepa cada procesado con precisión cuáles son las imputaciones de que debe defenderse. Durán fue llamado a responder en juicio como partícipe necesario; la cooperación que se le atribuyó fue, pues, la de haber dado reverso al camión para perseguir la camioneta y haberlo atravesado para obstruir la vía, no la de haber disparado contra la víctima, porque entonces hubiese sido coautor. Si la tesis de Carrara de que es autor del delito sólo quien realiza los actos materiales consumativos, y los demás partícipes únicamente son cómplices, fue ya superada para poder llegar a reconocer la existencia de la autoría intelectual entre otros puntos, queda distinguida sin embargo la coparticipación delictiva en dos ramas: la de autores y la de cómplices. El recurrente observa que aunque no está demostrada la intención delictiva de Durán ni probado su ánimo homicida, quiere hacer caso omiso de este aspecto de la cuestión, y en cam-

bio insistir en que, como el auto de proceder da el tratamiento de cómplice y no de autor a Durán, el cuestionario no expresó fielmente el cargo establecido en dicho auto. "La teoría de la complicidad necesaria parece haber sido mal interpretada en la práctica judicial, porque se ha querido estimar como tal el auxilio o la ayuda de mayor o menor eficacia que haya prestado una persona en la ejecución realizada por el autor del delito. En rigor, cómplice necesario es únicamente aquel sujeto que ha desarrollado una actividad tan indispensable para la consumación del delito, que sin ella el hecho no se hubiera producido". Tal el caso del que adultera con mujer casada allí donde el adulterio es delito; el varón es cómplice necesario de la adúltera porque sin cooperación el ilícito no existiría. Pero esta noción se ha hecho extensiva a otras clases de participación al confundir la intervención necesaria con la coparticipación primaria, cuyas clases se hallan reconocidas en términos generales en los artículos 19 y 20 del C. P. Durán no fue cómplice necesario en rigor de términos; el Tribunal, en el auto de proceder, parece que quiso tenerlo como cómplice primario, "es decir, que tomó parte en el delito no porque hubiera usado el arma de fuego que hirió a García, sino porque ayudó a quienes dispararon con actos eficaces para la perpetración del hecho". El Juzgado tenía la obligación de formular cuestionario que precisara tanto la participación de Durán como sus actos sometidos a veredicto; ya que los jueces de conciencia no tienen por qué ser expertos en la ciencia del derecho, han de presentárseles los hechos lo más objetivamente que pueda hacerse "para no precipitarlos en una confusión de técnica jurídica"; si así no se hace, los derechos de defensa del procesado se vulneran y se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional. La redacción incorrecta del cuestionario, en que no se expresó el hecho constitutivo de la complicidad, constituye nulidad absoluta, que exige la reunión de otro jurado para que se le sometan los actos de Durán como los de simple cómplice y no de autor principal.

En cuanto a la causal tercera, debe tenerse en cuenta que la noción de complicidad correlativa sólo cabe dentro de los delitos de homicidio y lesiones personales, y surge "cuando no se sabe quiénes son los autores del delito": tal noción requiere, pues, dos elementos: a) que en la ejecución tomen parte varias personas y b) que no se sepa cuál de éstas fue el autor. Así, la complicidad común o simple excluye la correlativa: el simple cómplice es auxiliar de autor conocido; el cómplice en correlatividad sufre sanción por no saberse cuál fue el autor principal. Si Durán fue llamado a responder en juicio como cómplice de dos autores principales: si el Jurado manifestó que no sabía quién era el autor de la muerte de García y el Juzgado lo condenó como coautor y el Tribunal confirmó esa sentencia, está la recurrida en desacuerdo con el auto de proceder y con el veredicto. Además, si, de acuerdo con el artículo 363 del C. P., relacionado con el que le antecede inmediatamente, el homicidio toma la denominación de asesinato cuando se comete "con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento", y si "esa circunstancia se consignó en la pregunta hecha a los jueces de conciencia" y éstos negándola afirmaron, por el contrario, que García no estaba indefenso por cuanto portaba un revólver, entonces el veredicto dio fin a la apreciación de que la muerte de García hubiera revestido caracteres de asesinato, y a lo sumo podría pensarse en que el jurado quiso situar los hechos dentro de un simple homicidio consumado con la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 6º del artículo 37 del C. P. Si la víctima no fue puesta en condiciones de indefensión ni colocada en situación de inferioridad, no podía condenarse por asesinato; la mera concurrencia de varias personas en la ejecución de un homicidio no es suficiente para que éste se convierta en asesinato, porque una cosa es la complicidad o coparticipación delictiva y otra el empleo de insidias morales o materiales para lograr inferioridad o indefensión en la víctima. El veredicto eliminó el asesinato y su segunda parte sólo podría considerarse como fundamento para reconocer la aludida circunstancia de mayor peligrosidad; si hubiese duda, habría que resolverla a favor de los procesados. Así, la sentencia está en desacuerdo con el auto de proceder y con el veredicto, y con éste, por dos conceptos: porque condenó a Durán como coautor, no obstante haber afirmado los jueces de conciencia no ser conocido el autor de la muerte de García; y porque fue condenado por asesinato, cuando al homicidio se le había quitado esa calificación.

Finalmente, expone el recurrente que los anteriores argumentos apoyan la causal primera, porque queda demostrado cómo el Tribunal interpretó equivocadamente la ley en cuanto ésta se refiere a la complicidad simple y a la correlativa, ya que condenó a Durán como coautor al tiempo que reconocía su calidad de cómplice y, además, aplicó indebidamente la ley penal porque, condenando a Durán como coautor de asesinato, no respetó el veredicto que se refiere al homicidio de que trata el artículo 362 del C. P., no al agravado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En lo tocante con la causal cuarta, encuentra el colaborador de la Corte que el argumento surgido de la incorrecta redacción del cuestionario, por no haberse preguntado a los jueces de conciencia sobre los hechos ejecutados por Durán sino más bien la concepción técnica, no tiene fuerza por cuanto "trata del mismo acontecimiento criminoso contemplado en los cuestionarios referentes a José Antonio Zúñiga e Ildefonso Parra, como que todos fueron calificados con el mismo veredicto explicativo del *hecho* y que en su redacción los últimos ilustran al primero, en forma tal, que para el jurado no pudo existir ninguna perplejidad de conciencia al contestarlos". La locución "participar necesaria y voluntariamente" en la responsabilidad de otros que causaron "varias heridas con armas de fuego (revólver) a Rosendo García López", "resulta ser una expresión de ordinaria inteligencia y de fácil entendimiento para el común", lo que se aclara al tener presente que el jurado, dentro de sus facultades, situó a los tres procesados en el campo de la complicidad correlativa, con lo que no sólo daba aplicación al principio de comunicabilidad de la responsabilidad, sino que, respecto de Durán, halló respaldo en los hechos enunciados en el auto de proceder, que lo presentó como ejecutor del ilícito, lo que además se corrobora cuando se tienen en cuenta las peticiones de las partes en la audiencia pública. Cualquiera que sea la diferencia entre partícipes necesarios y coautores, ello no tiene consecuencias en este caso, porque según la jurisprudencia de la Corte, "el artículo 19 del Código establece igualdad de sanciones para el autor del delito y para el cómplice necesario, de suerte que si en determinado caso se denomina impropiamente cómplice necesario al que es verdadero coautor, esa inadecuada calificación no acarrea efectos prácticos, puesto que la pena imponible al responsable será la misma, dámesele cómplice necesario o coautor". Estima, pues, la Procuraduría que esta causal no debe prosperar.

Respecto de la causal tercera, luego de hacer una transcripción de lo pertinente de la demanda, argumenta la Procuraduría: "El Juez Primero Superior de Santa Marta llevó al cuestionario la circunstancia agravante contenida en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal o sea la de *poner* a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, pero el Jurado desechó esa figura y colocó, en su lugar, la contemplada en el numeral 7º del artículo 37 de la misma obra, que expresa: "El abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido", al afirmar: "Estando la víctima en inferioridad de condiciones....". La cuestión es bien clara. No es lo mismo poner a la víctima en condiciones de inferioridad que aprovechar el estado de inferioridad de la misma. El primer pensamiento hace relación al desarrollo de una actividad psicofísica por parte del victimario encaminada a buscar los medios adecuados para proceder sin riesgo, es decir, con alevosía, insidia asechanza, como lo dice el Código por vía explicativa de esta circunstancia. El segundo pensamiento, que el Código lleva en forma más benigna a las circunstancias de mayor peligrosidad solamente, indica una situación menos grave para el victimario, porque no crea el estado de inferioridad de la víctima sino que se aprovecha de él. El Jurado lo vió con singular acierto, a través de la historia procesal, según la cual, los procesados no ejecutaron acto alguno con ánimo de *poner* a la víctima en condiciones de inferioridad. Aprovecharon sí *el estado* de inferioridad en el cual se encontró Rosendo García López, solo, ante varios, aunque armado de la misma manera. Ahora bien. Como el Tribunal interpretó el veredicto como contentivo de la circunstancia agravante contenida en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, y, por ende, con las características de asesinato el delito de que se trata, siendo tal interpretación equivocada, por cuanto, según se ha visto, el Jurado no aceptó la circunstancia, la sentencia acusada se halla en desacuerdo con el veredicto y así debe de reconocerse. En consecuencia, este Despacho estima que las peticiones de la demanda prosperan por esta vía de la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

El concepto del Ministerio Público termina en el sentido de que sí debe prosperar la causal tercera, la pena principal imponible al procesado debe basarse, no en el artículo 363 del C. P. sino en el 362, en relación con el 386, y teniendo, además, en cuenta que contra Durán militan las circunstancias contempladas en los ordinales 6º y 7º del artículo 37. "Así, pues, como la sentencia acusada se profirió con invocación principal del artículo 363 del Código Penal, por considerar que el homicidio aquí conocido tomaba las características de asesinato, mediante la circunstancia consignada en el numeral 5º de la misma disposición, sin que el veredicto diera margen para ello, debe invalidarse y, en su lugar, dictar el que ha de reemplazarlo, conforme lo dispone el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Corte

Como acertadamente apunta el recurrente, razo-

res de lógica señalan el orden en que por él fueron presentadas las causales de casación. Por esto, la Corte lo seguirá.

Cuando, en concurrencia con otras, se alega la causal cuarta de casación, el estudio de ésta debe ocupar el primer término, si la nulidad afecta piezas sobre las que se puede basar alguna de las otras causales, ya que de prosperar aquélla se haría inútil el escudriñar otros puntos, que salen de la existencia legal de partes de la actuación procesal, no afectadas, por tanto, de vicio que les reste valor en forma absoluta. Las restantes causales de casación tienen como fundamento esta existencia legal, para que sobre ellas se pueda cimentar un fallo, lo que no cabe predicar de piezas o actuaciones nulas, que en ningún caso permitirán llegar a conclusión diversa de la nulidad misma, cuando ésta se ha alegado.

Si la nulidad arranca del cuestionario que se presenta al Jurado, si existe hecho generador de nulidad desde entonces, sobraría el examen de las otras causales aducidas, que presuponen un veredicto y una sentencia no afectados por nulidad. Existiendo ésta, habría un vacío sobre el cual no podría decidirse en sentido diverso del que lo reconociera para subsanar la actuación, ya que desaparece toda vinculación entre las piezas procesales, supuesto que no puede decirse que la sentencia esté en desacuerdo con un veredicto nulo, o que, por ejemplo, se pueda violar determinado artículo de la ley penal por errónea interpretación con una sentencia que sólo tiene la forma de tal, pero no su esencia ni por ende valor ante la misma ley.

Examen de la cuarta causal en relación con los autos. Ante todo debe examinarse si es posible tener a alguien como coautor o cómplice —necesario o no— cuando se trata de relacionarlo con individuos a su vez colocados en complicidad correlativa, cuando la actividad del primero no se concretó en idénticos actos a los ejecutados por los otros. No puede sostenerse que es imposible vincular a tal persona como partícipe, con la base de que el estado de complicidad correlativa es consecuencia de ignorar precisamente quién fue el que ejecutó el hecho, causante directo del homicidio o las lesiones. El que la actividad precisa y concreta de dos personas hubiese sido tan equívoca, entre ellas únicamente, que dé lugar a que no se sepa cuál de las dos en realidad hirió a la víctima, mortalmente en el homicidio o sin esta gravedad en el caso de las lesiones personales, delimita de modo preciso el problema y hace que de sólo en aquellas dos personas se cristalice la correlatividad, en cuanto a las lesiones, mortales o no, lo que no es óbice para que una tercera quede esencialmente unida a esa actividad porque, el ejecutar actos diversos de los atribuídos a las primeras, apenas es índice negativo de que no obró en la misma forma que otras, pero con eso no se demuestra que los resultados de sus actos sean independientes de los resultados de actos propios de aquéllas: la vinculación por complicidad correlativa de las dos primeras no excluye la de éstas con la tercera y viceversa. La actividad de las unas fue concreta, como lo es la de la última, pero ninguna es independiente respecto de los resultados. Así, no constituye error el afirmar que alguien, sin disparar, puede ser por ejemplo cómplice necesario en un delito de homicidio, cuando no se sabe cuál fue precisamente el que, de otros que sí dispararon, produjo la muerte de la víctima, porque lo único que cabe concluir es que alguno de éstos fue el autor de las heridas mortales y que, al ignorarse quién concretamente lo hizo, se les coloca en complicidad correlativa, para no dar tratamiento de autor a quien no fue causa del deceso o de las lesiones, pero también para no dejar impune el ilícito.

Así, pues, el concepto de la correlatividad está basado en autoría indeterminada. Si aquélla se establece respecto de algunos de los que intervinieron en los hechos, la participación de otros no queda descartada al aceptarse la correlatividad y los últimos pueden quedar vinculados a los anteriores como coautores copartícipes, si su actividad fue de tal naturaleza que sin ella no hubiesen sobrevenido las simples lesiones o la muerte de la víctima. Cosa distinta es la de que, al aplicar la sanción al coautor no cobijado por la correlatividad, haya de graduarse de acuerdo con la que corresponde a los comprendidos en aquella figura jurídica.

Como se ha dicho que, constituyendo el auto de proceder el pliego de cargos, y, debiendo ser el cuestionario concreción clara de aquél, por su falta de precisión se incidió en nulidad al vulnerarse el derecho de defensa del procesado, debe establecerse la relación que para el caso ha de existir entre dicho auto y la pregunta a los jueces de hecho.

El auto de proceder dijo que Onosíforo Durán Puma era cómplice necesario. Indicó el cuestionario precisamente que se le debía tratar como tal, o utilizó palabras que, señalando el elemento necesario de la complicidad, sin formular propiamente una definición jurídica, trató de comprender sintéticamente los hechos que se habían tenido en cuenta en el auto de proceder y los cargos que allí se hacían al procesado? El cuestionario habla de participación *necesaria* y voluntaria. Y, sea cualquiera la

diferencia jurídica entre las figuras de coautor y cómplice necesario, es lo cierto que la pregunta, según está redactada, era inteligible y no desacorde con el llamamiento a juicio. Estaba, por una parte, recogiendo los elementos del auto de proceder en cuanto se refería a lo necesaria que fue la intervención del procesado para que se produjeran los resultados de que daba cuenta la misma pregunta, y lo hacía en forma sintética, si no se toma aislada del resto de la pregunta la respectiva locución —haber participado necesaria y voluntariamente' — si dentro del conjunto de la pregunta se recogió lo fundamental: si el auto de proceder se había referido a la complicidad necesaria, sin que el interrogante, por su lado, hubiese sido una transcripción literal del concepto jurídico, sino indicador del elemento de necesidad en la acción para la producción del efecto, y si en el auto de proceder se distinguía netamente y se puntualizaba la actividad de este procesado, diversa de la de los otros dos, no se ve cómo puede aducirse la nulidad. La pregunta en sí misma era clara, no para definir un concepto técnico, es decir, que no definía jurídicamente la complicidad necesaria para insinuarla como tal a los miembros del jurado, y, por lo demás ,hacía parte de una serie, cuyas partes mutuamente se aclaraban. Los miembros del jurado conocían además la realidad procesal, no sólo a través del auto de proceder, sino de las intervenciones de la parte civil, del ministerio público, y, lo que es más importante, como lo anota certeramente la Procuraduría, a través de las intervenciones de los defensores y de sus peticiones finales. El cuestionario era suficientemente claro y contentivo de los elementos indispensables para que los miembros del jurado formaran conciencia de los hechos y se pronunciasen sin vacilación, no contenía una definición jurídica; utilizó una palabra —el adjetivo 'necesario'— que ratificaba la intervención de Durán en forma nítida. Si se dice que con ella puede indicarse tanto la coautoría como la complicidad necesaria ,basta observar que cualquiera que sea la diferencia entre esas dos figuras jurídicas, en razón de lo expuesto no se está afectando el cuestionario mismo, que es punto de partida del razonamiento para atacar la sentencia por la causal cuarta, ya que, en el fondo, se alega la nulidad de las diligencias porque la pregunta no contiene explícitos aquellos elementos que se adujeron en el auto de proceder. Además este problema de la coautoría vendría a rozar, no con el cuestionario como se ha dicho, sino con el veredicto y la sentencia que fue la que fijó la denominación de la participación del procesado, punto no planteado para buscar nulidad de la sentencia, y complemento de una nulidad que se habría engendrado desde antes de ella.

Si el recurrente admite que la participación de Durán Pana en la ejecución del ilícito se puede considerar 'a lo sumo' como la del cómplice necesario, con ello se está indicando que el auto de proceder no estaba denominado, y así se hace todavía más remota la posibilidad de que, por la íntima relación que hay entre dicho auto y el cuestionario, exista alguna nulidad a partir de éste. La causal, en consecuencia, no prospera.

Examen de lo alegado sobre la causal tercera. El numeral 6º del artículo 363 del C. P. contiene dos conceptos diversos: el de la indefensión y el de la inferioridad. Por el primero, se entiende el estado de aquel que está sin defensa o carece de medios para ejercitarla, y viene a ser sinónimo del estado de inerme. Por el segundo, se entiende, no el estado en que la víctima ha carecido de medios sino aquel otro en que, aún disponiendo de algún medio de defensa, no pudo utilizarlo, porque en general, su situación, comparada con la del agresor o agresores en su conjunto era más baja. La indefensión significa total carencia de medios de defensa. la inferioridad no implica la inexistencia de alguno de esos medios, sino que se basa en lo inadecuado o insuficiente de ellos, como creadores de una situación dominada por la superior en que se encuentran los victimarios. De tal suerte que, al excluir uno de los dos conceptos, no se excluye necesariamente el otro, y así podía, en el caso de autos, dejar en pie el jurado una de las modalidades del pliego de cargos, aún haciendo desaparecer el otro, sin que pueda inferirse que quiso desestimar el estado de inferioridad de la víctima.

Para que la situación de inferioridad de que trata el veredicto se tome como elemento intrínseco al homicidio para calificarlo de asesinato, no es necesario que haya sido creada por el victimario en orden a facilitar su actividad; puede estar creada de antemano. El artículo 37 del C. P. dice, textualmente: "Son circunstancias de mayor peligrosidad.... 7ª. El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido o de circunstancias desfavorables al mismo". El artículo 363 por su parte dice, también textualmente: " El homicidio toma la denominación de asesinato... si el hecho .. se cometiere: .. 5) Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión, inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento". Se ha dicho que como este último ordinal se refiere a la circunstancia que 'ponga' a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, es menester que haya sido creada por el vic-

timario; esta interpretación no tiene asidero en la misma redacción, en la letra del artículo; nótese que se exige que medie circunstancia que 'ponga' a la víctima en aquellas condiciones, pero no se dice que el victimario ponga a la víctima dentro de la circunstancia. Y ello es obvio, porque sería inaceptable que, existiendo un estado que por sí mismo coloca a la víctima en condiciones de inferioridad o de indefensión, no creado por el victimario, como en el sueño natural, esperado por aquél para matar, —ejemplo ya puesto por la Corte en otra ocasión—, no se considerará el hecho cerco asesinato sino como homicidio simplemente voluntario, agravado con la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del C. P. Como se echa de ver, por la redacción y el sentido, tanto del artículo últimamente citado, como de aquel con quien se le compara, o sea, el 363, no surge el que ,necesariamente, la circunstancia desfavorable a la víctima —artículo 37— o la circunstancia que ponga a la víctima en estado de indefensión o inferioridad— artículo 363, sean creadas por el agente. Lo esencial es que exista el estado de inferioridad o de indefensión y que el agresor proceda no obstante dicho estado precisamente, con cobardía de su parte, dada su superioridad sobre la notable inferioridad o la indefensión en que se encuentra la víctima, aún por causa independiente de la acción directa del mismo agresor.

Supuesta la anterior base, consistente en que no es necesario que el estado de indefensión o de inferioridad haya sido creado por el agresor, sino que éste, aún sin crearlo lo ha aprovechado, no hay para que insistir en otro punto, ya varias veces explicado por la Corte, cual es el de que el numeral 5º del artículo 363 no es taxativo, para inferir que no sólo la insidia, la acechanza, la alevosía y el envenenamiento constituyen el estado de indefensión o de inferioridad (G. J. LXII, 769 y LXXIV, 181).

La sola circunstancia de ser tres los agresores y uno solo el agredido, en sí misma puede no constituir inferioridad para éste, en términos generales. Pero esta norma está sujeta al examen del conjunto de circunstancias en que los hechos se desarrollaron, cuestión probatoria que compete a los jueces de conciencia en los casos en que éstos intervienen. El jurado tenía base para considerar que, como no se trataba de hombre esforzado, hubiese sido demasiado exigir que de su flaqueza sacase ánimos para enfrentarse al conjunto de atacantes: el agredido, al ser atacado por primera vez, huyó no obstante hallarse junto con dos personas más —aunque una de éstas fuese un niño—, y esto indica que ni era de ánimo esforzado ni esperaba recibir ayuda de su acompañante mayor de edad, mucho menos del menor, y así la presencia de tres agresores pudo presentarse a los jueces de hecho como constitutiva de una situación de inferioridad.

Pero, aunque el número de personas no crease la situación de inferioridad, conviene no perder de vista que, luego de su fuga primitiva, fue perseguida la víctima ,a la cual se le privó del uso de su vehículo, y entonces sí se estaba creando, por obra de los victimarios, una situación de inferioridad, ya que ellos conservaban, no sólo la fuerza del número, sino medios de locomoción, que facilitaban en grado sumo su actividad. Y este aspecto también pudo llevar al jurado a la convicción de que si bien la víctima no estaba indefensa porque poseía arma de fuego, sin embargo se hallaba en notorio estado de inferioridad.

Así, pues, en el auto de proceder se tuvo el estado de indefensión o de inferioridad como elemento consustancial para que configurare el asesinato. El jurado desechó la indefensión y aceptó la inferioridad. Este reconocimiento no puede convertirse gratuitamente en circunstancia de menor peligrosidad, porque, aparte de la explicación sobre el aspecto legal antes esbozado, está el hecho de que "los jueces y magistrados no pueden interpretar como circunstancia de mayor peligrosidad, las que el jurado apreció como elementos del delito" (G. J., LIX, 868).

Así, tampoco puede prosperar esta causal.

La causal primera en relación con el problema de autos. — Visto que la causal que ahora se examina se fundamentó en lo expuesto para sustentar las dos anteriores, y al no encontrarse base para que por ellas pudiese invalidarse el fallo, ésta tampoco puede prosperar porque ni aún indirectamente se demostró la violación de la ley. Que la sentencia hubiese tenido al procesado como coautor y no como cómplice necesario, no repercute en la validez del fallo, porque ambas situaciones — la del coautor y la del cómplice necesario— están regidas por la misma norma, y entonces la labor puramente doctrinaria llevaría exclusivamente a establecer si basta la pura teoría subjetiva —resumida, por ejemplo, en Pessina para diferenciar aquellas clases de partícipes en el delito, o si hay que acudir a puro factor objetivo preconizado por Von Lizst, o si se puede discutir la posibilidad de un factor objetivo— subjetivo sin caer en el eclecticismo ni en el casuismo. Pero, se repite, si el artículo 19 del C. P. cobija por igual a coautores y a cómplices necesarios, la consecuencia sería la de no variar lo resuelto en la sentencia, aunque ésta haya tomado en

damente una denominación por otra, ya que, como se vió, el carácter de cómplice necesario de Durán Pana es tan fundado, que la demanda no lo ataca en forma palacina, sino que al menos condicionalmente concede que existe, lo que implica el no ser evidentemente equivocada la apreciación del auto de proceder.

No puede, por tanto, admitirse que haya causal de casación por este último aspecto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación en lo Criminal— oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INFIRMA la sentencia recurrida.

Cópiese. Notifíquese. Publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cadena Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valbuena. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

LA SENTENCIA QUE DECLARA LA RESCISION DEL CONTRATO POR LESION ENORME DEBE CONTENER POR CONSECUENCIA LOGICA LOS MISMOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATO INICIAL, TANTO PARA EL VENDEDOR COMO PARA EL COMPRADOR. — QUE IMPLICA LA RESCISION. — EL TERMINO PARA QUE SE CUMPLAN LAS OBLIGACIONES RESPECTIVAS PUEDE FIJARLO EL JUZGADOR Y AL HACERLO NO VIOLA NINGUNA DISPOSICION LEGAL.

Si la compra venta impone obligaciones recíprocas a los contratantes, es natural, que la sentencia que declare la rescisión del contrato por lesión enorme debe contener por consecuencia lógica los mismos derechos y obligaciones del contrato inicial, tanto para el vendedor como para el comprador. Si las consecuencias del fallo tienen como mira principal restablecer el derecho patrimonial quebrantado y volver las cosas al estado que tenía antes, la rescisión consecuencialmente implica, por una parte, la cancelación de la escritura de compraventa y del registro "purificada de todo gravamen, limitación o desmembración mas los frutos percibidos desde la fecha de la demanda", y por otra, la devolución del dinero más los intereses legales desde la presentación de la demanda, y es natural que los términos para cumplir esas obligaciones deba entenderse que son comunes a los contratantes cuando la sentencia no hace una especificación concreta para el demandante y demandado sino para uno de ellos, porque la justicia y el restablecimiento del derecho no puede contemplar situaciones diferentes con perjuicio del uno o del otro y porque el cumplimiento de las obligaciones no puede ser instantáneo para el vendedor y diferida para el comprador; esas prestaciones bilaterales están vinculadas por el criterio de unidad y tiempo en cuanto su efectividad.

Pero cuando este término no ha sido fijado de manera concreta, el juez en ejercicio de facultades legales (art. 307 del C. J.) puede señalarlo y esa determinación no es arbitraria ni caprichosa, sino la interpretación justa de la sentencia para que produzca consecuencias legales y equitativas; por esto es por lo que se dice que "no es conforme con el espíritu de la ley ni con la naturaleza jurídica de la rescisión de los contratos, obligar a una parte la restitución inmediata de lo que recibió, sin que al mismo tiempo se le asegure el cumplimiento de la obligación que la otra tiene también de devolver lo que a ella se le entregó; pues en estos casos, como cuando se trata de cumplir lo que recíprocamente se han prometido los otorgantes, los derechos del uno y las obligaciones del otro están íntimamente unidos que no pueden separarse sin inferir lesión o agravio a derechos perfectos".

De manera que si de acuerdo con la ley y la doctrina, el término para que se cumplan las obligaciones respectivas puede fijarlo el juzgador al hacerlo no viola ninguna disposición legal, sino únicamente busca la interpretación del fallo para que los derechos de las partes no sufran perjuicio ni lesión al hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia, pues no sería justo ni equitativo ni acorde con la naturaleza jurídica de la rescisión por lesión enorme que solamente se obligara a una de las partes al cumplimiento de la sentencia y, respecto de la otra se difiriera o aplazara para otro juicio la efectividad de la misma, precisamente, para corregir estas omisiones, la ley ha conferido facultad al juez (art. 307 del C. J.) para fijar un plazo dentro del cual deben ejecutarse las obligaciones provenientes de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro)

VISTOS:

En memorial de veinticuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, José Antonio Viveros denuncia al Magistrado doctor Rafael Zúñiga, para que se averigüe la responsabilidad en que hubiera incurrido al fijar término dentro del cual Viveros, debía verificar el pago de nueve mil pesos ($ 9.000.00) y sus intereses como consecuencia de la rescisión de un contrato celebrado entre el denunciante y el doctor Joaquín Caldas Luna.

ANTECEDENTES:

José Antonio Viveros demandó a Joaquín Caldas Luna para que se declare rescindida por lesión enorme la venta contenida y perfeccionada por escritura Nº 53 de 12 de enero de 1944 otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Cali. En providencia de veinte de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, el Juzgado aceptó las peticiones de la demanda y declaró rescindido el contrato, pero el Tribunal la revocó, por lo cual la parte lesionada recurrió en casación. La Corte, en sentencia de veintiseis de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, hizo las siguientes declaraciones:

"Declárase que el señor José Antonio Viveros sufrió lesión enorme en el contrato de venta celebrado con el doctor Joaquín Caldas Luna por medio de la escritura número cincuenta y tres (53) de doce (12) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

"En consecuencia, declara rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa mencionado y en tal virtud se condena al doctor Joaquín Caldas Luna a restituir al señor José Antonio Viveros, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento de la presente sentencia, la mitad indivisa del inmueble determinado en la escritura número cincuenta y tres (53) de doce (12) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), de la Notaría 3ª de Cali, purificada de todo gravamen, limitación o desmembración, más los frutos percibidos desde la fecha de la demanda.

"Tercero. El doctor Caldas Luna podrá consentir en la rescisión, caso en el cual restituirá el inmueble en la forma y términos del punto anterior, o completar, dentro del mismo plazo, el justo precio del mismo, que es de veintiseis mil quinientos noventa y siete pesos con veinte centavos ($ 26.597.20), más un diez por ciento, o sea, dos mil seiscientos cincuenta y nueve pesos con setenta y dos centavos ($ 2.659.72) y lo pagado según la escritura, esto es, nueve mil pesos, es decir, un saldo de catorce mil novecientos treinta y siete pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 14.937.48), más los intereses legales sobre el mismo desde la fecha de la demanda.

"Cuarto. Transcurrido el término señalado sin que el doctor Caldas Luna hubiese hecho uso de la opción de que trata el punto que antecede, caso en el cual se entenderá que acepta la rescisión, o si consiente expresamente en ella, según lo dispuesto en el mismo punto, el Juez a-quo ordenará al Notario Tercero (3º) del Circuito de Cali la cancelación de la escritura Nº cincuenta y tres (53), de doce (12) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944); y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito, la de la inscripción de esta misma escritura, de modo que quede vigente el registro anterior a favor del señor Viveros....

"Quinto. Siempre que haya lugar a la restitución del bien, el señor Viveros devolverá al doctor Caldas Luna, la suma de nueve mil pesos ($ 9.000.00) con los intereses legales desde la fecha de la demanda".

El Tribunal, en providencia de junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y cuatro, dictó el auto de "obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior" y ordenó remitir el negocio al Juez 2º Civil del Circuito, quien en auto de veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro dispuso que "para poder ordenar lo dispuesto en el punto cuarto de la misma providencia el señor José Antonio Viveros debe consignar en este Juzgado la suma de nueve mil pesos, más los intereses legales desde la fecha de la demanda", omitió señalar el término dentro del cual debía hacerse la correspondiente consignación. El apoderado de Viveros pidió reposición del auto en cuanto ordena hacer la respectiva consignación y dispuso librar los oficios al Registrador y Notario para cumplir los fines indicados en el punto 4º de la sentencia.

Contra esta determinación se interpuso recurso de apelación y el Tribunal, en auto de veintidos de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, confirmó la providencia recurrida. Posteriormente, el demandado pidió reposición de la providencia e interpretó la sentencia en el sentido de que quien restituye el inmueble "también ha de recibir la suma de dinero que pagó como precio al celebrar el negocio de compraventa" alegando que "la Corte en varios fallos tiene decidido, que en casos de lesiones enormes, al pronunciarse la cancelación del registro, debe haber en el actor la obligación correlativa de reintegrar lo que recibió como precio de la cosa, sin que pueda establecerse separación entre

ellos". El Tribunal revocó el auto de veintidós de octubre e infirmó el proferido por el Juez 2º del Circuito y en consecuencia ordenó que la "ejecución de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia se llevara a efecto en cuanto a la cancelación de la escritura y su registro, después de que el señor José Antonio Viveros hubiere consignado la suma de nueve mil pesos moneda corriente ($ 9.000.00) más los intereses legales liquidados desde la fecha de la demanda en adelante para ser devuelta dicha suma al doctor Joaquín Caldas Luna. Tal consignación deberá hacerla el demandante Viveros dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del obedecimiento que deberá dictar el señor Juez *a-quo* al recibir el expediente". Dicha consignación debe hacerla el demandante al Juzgado que ha venido conociendo del negocio.

Denuncia

Estos hechos y la actuación del Magistrado que dictó la providencia —en concepto del denunciante—, demuestran una violación de la ley, ora porque en la parte resolutiva de la sentencia de la Corte no se fijó término al demandante para verificar el pago de nueve mil pesos y sus intereses; bien porque la determinación del Tribunal coloca a Viveros en imposibilidad para cubrir esos valores, ya porque hace "nugatoria la sentencia para que ella sea letra muerta, para que no se cumpla, para favorecer los intereses de la parte vencida en juicio"; y también porque viola las disposiciones de procedimiento que son de orden público resolviendo sobre puntos que no son objeto o materia del recurso de apelación.

Investigación

Con el acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión se ha demostrado la calidad de Magistrado de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que el doctor Rafael Zúñiga tenía en la fecha en que se dice fueron realizados los hechos.

Al sumario se allegaron copias de las actuaciones procesales cumplidas dentro del juicio ordinario adelantado por José Antonio Viveros contra Joaquín Caldas Luna.

Dentro de la investigación se practicó una diligencia de Inspección Ocular con intervención de peritos, quienes en su dictamen afirman que no se cometió "ninguna irregularidad en el procedimiento en cuanto respecta a la actitud asumida en él por el H. Magistrado Dr. Rafael Zúñiga Z., quien a nuestro juicio de ex-Magistrados encontramos no sólo absolutamente limpia sino, además, rigurosamente ceñida a las normas legales y a más los elementales principios de equidad y de justicia. En nuestro concepto agregamos, el Magistrado Doctor Zúñiga no hizo cosa alguna distinta, en cuanto concierne a esta investigación, que señalar un plazo que ni la ley ni la H. Corte habrían señalado, para hacer posible la ejecución de lo resuelto, por el más alto Tribunal de Justicia, procedencia así en acatamiento de una disposición procesal que dejamos transcrita, con plena jurisdicción desde luego que revisada como funcionario superior, en segundo grado, una providencia que ordenaba al demandante a restituirle una suma de dinero y sus intereses, y en la que se había omitido el señalamiento de plazo al efecto, que era indispensable para su cabal cumplimiento, como insistentemente lo reclamaba el Dr. Caldas Luna, para no ser víctima de la tremenda injusticia que habría consistido en que la justicia cancelara el título que le favorecía, sin obligar efectivamente a la parte contraria a restituirlo lo que había pagado conforme al mismo título. Este es nuestro dictamen".

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público después de analizar los hechos afirma que en su concepto no existe delito de abuso de autoridad ni prevaricato, porque las actuaciones del Magistrado no se encaminaron ni a rehusar el cumplimiento de un acto al cual legalmente estaba obligando, ni a proferir providencia injusta por simpatía hacia una de las partes o animadversión hacia la otra, de lo cual deduce que el Doctor Rafael Zúñiga no cometió infracción de ninguna clase al dictar la providencia de 30 de noviembre de 1954, en el juicio ordinario seguido por Viveros contra Caldas Luna.

"En tal virtud debe darse aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ordenando la cesación de todo procedimiento contra el reo, por aparecer plenamente comprobado que los hechos imputados como delictuosos no han existido, ya que al dictar el doctor Zúñiga su referida providencia del 30 de noviembre no incurrió en ninguna de las tipificaciones de los artículos del Código Penal atrás citados, ni de ningún otro precepto del mismo estatuto".

Se considera:

El Código Civil en su artículo 1946 dice que "

contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme", y determina que el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe como producto de la venta es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y que el comprador también sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella, vinculando el justo precio de la compraventa directamente al tiempo en que se celebró el respectivo contrato (art. 1947).

Así, pues, la acción de rescisión por lesión enorme se encamina a resarcir el perjuicio o agravio sufrido por alguna de las partes que intervienen en el respectivo contrato de venta cuando no se ha hecho por su justo precio, es la tutela del estado en beneficio de las partes cuando éstas han sufrido menoscabo en sus bienes patrimoniales, protección que se hace efectiva para ambos contratantes, y sus consecuencias son: para el comprador, la de consentir en la rescisión o la de completar el justo precio con deducción de una décima parte, y para el vendedor, la de restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

La sentencia de la Corte decretó la rescisión de la venta por lesión enorme, condenó al demandado a restituir la mitad indivisa del inmueble y facultó al mismo para consentir en la rescisión o para completar dentro del mismo plazo, el justo precio o sea la cantidad de catorce mil novecientos treinta y siete pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 14.937.48) más los intereses legales sobre el mismo desde la fecha de la demanda; ordenó que si transcurrido el término de seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento y cúmplase de la sentencia, Caldas Luna no hubiera hecho uso de la opción, se entenderá que acepta la rescisión si no hubiere hecho declaración expresa sobre el particular, y facultó al Juez para cancelar la correspondiente escritura y el registro del contrato de compraventa. Pero, omitió fijar de manera directa el término dentro del cual, el vendedor para el caso de aceptar la rescisión, debía restituir los valores recibidos, por lo cual el demandado interpretó en principio que el término de seis días después de la ejecutoria del auto de obedézcase y cúmplase, era común para cumplir las obligaciones surgidas de la sentencia, pero así lo solicitó a la autoridad del conocimiento. Si la compraventa impone obligaciones recíprocas a los contratantes, es natural, que la sentencia que declara la rescisión del contrato por lesión enorme deba contener por consecuencia lógica los mismos deberes y obligaciones del contrato inicial, tanto para el vendedor como para el comprador. Si las consecuencias del fallo tienen como mira principal restablecer el derecho patrimonial quebrantado y volver las cosas al estado que tenía antes, la rescisión consecuencialmente implica, por una parte, la cancelación de la escritura de compraventa y del registro "purificada de todo gravamen, limitación o desmembración más los frutos percibidos desde la fecha de la demanda" y por otra, la devolución del dinero más los intereses legales desde la presentación de la demanda y es natural que los términos para cumplir esas obligaciones debe entenderse que son comunes a los contratantes cuando la sentencia no hace una especificación concreta para el demandante y demandado sino para uno de ellos, porque la justicia y el restablecimiento del derecho no puede contemplar situaciones diferentes con perjuicio del uno o del otro y porque el cumplimiento de las obligaciones no puede ser instantáneo para el vendedor y diferida para el comprador; esas prestaciones bilaterales están vinculadas por el criterio de unidad y tiempo en cuanto su efectividad.

Pero cuando este término no ha sido fijado de manera concreta, el Juez en ejercicio de facultades legales (artículo 307 del C. J.) puede señalarlo y esa determinación no es arbitraria ni caprichosa, sino la interpretación justa de la sentencia para que produzca consecuencias legales y equitativas; por esto es por lo que se dice que "no es conforme con el espíritu de la ley ni con la naturaleza jurídica de la rescisión de los contratos, obligar a una parte la restitución inmediata de lo que recibió, sin que al mismo tiempo se le asegure el cumplimiento de la obligación que la otra tiene también de devolver lo que a ella se le entregó pues en estos casos, como cuando se trata de cumplir lo que recíprocamente se han prometido los otorgantes, los derechos del uno y las obligaciones del otro están íntimamente unidos que no pueden separarse sin inferir lesión o agravio a derechos perfectos (G. J. T. XXII, página 864).

"En caso de rescisión de una venta —ha dicho la Corte— por lesión enorme pronunciada contra el comprador, la ley permite evitarla pagando un suplemento del precio, pero como la ley no fija el plazo dentro del cual el demandado ejercita el derecho de opción y hacer el pago consecuencial, corresponde al Juez fijar un plazo prudencial para ello, el cual puede ser mayor del de seis días de notificada la sentencia" (G. J. Tomo XXV, pág. 186).

"La devolución del precio, la purificación del inmueble y la cancelación de la escritura y su registro son consecuencias legales de la rescisión del contrato por lesión enorme, ya que es la manera de volver a las partes al estado que tenían antes de

haberse contratado, y por ello tales pronunciamientos debe hacerlos el Juez aún sin petición de parte, es decir, oficiosamente" (Casaciones, junio 19, 11 de marzo de 1942 y 18 de mayo de 1945).

De manera que si de acuerdo con la ley y la doctrina, el término para que se cumplan las obligaciones respectivas puede fijarlo el juzgador al hacerlo no viola ninguna disposición legal, sino, únicamente, busca la interpretación del fallo para que los derechos de las partes no sufran perjuicio ni lesión al hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia, pues no sería justo ni equitativo ni acorde con la naturaleza jurídica de la rescisión por lesión enorme que solamente se obligara a una de las partes al cumplimiento de la sentencia y, respecto de la otra, se difiriera o aplazara para otro juicio la efectividad de la misma, precisamente, para corregir estas omisiones, la ley ha conferido facultad al Juez (artículo 307 del C. J.) para fijar un plazo dentro del cual deben ejecutarse las obligaciones provenientes de la sentencia.

Esta —en concepto de la Sala— la interpretación más justa y equitativa del fallo y si hubo algún error en cuanto a la apreciación de este punto, él no constituye delito de abuso de autoridad ni prevaricato: lo primero, porque no se ha demostrado la conducta dolosa del funcionario en la interpretación de la ley y, lo segundo, porque no se ha comprobado que la providencia es contraria a la ley, ni que ella se dictó con criterio de simpatía hacia una de las partes o animadversión hacia la otra: por esto es por lo que la Sala en diversas oportunidades ha expresado:

"Los abusos de autoridad, el prevaricato u otras faltas en que pueden incurrir los jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones no se deducen simplemente de los errores que sufran en la apreciación de un determinado punto de derecho, o en el sostenimiento de una tesis, ni resulta de que ésta no halle en pugna con otra que se considera jurídica y la más exacta o adoptable en la doctrina. Y así, no basta que se demuestre la incorrección jurídica de una sentencia para concluír que quien la profirió es autor de alguna de las infracciones contra la administración pública. No. Lo que debe establecerse es la incorrección moral del Juez al pronunciarla. Porque ni la ignorancia ni el error ni la disparidad en los diversos puntos de vista pueden servirle de fundamento al cargo de prevaricato o de abuso de autoridad. Aquel hecho requiere un dolo específico; y éste, dolo genérico. Prevarica quien por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros dicta sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusa o retarda un acto propio de sus funciones, gobernado por los mismos sentimientos".

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, DECLARA que los hechos imputados no han sido realizados por el doctor Rafael Zúñiga. En consecuencia, ordena cesar todo procedimiento en contra del acusado.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Guillermo Hernández Peñalosa. — Santiago Cardenas Copete. — Jesús Estrada Monsalve. — Luis Sandoval Valcarcel. — Domingo Sarasty Montenegro. — Elberto Téllez Camacho. — Julio E. Argüello, Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

QUIEN PRESTA SUS SERVICIOS EN UNA OBRA PUBLICA CONTRATADA POR ADMINISTRACION DELEGADA TIENE EL CARACTER DE TRABAJADOR OFICIAL CON CONTRATO DE TRABAJO Y SUS RELACIONES JURIDICAS SE RIGEN POR LAS NORMAS ANTERIORES AL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E. cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Sergio Antonio Ruano).

El abogado Salvador Abad Escobar, obrando en nombre propio, demandó ante el Juzgado cuarto del Trabajo de Medellín a la Nación representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, para que, previo el trámite de un juicio social de mayor cuantía se la condenara a pagarle en el término que le sea señalado, con cargo a los fondos especiales de la Construcción del Ferrocarril del Valle del Río Magdalena, hoy denominado del Atlántico lo siguiente: una indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato verbal de trabajo, que celebró por conducto de sus contratistas "Hoyos Bernal y Cía. Ltda." perjuicios que consisten en el lucro cesante y en el daño emergente; indemnización de perjuicios por el no pago oportuno de las anteriores "prestaciones" (sic), en una semana igual al último salario diario por cada día de retardo, o sea desde el día 5 de junio de 1954, en que cesó en el ejercicio de sus funciones; y al pago de la proporcionalidad de la prima de navidad a que cree tener derecho.

Dice el demandante en el libelo, que fué llamado por la firma "Hoyos Bernal y Cía. Ltda." contratistas de la Nación para la construcción del Ferrocarril del Atlántico, en el sector denominado "la izquierda del río Magdalena, comprendido entre la orilla izquierda del río Nare en el Departamento de Antioquia y la Estación de Barrancabermeja, en el Departamento de Santander en una longitud aproximada de 140 kilómetros; que en virtud del contrato verbal, entró a desempeñar las funciones de Administrador en Puerto Berrío, con una remuneración mensual de $ 1.800.00 que comenzó a devengar desde el primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres, permaneciendo en dicho cargo hasta el quince de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, fecha en que cesó en el ejercicio de sus funciones por retiro "no voluntario"; que al momento de su separación con cargo a los fondos del contrato, le fueron cubiertas las prestaciones sociales de cesantía, vacaciones proporcionales y pasaje de regreso a Medellín, prestaciones que estima como liquidadas parcialmente, según salvedad que dejó "mientras la justicia laboral no diga lo contrario"; que el motivo de su retiro de la Administración en Puerto Berrío, se debió a la presión ejercida por los Contratistas sobre él, a fin de obligarlo a renunciar del cargo, presión consistente en restricción de las funciones que le habían sido asignadas, como también privación de autonomía y autoridad sobre sus subalternos, y exigencia de requisitos que no le fueron pedidos al tiempo de su contrato, con el fin de conseguir por dicho medio su renuncia, tales entre otros, la constitución de una fianza de la cual no se habló al tiempo de contratarlo, por todo lo cual se vio obligado a dejar el cargo que le había sido confiado, cuando aún no se había vencido el término del contrato, pues dicho término solo expiraba al terminarse el sector Nare-Barrancabermeja, para lo cual se emplearán aún seis meses más de labores; que a la fecha de su incorporación a la administración del tramo de construcción del Ferrocarril, desempeñaba en Medellín la Gerencia de "Vallas Colombianas Ltda." con una remuneración de $ 1.500.00 mensuales, posición que dejó contra el criterio de los Directores de la firma, por la ilusión de un sueldo mejor y por la permanencia por todo el tiempo que durara la construcción. Sostiene el demandante Abad Escobar, que los empleadores violaron su carta nombramiento en lo tocante al control

de la marcha de las oficinas, contabilidad de la caja y las órdenes de pago.

La Nación representada por el Personero Municipal de Medellín, al ser notificada de los pedimentos del actor, contestó el traslado de la demanda, en los siguientes términos: con relación a los hechos del libelo dice no constarle; que la firma "Hoyos Bernal y Cía." celebró con la Nación un contrato regido tanto por las estipulaciones en él contenidas, como por las incluídas en los anexos A y B que forman parte integrante del mismo; acepta algunos de los cargos como el 3º y el 10º, aludiendo que debe probar el actor que la liquidación de sus prestaciones sociales no fueron totales sino parciales; que no es cierto que el actor se hubiera desvinculado involuntariamente, pues en esa forma no se puede calificar la renuncia que voluntariamente presentó del cargo que desempeñaba. En cuanto a la constitución de la fianza que le fué sugerida por el Gerente de "Hoyos Bernal y Cía." sí fue verdad, pero al actor no se le dijo a cargo de quién quedaba el cubrir la prima de tal garantía, lo cual no implica desmejoro en sus haberes para el demandante Abad Escobar y, en cuanto a lo dicho por el actor en relación con la supresión de atribuciones y funciones, no es cierto, ya que la Gerencia de "Hoyos Bernal y Cía. Ltda." dispuso distribuir el trabajo entre los empleados a fin de propender por el agilitamiento de las labores en desarrollo. El demandante no tiene derecho a gozar de la prima de navidad, pues está dispuesto en el Decreto Nacional Nº 3564 de 1950 que los trabajadores que tengan un sueldo superior a los $ 1.000.00 no tiene derecho a tal beneficio y además, los decretos nacionales 2339 de 1952 y 3153 de 1953 disponen que la prima de servicios no se extiende a los trabajadores oficiales de Entidades de derecho Público que trabajen con contratistas por Administración delegada de la Nación; por dichas consideraciones, el representante del Ministerio Público se opone a que se hagan las declaraciones pedidas en la demanda, y en cambio solicita se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la misma, proponiendo las excepciones de inexistencia de la obligación por carecer de derecho, petición antes de tiempo, pues no se ha demostrado se hubiera agotado el procedimiento gubernativo correspondiente en forma eficiente y por último, la genérica.

El Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín, en providencia de fecha 21 de junio de 1955, declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, en relación con la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, y absolvió a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda. La providencia anterior fué apelada por el demandante y el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en fallo de 21 de julio de 1955 la confirmó, en cuanto absuelve a la Nación de los cargos relacionados con la prima de servicios e indemnización por mora en el pago de las prestaciones, y la revoca en cuanto declara probada la excepción de petición antes de tiempo en lo tocante a indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, punto en el cual también absuelve.

Contra el anterior pronunciamiento, el demandante recurrió en casación recurso que al serle concedido y luego de ser admitido, sustentó el apoderado con la correspondiente demanda. El Procurador General de la Nación, presentó extemporáneamente escrito de oposición.

La Demanda

Persigue la casación total, para que revocado el fallo recurrido, se declaren las peticiones de la demanda inicial, con la aclaración de que no impugna el reconocimiento que se hace en el fallo de que estuvo bien demandada la Nación, y de que existe un vínculo contractual entre ésta y el trabajador y no una simple relación de derecho administrativo.

Presenta para la acusación tres "motivos" que impropiamente los determina con lamentable confusión de los términos, para referirse a los cargos, que en su orden serán considerados.

Primer cargo. — Con base en el artículo 87 del C. de P. del T. acusa violación directa de los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945, y 4º del Decreto 2127 del mismo año, 2º del Decreto 2158 de 1948 y 4º, 22, 23, 57, 59, 62, 64, 65 y 191 del C. S. del T. Para sustentarlo agrega que, "está comprobado en el expediente que el Administrador doctor Abad Esmbar fue contratado por la empresa "Hoyos Bernal y Cía. Ltda." para la construcción del C. del Rio Magdalena, de propiedad de la Nación y que en tal carácter trabajó allí al rededor de ocho meses. Nadie discute este hecho y por ello y porque el texto de los artículos 4º del Decreto 2127 de 1945 y 2º del Decreto 2158 de 1948 son claros y sobre todo porque la misma sentencia consideró así, en el caso del demandante doctor Abad Escobar lo que existió y ha existido es una relación individual de trabajo, a la cual, por disposición expresa de aquellas normas debe tenérsele como tal y la sentencia recurrida, para ser lógica y consecuente, ha debido aplicarle las normas de los artículos 22, 23, 57, 62, 64 y 65 del

S. del T. Ahora bien, como no fueron aplicadas, resulta claro que la sentencia recurrida viola o infringe directamente tales normas, por aplicación indebida de los artículos 3º, 4º, 491 y 492 del C. S. del T."

Se considera:

Para el Tribunal Seccional quedó claramente definido, que el trabajador recurrente estuvo vinculado a la Nación por un contrato individual de trabajo, razón por la cual acepta la jurisdicción correspondiente a la justicia del trabajo, aclarando que su categoría de trabajador oficial al servicio del Estado impide que su caso pueda ser decidido de acuerdo con las normas del Código Sustantivo del Trabajo, que remite a las aplicables existentes anteriores a su vigencia.

El mismo recurrente declara su conformidad con la estimación del ad quem, cuando hace la aclaración de que no impugna este soporte de la decisión, y si ello es así, no tiene razón de ser la acusación por falta de aplicación de los artículos 3º, 4º, 491 y 492 del C. S. del T. como se va a ver.

Porque el último de estos preceptos, consagra la vigencia de las normas anteriores al Código, no lo que toca "al derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales"; el 491, determina cuales materias rige el Código; y los artículos 3º y 4º de la misma obra, expresan que regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo del Trabajo oficiales y particulares, y en cuanto a las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de Ferrocarriles, empresas, obras públicas (como el caso sub judice) demás servidores del Estado, deberán regirse por los estatutos especiales que se dicten, y que por no haber sido dictados, le dan plena vigencia al artículo 492 citado.

Mal podía el fallador, entonces, tener en cuenta para su decisión los preceptos del Código que el recurrente cita como no aplicados.

El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, que se dice como violado directamente, consagra precisamente lo que se viene exponiendo, vale decir, que las relaciones de trabajo entre la Administración Pública y los empleados en el ramo de construcción de obras, constituyen contratos de trabajo, que es lo decidido por el fallador y aceptado por el recurrente en el presente negocio.

Por último, acusa la violación directa del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, que consagra la rescisión resolutoria con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, por incumplimiento de lo pactado, pero sobre este extremo, se hizo el examen en el fallo y el ad quem dejó expresado que "a través de las constancias del proceso no se percibe hecho alguno atribuible al patrono capaz de justificar la rescisión del contrato por voluntad unilateral del trabajador", lo cual significa que el planteamiento conduciría a entrar a un análisis del material probatorio, mas como el cargo propuesto arguye violación directa, no es procedente su estimación. El cargo no prospera.

Segundo cargo. — La sentencia recurrida viola indirectamente las normas contenidas en las disposiciones citadas en el encabezamiento del cargo anterior y especialmente las de los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 62, en cuanto al numeral 6º de la letra B) del mismo Código, lo cual fué posible por haber aplicado indebidamente las normas de los artículos 3º, 4º, 491 y 492 del C. S. del T. y sobre todo por error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas de los hechos relativos al incumplimiento del contrato de trabajo, por parte de la empresa que lo contrataba en nombre de la Nación, hechos que motivaron la renuncia del trabajador:

a) Las cartas de folios 51 y 52 del cuaderno número 2, en las cuales se notifica al Administrador la obligación de prestar fianza, exigencia no prevista al ser contratado, y la aceptación condicionada por parte de éste que aparece al folio 53 del cuaderno principal;

b) Las cartas de folios 32 y 29 vuelto, con las cuales se acredita el cambio en relación con las funciones encomendadas al Administrador al iniciarse el contrato, cartas que contestó éste, en la forma de que da cuenta la copia de folios 53 y 54 del cuaderno número 2;

c) La carta que en copia debidamente autenticada aparece al folio 31 vuelto del cuaderno 2, dirigida por el contador Pedro Rodríguez Vargas al Administrador Abad Escobar, como respuesta a las instrucciones enviadas a la Sección de Contabilidad, carta ofensiva donde le trata de "inexperto", y le anuncia el envío de nueve (9) copias a personas distintas con el ánimo de desacreditarlo y provocar su renuncia;

d) La negativa de la Gerencia a destituir de inmediato al citado contador Rodríguez Vargas cuando el Administrador se lo pidió por teléfono, como consta en las cartas de folios 34 y 85 del cuaderno número 2;

e) Las confesiones hechas por el Gerente de "Hoyos, Bernal y Cía. Ltda." doctor Londoño, primero en forma de posiciones a folio 34 vuelto,

del cuaderno número 2, y luego en forma de declaración a folio 38 vuelto y ss. en el sentido de haber prohibido al Administrador que continuara entendiéndose con la interventoría de la obra confesiones que implicaban una notoria muestra de desconfianza para el Administrador;

f) La carta de folios 55, que dice relación a la forma despectiva como la Gerencia nominaba las instrucciones escritas de la Administración, tendientes como los hechos anteriores a provocar en el actor la renuncia del cargo.

.. concluye: sólo por un error notorio de hecho se explica que la sentencia recurrida hubiera hecho someras consideraciones, para restarle importancia a la gravedad que revisten los hechos comprobados con las anteriores pruebas, y por ese error se explica que se hubiera aplicado indebidamente el artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 492 del mismo Código y como consecuencia, hubieran resultado indirectamente violadas las normas de los artículos 62, numeral 6º de la letra B) 57, numerales 5º y 9º y 59, numeral 9º del Código Sustantivo del Trabajo, pues es apenas lógico en tales condiciones condenar a la Nación a la indemnización autorizada por el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, en concordancia con el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se considera:

Claramente quedó establecido, al resolver el primer cargo, que el Tribunal hizo uso debido de los preceptos del C. S. del T. que remiten a las normas anteriores a su vigencia, en lo que se relaciona con el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales, por encontrar que el caso sub lite corresponde a la naturaleza de los allí exceptuados (artículo 4º y 492 del C. S. del T.) y en consecuencia, no tenía porqué aplicar normas del Código que regulan relaciones de Derecho Individual del Trabajo de carácter particular como las invocadas en ese primer cargo y repetidas en este, además de los artículos 57, 59 y 62, todas del mencionado Código.

Consecuente con la anterior decisión, el estudio del error de hecho evidente a través de las pruebas en cita, se adelantará con relación al artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, aquí sí, para establecer si existe la responsabilidad a cargo de la Nación que lleva al ordenamiento de la indemnización de perjuicios.

a) En efecto, al folio 51 del segundo cuaderno, aparece la copia de la carta que el Gerente General de "Hoyos, Bernal y Cía. Ltda." León Londoño M. dirigió al Contratista Residente de la firma, en Puerto Berrío, en la cual se refiere a las observaciones hechas por la Interventoría de Madigan Hyland South America, en cuanto a los avances que había hecho la administración, y en ella, aunque da la razón al administrador en el sentido de que ninguna disposición fiscal prohíbe tales avances, justifica también en su actitud al Contador Revisor en cuanto a que ellos no deben hacerse sino a los empleados que hayan contraído fianza, y que para guardar lógica en el procedimiento, debe comenzar con el Administrador del Ferrocarril, para lo cual sugiere al Contratista Residente ponerse de acuerdo con la interventoría sobre la cuantía de las fianzas.

Al folio 52 siguiente está la nota del administrador Salvador Abad Escobar dirigida al Gerente Londoño M. en la cual se da por notificado de la constitución de las fianzas, con la transcripción de lo que a él respecta, en que dice: "No tengo inconveniente, pero no pagaré la prima de seguro, porque no fuí contratado con ese apéndice", amén de que a renglón seguido argumenta sobre "lo ilógico e ilegal del procedimiento que los otros interesados aceptan con igual ímpetu".

No se infiere de lo anterior, que la exigencia correspondiera a iniciativa de la firma si fue sugerida por la Interventoría de Madigan Hyland South América; no puede sostenerse que las observaciones atentaran contra prerrogativa conferida para alguno de los cargos, ni menos que la constitución de la fianza implicara rebaja o desmejoramiento del salario, porque nada se dijo acerca de quién debiera cubrir los gastos de fianza. Los términos e instrucciones contenidos en la comunicación del Gerente, demuestran ponderación en el examen de las razones para la exigencia, no así la comunicación del Administrador que no tiene inconveniente en exteriorizar la inconformidad también de "los otros interesados", y de una vez suelta una respuesta a lo que nadie había sugerido: el pago de la prima de seguro. Lo dicho por el Personero en la contestación de la demanda al hecho 21, contiene más o menos el mismo razonamiento.

b) Las cartas de folios 29 vuelto y 32, dirigidas por la Gerencia de la firma en Medellín a la Administración en Puerto Berrío, que el recurrente cita como indicadoras de un cambio en las condiciones de trabajo para el Administrador Abad Escobar, contienen mesuradas observaciones para ser puestas en práctica, relativas al cumplimiento de los compromisos de la firma con la Cooperativa de Empleados de Antioquia, que bien se explican dentro de los procedimientos de administración a medida que surgen dificultades

trámite que no pueden ser previstas de manera inicial.

Como respuesta a las anteriores comunicaciones, está la carta del Administrador, cuyo estilo es revelador del ánimo polémico de éste y que remata con la cita que trae el recurso: "De otro modo esto implica para el suscrito una muestra de desconfianza sobre lo cual protesta... Y como no es hombre para plantear dificultades de ningún género, según he tenido oportunidades de significarles personalmente a ustedes, les ruego en la forma más encarecida y cordial lo reemplacen de inmediato".

Se desprende de lo anterior, que es el mismo recurrente quien plantea su retiro, sin que de parte de la Gerencia ni remotamente pueda deducirse, se pensara en ello.

c) La carta del Contador Pedro Rodríguez (f. 31 vuelto) también citada por el recurrente como mal apreciada, en realidad sugiere discrepancias entre aquél y el Administrador, pero en modo alguno es argumento contra la firma como para motivar un involuntario despido; se trata de una comunicación de un empleado inferior en jerarquía al Administrador, y los términos usados contra éste no están como se afirma en el recurso "diciéndole inexperto", pues textual, dice: El señor Administrador me adscribe estas funciones por su ninguna experiencia en Administración de OO. PP. o será que necesita la renuncia del señor Contador?", lo cual ciertamente, es muy distinto.

d) La carta de folio 64 del segundo cuaderno textual, dice:

"Señores. Hoyos, Bernal y Cía. Ltda. — Puerto Berrío. ATT. DR. FELIPE HOYOS. — El doctor Abad insistió el sábado en que era necesario despedir a don Pedro y estaba empeñado en que fuera la Gerencia quien tomara la determinación; al manifestarle que todo lo arreglaría el Dr. Hoyos, me notificó que viajaría hoy a entregar para regresarse el miércoles "sin ninguna responsabilidad". Desde ese momento empecé a solicitar comunicación telefónica con Pto. Berrío, sin haberla podido obtener todavía. Lamento positivamente la precipitación del doctor Abad en presentar una nueva renuncia, pero no hay más remedio que aceptarla; ya es la segunda y no es recomendable que los empleados mantengan el ánimo de retirarse y exijan el reemplazo perentorio. Lamento, digo, esta renuncia intempestiva porque nos forza (sic) a exigir la de don Pedro a enviar quien le reciba, aunque no sea experto en el manejo de la circular 110, pues el señor Rodríguez posiblemente hablará de capitalizar como un triunfo propio el retiro de Abad. Desde que conocí la carta del señor Rodríguez para el señor Abad había solicitado a nuestra oficina de Bogotá que nos gestionara la consecución de un contador, y el sábado después de nuestra conversación telefónica puse un marconi urgiendo, pero conseguir contador bueno y entrenado en contabilidad oficial es muy difícil. Atentamente, (fdo.) LEON LONDOÑO".

La conclusión a que lleva, como puede observarse, es muy distinta a las pretensiones del recurrente.

e) Se observa que los documentos que en este literal cita el recurrente, posiciones del Gerente (fl. 34 del segundo cuaderno) y declaración del mismo (fl. 36 vuelto del cuaderno principal), apenas confirman, que Abad Escobar presentó varias veces renuncia del cargo, "la primera en una especie de telegrama circular, que mandó él a las oficinas de Bogotá y Medellín", que tuvo algunas diferencias con empleados, y que se le manifestó que no tuviera actuaciones frente a la Interventoria, precisamente para evitar conflictos.

f) Por último, tampoco de la carta que en este literal se cita, se desprende forma despectiva alguna de la Gerencia para calificar las instrucciones de la Administración; no podría afirmarse lo mismo de la carta de folio 55, del Administrador que no tiene la cortesía debida del empleado que se dirige al superior jerárquico.

No aparece demostrado el error de hecho evidente acusado, por el contrario, las pruebas llevan al convencimiento de una reiterada voluntad de retirarse del cargo por parte del Administrador, sin insinuación alguna en igual sentido de la sociedad, contenida en los documentos que, además sugieren que toda recomendación o sugerencia para un mejor entendimiento en el desarrollo de las actividades de la empresa eran interpretadas por Abad Escobar como un desconocimiento de sus atribuciones. El incumplimiento por parte de la firma Hoyos, Bernal y Cía. Ltda. para dar vigencia a la condición resolutoria, no aparece demostrado y, en consecuencia, no existe en el caso la violación del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, único precepto bien traído a la acusación por el recurrente. El cargo no prospera.

Tercer cargo. — "Finalmente, acuso la sentencia recurrida por haber violado, por interpretación errónea las normas contenidas en los artículos 3º, 4º, 491 y 492 del C. S. del T.

"Resulta indudable que el Legislador no quiso referirse a las situaciones excepcionales de los trabajadores de ciertas obras, en las cuales se

configura el contrato de trabajo por encima de la relación simple de derecho administrativo.

"Por ello no derogó expresamente las normas que en favor de los trabajadores oficiales consagran la Ley 6ª de 1945 y los Decretos 2127 de 1945 y 2158 de 1948 (art. 2º).

"Lo que el Legislador quiso decir fué que no se aplican las disposiciones de los Decretos 2663 y 3743 de 1950 a los trabajadores oficiales en general y esta interpretación es la aceptada y lógica para no perjudicar casos excepcionales regidos por normas que no fueron expresamente derogadas".

Se considera:

Para resolver el planteamiento del cargo, es pertinente la jurisprudencia de la Corte contenida en la sentencia proferida en el juicio de Juan A. Bayuelo contra Winston — Montilla — Montilla de 24 de agosto del corriente año, en cuyos apartes se expresó:

"Es incuestionable entonces (independientemente de toda discusión relativa a determinar sobre quién pesa la obligación de pagar las prestaciones e indemnizaciones demandadas, que es la materia que plantea y preocupa al recurrente) que según el régimen jurídico colombiano el demandante, por haber prestado sus servicios en una obra contratada por Administración delegada, tuvo el carácter de trabajador oficial, y que como con acierto lo aceptó el ad quem, los derechos prestacionales e indemnizatorios que pudieron causarse en razón de su contrato de trabajo 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, el Decreto 2127 del mismo año, las leyes 64 y 65 de 1946 y demás disposiciones sobre la materia que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha que entró a regir el Código Sustantivo y que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales que, como el demandante, se entiende estuvieron ligados a la Administración por un contrato laboral... ... ...

"Por su parte el Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año en lo relativo al contrato individual de trabajo, en su artículo 4º advirtió "que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental y Municipal no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma". Es decir, que de acuerdo con esta norma reglamentaria los trabajadores oficiales quedaron divididos en cuanto al régimen de sus relaciones de trabajo con la Administración, en dos grandes grupos: Uno, sometido en lo general a las normas propias y especiales del derecho público, y otro por vía de excepción, quedó gobernado también en lo general por las normas de los trabajadores particulares bajo el entendimiento o supuesto legal de que el vínculo ha de calificarse como de contrato de trabajo. Como el demandante Insignares fué contratado para trabajar en la construcción de una obra pública, su vínculo con la Administración encaja dentro del segundo grupo, o sea, que le era aplicable el régimen de los trabajadores particulares en razón de la ficción legal explicada.

"Pero la situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, prevista en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar "las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo del Trabajo, oficiales y particulares", según lo dice su artículo 3º excluyó expresamente de su régimen. "Las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de Ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...", las cuales se regularán "por los estatutos especiales que posteriormente se dicten" (artículo 4º ibidem) y mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual de trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del artículo 492 ibidem, pues solo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código en cuanto se refieren "al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares" y "al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores" (artículo 491 ibidem). (G. J. LXXXII Nos. 2174 y 2175 bis, página 1150).

Por las razones transcritas, el cargo no prospera.

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 de 21 de julio de 1955 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el juicio de Salvador Abad Escobar contra la Nación, que es motivo 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 Constain — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE COBRO DE UNAS PRESTACIONES SOCIALES

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E. quince de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Sergio Antonio Iburo).

Rafael Cárdenas Soto, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado 5º del Trabajo de Medellín, al comerciante en estado de quiebra Pedro Gómez Ballesteros, demanda extensiva a la masa de acreedores de la quiebra representado por su Síndico Emilio López Salazar, a fin de que fuese condenado el demandado, al pago de las sumas que se probaran por los siguientes conceptos:

Cesantía, primas de servicio, salarios debidos violación del contrato presuntivo de trabajo, días feriados civiles y religiosos y "salarios caídos"; en subsidio del presuntivo, condenación por preaviso y, si no fuere probada la cuantía del salario, condena con base en el jornal mínimo de dos pesos diarios.

Adujo los siguientes hechos:

Que Pedro Gómez Ballesteros tuvo o tiene en Medellín, una empresa de transportes denominada "Santa Bárbara" encargada de movilizar carga y pasajeros, entre Medellín, el Municipio de Santa Bárbara y el Puente de La Pintada y demás poblaciones intermedias; que Gómez Ballesteros fué declarado en quiebra por el Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín y separado, en consecuencia, de la administración de sus bienes que quedaron al cuidado del Síndico de la quiebra, Emilio López Salazar; que Cárdenas Soto trabajó al servicio de Gómez Ballesteros, como administrador de la nombrada empresa, entre el 10 de febrero de 1955 y el 28 de mayo del mismo año, laborando de las siete de la mañana a las seis de la tarde, incluídos los domingos en que se dedicaba a visitar las oficinas de Santa Bárbara y La Pintada sin recibir doble salario ni descanso compensatorio; que Gómez Ballesteros y Cárdenas Soto, convinieron en que éste devengara una mensualidad de $ 300.00 suelde que nunca le pudo pagar el demandado debido a su mala situación económica que condujo precisamente a la declaratoria de quiebra; que a raíz de esta declaratoria, Cárdenas Soto fué despedido sin previo aviso y sin justa causa, cuando no había terminado el período presuntivo de su contrato verbal de tiempo indefinido; que Cárdenas Soto no recibió primas de servicio, ni auxilio de cesantía, valores que por los anteriores conceptos se le deben, de la misma manera que los perjuicios correspondientes al lucro cesante.

En el mismo escrito solicitó la práctica de una serie de pruebas entre las cuales menciona la absolución de posiciones del demandado Gómez Ballesteros.

Admitida la demanda, se ordenó correr el traslado al Síndico de la Quiebra y a Gómez Ballesteros, siendo contestada únicamente por el último.

Agotada la tramitación, el Juez del conocimiento produjo fallo condenatorio contra la quiebra de Pedro Gómez Ballesteros, representada por el Síndico de ella, Emilio López Salazar, por la cantidad de once pesos ($ 11.00) por auxilio de cesantía, y por concepto de indemnización por mora a dos pesos ($ 2.00) por día a partir del 2 de noviembre de 1955, hasta el día en que se verifique el pago. Declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado Gómez Ballesteros y absolvió a la quiebra de los demás cargos formulados en el escrito inicial.

Para el a quo, Gómez Ballesteros carece de capacidad procesal para comparecer en juicio por haber sido separado por providencia judicial de la administración de sus bienes y aunque contestó el traslado, su respuesta no se puede tener en cuenta y menos podía absolver posiciones; en consecuencia, no aceptó probado el salario devengado y por eso tuvo en cuenta el salario mínimo que rige en estos casos; no condenó al pago de prima de servicios porque "no laboró el mínimo de tres (3) meses en el respectivo semestre"; no encontró demostrado que se le debieran salarios ni la violación de la duración presuntiva del contrato, ni el trabajo en los días de descanso.

Apelada la anterior providencia por el demandante, fué decidido el recurso por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en sentencia de 8 de Marzo de 1956, que confirma el fallo en todas sus partes al encontrar, como lo halló el a quo, que Gómez Ballesteros por estar separado

de la administración de sus bienes, carece de personería sustantiva por faltarle la capacidad procesal para actuar en el negocio y como tal su confesión no vale. El mismo demandante recurrió en casación, que al serle concedido y luego de recibir la tramitación de rigor se va a decidir, previo el estudio de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

La demanda de casación

Persigúe la casación parcial del fallo recurrido, para que la Corte convertida en Tribunal de instancia, acceda a todos y cada uno de los pedimentos de la demanda inicial y se condene en costas a la demandada.

Con base en la primera causal del artículo 87 del C. de P. L. presenta tres cargos; mas se observa que el segundo es complementario del primero, por lo cual se expondrán uno a continuación de otro para decidirlos conjuntamente.

Primer cargo. — Acusa violación de los artículos 593, 595, 606 y 607 del C. J. y 1757 del C. C. y como consecuencia la violación igualmente de los artículos 27, 57 en su ordinal 4o, 149 y 492 del C. S. del T. y de los Decretos Extraordinarios 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950, violaciones indirectas por la errónea interpretación de algunas pruebas y la no apreciación de otras.

Como mal apreciadas cita la contestación de la demanda y las posiciones absueltas por Gómez Ballesteros, según las cuales confiesa, que la remuneración acordada entre demandante y demandado, para el primero como administrador, fué de $ 300.00 mensuales y que en la diligencia de inspección ocular y en los libros examinados se constató que el demandante recibió en distintas ocasiones préstamos del patrono y que el 20 de mayo de 1955, se le dio a cuenta del sueldo la suma de $ 300.00.

Y agrega: "Dispone el artículo 593 del C. J. que las sentencias deberán ser acordes con las pruebas de la demanda y la defensa. El artículo 595 ibidem, que los hechos negativos no se prueban. Los artículos 606 y 607 del mismo C. de P. S. dan valor de plena prueba a la confesión que hagan las partes, bien directamente, ora por intermedio de sus representantes o apoderados. Las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que se citaron como violadas establecen la obligación patronal de remunerar todo trabajo personal, pagando el jornal estipulado, en las condiciones y periodos y lugares acordados, con la expresa prohibición de retener, deducir o compensar sumas algunas de tales salarios. Según el artículo 492 del C. S. del T. quedan vigentes las normas sobre salario mínimo que precisamente regulan los decretos extraordinarios 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950". Que en el caso del recurso, el sentenciador no apreció correctamente las pruebas enumeradas e impuso el salario mínimo, no obstante la prueba de confesión sobre la cuantía del salario devengado por el demandante, tanto de Gómez Ballesteros como del Síndico de la quiebra, según lo reconoce expresamente el fallador y sin embargo, adopta una conclusión inexplicable. Que ninguna disposición legal declara incapaz al quebrado sino simplemente lo separa de la administración de sus bienes; pero aún aceptando la tesis de la incapacidad sostenida por el Tribunal en relación con Gómez Ballesteros, no se explica el rechazo de la adhesión expresa a la misma confesión hecha por el Síndico de la quiebra.

Como pruebas no apreciadas vuelve a señalar las posiciones absueltas que obran a los folios 21 y 22 del expediente, para sostener que el Tribunal debió tenerlas en cuenta y darles el valor de plena prueba, con lo cual no habría incurrido en el error de computar el salario con base en el mínimo legal, sino que habría aceptado que fué de $ 300.00 mensuales.

Segundo cargo. — Con las violaciones anotadas en el primer cargo, el Seccional incurrió en la violación indirecta de los artículos 172, 179 y 186 referentes a trabajos en domingos, 249 y 253, relacionados con auxilio de cesantía, 306 que impone el pago de la prima de servicios, y 65 sobre indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, preceptos todos del C. S. del T. Que a tales violaciones llegó el sentenciador, al incurrir en error de hecho proveniente de la equivocada apreciación de las mismas pruebas citadas en el primer cargo: contestación de la demanda, posiciones absueltas por Gómez Ballesteros e inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento.

Se considera:

La decisión en el fallo recurrido, parte de que "La confesión o mejor la aceptación de algunos cargos hecha por el demandado Gómez, no tiene influencia en este juicio, por no provenir de parte legítima", y a esa conclusión llegó al aceptar, como lo hizo el a quo la carencia de personería sustantiva de Gómez una vez que había sido separado de la administración de sus negocios, en virtud de la quiebra declarada judicialmente, y que

le trajo como consecuencia, la falta de capacidad procesal para actuar en el negocio, capacidad conferida a la masa de la quiebra, representada por su Síndico según los términos del Decreto 750 de 1940.

Mas este soporte sobre el cual descansa el fallo no está combatido en el recurso en los dos cargos que se consideran, ya que no se demuestra en ellos que en realidad Gómez, contra lo expresado por el ad quem, sí fuera parte en el juicio, punto de partida indispensable para un avance en las consideraciones presentadas, que descansan o parten de este supuesto, según se desprende de las distintas normas sustantivas acusadas. En efecto, tanto las normas del Procesal Civil, como las sustantivas del Código del Trabajo, que acusa violadas, dicen relación a la manera de aceptar las pruebas en juicio y a las obligaciones concretas del patrono en el pago de los salarios y de las prestaciones, pero en el supuesto de una acción instaurada, cuyo procedimiento en lo que se refiera a las partes trabadas en la litis, no haya sido estimado falso. Porque el recurrente, acusa la no apreciación de la contestación de la demanda y de las posiciones absueltas, mas la Corte observa que sí fueron tenidas en cuenta, sólo que para el ad quam esa "aceptación de algunos cargos", en esas pruebas aducidas, "no tienen influencia en el juicio por no provenir de parte legítima", apreciación que debió ser la rebatida por el recurrente con análisis de los preceptos pertinentes, sobre todo del Decreto 750 de 1940, llevado en apoyo de la decisión.

Ni puede argüirse, que el doctor Emilio López Salazar, Síndico de la quiebra, y designado también como apoderado de Gómez prohijó el escrito de contestación, y que en consecuencia, hay que aceptar tal contestación como de parte legítima, porque como lo observa el ad quem, según tal documento que suscribe el Síndico Lopez Salazar en señal de aceptación del poder especial que allí se le confiere, "el contrato se desarrolló al servicio de la denominada Flota Santa Bárbara Ltda. contra la cual no se ha propuesto acción en este juicio", fundamento que se tuvo en cuenta para el fallo, el cual tampoco se desvirtúa en el recurso.

Queda sólo la inspección ocular estimada como mal apreciada, pues según el recurrente en ella se establece que el mes último de servicio percibió Cárdenas Soto, la suma de $ 300.00 a cuenta de su sueldo, y en distintas ocasiones préstamos del patrono y retiros personales de fondos. Pero si esto es verdad, no es toda la verdad de lo constatado en dicha diligencia que debe ser valorada en todo su contenido, pues el ad quem encontró, y ésta es la completa realidad de lo establecido en la prueba comentada, que no aparece salario pactado, ni de las cantidades que presenta como percibidas por Cárdenas Soto en una u otra forma, puede deducirse que el sueldo fuera de $ 300.00 mensuales, y en estas circunstancias, la inspección ocular por sí sola no sería suficiente para hacer descansar sobre ella la rectificación impetrada. Los cargos no prosperan.

Tercer cargo. — Acusa la violación indirecta del artículo 65 del C. S. del T. al incurrir en error de hecho proveniente de la equivocada apreciación de las confesiones producidas en la contestación de la demanda y en las posiciones absueltas, así como de la inspección ocular, pruebas con las cuales se demostró el sueldo devengado, el no pago de las prestaciones sin causa justificativa, y el último día de trabajo, que si hubiera tenido en cuenta el fallador no habría producido la condena de indemnización por mora en los términos en que fué concedida.

Se considera:

Uno de los preceptos acusados en el segundo cargo, es el artículo 65 del C. S. del T. que se indica también como violado en este tercer cargo por el mismo concepto. Mas ya se expresó al resolver los dos anteriores, que el recurrente no demuestra que la apreciación del ad quem acerca de la capacidad procesal de Gómez, que le fue negada, fuese errónea, para sobre la base de las pruebas que en calidad de parte produjo, entrar al análisis de las normas especiales acusadas. No demostrada, por las razones que se adujeron para los dos primeros cargos, la mensualidad que se dijo pactada, no hay base para una condena por mora según esa cuantía. Mas la Sala observa, que el Tribunal Seccional confirmó en todas sus partes el fallo del a quo, que condenó a la indemnización por mora a razón de $ 2.00 por día, a partir del 2 de noviembre de 1956, fecha en que se produjo la notificación de la demanda, cuando según los términos del artículo 65 invocado, debe ser la fecha de terminación del contrato, que se ha demostrado fue el 30 de mayo del mismo año. En este sentido habrá de producirse la reforma; en consecuencia, por este aspecto el cargo prospera.

En mérito de todo 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Seccional

del Trabajo de Medellín, de 6 de marzo de 1956, proferida en el juicio ordinario laboral seguido por Rafael Cárdenas Soto, contra Pedro Gómez Ballesteros como quebrado y contra la masa de la quiebra del mismo, representada por el Síndico de ella Emilio López Salazar, en cuanto confirmó la del a quo que condena al pago de la indemnización por mora a partir del 2 de noviembre de 1955, y en su lugar, y reformando la de primer grado condena a la masa de la quiebra de Pedro Gómez Ballesteros, representada por su Síndico, Emilio López Salazar, a reconocer y pagar, por concepto de indemnización por mora y en favor del trabajador Rafael Cárdenas Soto, la suma que resulte a partir del 20 de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, a razón de $ 2.00 por día hasta la fecha en que se verifique el pago. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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.

CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO. — SUS CARACTERISTICAS. — CONCEPTO DE FAMILIA PARA LOS EFECTOS DE ESTA CLASE DE CONTRATOS.

El artículo 89 del C. S. T. registra la presencia de los tres elementos esenciales de todo contrato de trabajo, esto es, la prestación personal de servicios, la dependencia y la remuneración, si bien respecto del segundo el fenómeno de la subordinación ofrece las modalidades propias de la labor que regula, y en la que se relaciona con el primero, la norma requiere habitualidad y extiende su operancia a los casos en que el servicio personal se preste con ayuda de miembros de la familia del trabajador. El punto de definir, es el de qué debe entenderse por "familia", para los efectos de saber cuándo la ayuda de determinada o determinadas personas conserva o destruye, según el caso, la figura laboral en examen, por pertenecer o no quien efectúa esa ayuda al núcleo familiar del trabajador, esto es, por ser miembro como dice la norma, o no de la familia de la persona que presta habitualmente a un patrono sus servicios remunerados en su propio domicilio.

En otras palabras, se trata de precisar qué debe entenderse por familia para los efectos laborales del contrato de trabajo a domicilio.

El Código Sustantivo del Trabajo no define a la familia. El Código Civil tampoco contiene esa definición. Sin embargo, uno y otro regulan situaciones que la contemplan o que se refieren a sus intereses o a los de sus miembros o a las actividades de personas cuyos nexos atañen al denominado derecho de familia. Así por ejemplo, el estatuto civil se ocupa del parentesco, en sus vínculos de consanguinidad y de afinidad; la adopción; de las tutelas, del orden sucesoral; de los alimentos y de otras figuras en que la sangre o la ley generan una comunidad doméstica sometida a una autoridad, u obligan a dispensarle un tratamiento que sólo alcanza a explicarse por consideraciones de índole semejante. A su vez, el Código de Trabajo, en distintas oportunidades y para diversos efectos, alude a la industria familiar, a los viajes del trabajador y de su familia, a los miembros de ésta, etc. pero sin ofrecer en ninguna de sus reglas los elementos de hecho que delimiten el concepto de familia, o que permitan definirla en razón de la naturaleza de los vínculos que existan entre las personas que la integran, o de la extensión por grados o por líneas de los mismos, o en virtud de la clase de comunidad que esas personas constituyan, o de cualquier otro factor o complejo de factores.

En defecto de una definición por la ley precisaría acudir al sentido natural y obvio de la palabra, según el uso general, como lo impone el conocido principio de hermenéutica. Conforme a este criterio, se entendería por familia, restringidamente, el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; y en sentido más amplio, esa misma comunidad integrada por todas las personas que se hallen unidas en parentesco. Sin embargo, en lo que toca con éste conviene recordar que él puede fundarse en los lazos de la sangre, legítimos o ilegítimos; en los provenientes, por afinidad del matrimonio, y aún en el puramente civil resultante del prohijamiento o adopción. Cabe agregar todavía que, en punto a líneas y grados, el uso general carece de precisión, poseyendo sobre el particular un sentimiento más que un concepto. Por último el diccionario de la Academia, en alguna de sus acepciones, incorpora en ese núcleo social a los criados de quien asume la autoridad de señor, en otras lo conforma por la sangre y por la convivencia y a veces hasta lo refiere a alguna condición en común. De todo ello resulta que no existen, ni en la ley ni en el uso, términos precisos para el concepto en estudio.

Sin embargo, hay en el derecho como varias reglamentaciones que se ostentan delimitadas primordialmente por las vinculaciones de familia, como la consagratoria del orden sucesoral y la impositiva de las obligaciones alimentarias, y del criterio que la informa puede valerse la Corte, en ausen-

cia de todo otro, para los efectos de la definición que ahora se le reclama. Integran, en consecuencia, la familia: el cónyuge, los ascendientes y los descendientes, sean legítimos o naturales, los hijos adoptivos y los padres adoptantes, los colaterales hasta el cuarto grado y por consideraciones de registro constante en diversas figuras, los afines hasta el segundo. Para soluciones particulares importará además, atender a las circunstancias que de modo expreso reclame la ley, como cuando exige la convivencia para la materia de los gastos de transporte (regla 8ª del artículo 57 del CST); o cuando restringe la comunidad doméstica al jefe de familia su cónyuge y sus descendientes en la industria puramente familiar (artículo 223 CST); o reduce al segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad la vinculación familiar para los efectos de la pérdida del derecho de cesantía, por delito contra los parientes del patrono (artículo 250 del CST). Pero el marco general lo establecen aquellos nexos en los términos expresados, los cuales por una parte, evitan las ampliaciones excesivas y descartan por otra las relaciones que no se conforman según el derecho del trabajo con la realidad contemporánea, como las anacrónicamente denominadas de amos y criados.

En la figura del trabajo a domicilio debe anotarse que el precepto legal registra la labor del miembro de la familia como una "ayuda" para la persona que presta habitualmente sus servicios al patrono. Quiere decir lo anterior que entre aquellos no existe contrato alguno ni de aprendizaje ni de ninguna otra clase, sino asistencia auxilio o concurso prestado por el motivo familiar que impone el nexo de sangre o de ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E. diez y seis de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: doctor Juan Benavides Patrón.)

Ana Forero de Fresneda demandó por medio de apoderado a la sociedad Zamudio & Vásquez, representada por su Gerente, para que se la condenara a pagarle distintas cantidades de dinero por los conceptos de cesantía, vacaciones, reajuste de primas, remuneración de trabajo en días de descanso, calzado y delantales e indemnización por mora en la satisfacción de sus prestaciones sociales.

Según el libelo, la señora de Fresneda fue contratada verbalmente por el señor Hernando Vásquez, el día 14 de marzo de 1945, para que le prestara sus servicios personales como obrera de sastrería; la demandante trabajó continuamente en la forma y desde la fecha indicadas hasta el día en que se constituyó la sociedad Zamudio y Vásquez, en el año de 1948, de la que formó parte el segundo de los nombrados; desde entonces hasta el 4 de septiembre de 1954 sirvió en el mismo oficio para la sociedad demandada; le pagaban cuatro pesos por cada pantalón cosido, la obra la ejecutaba en su casa de habitación, es decir, era trabajadora a domicilio, ganándose mensualmente un promedio de noventa pesos, sin incluir el valor de los descansos dominicales y demás festivos obligatorios; el 4 de septiembre anteñicho la trabajadora tuvo que renunciar porque su patrono no cumplía con la obligación de pagarle los descansos ni las prestaciones que se causaban por la ejecución del contrato de trabajo, como tampoco se los ha pagado hasta el momento de su demanda.

El demandado negó en lo fundamental los hechos anteriores afirmando que la trabajadora prestó sus servicios en forma discontinua y recibiendo una remuneración de $ 60.00 mensuales en promedio y que se negó a recibir una suma apreciable que estuvo dispuesto a darle, a pesar de ser superior a la que estaba legalmente obligado.

Tramitada la controversia el Juzgado Tercero del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató declarando probada de oficio la excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción. Su consideración de fondo fue la de que la señora de Fresneda no ejecutaba la labor sola o con la ayuda de personas de su familia sino con la de extraños, por lo que no se configuró una relación de trabajo a domicilio protegida por la legislación especial. Por apelación del apoderado de la demandante subió el negocio al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá entidad que confirmó el fallo de primera instancia, en el suyo de 14 de febrero de 1956.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de la demandante y habiéndosele concedido, admitido y tramitado en legal forma se va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

La Demanda de Casación

Persigue el quebrantamiento del fallo del a-quem

para que, en su lugar, se condene al demandado "al pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho la trabajadora, a la remuneración del descanso en días domingos y festivos, a la entrega en especie de calzado y delantales a que tiene derecho y a la indemnización por mora hasta la fecha en que se consignó lo que el demandado estimó deber".

Para estos efectos acusa la sentencia de violar directamente el artículo 24 del C. S. T.; por interpretación errónea el artículo 89 de la misma obra: e indirectamente los artículos 172, 173, 174, 176, 177, 178, 186, 192, 249, 306, 231 y 65 del dicho estatuto, por error de hecho en la apreciación del testimonio de la señora Bárbara Forero de Vargas.

En desarrollo de estas impugnaciones el recurrente explica que la primera violación (la del artículo 24 del CST) obedeció a que los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta la presunción que dicho precepto establece, "máxime cuando los demandados ni siquiera negaron la relación laboral toda vez que consignaron lo que creyeron deber, confesaron en posiciones, y en la contestación de la demanda solamente manifestaron que se trataba de labores intermitentes". Agrega el acusador que en eso influyó notablemente la interpretación que el Tribunal dio al testimonio de la mencionada Forero de Vargas, del cual dedujo que la promotora del juicio era "un simple intermediario" a quien no podía reconocer prestaciones por no estar establecido su salario real ya que la discípula declarante tenía una remuneración.

La interpretación errónea del artículo 89 del CST. la predica de que el *ad-quem*, obrando con un criterio exegético, consideró que para que se configure el contrato de trabajo a domicilio es esencial que las labores se desarrollen personalmente por el trabajador o con la ayuda de los miembros de su familia, entendiendo por ésta el grupo de personas que se encuentran ligadas por vínculos sanguíneos, sin reparar en que ese término no solamente comprende a tales personas sino a las que tienen parentesco civil, a las que viven bajo un mismo techo, a las que integran una comunidad religiosa, escolar, etc. y en general a todo grupo donde se establece una jerarquía de obediencia, respeto y temor reverencial. Agrega que en este sentido nada más lógico que considerar como de la familia de la trabajadora de autos a la declarante, toda vez que las relaciones existentes entre ellas eran la de maestra y discípula, sin que ésta tuviera remuneración alguna por las pequeñas e intrascendentes labores que ejecutaba en ayuda de aquélla. En seguida arguye que lo que le ocurrió al Tribunal fue que confundió el aposelado que hay entre quien enseña y quien aprende y el contrato de aprendizaje establecido por el Código Sustantivo, explicando que esas situaciones son absolutamente diferentes, pues en la primera la enseñanza es gratuita, como cuando ese servicio lo presta el Estado, o es onerosa, como cuando el discípulo paga al maestro los servicios de la enseñanza, mientras que en la segunda el alumno necesariamente tiene que estar vinculado a una empresa en la que predomina el criterio de explotación económica, o a un patrono determinado, siempre con una remuneración y con miras a aprovechar la capacidad de trabajo del aprendiz mientras recibe la enseñanza, o posteriormente, una vez que se haya especializado en el oficio que se le enseñó. De tal manera —concluye— que no estando probado que la señora Forero de Fresneda fuera una empresaria o una trabajadora completamente independiente debe aceptarse que estaba vinculada con el demandado por contrato de trabajo de la modalidad a domicilio, sin que pueda catalogársela en otra distinta, como la de intermediaria, porque no se acreditó que la declarante recibiera remuneración alguna por parte de su maestra.

En lo que se refiere a la mala apreciación del testimonio de Bárbara Forero de Vargas, que el acusador estima íntimamente relacionada con la errónea interpretación anterior, el cargo sostiene que para el Tribunal la declarante estaba vinculada con la promotora del juicio por un contrato de aprendizaje, pero que del texto de esa declaración lo único que se desprende es que se trataba de una discípula con funciones que no desvirtúan la responsabilidad personal de la demandante en la ejecución de su labor al servicio del demandado; que la señora de Vargas no declaró cuánto le pagaba en dinero o en especie la señora de Fresneda, esto es, no se estableció el salario que debía devengar la aprendiz, si se tratara del contrato de aprendizaje del artículo 81 del CST; que la declarante en ninguna parte manifestó que sus servicios fueran remunerados y no podía concluirse que entre ellos hubiese un contrato de trabajo; que, además, la trabajadora estuvo enseñando a la declarante durante más de seis meses y el contrato de aprendizaje no puede, sin determinados requisitos, sobrepasar ese lapso, y que, por último, tampoco establece esa declaración que la señora de Fresneda fuese una empresaria o trabajadora independiente.

De las disposiciones que la demanda presenta como violadas en forma indirecta, el cargo explica la necesidad de señalarlas para los efectos de las causadas, en caso de que sea casada la sentencia recurrida, como lo solicita.

Por su parte, el opositor replica que del testim

nio que el cargo pretende mal apreciado no puede deducirse que la señora de Fresneda estuviese unida a su representado por contrato laboral, ya que no aparecen los elementos del artículo 23 del CST; que cuando la declarante afirma que la obra era realizada en compañía de personas extrañas a la familia de la trabajadora está negando que fuese realizada por ella misma y con la necesaria dependencia respecto del pretendido patrono; y que, en todo caso, la estimación de la prueba referida estuvo ajustada al criterio racional del *ad-quem*, invulnerable en el presente recurso extraordinario cuando falta la evidencia o notoriedad del error.

Se considera:

El cargo plantea el estudio de varias violaciones por conceptos incompatibles que no pueden ocurrir en la forma como los aduce el recurrente. Pues si la equivocación del Tribunal se produjo por la vía directa primeramente indicada, en razón de su ignorancia del artículo 24 del CST o de su rebeldía contra el mandato del mismo, o por equivocado entendimiento del texto 89 de la dicha obra, con independencia de toda cuestión de hecho, como lo requieren los caminos escogidos para esas acusaciones, tales errores no pueden atribuirse simultáneamente a la defectuosa apreciación de la prueba testimonial de que se ocupa la demanda de casación en su última parte, desplazando el examen a una situación probatoria que inicialmente se daba como no sujeta a controversia.

Con todo, al separar convenientemente los asuntos propuestos, resulta:

No es cierto que el sentenciador hubiese desconocido la existencia del artículo 24 del CST o se hubiese rebelado contra su mandato, que son las ocurrencias que generan la infracción directa de la ley sustantiva. Lo acontecido fue que instaurada la litis sobre la afirmación de que la señora Forero de Fresneda "era trabajadora a domicilio" (libelo inicial de folio 3 del expediente) y orientada la actividad probatoria al establecimiento de los elementos de hecho que configuran esa vinculación específica, el fallador encontró modalidades en la prestación del servicio que desvirtuaban la presunción del artículo 24 del CST y que en últimas ni siquiera permitieron regularla o considerarla contemplada por el ordenamiento 89 de la misma obra. En lo anterior no existe el vicio acusado, sino consideración de otras pruebas que destruyeron la presunción que inicialmente favorecía a la demandante.

La acusación por interpretación errónea del artículo 89 del CST se hace consistir en que el Tribunal entendió "que en el trabajo a domicilio" "es de esencia de esta peculiar modalidad contractual" que "la labor sea personalmente realizada por el trabajador e solamente con la ayuda de miembros de su familia", considerando así mismo que en el caso de autos, de ésta no formaba parte la señora Forero de Vargas, ayudante o aprendiz de la pretendida trabajadora a domicilio, señora Forero de Fresneda, por no tener vínculo de parentesco con la misma. Y para el recurrente, por "familia" debe entenderse no solo el grupo de personas vinculadas por los tales nexos de parentesco sino el que integran quienes viven bajo un mismo techo "donde se establece una jerarquía de obediencia, respeto y temor reverencial".

La Sala observa que los autos no registran —ni el recurrente propone una demostración adecuada sobre el particular— que la señora Forero de Vargas se hallase, respecto de la promotora del juicio, en las circunstancias de hecho que, en su concepto, definen el mencionado núcleo familiar. En este punto lo que la acusación intenta establecer es que aquella era una discípula sin remuneración de la segunda, contra la apreciación probatoria del *ad-quem* relativa a un contrato de aprendizaje entre ambas. Pero en ninguno de los dos supuestos se ostentaría el elemento de la convivencia bajo un mismo techo, que ofrece la propia interpretación del recurrente.

Con todo, al adelantar el estudio del tema propuesto, en el plano del puro entendimiento del precepto que lo regula aparece:

El artículo 89 del Código Sustantivo del Trabajo estatuye:

"Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono".

Este precepto registra la presencia de los tres elementos esenciales de todo contrato de trabajo, esto es, la prestación personal de servicios, la dependencia y la remuneración, si bien respecto del segundo el fenómeno de la subordinación ofrece las modalidades propias de la labor que regula, y en lo que se relaciona con el primero, la norma requiere habitualidad y extiende su operancia a los casos en que el servicio personal se preste con ayuda de miembros de la familia del trabajador. El punto a definir, puesto que los demás factores no son materia de controversia actual, es el de que debe entenderse por 'familia', para los efectos de saber cuándo la ayuda de determinada o determinadas personas conserva o destruye, según el caso, la figura laboral en examen, por pertenecer o no quien efectúa esa ayuda al núcleo familiar del trabajador, esto es, por ser miembro, como dice la norma, o nó, de la familia de la persona que presta habitualmen-

le a un patrono sus servicios remunerados en su propio domicilio.

En otras palabras, se trata de precisar qué debe entenderse por familia para los efectos laborales del contrato de trabajo a domicilio.

El Código Sustantivo del Trabajo no define a la familia. El Código Civil tampoco contiene esa definición. Sin embargo, uno y otro regulan situaciones que la contemplan o que se refieren a sus intereses o a los de sus miembros o a las actividades de personas cuyos nexos atañen al denominado derecho de familia. Así, por ejemplo, el estatuto civil se ocupa del parentesco, en sus vínculos de consanguinidad y de afinidad; de la adopción; de las tutelas; del orden sucesoral; de los alimentos y de otras figuras en que la sangre o la ley generan una comunidad doméstica sometida a una autoridad, u obligua a dispensarle un tratamiento que sólo alcanza a explicarse por consideraciones de índole semejante. A su vez, el Código de Trabajo en distintas oportunidades y para diversos efectos, alude a la industria familiar, a los viajes del trabajador y de su familia, a los miembros de ésta, etc., pero sin ofrecer en ninguna de sus reglas los elementos de hecho que delimiten el concepto de familia, o que permitan definirla en razón de la naturaleza de los vínculos que existan entre las personas que la integran, o de la extensión por grados o por líneas de los mismos, o en virtud de la clase de comunidad que esas personas constituyan, o de cualquier otro factor o complejo de factores.

En defecto de una definición por la ley precisaría acudir al sentido natural y obvio de la palabra, según el uso general, como lo impone el conocido principio de hermenéutica. Conforme a ese criterio, se entendería por familia, restringidamente, el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; y, en sentido más amplio, esa misma comunidad integrada por todas las personas que se hallen unidas en parentesco. Sin embargo, en lo que toca con éste conviene recordar que él puede fundarse en los lazos de la sangre, legítimos o ilegítimos; en los provenientes, por afinidad, del matrimonio, y aún en el puramente civil resultante del prohijamiento o adopción. Cabe agregar todavía que, en punto a líneas y grados, el uso general carece de precisión poseyendo sobre el particular un sentimiento más que un concepto. Por último el diccionario de la Academia, en alguna de sus acepciones, incorpora en ese núcleo social a los criados de quien ostenta la autoridad de señor, en otras lo conforma por la sangre y por la convivencia y a veces hasta lo refiere a alguna condición en común. De todo ello resulta que no existen, ni en la ley ni en el uso, términos precisos para el concepto en e tudio.

Sin embargo ,hay en el derecho común varias r glamentaciones que se ostentan delimitadas primo dialmente por las vinculaciones de familia, como consagratoria del orden sucesoral y la impositiv de las obligaciones alimentarias, y del criterio q las informa puede valerse la Corte, en ausencia todo otro, para los efectos de la definición que ah ra se le reclama. Integran, en consecuencia, la f milia: el cónyuge, los ascendientes y los descendie tes, sean legítimos o naturales, los hijos adoptiv y los padres adoptantes, los colaterales hasta cuarto grado y, por consideraciones de regist constante en diversas figuras, los afines hasta segundo. Para soluciones particulares importar además, atender a las circunstancias que de mo expreso reclame la ley, como cuando exige la co vivencia para la materia de los gastos de transpo te (regla 8ª del artículo 57 del CST); o cuando re tringe la comunidad doméstica al jefe de famili su cónyuge y sus descendientes en la industria p rimente familiar (artículo 223 del CST); o redu al segundo grado de consanguinidad y primero afinidad la vinculación familiar para los efect de la pérdida del derecho de cesantía, por deli contra los parientes del patrono (artículo 250 d CST). Pero el marco general lo establecen aquell nexos en los términos expresados, los cuales, p una parte, evitan las ampliaciones excesivas y de cartan, por otra, las relaciones que no se confo man según el derecho del trabajo con la realid contemporánea, como las arcaicamente denom nadas de amos y criados.

En la figura del trabajo a domicilio debe anota se que el precepto legal registra la labor del mie bro de la familia como una 'ayuda' para la pers na que presta habitualmente sus servicios al p trono. Quiere decir lo anterior que entre aquellos existe contrato alguno ni de aprendizaje ni de n una otra clase, sino asistencia, auxilio o concur prestado por el motivo familiar que impone el r xo de sangre o de ley.

En el caso de autos la señora de Vargas no ter —según su propia afirmación, los entendimient de las partes y el del faliador- vínculo alguno c la señora de Fresneda de la naturaleza señalada la presente exposición jurisprudencial. No proce por lo tanto la prosperidad del cargo, pues aunc el Tribunal no tuvo la misma inteligencia del p cepto examinado, la alegada por el recurrente t poco responde a la que la Corte señala como v dadera. Por último, resulta innecesario examir la cuestión probatoria desde el punto de vista

propone la parte final de la demanda extraordinaria, pues aprendiz o discípula, con remuneración o nó, la señora de Vargas no formaba parte de la familia de la promotora del juicio, por no existir entre ellas los vínculos indicados.

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 objeto del presente recurso.

Sin costas.

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.*

EN EL SISTEMA PROCESAL VIGENTE, EL RECURSO DE CASACION SOLO PROCEDE CUANDO LA CUANTIA DEL JUICIO LO PERMITE, NO CUANDO LA DECISION DE SEGUNDO GRADO CONTENGA CUESTIONES JURIDICAS DE INTERES, COMO OCURRIA SISTEMA ANTERIOR.

En el sistema de la Ley 75 de 1945 (numeral 6º del artículo 3º) que por primera vez reglamentó en Colombia la casación laboral, este recurso extraordinario procedía contra las sentencias proferidas por los Tribunales Seccionales del Trabajo en juicios cuya cuantía excediera de $ 1.000.00; o en todos los juicios, cuandoquiera que la decisión implicara "cuestiones fundamentales de principios en el derecho del Trabajo". Pero a partir de la vigencia del Decreto-ley 2158 de 1948 u Código de Procedimiento Laboral (artículo 86), el recurso de casación se restringió, determinándose solamente en razón de la cuantía del juicio, la que debe ser superior a $ 3.000.- (hoy $ 4.000.-: artículo 9º del Decreto-ley 1762 de 1956), o superior a $ 10.000.- para la casación PER SALTUM. Por esto resulta sin fundamento la pretensión de que se conceda el recurso de casación para discutir ante la Corte cuestiones de derecho, porque se invoca una razón que no contempla el sistema procesal vigente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, veintidos de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Antonio Constaín)

El doctor Luis Carlos Obando, apoderado judicial de Benicio Salazar Restrepo, ocurre de hecho ante la Corte para que se le conceda el recurso de casación que interpuso contra la sentencia de 9 de agosto del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Manizales —Sala Laboral—, en el juicio que contra el recurrente adelantó Carmen Tulia Ortiz.

El Tribunal de Manizales consideró que no era procedente el recurso de casación porque la cuantía del negocio no ascendía a la suma de $ 4.000.00, de acuerdo con el valor concreto que a cada una de las peticiones le fue fijada en la demanda inicial.

Según lo expresa el Tribunal en su auto de 23 del mismo mes de agosto, el apoderado de Salazar Restrepo solicitó reposición de la negativa, expresando que la intención que tuvo al interponer el recurso fue la "de defender ante el superior y de consiguiente alegar en casación sobre puntos de derecho", pues considera "que para efectos de conceder el referido recurso de casación, no es necesario tener en consideración la cuantía de la demanda".

El Tribunal no accedió a reponer su proveído por estimar que "Cualquiera que sea la calidad o naturaleza de las alegaciones o fundamentos de casación, es lo cierto que para que sea visible (sic) el recurso, la cuantía del juicio está determinada en una cifra mínima de cuatro mil pesos".

Al sustentar el recurso de hecho ante la Corte el procurador judicial del demandado, dice: "No hay duda de que si se tiene en cuenta la cuantía en el negocio objeto del recurso de hecho, que motiva esta solicitud, la negativa del inferior estaría bien fundada. Pero se trata Señor Presidente, de definir en casación puntos de derecho tales como la prueba allegada al juicio mencionado, consistente en la declaración de renta y complementarios presentada al plenario por el demandado Salazar Restrepo, para saber hasta dónde puede éste estar exonerado del reconocimiento y pago de prestaciones sociales, según el capital en juego; y se trata también, de acuerdo con la jurisprudencia de esa alta corporación, de si los llamados salarios caídos se deben pagar a partir del último fallo, como ha venido sosteniendo, o desde la fecha del lanzamiento del trabajador. Si lo primero, entonces la obligación correría a partir del fallo de segunda instancia, o sea el nueve de agosto del año en curso si lo segundo, después de contestada la demanda".

Se considera:

En el sistema de la Ley 75 de 1945 (numeral 6º del artículo 3º) que por primera vez reglamentó en Colombia la casación laboral, este recurso extra-

linario procedía contra las sentecias proferidas por s Tribunales Seccionales del Trabajo en juicios uya cuantía excediera de $ 1.000.00; o en todos los uicios, cuandoquiera que la decisión implicara cuestiones fundamentales de principios en el de-echo del Trabajo". Pero a partir de la vigencia del ecreto-Ley 2158 de 1948 o Código de Procedimien-o Laboral (artículo 86), el recurso de casación se estringió, determinándose solamente en razón de a cuantía del juicio, la que debe ser superior a $ .000.00 (hoy $ 4.000.00) artículo 9º del Decreto ey 1762 de 1956, o superior a $ 10.000.00 para la asación *per saltum*. Por esto resulta sin fundamen-o la pretensión del recurrente, quien no obstante econocer que la negativa del Seccional por el as-ecto de la cuantía es inobjetable, insiste en que se e conceda el recurso de casación para discutir an-e la Corte cuestiones de derecho, es decir, invoca na razón que no contempla el sistema procesal igente.

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 Benicio Salazar Restrepo contra la sentencia de 9 de agosto del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio que contra el recurrente adelantó Carmen Tulia Ortiz.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior de Manizales para que conste en autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese.

Miguel Antonio Constaín. — Enrique Arboleda Durán. — Juan Benavides Patrón. — Sergio Antonio Ruano. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRORROGA DEL CONTRATO DE TIEMPO INDEFINIDO POR CONTINUAR EL TRABAJADOR PRESTANDO SUS SERVICIOS CON EL CONSENTIMIENTO TACITO DEL PATRONO, DESPUES DE EXPIRADO EL PLAZO PRESUNTIVO.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintitres de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: doctor Enrique Arámbula Durán)

Mario Madrid Malo, por medio de apoderado, demandó a Leonidas Lara e Hijos Ltda., sociedad comercial con domicilio en Bogotá, ante el Juzgado 4º del Circulo Judicial del Trabajo de la misma ciudad, para que se la condenara a pagar las siguientes sumas: $ 4.439,26 valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo de dicho contrato de trabajo (5 meses y 22 días); $ 538.28 por razón de las vacaciones y primas de servicio; además del año emergente proveniente de la ruptura unilateral del contrato de trabajo y que se condenase subsidiariamente a la sociedad demandada a pagarle al actor la suma correspondiente al período del preaviso o desahucio, previsto en la cláusula de reserva del contrato de trabajo celebrado entre las partes, con las modificaciones estatuidas en el Decreto Legislativo Nº 116 de 1954.

Refiere el libelo los siguientes hechos: 1º) Mario Madrid Malo entró al servicio de Leonidas Lara e Hijos Ltda., el día 9 de febrero de 1953, en virtud del contrato de trabajo celebrado entre ellos en la misma fecha. 2º) El contrato celebrado por tiempo indefinido, fue prorrogándose por plazos de 6 meses y la nueva prórroga cubría el período comprendido entre el 9 de febrero y el 8 de agosto de 1955. 3º) El 10 de febrero de 1955, recibió el trabajador una comunicación de la empresa en la cual se le daba aviso de no renovar el contrato aludido. 4º) La notificación lleva fecha 18 de enero, y el actor no fue notificado de su contenido sino el 10 de febrero de 1955. 5º El trabajador continuó prestando sus servicios a la empresa después de terminado el plazo presuntivo que vencía el 8 de febrero, con la aquiescencia de la compañía. 6º) Tal hecho, al tenor de lo establecido en el C. S. del T., produjo tácitamente la prórroga del contrato existente entre las partes, en las mismas condiciones y con el mismo plazo. 7º) Las vacaciones y las primas de servicio fueron pagadas en su oportunidad, pero no se liquidaron tomando como base el sueldo devengado por el demandante. 8º) Por este concepto, la entidad demandada retiene en su poder las sumas correspondientes que dejó de recibir el trabajador, si dichas vacaciones y primas se hubieran calculado teniendo en cuenta el salario real devengado por él.

En derecho citó las siguientes normas legales: Arts. 22, 45, 47, 48, 49, 64, y demás disposiciones concordantes del C. S. del T., y Arts. 5º, 12, 51, 70 y pertinentes del C. P. del T.

El apoderado del demandado contestó los hechos así: admitió como cierto el primero; del segundo afirmó que es una cuestión de derecho y negó los demás.

Tramitada la litis, el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, en fallo de fecha 22 de mayo de 1956, la decidió condenando a la sociedad demandada Leonidas Lara e Hijos Ltda., representada legalmente por el señor Rómulo Lara Borrero, a pagar al actor a partir de la ejecutoria de dicha providencia las siguientes sumas: $ 4.351.62 por concepto de presuntivo (daño emergente y lucro cesante), y el 50% de las costas causadas en la primera instancia. Absolvió a la sociedad demandada de las demás peticiones del libelo.

Apelada esta providencia por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en fallo de fecha julio 12 de 1956 revocó la sentencia de a-quo y en su lugar absolvió a la demandada de todos los cargos que le fueron formulados y condenó a la parte demandante al pago de las costas de primera y segunda instancia.

Contra esta última providencia interpuso recurso de casación el apoderado del trabajador, el que concedido y tramitado legalmente, pasa a decidirse mediante el examen de la respectiva demanda y de su contestación.

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente a que sea casada la sentencia "en cuanto absolvió a la demandada sociedad LEONIDAS LARA E HIJOS de la obligación

indemnizar al actor, Marín Madrid Malo, por la terminación unilateral del contrato de trabajo, cuando faltaban cinco meses y veintiocho días para el vencimiento del plazo del contrato; y para que aquélla sea condenada al pago referido, como lo hizo el Juez de 1ª instancia".

Motivos de Casación

Invoca la causal 1ª del art. 87 del Código de Procedimiento Laboral. Acusa la sentencia de ser violatoria "por aplicación indebida, del Art. 64 del Código Sustantivo del Trabajo, infracción indirecta en que incurrió el fallador, por haber cometido error de hecho manifiesto en la estimación y en la falta de apreciación de algunas pruebas, que singularizaré en seguida. Por la misma vía indirecta y el mismo concepto, se violó el artículo 4º del C. S. del T.".

Manifiesta el impugnador que al folio 15 del cuaderno principal obra la carta de fecha 18 de enero de 1955, dirigida por la demandada al actor, en la que le notifica que su contrato de trabajo finaliza el 8 de febrero del mismo año; dice que el sentenciador dio a este documento un valor probatorio de que carece, puesto que, emanado de parte interesada en alegarlo como prueba, "mal puede esgrimirse" contra el actor; anota que es un evidente error de hecho considerar y admitir su autenticidad y añade que "El propio fallador acepta que NO se probó que Madrid Malo recibiera esa comunicación antes del 9 de febrero de 1955; transcribe parte de la sentencia en que tal circunstancia se afirma y luego examina las pruebas que sustentan el fallo del ad-quem. Es así como se refiere a las siguientes: a) Los recibos de los folios 7 y 16, expedidos después de la terminación del vínculo laboral, en los cuales el actor hace la salvedad de que "se reserva el derecho de reclamar sobre prestaciones tales como vacaciones, primas y aún respecto del preaviso"; alega que el Tribunal valoró estas pruebas contra el actor "porque éste no hizo reserva sobre presuntivo", y dice que esto no tiene importancia porque "Con reserva o sin ella, los trabajadores suelen reclamar sus derechos", destacando además el principio de irrenunciabilidad de los mismos y el hecho de que tales recibos suelen ser confeccionados por los patronos "en forma maliciosa e injurídica"; b) Respecto al documento del folio 38, explica que el certificado, cuya obligatoriedad para los patronos consagra la ley, es prueba, según el ad-quem, de que el contrato de trabajo finalizó el 8 de febrero de 1955, no obstante haber aceptado que Madrid Malo laboró hasta el 10 de febrero del año en cita, contradicción ésta que patentiza el manifiesto error de hecho acusado; c) El documento del folio 37, en que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales informa al Juzgado que la empresa avisó la salida del trabajador "con fecha 8 de febrero de 1955", acerca del cual expresa el recurrente que no es prueba de que el aviso se dió en esa fecha; d) La nota o comunicación interna de fecha 9 de febrero de 1955, dirigida por el actor a Talleres Lorena Ltda., en la cual les manifiesta las instrucciones recibidas de don Rómulo Lara, Director de la empresa y acerca de la cual afirma el impugnador: "El Juzgador dice que no está probado que don Rómulo Lara hubiera dado instrucciones para tal comunicación; que ésta no expresa "exactamtamente" las instrucciones del Gerente. Esto lo presenta como prueba de que el contrato de trabajo fue terminado el 8 de febrero de 1955. Hay error de hecho, evidente y craso, al vincular esta circunstancia a una prueba contra el actor. El hecho cierto, que no destacó el juzgador, es el de que la redacción de la nota es prueba plena de que Madrid Malo sí trabajó para la demandada después del 8 de febrero de 1955"; e) La prueba de posiciones (fls. 41 a 47), acerca de la cual dice el recurrente: "El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al decidir la controversia por el fallo recurrido, escoge como prueba contra el actor, la confesión de éste, consistente en que niega haber recibido la comunicación de despido antes del 10 de febrero de 1955, pero sí admite que fue notificado el despido. Del hecho de que se le hubiera informado que el contrato de trabajo terminaba el 8 de febrero de 1955, el fallador deduce que fue una notificación hecha a Madrid Malo de que en esa fecha se terminaría definitivamente el dicho contrato de trabajo"; agrega que constituye manifiesto error de hecho haber apreciado la prueba de posiciones, tomando "de ella apenas algunas partes, sin estimarla en su conjunto, de modo indivisible."; f) Las declaraciones de José Rodríguez (folios 24 a 28), Jaime Borrero (folios 28 a 31) y Ligia Corredor (folios 58 a 61), acerca de las cuales sostiene que prueban plenamente "y así lo acepta el fallador", que el demandante prestó sus servicios a la empresa "durante los días 9 y 10 de febrero de 1955; que la comunicación interna Nº 1, folios 8 y 9 del c. 1º, fue elaborada después del 8 de febrero de 1955; que el sentido de ésta es favorecer los intereses de la empresa, por cuanto tiende a mejor el funcionamiento de ésta". Finalmente el impugnador manifiesta que constituye error evidente del Tribunal "no estimar las pruebas relacionadas y singularizadas, a pesar de haberles aceptado su plenitud, como demostración de la pró-

rroga del contrato y de que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente el día 10 de febrero de 1955, por parte del patrono".

El opositor hace reparos técnicos a la demanda de casación porque el recurrente acusa el fallo de ser violatorio del art. 64 del C. S. T. por los conceptos de aplicación indebida o infracción indirecta a través de errores de hecho; anota que en el caso sub-lite el fallador se abstuvo de dar aplicación al artículo 64 citado, por considerar que no aparece demostrado el incumplimiento contractual, razón por la cual no puede hablarse de indebida aplicación del mismo; refiriéndose al ataque por infracción indirecta, observa que para que ésta pueda prosperar es indispensable que los errores de hechos aparezcan de modo manifiesto y sean demostrados, nada de lo cual hace el recurrente; sostiene que "no hay error cuando el Juzgador forma su convencimiento con base en unas pruebas y con prescindencia de otras, pues no está sujeto a la tarifa legal." Al referirse a las comunicaciones del ICSS. y de la Cía. Colombiana de Seguros sobre retiro del actor, dice que el recurrente las impugna por indebidamente producidas, por no estar reconocidas en su contenido y firma, acusando error de hecho, cuando lo que ha debido indicar es error de derecho; termina solicitando la desestimación de la demanda por no ser idónea, y la no infirmación del fallo impugnado.

Se considera:

Aunque en la presentación del cargo el recurrente plantea acusaciones por aplicación indebida e infracción indirecta, ambas las relaciona con la cuestión probatoria, ya que señala errores de hecho en la apreciación de las pruebas, y es a través de este concepto como desarrolla el ataque. Por tanto el reparo del opositor no alcanza a invalidar por el aspecto técnico la demanda de casación.

El sentenciador parte de la base de que al folio 15 del expediente obra la nota de 18 de enero de 1955, por medio de la cual la empresa notifica al demandante que a partir del 9 de febrero del mismo año prescindía de sus servicios, y aun cuando acepta como evidente "que no se probó que hubiera recibido la nota en mención, días antes del vencimiento de su contrato de trabajo o el mismo día en que éste se venció", estima que existen otras probanzas que llevan a su ánimo "la creencia de que la demandada sí tuvo la intención de no prorrogar el contrato de trabajo, con posterioridad al 8 de febrero de 1955". Tales con las posiciones absueltas por el trabajador y algunos documentos suscritos por él, todo lo cual pasa a examinarse: dice el ad-quem que el actor, al contestar la posición 9ª, confiesa que recibió el valor de las prestaciones adeudadas; que en los documentos de los folios 16 y 17, suscritos por él, sólo se reserva el derecho de reclamar "sobre liquidación de primas, vacaciones y preaviso", y que en el del fl. 38, en el cual se hacen constar los servicios prestados a la empresa "desde el día 9 de febrero de 1953 hasta el 8 de febrero del corriente año", el trabajador firma y expresa: "RECIBI el original que encuentro conforme"; alude también a la absolución de la 2ª y 3ª preguntas del cuadro de posiciones, en las cuales el actor acepta que Eduardo Gómez, empleado de la empresa, le manifestó el 12 de enero de 1955 que el Jefe de Personal le hacía saber que el contrato vencía el 8 de febrero, invitándole a que renunciara, y que Hugo Torres, empleado también de la demandada, lo llamó por teléfono para avisarle que tenía una nota de la Sección de Personal, respondiéndole que se la hiciera llegar al lugar donde trabajaba; destaca la nota del I. C. S. S. al Juez 4º del Trabajo, en la cual se lee: "nos permitimos informar a Ud. que la empresa Leonidas Lara e Hijos avisó salida del trabajador Mario Madrid Malo, con fecha 8 de febrero de 1955; analiza las declaraciones de José Rodríguez, Jaime Borrero Vargas y Lígia Corredor y afirma: "En todo caso no existe ninguna duda sobre la circunstancia de haber trabajado el demandante en la entidad Lorena Ltda. y en su carácter de visitador enviado por la demandada, el día 9 y de parte de la mañana del día diez de febrero de 1955", pero arguye que no aparece en el expediente la prueba que demuestra que la circular o comunicación interna elaborada el 9 de febrero de 1955 por Madrid Malo, en ejercicio de sus funciones de empleado de la demandada (folios 8 y 9), "hubiera tenido por causa una orden del Gerente de la empresa, señor Rómulo Lara" y que por tanto contuviera instrucciones por él impartidas. Todas las anteriores probanzas llevaron al Tribunal a considerar que el trabajador "fue noticiado de que su contrato vencía el 8 de febrero de 1955 y que, por ello la condena por tiempo faltante del presuntivo era improcedente y debía revocarse, como en efecto lo hizo.

Al examinar los argumentos de los falladores se advierte que disienten en cuanto a la terminación del vínculo contractual, precisamente por la opuesta estimación respecto de la prueba documental.

Al folio 6 del expediente obra el contrato de trabajo pactado por tiempo indefinido, en el que aparece la cláusula de reserva acordada para terminar unilateralmente el vínculo, de la cual, como afirma el a-quo, no se hizo uso por parte de la empresa en el caso sub-lite. El artículo 43 del C.

del T. expresa que el contrato de tiempo indefinido "se entiende prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis (6) en seis (6) meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono con su consentimiento expreso o tácito después de la expiración del plazo presuntivo".

Advierte la Sala que existe evidente contradicción entre la conclusión del ad-quem y su propio planteamiento, pues si da como acreditado que el trabajador no fue avisado oportuna y debidamente del vencimiento de su contrato y que continuó laborando después de la expiración del plazo presuntivo, esto es, los días 9 y 10 de febrero, no puede llegar a la creencia de que la empresa tuvo intención de no prorrogar el vínculo contractual y aún más, de que el demandante "fue noticiado de que su contrato vencía el 8 de febrero de 195". Porque de las respuestas dadas por el actor en posiciones, de la circunstancia de que no se hubiera probado que la circular por él elaborada contuviera exactamente una orden del Gerente y de la omisión en reservarse el derecho a reclamar la indemnización del presuntivo, no puede desprenderse que el trabajador hubiera sido notificado oportunamente del vencimiento de su contrato laboral. Ante las manifestaciones que le hicieran dos empleados de la firma, uno de los cuales le sugería la renuncia, Madrid Malo insistía en que le enviaran la nota anunciada para cerciorarse de su contenido, lo cual era obvio, pues deseaba salir de la duda que para él entrañaban las continuas llamadas y comunicaciones que se le hacían acerca de su destitución.

Cuanto a la reserva de derechos sociales que hace el trabajador en el documento del folio 16, la manifestación de hallarse conforme (folio 38), y la omisión acusada por el sentenciador, nada de esto le perjudica, ya que el principio de irrenunciabilidad de los derechos emanados del contrato lo ampara; tampoco pueden hacerse valer contra el actor las comunicaciones de la empresa al Instituto Colombiano de Seguros Sociales y a la Compañía de Seguros, pues tales notificaciones no demuestran que realmente hubiese terminado el vínculo laboral en la fecha que indican. Ahora bien: si como lo afirma el Tribunal, no existe prueba en el expediente de que la circular elaborada por Madrid Malo contuviera una orden del Gerente, tampoco se acreditó que fuera desautorizada por éste, pues el sólo expresa no habería conocido con anterioridad; además, con relación a la llamada urgente telefónica del señor Lara al demandante, a que alude la testigo Corredor (folios 59 y 60), nada puede afirmarse, pues el solicitado no tuvo ocasión de contestarla por hallarse ausente de la oficina.

Finalmente, la circunstancia de que la circular elaborada por el demandante se sacase en limpio por la Secretaría de la Sección y hubiese llegado oportunamente a su destino, sin que aparezca que el Gerente o Jefe de Personal impidiesen esta labor, constituye indicio vehemente de que Madrid Malo, después de vencido el plazo presuntivo legal, continuó laborando al menos con el asentimiento tácito de la empresa.

Aparece, pues, que no fue correctamente valorado el haz probatorio y que son evidentes los errores de hecho que el cargo señala sobre los cuales se apoya el fallo acusado. Con tales equivocaciones se violaron las normas indicadas, porque dejaron de aplicarse siendo pertinente hacerlo, por todo lo cual prospera el cargo y debe casarse la sentencia recurrida para que la Corte, en función de instancia, produzca la decisión que corresponde al caso debatido. De manera que, habiendo terminado el período de seis (6) meses el 8 de febrero de 1955, la vinculación subsiguiente del trabajador, iniciada el 9 de los mismos mes y año, debió regularse por el término presuntivo que establece el artículo 49 del C. S. T. Por tanto, conforme al artículo 64 ibídem, la empresa debe indemnizar los perjuicios causados al trabajador por la ruptura unilateral e ilegal del contrato, los que consisten en el pago del monto de los salarios faltantes a la terminación del último plazo presuntivo de ley, esto es, cinco meses y veintiocho días, conforme a la condena impartida por el Juez del conocimiento, sobre este extremo, la cual habrá de mantenerse.

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 absolvió a la parte demandada del pago del tiempo faltante para la terminación del plazo presuntivo legal y en cuanto condenó al actor en costas de primera y segunda instancia, y en su lugar CONFIRMA el fallo del Juez de primer grado en su memorial primero, aparte a.), en cuanto condenó a la empresa a pagar por concepto de presuntivo la suma de cuatro mil trescientos cincuenta y un pesos con sesenta y dos centavos M|l. ($ 4.351.62); y en su numeral tercero, en cuanto condena a la misma a pagar el

60% de las costas de la primera instancia. NO LA CASA en lo demás.

Costas en la segunda instancia y en el presente recurso a cargo de la demandada

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Coustain. — Enrique Arrubula Durán. — Juan Benavides Patrón. — Sergio Antonio Rueda. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LOS ASPECTOS ECONOMICOS DEL FALLO ARBITRAL ESCAPAN AL RECURSO DE HOMOLOGACION. — EN EL LAUDO ARBITRAL NO PUEDEN DECIDIRSE CUESTIONES JURIDICAS COMO ESTABLECER DETERMINADA PRUEBA, IMPONER A UNA PARTE LA RENUNCIA A LA CLAUSULA DE RESERVA, DETERMINAR EL CAPITAL DE LA EMPRESA O COMPENSAR LAS VACACIONES FUERA DE LAS NORMAS LEGALES, NI DARLE EFECTO RETROACTIVO AL LAUDO. — ALCANCE DEL LAUDO RESPECTO DE LA EMPRESA Y SUS AFILIADOS ACTUALES Y FUTUROS. — REDACCION DEL FALLO. — CAPITAL DE UNA EMPRESA.

1 — Los árbitros resolvieron darle a la parte resolutiva la forma de una convención colectiva. Y esto no aparece incorrecto, pues se ajusta a derecho por cuanto que, como lo expresa el artículo 461 del C. S. del T. el laudo arbitral asume el carácter de CONVENCION COLECTIVA respecto de las condiciones laborales decididas.

2 — Se sostiene la necesidad de diferenciar la sociedad de sus afiliados, en cuanto a la responsabilidad que pudiera caberles en las obligaciones emanadas de los contratos laborales. Mas como la empresa o "unidad de explotación económica", como la define el Código (art. 194), se constituyó en sociedad de responsabilidad limitada, una u otra, que para los efectos laborales es lo mismo, tiene su personero legal que en la tramitación de los conflictos colectivos, compete a la entidad y a sus miembros. Item más: si la cuestión se ve por el aspecto de la sociedad, se observa que por mandato legal expreso existe solidaridad de la sociedad y sus socios para responder por las obligaciones que emanen del contrato laboral, hasta la concurrencia del interés social de éstos. (Art. 36 CST.). Las actuaciones del Gerente, pues, obligan por igual a todos los miembros de la sociedad. Empero, considerando que la convención colectiva que el laudo implica aparece realizada entre un patrón o empresa y un sindicato, es obvio que el procurador de aquélla representó a sus afiliados en la discusión y finalmente en la decisión tomada por el Tribunal.

3 — En cuanto a la obligatoriedad del compromiso para los que se afilien a la sociedad con posterioridad al laudo, ello es procedente en virtud del fenómeno de adhesión, ante el cual tienen plena libertad de adoptar lo que les convenga.

4 — Aspectos de carácter estrictamente económico, que pudieran repercutir en las finanzas de la empresa, pero que no implican desconocimiento de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, son impropios o ajenos a las finalidades del recurso de homologación. Sobre este punto tiene formado definitivamente su criterio la Corte, mediante antecedentes ya considerados y decididos (fallo noviembre 3 de 1956).

5 — Conforme al texto claro del artículo 467 del C. S. del T. las convenciones colectivas, al fijar el alcance y condiciones de los contratos que regulan, tienen su vigencia con posterioridad a tales actos. Y resulta improcedente reglar en el laudo situaciones preexistentes a él, en virtud de la conservación del principio universalmente aceptado de la irretroactividad de las normas de derecho positivo.

6 — La finalidad propia de los fallos arbitrales se encamina a dirimir únicamente cuestiones de carácter económico surgidas entre las partes, como alza de salarios, consagración de prestaciones adicionales etc., razón por la cual los conflictos de tipo jurídico, son ajenos a la decisión arbitral. Ellos deben dirimirse por la jurisdicción especial del trabajo, de acuerdo con el mandato del artículo 2º del Código Procesal.

7 — Al imponer el laudo determinada probanza para acreditar el derecho al pago de las primas y vacaciones, viola abiertamente los artículos 51 y 61 del C. P. L. y por tanto, restringir derechos reconocidos a las partes.

8 — El artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introduci-

da por el Decreto Nº 616 de 1954, establece que en los contratos de tiempo indeterminado las partes pueden reservarse la facultad de terminarlos en cualquier tiempo, dando aviso a la otra con antelación no menor de 60 días y siempre que tales circunstancias consten por escrito.

Como se observa, la norma anterior consagra el mismo derecho a ambas partes para dar por terminado el contrato laboral en cualquier tiempo, por medio de la denominada cláusula de reserva, concurriendo las circunstancias que prevee el artículo. No obstante ser potestativo de los contratantes ejercer este derecho, no es lícito a ninguno de ellos, en la relación laboral, imponer al otro el renunciamiento de él. Si tal se hiciera, ello equivaldría a suprimir de manera unilateral a una de las partes el derecho o la facultad de optar, que consagra la norma que se viene examinando.

9 — Resulta insólito que el laudo ponga a la empresa a hacer declaraciones sobre su capital, por cuanto tal materia tiene su regulación en una norma legal, siendo por ello mismo ajena al compromiso.

10.—El art. 195 del C. S. del T. manda tener "por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior", esto es, el quantum gravable, liquidado el último año anterior por la competente oficina administrativa. Tal es el entendimiento que la jurisprudencia laboral ha dado a la citada norma y, en presencia de esta definición, le es vedado al intérprete conferirle otro alcance.

11. — Compensar en dinero las vacaciones, en caso de insuficiencia del personal trabajador, es quebrantar la regla contenida en el numeral 1º del art. 7º del Decreto Nº 617 de 1954, que modificó el art. 186 del C. S. del T. pues dicha norma no permite el pago de vacaciones a personal en servicio sino con previa autorización del Ministerio del Trabajo, en la forma y eventos allí contemplados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Arámbula Durán)

Contra el auto del 19 de septiembre del año en curso, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento convocado por Resolución número 001043 de 25 de julio anterior, emanado del Ministerio del Trabajo, para decidir el conflicto colectivo laboral surgido entre el Sindicato de Choferes y Trabajadores Asalariados de 'Transurbanos Cúcuta Ltda.' y la empresa del mismo nombre, el Doctor Fernando Gómez Rivera, en su condición de apoderado especial de ésta, interpuso oportunamente el recurso de homologación, admitido el cual, es objeto de decisión en la presente providencia.

ANTECEDENTES:

El día 29 de abril del año en curso el Presidente del Sindicato Sr. Luis F. Niño, presentó por ante el Inspector Nacional de Trabajo del Norte de Santander, al Gerente de la Sociedad 'Transurbanos Cúcuta Ltda.' un pliego de peticiones en forma de proyecto de convención colectiva, que obra a los folios 13 a 17 del expediente, constante de 55 puntos, distribuídos en seis capítulos intitulados así: "De las relaciones entre las partes", "De los Contratos Individuales de Trabajo", "De las prestaciones causadas y no pagadas aún", "De las prestaciones convencionales y demás", "De la Comisión de Conciliación y Arreglo" y "Disposiciones finales".

Durante los períodos de arreglo directo y conciliación, la empresa aceptó unos puntos y rechazó la mayoría, mas siendo imposible llegar a un completo entendimiento, las partes, de común acuerdo, finalizaron estos períodos, en virtud de lo cual el Ministerio del Trabajo, con base en el artículo 452 del C. S. del T. resolvió someter a arbitraje obligatorio el conflicto colectivo surgido, expidiendo al efecto la Resolución Nº 001043 antes citado. Ordenó en consecuencia la constitución de un Tribunal de Arbitramento para que decidiera "sobre los puntos a que se refiere el pliego de peticiones", sin afectar "derechos o facultades reconocidos por la Constitución, para las leyes o por normas convencionales vigentes".

El Tribunal quedó integrado así: el Dr. Jacinto Rómulo Villamizar Bonanconrt, en representación del Gobierno Nacional, el Dr. José Labelo Manjarrés, como vocero del Sindicato y el Doctor Víctor Chaustre Ramírez de parte de la empresa. Actuó como Secretario el señor Manuel Serrano Garzón. Después de agotadas las discusiones surgidas, el Tribunal profirió su laudo el 19 de septiembre del año en curso.

El Recurso

El Dr. Fernando Gómez Rivera, obrando como apoderado de la empresa "transurbanos Cúcuta Ltda.", al sustentar el recurso de homologación, presenta seis cargos contra el fallo arbitral, todos los cuales, por su brevedad, habrán de transcribirse.

En el examen y decisión, la Sala se atendrá a las cuestiones propuestas por el impugnador, a fin de determinar si el Tribunal de Arbitramento extralimitó el objeto para el cual fue convocado o se ciñó a él y, por otra parte, si respetó o nó los derechos de los interesados, reconocidos por la Constitución, la Ley o las normas convencionales vigentes, al tomar la decisión adoptada.

PRIMER CARGO

Aspecto formal de la parte resolutiva

Lo formula así el acusador: "La decisión arbitral en referencia no contiene, en su parte resolutiva, mandato alguno que imponga obligaciones. En efecto, el fallo se contrae a la simple inserción de las estipulaciones propuestas en la Convención Colectiva de Trabajo cuyo estudio y discusión motivaron la convocatoria del Tribunal de Arbitramento. La enotada circunstancia, que equivale a la omisión del requisito de obligatoriedad jurisdiccional, afecta el laudo homologado de nulidad sustancial que debe ser declarada".

Se considera:

El primer ataque al laudo recurrido se basa en la afirmación de que la parte resolutiva no expresa un mandamiento que pueda generar obligaciones para los comprometentes. Parece, pues, que el impugnador apoya la acusación en las exigencias contempladas en el art. 136 del C. P. del T., en relación con lo que dispone el art. 471 del C. J. Sin embargo, leyendo el texto de la resolución, esto es el articulado en general, se encuentran expresiones que indican de manera inequívoca los derechos y obligaciones a que las partes quedan sometidas durante la vigencia de la decisión arbitral. Por otro aspecto, lo que ocurre con el laudo que se examina, es que los árbitros decidieron darle a la parte resolutiva la forma de una convención colectiva. Y esto no aparece incorrecto, pues se ajusta a derecho por cuanto que, como lo expresa el artículo 461 del C. S. del T., el laudo arbitral asume el carácter de *convención colectiva* respecto de las condiciones laborales decididas. Finalmente se observa que el fallo, por medio del artículo 39, pone en vigencia la convención a partir de la fecha de notificación a las partes, hasta un lapso de diez y ocho meses.

Bastan estas razones para declarar la no prosperidad del primer cargo.

SEGUNDO CARGO

Responsabilidad de la Empresa y sus afiliados

La plantea así el impugnador: "Como por el artículo Primero de la Convención Colectiva de Trabajo se imponen obligaciones a cargo de personas que no intervinieron en el estudio y discusión de sus cláusulas, el fallo arbitral surge en violación de las normas consagradas por el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo. En efecto, no es justo ni legal vincular a los dueños de los vehículos afiliados a la empresa en contrato de administración delegada, personas éstas que nada tienen que ver en las relaciones laborales de la Empresa y sus trabajadores, ni están obligados a asumir una responsabilidad solidaria con relación a las obligaciones que incumben exclusivamente a la Empresa".

Se considera:

Alega el recurrente que el art. 1º de la Convención impone obligaciones a personas que no intervinieron en el estudio y discusión del laudo, esto es, a los propietarios de vehículos afiliados a la empresa, por lo cual estima violado el artículo 467 del C. S. del T.

Se advierte que este reparo fue hecho durante las discusiones llevada a cabo en el seno del Tribunal, por parte del árbitro de la empresa, quien sostuvo la necesidad de diferenciar la sociedad "Transurbanos Cúcuta Ltda." de sus afiliados, en cuanto a la responsabilidad que pudiera caberles en las obligaciones emanadas de los contratos laborales. Mas como la empresa o "unidad de explotación económica" como lo define el Código (artículo 194), se constituyó en sociedad de responsabilidad limitada, una u otra, que para los efectos laborales es lo mismo, tiene su personero legal que, en la tramitación de los conflictos colectivos, compromete a la entidad y a sus miembros. Item más: si la cuestión se ve por el aspecto de la sociedad, se observa que por mandato legal expreso existe solidaridad de la sociedad y sus socios para responder por las obligaciones que emanen del contrato laboral, hasta la concurrencia de interés social de éstos. (Artículo 36 C. S. T.). Las actuaciones del Gerente, pues, obligan por igual a todos los miembros de la sociedad. Empero, considerando, como en el presente ca-

se debe considerarse, que la convención colectiva que el laudo implica aparece realizada entre un patrón o empresa y un sindicato, es obvio que el procurador de aquélla representó a sus afiliados en la discusión y finalmente en la decisión tomada por el Tribunal. Y en cuanto a la obligatoriedad del compromiso para los que se afilien con posterioridad al laudo, ello es procedente en virtud del fenómeno de adhesión, ante el cual tienen plena libertad de aduplar lo que les convenga.

Los múltiples documentos que obran de autos indican, sin lugar a dudas, el fenómeno de asociación en empresa de todos los propietarios de vehículos automotores que la constituyeron con la empresa finalidad de explotar la rama del transporte público urbano. Y a través de todas y cada una de las actas que recogen las sesiones del Tribunal de arbitramento (folios 56 a 112), durante las cuales se practicaron pruebas y se discutieron y aprobaron los puntos del pliego de peticiones, se contempla el mismo fenómeno de asociación. En todas estas actuaciones, ya se trate de las instancias de arreglo directo, conciliación o arbitraje, el procurador de la empresa representó y actuó a nombre de ella y de sus asociados. Por tanto, al obligar el laudo a una y a otros, no viola el artículo 467 del C. S. del T. ni ninguna otra norma legal o constitucional.

Resulta improcedente el cargo y debe rechazarse.

TERCER CARGO

Las Cargas económicas impuestas

Lo formula así el recurrente: "El principio de coordinación económica y de equilibrio social que por el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo se consagra como base fundamental para la regulación de las relaciones entre patronos y trabajadores, resulta quebrantado mediante las onerosas cargas que se le imponen a la Empresa, en materia de salarios y prestaciones, cargas que no corresponden a la capacidad y condiciones económicas de la sociedad. En el Considerando Quinto del fallo, el Tribunal de Arbitramento afirma categóricamente que es necesario establecer en la Convención PRESTACIONES EXTRALEGALES, por cuanto el costo de la vida y el factor climatérico de Cúcuta son aspectos económico-sociales que deben ser contrarrestados directamente por la empresa, cuando en realidad de verdad, ello corresponde al Estado".

Se considera:

Acusando la violación del art. 1º del Código Sustantivo del Trabajo el ataque al laudo se formula por el aumento de salarios y la consagración de prestaciones que establece, lo que el impugnador considera que no guarda relación con la capacidad financiera de la empresa. Mas debe anotarse que estos aspectos de carácter estrictamente económico, que pudieran repercutir en las finanzas de la empresa, pero que no implican desconocimiento de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, son impropios o ajenos a las finalidades del recurso de homologación. Sobre este punto tiene formado definitivamente su criterio la Corte, mediante antecedentes ya considerados y decididos, por lo cual, en fallo de fecha 3 de noviembre de 1956, dijo: "Tiene decidido la jurisprudencia en materia laboral, de acuerdo con la doctrina de los tratadistas sobre la institución del arbitraje y con apoyo en las normas que regulan este fenómeno jurídico en la legislación colombiana, que las decisiones arbitrales cuando definan conflictos puramente económicos o de intereses, como es el caso de la fijación de salarios, escapan a la acción revisoria en el recurso de homologación, a menos que el Tribunal de Arbitramento haya incurrido en extralimitación de la cláusula compromisoria, del compromiso, del pliego de peticiones o del acto que ordenó la constitución del Tribunal Especial, en su caso, o que la decisión vulnere derechos reconocidos por la Constitución o las leyes o quebrante preceptos de orden público. Y esto, porque en tratándose de conflictos puramente "de intereses" en donde no se discuten derechos emanados directamente de la ley o del contrato, sino que buscan el reajuste de la situación económica de los trabajadores para atemperarla a las cambiantes exigencias sociales, creando para ello nuevos condicionamientos en la relación de trabajo o modificando los existentes, los árbitros no ejercen una jurisdicción de derecho sino de equidad, que sobre el previo examen de la realidad social y económica que afrontan las partes, deja la solución del conflicto al criterio de aquéllos con facultades amplísimas de decisión".

Con todo, examinando el aspecto que se viene estudiando, a través de las actuaciones del proceso se observa: tanto el árbitro del Gobierno como el del Sindicato (folio 62) solicitaron una inspección ocular a la contabilidad de la empresa, a fin de determinar cuestiones tan importantes como la que se relaciona con las utilidades que ésta perciba. A este respecto expresa el acta Nº 8 ,folio 63 lo siguiente: "El árbitro Villamizar Bateneourt interviene nuevamente en la discusión, y comienza declarando que su posición de árbitro en representación del Gobierno en nada le veda su calidad de hombre de estudio de los problemas laborales, y que

en el caso bajo jurisdicción del Tribunal de Arbitramento, el diferendo entre "Transurbanos de Cúcuta Ltda.", y sus trabajadores, hay la oportunidad de adentarse (sic) muy a fondo en los problemas sociales y en las dificultades económicas de las organizaciones del transporte. Vamos a ver si las reglamentaciones gubernamentales originarias del Ministerio de Fomento se han cumplido; si es una realidad el contrato de administración entre los afiliados de la empresa y la empresa misma; si los porcentajes que devengan los conductores corresponden primero: a las necesidades vitales que presenta el actual costo de las subsistencias; segundo: si la empresa, sus socios, sus afiliados, están obteniendo utilidades, y si la fijación de esas utilidades corresponden a un criterio técnico de la administración de los negocios, teniendo en cuenta que los capitales invertidos buscan una equitativa ganancia, y si en el ejercicio del transporte urbano se calculan depreciaciones de maquinaria, gastos de sostenimiento, reservas para nuevos equipos, etc. en fin, todas las condiciones que permitan establecer costos industriales; y por último, vamos a comprobar si los aumentos decretados por el Gobierno Nacional, y sobre los cuales viene insistiendo el Ministerio de Trabajo, han tenido obecedimiento (sic) en la 'Empresa'. De ahí mi insistencia cordial, agrega Villamizar Betancourt, en que se efectúe una inspección ocular a la gerencia de la sociedad "Transurbanos de Cúcuta Ltda".

Durante la diligencia de inspección ocular se presentaron planillas y documentos sobre ingresos y gastos de la empresa y además se recibieron testimonios muy detallados de funcionarios de ésta y de los trabajadores sindicalizados, encaminados todos ellos a ilustrar a los árbitros y a considerar si la entidad era susceptible de soportar las cargas que implican el aumento de salarios y el establecimiento de prestaciones a favor de los trabajadores. Del examen de tales pruebas se acreditó que del producido bruto diario de cada vehículo se paga al conductor un porcentaje que oscila entre el 18% y 20%, correspondiendo a algunos el 15%, que es el fijado por la empresa; que el árbitro de ésta solicitó y aceptó la fijación del 18%, pero el oficial propuso la nivelación al 20%, por motivos de equidad y por cuanto hay trabajadores que devengan este porcentaje, razón por la cual se aprobó.

En cuanto a prestaciones sociales y auxilios que contempla el Capítulo III del laudo impugnado y que el recurrente no individualiza en su ataque, se advierte que unos corresponden a derechos consagrados por la ley y otros obedecen a acuerdos, que fueron materia del pliego de peticiones elevado a la empresa y con cuyo pronunciamiento el Tribunal no violó precepto constitucional, ley o derecho adquirido algunos.

Sobre la forma reflexiva y prudente como obró el Tribunal cabe destacar los considerandos cuarto y quinto del fallo que a continuación se transcriben:

"*CUARTO CONSIDERANDO*: Estudio y análisis de la situación económica de la empresa. Fue motivo de estudio y consideración el estado económico de la empresa. Al efecto el Tribunal dispuso la práctica de una inspección ocular a los libros de la misma. De una somera consideración de tal prueba se extraen las siguientes conclusiones: a) La Empresa maneja determinadas cuentas, cobra determinadas contribuciones, administra determinados bienes, que son propiedad de la sociedad comercial de responsabilidad Ltda. Transurbanos Cúcuta Ltda. Pero no lleva una contabilidad de costos, una racional administración de su economía. Y principalmente, la Empresa no administra los vehículos afiliados directamente, sino que ha delegado, de hecho, tal administración en los afiliados. b) Como resultas de tal forma de administración no es fácil precisar con toda exactitud el estado económico actual de la Empresa, en su conjunto, ya que sólo tiene datos, y esos muy fraccionarios, de la economía de la sociedad, mas no de sus afiliados. c) Con todos, se puede apreciar que el estado económico de la Empresa no es, en manera alguna desesperado, ruinoso, o siquiera susceptible de temores. Parece, por lo contrario, una empresa de sólido presente económico, y con brillante provenir, (sic) si su organización, administración y contabilidad se llevara en forma racional, centralizada y bien dirigida. Por otra parte es obligación de la Empresa organizarse en la forma en que el Gobierno lo ha establecido, organización que si cumpliera le traería ingentes beneficios y utilidades. b) (sic) Se ha de tener en cuenta que el comercio a que se dedica la Empresa no tiene competidores en esta ciudad: de esta suerte la Empresa carece de los problemas y consiguientes erogaciones, que significa la presencia de competidores en sus rutas; c) (sic) Debe igualmente considerarse que la empresa tiene un número bastante inferior de vehículos a los que necesita el transporte urbano en la ciudad. Y puede por tanto, ensanchar operaciones que le traerían nuevos y jugosos beneficios; d) La Empresa, además de cubrir las rutas urbanas mantiene una línea de transporte con la República de Venezuela, lo que da una demostración perfecta del inmenso campo de acción que tiene la Empresa; e) Y por último debe tenerse en cuenta que la empresa no ha

demostrado la existencia de grandes pasivos a cargo de ella, por el contrario, todo da a entender que por cuanto hace al material rodante, la Empresa ha cubierto debidamente su capital. Con fundamento en las consideraciones que se dejan sucintamente relacionadas el Fallador Especial, procedió a aceptar algunas prestaciones que implican cargas para la economía de la Empresa. Pero al propio tiempo denegó otras prestaciones que podrían ser demasiado onerosas para la misma. Fue así como no aceptó el punto relativo mantener un plantel fijo de choferes supernumerarios y fue así también, como redujo algunas de las prestaciones solicitadas por el Sindicato, entre otras, la reducción del porcentaje bruto del 25% pedido por el Sindicato al 20% que es el decretado en este Fallo Arbitral. En suma, estima el Fallador Arbitral que las cargas impuestas por este Fallo a la Empresa no constituyen una carga excesiva o imposible de cumplir. Sino que, representa una erogación fácil de cumplir por parte de la Empresa y que ningún trastorno de orden económico puede acarrearle. *QUINTO CONSIDERANDO*: Análisis de la situación de los trabajadores. Con el ánimo de conocer la situación y condiciones de trabajo de los trabajadores de la Empresa el Tribunal practicó algunas pruebas como la de hacer un recorrido por las rutas de aquella e interrogar a los trabajadores sobre salario, horarios de trabajo, condiciones del servicio y en fin todo lo que contribuya a poner en claro la verdadera situación de los trabajadores de la Transurbanos Cúcuta Ltda. De la práctica de aquellas pruebas pudo el Tribunal adquirir la convicción de que la situación de los trabajadores de la empresa no es satisfactoria en cuanto hace relación a salarios, horario de trabajo y cumplimiento por parte de la Empresa de obligaciones que le impone la Ley laboral. Por ejemplo la Empresa carece de servicio médico ,no tiene reglamento interno de trabajo, ni reglamento de seguridad y salubridad industrial, ni botica para casos de urgencia, no tiene asegurado el personal, no paga las primas de servicio semestrales ni otorga vacaciones a sus trabajadores, no paga en la forma estipulada por la Ley los domingos trabajados en fin no cumple con obligaciones que toda Empresa o patrono está en la obligación de cumplir, porque se trata de obligaciones que emana de mandatos del Soberano que tiene carácter de orden público. Sólo la falta de normas legales coercitivas en manos de las autoridades administrativas explican la aberrante situación que se viene comentando, de que una Empresa con más de 80 trabajadores cerca de 80 buses de servicio urbano, etc, no cumpla las normas legales que protejen el trabajo en Colombia. Todo lo anterior demuestra irrefragablemente que la situación de los trabajadores de la empresa no era en manera alguna satisfactoria, sino que por el contrario carecían o carecen de la protección que les otorga la ley sustantiva laboral. Al estudio que precede sobre la situación de los trabajadores y sus relaciones con la Empresa, débese agregar la consideración de circunstancias de mucho peso, que influyeron de manera notable en la formación del convencimiento del Fallador Especial. Una de esas es la relativa al altísimo costo de la subsistencia en esta ciudad fronteriza, que por hecho de serlo, siente el influjo de las alzas de una de las monedas más altas y firmes del mundo, nos referimos a la moneda venezolana. La situación de Cúcuta, hace posible que sea esta ciudad la que muestra un índice de costos de vida más alto en el país, cosa que en realidad no exige explicación muy dispendiosa, pues es obvio que siendo ciudad fronteriza y con una moneda inferior a la venezolana, sea el mercado favorito de los compradores de la vecina república con el consiguiente alza de precios por la ley de la demanda. También se considera el hecho de que el clima cálido produce un desgaste humano mayor en el trabajador de una ciudad tórrida como Cúcuta. Por esto, el Tribunal consideró que era preciso elevar el salario y establecer algunas prestaciones extralegales. Aunque debe observarse desde ahora, que las prestaciones extralegales establecidas en esta conversación (sic) son muy pocas".

De lo anterior se infiere que el Tribunal, al impartir su decisión por el aspecto atacado, no excedió el límite de sus poderes ni afectó indebidamente la situación financiera de la empresa ni tampoco violó el principio de coordinación económica y equilibrio social que consagra el primer artículo del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, este ataque no prospera.

CUARTO CARGO

Los Conflictos Jurídicos

Lo expone así el recurrente: "Los aspectos que se mencionan en el artículo 18 de la Convención que dicen relación a situaciones anteriores, no son materia del pacto colectivo que, conforme a las normas del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo se refieren a las condiciones futuras de los respectivos contratos de trabajo. Lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento, en dicho artícu-

equivale a desconocer el principio de que la ley no tiene efecto retroactivo".

Se considera:

Expresa el artículo 18 de la parte resolutiva del laudo: "La Empresa procederá a pagar las dos primas de servicio correspondientes a mil novecientos cincuenta y seis (1956), en los quince (15) días siguientes a la vigencia de esta convención, a todos los trabajadores de ella. Para este efecto, el Sindicato pasará la lista de los trabajadores con el valor de cada una de las primas que les adeuda".

Durante la discusión de este punto (folios 80 y 81 del cuaderno principal) el árbitro de la empresa, Doctor Chaustre Ramírez, solicitó al Tribunal oyera el informe de un representante de ella, Sr. Luis Alfredo Contreras y, admitida tal solicitud, dicho funcionario informó "que esas primas estaban pagadas en un 90 por ciento, y si algunas se deben ello ocurre porque no todos han hecho sus cobros, quizás por ausencia, u otra circunstancia."

El Dr. Chaustre consideró inadmisible la incorporación de este punto a la Convención, por cuanto ésta iba a tener vigencia posterior y no era aceptable que se refiriera a casos pretéritos", agregando que "los interesados en cobrar las primas que se les pudieran adeudar tenían expedito el camino para formular sus cobros." El árbitro designado por el Sindicato, Doctor Lobulo, observó que la obligación al pago de las primas está consagrada en la ley laboral. Sometido a votación el punto discutido fue aprobado con salvamento de voto del árbitro de la empresa.

Se observa en primer lugar que la redacción del artículo 18 impugnado da a entender que la empresa adeuda a todos sus trabajadores las primas de servicio correspondientes a 1956 y, en consecuencia, ordena el pago por aquélla, previo el envío por el sindicato de la lista de los respectivos trabajadores. Mas habiéndose advertido por el representante de la empresa que la prestación citada había sido cancelada en un 90%, sin que tal afirmación hubiese sido replicada por la contraparte resulta arbitraria la obligación impuesta, ya que podría prestarse a un doble pago de las referidas primas, en virtud del texto del artículo que se examina, por lo la Sala que conforme al texto claro del art. 467 C. S. del T., las convenciones colectivas, al fijar alcance y condiciones de los contratos que regulan tienen su vigencia con posterioridad a tales actos. Y resulta improcedente reglar en el laudo situaciones preexistentes a él, en virtud de la consagración del principio universalmente aceptado de la irretroactividad de las normas de derecho positivo.

Por otro aspecto cabe advertir que la finalidad propia de los fallos arbitrales se encamina a dirimir únicamente cuestiones de carácter económico surgidas entre las partes, como alza de salarios, consagración de prestaciones adicionales etc., razón por la cual los conflictos de tipo jurídico, como el que implica el artículo acusado, son ajenos a la decisión arbitral. Ellos deben dirimirse por la jurisdicción especial del trabajo, de acuerdo con el mandato del artículo 2º del Código Procesal.

De manera que el artículo 18 del laudo no será objeto de homologación por la Corte. Y el hecho de dejar por fuera este aspecto del pliego no perjudica a los trabajadores que tengan sus créditos insolutos, porque, como se repite, es la jurisdicción del trabajo la que conoce y decide sobre esos derechos preexistentes.

Aun cuando el recurrente, en el cargo que se examina, no ataca el artículo 36 del laudo, que establece la prueba a producir para acreditar el derecho al pago de las primas, la Corte se ve precisada a examinar este aspecto y a rechazarlo, por cuanto él implica una clara violación de las reglas procesales probatorias que el Código de Procedimiento Laboral consagra en los artículos 51 y 61. Al imponer el laudo determinada probanza para acreditar el derecho al pago de las primas y vacaciones, viola abiertamente estas disposiciones y, por tanto, restringe derechos reconocidos a las partes.

Tiene razón el recurrente y se impone declarar la prosperidad del cargo.

QUINTO CARGO

Cláusula de Reserva

Lo precisa así el recurrente: "La prohibición establecida en el artículo 25 de la Convención Colectiva, sobre la cláusula de reserva en los contratos de trabajo, quebranta y viola los derechos reconocidos por el Decreto 616 de 1954, y, por consiguiente, este aspecto debe ser declarado inexequible".

Se considera:

El artículo 25 impugnado dispone: "La Empresa garantiza la estabilidad de todos sus trabajadores, los cuales no podrán ser despedidos sino por aquellas causas calificadas como justas por la ley. *No podrá estipularse la cláusula de reserva en los contratos individuales*". (Subrayó la Sala).

El artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introducida por el Decreto Nº 616 de 1954, establece que en los contratos de tiem-

po indeterminado las partes pueden reservarse la facultad de terminarlos en cualquier tiempo, dando aviso a la otra con antelación no menor de 45 días y siempre que tales circunstancias consten por escrito.

Como se observa, la norma anterior consagra el mismo derecho a ambas partes para dar por terminado el contrato laboral en cualquier tiempo, por medio de la denominada cláusula de reserva, con arreglo a las circunstancias que prevee el artículo. No obstante ser potestativo de los contratantes ejercer este derecho, no es lícito a ninguno de ellos, en la relación laboral, imponer al otro el renunciamiento de él. Si tal se hiciera, como lo hace el inciso final atacado, ello equivaldría a suprimir de manera unilateral a una de las partes el derecho o la facultad de optar, que consagra la norma que se viene examinando.

Siendo manifiesto el desconocimiento del derecho que entraña el establecimiento de la prohibición comentada, la Sala debe desecharla por ilegal.

Prospera el cargo y, en consecuencia, el inciso atacado será declarado inexequible.

SEXTO CARGO

Capital de la Empresa

Lo expresa así el impugnador: "Las normas que se establecen en el artículo 27 de la Convención Colectiva, en cuanto al capital de la Empresa, son demasiado confusas y deben ser suficientemente aclaradas, en el sentido de que el capital que debe tenerse en cuenta para efecto de las prestaciones e indemnizaciones laborales, es el capital social de la empresa, cuyo monto es de $ 170.000.00. Las pretensiones del Sindicato proponente, a este respecto, consisten en que se tenga como capital de la Empresa, el social declarado en la escritura de constitución, más el valor de los vehículos afiliados en contrato de administración delegada, con la intención de que las prestaciones correspondan a las establecidas para empresas con capital superior a $ 500.000.00".

Expresa la cláusula acusada: "La Empresa declara que su capital para efecto de las prestaciones sociales, convencionales y legales, y únicamente para tal efecto es el capital declarado por ella".

Se observa en primer término que resulta insólito que el laudo ponga a la Empresa a hacer declaraciones del género del que la cláusula impugnada contempla, por cuanto tal materia tiene su regulación en una norma legal, siendo por ello mismo ajena al compromiso.

Adviértese, en segundo lugar, como bien lo afirma el impugnador, que el artículo aparece confusamente redactado, y por tanto, no se alcanza a precisar su alcance. Si ha de entenderse para efectos de las deudas laborales, como capital de la Empresa, el declarado en la escritura de constitución, sumado al valor de los vehículos afiliados, tal ocurrencia quebrantaría lo dispuesto en el artículo 195 del C. S. del T., que manda entender "por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior", esto es, el *monto* gravable liquidado el último año anterior por la competente oficina administrativa. Tal es el entendimiento que la jurisprudencia laboral ha dado a la citada norma y, en presencia de esta definición, le es vedado al intérprete conferirle otro alcance.

Mas si lo que persigue el artículo impugnado es reproducir el ordenamiento del precepto legal, debe concluirse que él sobra.

De manera que como entraña cierta confusión que podría dar pábulo a conflictos posteriores lo cual pugna con la armonía y claridad que debe ostentar todo laudo, en guarda de este principio deberá excluirse de él.

Prospera la acusación y, en consecuencia, la Corte se abstendrá de homologar el artículo impugnado.

CONSIDERACIONES FINALES:

Procede la Corte, por vía oficiosa, a examinar el artículo 19 del laudo que dice: "La Empresa procederá a decretar las vacaciones que esté en mora de dar a sus trabajadores, si la insuficiencia de personal no permite dar las vacaciones en tiempo, la Empresa procederá a pagarlas en dinero, para este efecto se procederá como en la cláusula anterior mediante la lista que pase el Sindicato".

Compensar en dinero las vacaciones, en caso de insuficiencia del personal trabajador, como lo expresa la cláusula transcrita, es quebrantar la regla contenida en el numeral 1º del artículo 7º del Decreto Nº 617 de 1954, que modificó el artículo 189 del C. S. del T., pues dicha norma no permite el pago de vacaciones a personal en servicio sin con previa autorización del Ministerio del Trabajo en la forma y eventos allí contemplados.

Como el art. 19 del laudo no se ciñe a lo preceptuado por la norma legal, ya que la contraría abiertamente, es el caso de declararlo inexequible en la parte que dice: "Si la insuficiencia de personal no permite dar las vacaciones en tiempo, la Empresa procederá a pagarlas en dinero, para e

ecto se procederá como en la cláusula anterior diante la lista que pase el Sindicato".

Los demás artículos del laudo examinado versan bre diferentes aspectos, ya relacionados con ga-ntías o derechos legalmente amparados, con el tablecimiento de nuevas prestaciones o auxilios, a la manera de procurar la eficacia de los dere-os, de regular situaciones de equidad u otras anadas del contrato mismo. Considerando estos ntos, como es de rigor en el estudio del recurso traordinario de homologación, la Corte advierte e ninguno de ellos viola derechos de las partes, mparados por la Constitución, la ley o por nor-as convencionales vigentes ni tampoco preceptos que esté interesada la conservación del orden blico nacional. Por otro lado, se anota que en esos ntos los arbitradores se ciñeron al pliego petito-o, con obedecimiento a los mandatos legales, ra-n por la cual no hubo por parte de ellos extrali-tación de funciones al impartir la decisión.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema Justicia —Sala de Casación Laboral— adminis-ando justicia en nombre de la República de Co-mbia y por autoridad de la ley, F A L L A:

Decláranse inexequibles los ordenamientos 18, y 26 del laudo de fecha 19 de septiembre de 1957 proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento, constituido por Resolución No 001043 de 25 de julio del mismo año, del Ministerio del Trabajo, para decidir acerca del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Choferes y Trabajadores Asalariados de Transurbanos de Cúcuta Limitada a la empresa "Transurbanos Cúcuta Ltda.". Así mismo son inexequibles la parte final del artículo 25, que prohibe pactar la cláusula de reserva en los contratos individuales, y el artículo 19, en el aparte que se dejó indicado al hacer el estudio de esta disposición.

El resto del laudo se declara exequible.

Sin costas.

En el Ministerio del Trabajo se depositará, junto con el correspondiente ejemplar del laudo, una copia de la presente providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento, o en su defecto, remítase al Ministerio del Trabajo.

Miguel Antonio Constaín. — Enrique Arámbula Durán. — Juan Benavides Patrón. — Sergio Antonio Ruano. — Vicente Mejía Osorio Secretario.

CUANTIA DEL PLEITO PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION CON RESPECTO A LA DEMANDA DE RECONVENCION. — LEGITIMACION EN CAUSA DE LA PARTE DEMANDADA.

Se dijo por el apoderado que por estar sustanciada bajo una misma cuerda con la demanda principal y decidirse en una misma sentencia la de reconvención, cuya cuantía se fijó en $ 4.000.00, el recurso de casación teniendo en cuenta esta fijación es procedente contra toda la sentencia, es decir, que debe abarcar también lo relacionado con el libelo inicial, de conformidad con el Código Procesal del Trabajo.

Mas aunque de conformidad con los Códigos de Procedimiento del Trabajo (artículos 75 y 76) y Judicial (artículos 742 y 743), para efectos de la reconvención se permite la unidad del procedimiento, dicha unidad no existe en cuanto a los procesos mismos tenidos como distintos, ya que "en la reconvención, el demandado —según Chiovenda— tiende a obtener la actuación en favor propio de una voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independiente de la desestimación de la demanda del actor y que si no fuera por determinación legal, bien podría tramitarse como independiente de la otra demanda fijada en la relación como principal.

Este mismo es el pensamiento expresado por el tratadista W. Kisch, para quien "la reconvención no solo produce el efecto de introducir un punto litigioso más en el proceso pendiente, sino que da origen a otro nuevo que sigue su curso junto con el ya pendiente y que por regla general es sustanciado y resuelto en un procedimiento único para los dos. Por lo que atañe a la acción reconvencional, tiene el mismo efecto jurídico que si hubiese sido ejercitada en una demanda independiente".

Si de lo expresado se desprende, que se trata de acciones tramitadas dentro de un mismo proceso, pero distintas, independientes y aun contrarias en sus resultados, la cuantía del pleito no podrá ser la suma de ellas y la procedencia del recurso de casación para cada una de las acciones le dará su respectivo valor y no la suma de tales cuantías pretendidas por razones, y menos que el valor de una de ellas, haya de influir para la decisión de la otra, que aisladamente no alcanzaría a merecer la concesión de ese derecho. Esta ha sido la doctrina de esta Corporación, así expresada:

"Para que sea admisible el recurso de casación con relación al juicio que se deriva de una demanda de reconvención, no basta que la casación sea admisible respecto del juicio principal, sino que es preciso que lo sea también respecto del de la reconvención". (Casación, 3 de agosto de 1904. Tomo XVII, pág. 176).

Después de lo anterior, resultaría improcedente el estudio de la demanda que aspira a una casación total del fallo para que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la demanda inicial, si el recurso fue concedido y está admitido, solo en lo que se relaciona con la demanda de reconvención.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruan

Edgardo Torres Meriano demandó por medio apoderado a la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", que forma junto con otras, el grupo llamado "Compañía de Seguros Bolívar", con domicilio en Bogotá y representada por su Gerente o administrador Enrique Cortés, a fin de que fuera condenada a pagarle al actor las prestaciones, indemnizaciones, además de las costas judiciales y honorarios de abogados, así: primas de servicio semestrales, vacaciones, auxilio de cesantía y prolongación del pago de los salarios desde el día de la terminación del contrato hasta el pago de todo lo debido.

Dio como fundamento los siguientes hechos y omisiones:

Que la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", integrante del grupo de Sociedades denominado "Compañía de Seguros Bolívar", se dedica al negocio de emitir títulos de ahorros para fomentar la capitalización colocándolos en el público;

Que para tal fin y en el proceso de consecución de clientes, ocupa los servicios personales de agentes vendedores, a quienes otorga credenciales y los remunera por el sistema de comisión por cada título colocado;

Que Torres Merlano empezó a prestar sus servicios a la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar" como agente vendedor o colocador de títulos, el día 15 de agosto de 1951, y duró en esta relación de trabajo hasta el 20 de agosto de 1952, fecha en que se retiró voluntariamente;

Que en desarrollo de las obligaciones contraídas, Torres Merlano se dedicó personalmente a conseguir suscriptores, para lo cual le fue expedida la correspondiente autorización que lo acreditaba ante el público como agente vendedor;

Que al manifestar su intención de retirarse, la Compañía le pidió devolver la credencial o autorización como agente, solicitud que atendió y a su vez pidió personalmente al Gerente Seccional en Cartagena, la liquidación de las prestaciones que le correspondían, a lo cual le contestó aquél, que aunque la empresa lo había considerado como empleado;

Que Torres Merlano devengaba por su trabajo por el sistema de comisión que se le liquidaba y pagaba mensualmente, de $ 800.00 a $ 1.100.00 por mes;

Que no constituía durante el tiempo en que sirvió a la Sociedad, ni constituye actualmente, una empresa de comisión o representaciones, porque se dedicaba exclusivamente a conseguir la suscripción de títulos;

Que Torres Merlano tiene licencia de agente vendedor en los términos del artículo 98 del C. S. del T.;

Que, en consecuencia, tiene derecho a 15 días de vacaciones remuneradas que deben serle compensadas en dinero, a primas de servicios y a auxilio de cesantía. Además, por no habérsele cancelado lo anterior oportunamente, a los salarios por mora.

Enrique Cortés, obrando como gerente de la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", contestó el traslado de la demanda, manifestando ser ciertos algunos hechos, negando otros y declarando no constarle los restantes. Agregó, que es verdad que la Sociedad se vale de "agentes", a quienes autoriza para colocar por sí mismos o mediante sus amigos, recomendados o subalternos, los títulos de ahorro, sin establecer con ellos ningún vínculo de subordinación o dependencia; que en ningún momento la Sociedad exigió al actor servicios personales y solo se le expidió una credencial que lo autorizaba para colocar títulos desde el 1º de marzo de 1952; que no hubo relación de trabajo; que la comisión se reconocía por cada negocio realizado y, en todo caso, se atiene a la contabilidad.

Con la misma representación legal presentó demanda de reconvención contra **Edgardo Torres Merlano**, para que por los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declarase:

Que el demandado debe a la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", cuatro mil pesos ($ 4.000.00), o la suma que se demuestre en juicio, a título de indemnización por perjuicios materiales y morales, subjetivos y objetivos, causados a la Sociedad; que debe las costas del juicio si se opone.

Dio como hechos: el que a sabiendas de que entre el demandado Torres Merlano y la Sociedad, no hubo contrato de trabajo y habiendo solicitado espontáneamente la cancelación de su credencial, aquél instauró contra la Sociedad un juicio temerario que le ha impuesto a ésta ingentes gastos y le ha ocasionado graves perjuicios.

Torres Merlano contestó la anterior demanda oponiéndose a lo solicitado, a la vez que propuso la excepción de inepta demanda por estimarla fuera de lugar, ya que en el fondo lo que se busca con ella es una condena en costas en caso de absolución para la Sociedad.

En cuanto a los hechos dijo, no ser cierto el primero, porque al trabajador le fue expedida credencial que lo autorizaba para colocar títulos a virtud de existir entre empresa y trabajador, contrato de trabajo, bajo condiciones de subordinación y dependencia; que en ejercicio de tales compromisos, actuó personalmente y recibió el salario convenido en forma de comisión.

El Juez Segundo del Trabajo de Cartagena, que fue el del conocimiento, aceptó probada la existencia del contrato de trabajo y condenó, en consecuencia, a la "Compañía de Seguros Bolívar" con domicilio en Bogotá y representada por Enrique Cortés, a pagar al demandante, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de $ 1.717.84 por concepto de auxilio de cesantía, compensación en dinero por vacaciones no disfrutadas, prima

proporcional de servicios en el segundo semestre de 1951 y prima de servicios en el primer semestre de 1952; absolvió a Torres Merlano de los cargos formulados en la demanda de reconvención. No condenó en costas.

El anterior fallo fue apelado por ambas partes; el trabajador, por no haber sido condenada la empresa al pago de costas y a la indemnización especial por mora, y la empresa, por todas las concenas contenidas en él.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena confirmó el fallo del a-quo y absolvió de costas.

Como el apoderado de la empresa interpusiera recurso de casación, el ad-quem, con la consideración de que la acción inicial contra la empresa no permitía conceder el recurso, accedió concederlo únicamente, en lo que se relaciona con la demanda de reconvención.

Esta Corporación, después de resolver algunos incidentes propuestos, admitió el recurso de casación en lo relacionado con la misma demanda de reconvención.

El recurso

Aspira a que se case totalmente la sentencia para que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de 9 de octubre de 1952 que admitió la demanda.

Encuentra el recurrente, que al apoderado del actor inicial, le fue conferido poder para demandar a la "Compañía de Seguros Bolívar", mas instauró la demanda y adelantó el juicio, contra la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", y que el a-quo decidió la acción condenando a la "Compañía de Seguros Bolívar" y absolviendo al actor de los cargos formulados en la demanda de reconvención "que le instauró el señor Enrique Cortés como representante de la Compañía de Seguros Bolívar"; que nada decidió la sentencia de primera instancia acerca de la demanda de reconvención instaurada contra el actor por su mandante, que lo es la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", no obstante lo cual, el Tribunal Seccional de Cartagena confirmó la providencia del Juez del conocimiento.

El cargo

Con apoyo en la causal primera de casación laboral, acusa la sentencia de violar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 22, 23, 64 y 98 del C. S. del T., en relación con los artículos 145 del C. P. L., 26 de la Constitución Nacional, 142, 143 y 423 del C. J., y por aplicación indebida los artículos 2º del C. de P. L. y 29 del Decreto Legislativo 1745 de 1945. A estas infracciones llegó el sentenciador por apreciación equivocada de los poderes de folios 1 y 13, de la demanda de folios 2 a 5, del auto de folio 7, de la contestación de la demanda de folio 10, de la demanda de reconvención de folio 11 y, de la contestación a la misma de folios 15 y 16, que lo hizo incurrir en el evidente error de hecho de tener como demandada a la "Compañía de Seguros Bolívar" y de no dar por demostrado estándolo, que lo era la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", no tanto, tener a aquella y no a ésta, como única parte actora en la demanda de reconvención.

En el fondo, prosigue, se trata de una confusión de nombres, pero no por ello menos esencial si demandada en un juicio una persona, resulta condenada otra distinta, y si instaurada la reconvención nada se decide sobre la acción del caso sino que se absuelve por otra supuesta reconvención de quien no es parte en la litis.

Y concluye: "Ya tiene dicho el Supremo que la eliminación de la causal 2ª del artículo 520 del C. J., junto con la de la 6ª ibidem, sustrajeron del ámbito de la casación laboral las nulidades "no procedendo"; como también tiene dicho, que las normas constitucionales a pesar de su jerarquía escapan a la invocación del recurrente laboralista, a menos que su infracción conlleve la de una norma de trabajo. Pero algún remedio tiene que haber para subsanar errores tan protuberantes como el de que ahora es víctima mi mandante".

"Casada la sentencia, la declaratoria de nulidad es ineludible. No podría el Supremo, como juez plural de instancia, reformar el fallo de primer grado para cambiar la persona condenada o absuelta, por otra distinta; porque el error viciaría desde la admisión de la demanda y constituye una excepción perentoria (ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, o ineptitud sustantiva de la demanda, o petición de modo indebido) o la falta de un presupuesto procesal: legitimación (pasiva) en causa, según la doctrina procesal que al respecto se profese. Lo único que la razón se resiste a admitir es que pueda quedar en pie un proceso en el que se da poder para demandar a una persona, se demanda a otra y aparece condenada o absuelta la primera, sin haber sido parte en el juicio".

Se observa:

El recurso fue concedido por el Seccional y s

mitido por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, "solo en lo relacionado con la demanda de reconvención". Por eso el estudio que se haga, habrá de circunscribirse al alcance que el escrito del recurrente le de a este aspecto. No sobra advertir que; la decisión del Tribunal Seccional que concedió el recurso para la demanda de reconvención y lo negó para la demanda principal, fundada en que aquel a excede en sus pretensiones a la cuantía fijada para concederlo, mientras que ésta no alcanza a ella, fue recurrida de hecho, recurso que se abstuvo de considerar el Tribunal Supremo de entonces, "al observar que el proponente no aparecía inscrito sin que tal omisión fuera subsanada no obstante el término amplio de que dispuso" (auto de 14 de febrero de 1955), lo que hizo que quedara en firme la providencia cuya reforma se intentó.

Mas para que quede establecida la juridicidad de la decisión del Seccional y por estimarlo necesario para las consecuencias todas del recurso, la Sala hace un paréntesis a la decisión del recurso de casación, para volver sobre la tesis que en su hora sostuvo el apoderado de la sociedad y establecer su carencia de fundamento.

Se dijo por el apoderado que por estar sustanciada bajo una misma cuerda con la demanda principal y decidirse en una misma sentencia la de reconvención, cuya cuantía se fijó en $ 4.000.00, el recurso de casación teniendo en cuenta esta fijación es procedente contra toda la sentencia, es decir, que debe abarcar también lo relacionado con el libelo inicial, de conformidad con el Código Procesal del Trabajo.

Mas aunque de conformidad con los Códigos de Procedimiento del Trabajo (artículos 75 y 76) y Judicial (artículos 742 y 743), para efectos de la reconvención se permite la unidad del procedimiento, dicha unidad no existe en cuanto a los procesos mismos tenidos como distintos, ya que "en la reconvención, el demandado —según Chiovenda— tiende a obtener la actuación en favor propio de una voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independiente de la desestimación de la demanda del actor y que si fuera por determinación legal, bien podría tramitarse como independiente de la otra demanda juzgada en la relación como principal".

Este mismo es el pensamiento expresado por el tratadista W. Kisch, para quien "la reconvención no solo produce el efecto de introducir un punto litigioso más en el proceso pendiente, sino que da origen a otro nuevo que sigue su curso junto con el ya pendiente y que por regla general es sustanciado y resuelto en un procedimiento único para los dos. Por lo que atañe a la acción reconvencional, tiene el mismo efecto jurídico que si hubiese sido ejercitada en una demanda independiente".

Si de lo expresado se desprende que se trata de acciones tramitadas dentro de un mismo proceso, pero distintas, independientes y aun contrarias en sus resultados, la cuantía del pleito no podrá ser la suma de ellas y la procedencia del recurso de casación para cada una de las acciones la dará su respectivo valor y no la suma de tales cuantías pretendidas por razones distintas, y menos que el valor de una de ellas, haya de influir para la decisión de la otra, que aisladamente no alcanzaría a merecer la concesión de ese derecho. Esta ha sido la doctrina de esta Corporación, así expresada: "Para que sea admisible el recurso de casación con relación al juicio que se deriva de una demanda de reconvención, no basta que la casación sea admisible respecto del juicio principal, sino que es preciso que lo sea también respecto del de la demanda de reconvención". (Casación 3 de agosto de 1904. Tomo XVII, pág. 176).

Se considera:

Después de lo anterior, resultaría improcedente el estudio de la demanda que aspira a una casación total del fallo para que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la demanda inicial, si el recurso fue concedido y está admitido, solo en lo que se relaciona con la demanda de reconvención.

Ni las disposiciones que acusa el recurrente como violadas al no tenerlas en cuenta el Seccional, ni las que sostiene como indebidamente aplicadas, tienen relación directa con la demanda de reconvención, que busca la indemnización de perjuicios materiales y morales causados a la Compañía con las pretensiones del actor inicial que estimó como temerarias.

Sin embargo, aunque el planteamiento de las disposiciones que indica violadas tocan únicamente con la demanda del actor inicial, por la unidad del procedimiento resultaría afectada la misma persona recurrente en la demanda de reconvención, lo cual hace indispensable analizar el cargo, para establecer si está demostrada la equivocada apreciación de los escritos de la demanda de reconvención (folio 11) y de contestación a ella (folios 15 y 16), que llevara al juzgador, según lo afirma el recurrente, a incurrir en evidente error de hecho de tener como demandada a la "Compañía de Seguros Bolívar", y de no dar por demos-

trado estándolo, que lo era la "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", vale decir, tener a aquélla y no a ésta, como única parte actora en la demanda de reconvención.

Edgardo Torres Merlano confirió poder para que en su nombre se presentara demanda en juicio ordinario laboral, "contra la Sociedad de Seguros Bolívar, de la cual es afiliada, subsidiaria, la llamada Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, con domicilio en Bogotá, y representadas por el señor don Enrique Cortés", y en uso de ese poder su personero judicial, instauró la demanda "contra la empresa 'Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar', que forma junto con otras, el grupo llamado 'Compañía de Seguros Bolívar', con domicilio en Bogotá y dirección en el Edificio Sierra, piso 3º, calle 12, carrera 8ª, representada por el Gerente o administrador señor don Enrique Cortés".

Este Cortés, aceptando ser Gerente y representante de "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar", contesta el traslado y acepta, también, ser cierto el hecho primero del libelo inicial que afirma:

"La Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, integrante del grupo de sociedades que se denomina Compañía de Seguros Bolívar, es una empresa que se dedica al negocio de emitir títulos de ahorro, y colocarlos en el público con el fin de fomentar la capitalización de parte de los suscriptores, mediante ciertas condiciones retributivas, tanto para ella como para los clientes".

Con el mismo carácter, es decir, "como representante legal (Gerente) de la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, S. A.", instauró demanda de reconvención contra el actor inicial Edgardo Torres Merlano, y tenía que ser así si la demanda de reconvención que recoge el Código Procesal del Trabajo y el Código Judicial, es aquella que promueve al contestar el demandado contra aquel que promovió el juicio inicial.

Al folio 6 del cuaderno principal, aparece una carta como prueba, y como tal fue decretada, suscrita por Alfonso Crane, Secretario de Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, en cuyo papel membreteado se lee en la parte superior.

"Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, Bogotá, Colombia". Y hacia el extremo inferior: "Una de las Compañías del Grupo de Seguros Bolívar" —Seguros de Vida—Seguros Colectivos—Seguros Comerciales—Títulos de Ahorros".

En seguida del documento anterior, también tenido como prueba, "un ejemplar de las tarjetas de presentación impresas por orden de la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar y entregadas por ella al demandante", que reza: "Edgardo Torres M.—Agente autorizado Compañía de Seguros Bolívar—Bogotá, Colombia".

A los folios 13 y 14 del mismo cuaderno principal, constan el poder que otorga Torres Merlano a su apoderado, para que le represente "en la demanda de reconvención que en mi contra ha presentado la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar que forma junto con otras, el grupo llamado 'Compañía de Seguros Bolívar", y el auto de admisión del apoderamiento "para los efectos de la demanda de reconvención que contra dicho señor ha propuesto la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar o Compañía de Seguros Bolívar".

Cabe anotar, además, que el auto de nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (f. 7 del cuaderno principal), que admite la demanda inicial "propuesta por el doctor Rodrigo Caballero González, como apoderado judicial del señor Edgardo Torres Merlano, ordena correr traslado a la empresa demandada "Compañía de Seguros Bolívar" (subraya la Corte), representada por su Gerente en Bogotá señor Enrique Cortés, a quien se le notificará esta providencia personalmente y se le entregará la copia autenticada de la demanda".

Bien se ve después de las anteriores anotaciones, que en el entendimiento de actor y demandada, "Compañía de Capitalización y Ahorros Bolívar" forma parte del grupo de "Seguros Bolívar", que por ello se identifican indistintamente en los documentos producidos y aportados en el expediente y tienen el mismo Gerente o representante legal, fundamento por demás, para aceptar la forma alternativa de las dos expresiones usadas en las distintas providencias dictadas en el negocio y en la sentencia de primer grado, para significar a la misma demandada, comportamiento que también aceptó el ad-quem y que se observa en el mismo apoderado de la demandada (fl. 37) cuando las confunde e identifica al poner en la tercera pregunta del interrogatorio del pliego de posiciones: "Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar" o la "Compañía de Seguros Bolívar".

No se trata, pues, en el caso propuesto, como lo pretende el recurrente, de haber sido demandada una persona y que en la sentencia resulte condenada otra distinta, y menos que en relación con la reconvención se hubiera absuelto a una supuesta persona que no es parte en la litis.

"Compañía de Seguros Bolívar" contiene dentro del grupo de actividades a "Sociedad de Capit

lización y Ahorros Bolívar", y como tal indistintamente con un Gerente único aceptaron tener idéntica personería para los cargos y descargos. No resulta, pues, demostrada la acusación formulada en el recurso, para declarar la nulidad propuesta y, en consecuencia, el cargo no prospera.

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 de 5 de marzo de 1954, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, en el ordinario laboral seguido por Edgardo Torres Merlano contra la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, integrante del grupo Compañía de Seguros Bolívar.

Costas a cargo del 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.

NOCION DE UNA MISMA EMPRESA. — SU DIFERENCIA CON UNA MISMA PERSONA. — SU PRUEBA. — INDICIO CONSTITUIDO POR LA CONSERVACION DE ARCHIVOS DE UNA EMPRESA ANTERIOR. — MANERA DE ACREDITAR EN JUICIO LA EDAD DE UNA PERSONA. — LA DISCONTINUIDAD EN EL SERVICIO NO AFECTA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION. EFECTOS FUTUROS DE UN HECHO ANTERIOR. — CASO EN QUE LA JUBILACION SE CONSOLIDA BAJO LA VIGENCIA DE UNA NUEVA LEY. — SUSTITUCION DE PATRONO Y UNIDAD DE EMPRESA PARA EFECTOS DE ESTA PRESTACION. — DE ESTA PENSION SOLO EMPIEZA A GOZARSE A PARTIR DEL DIA DE RETIRO DE LA EMPRESA. — CONDENA DE FUTURO.

1 — Persona es el sujeto del derecho y obligaciones, ya se trate del individuo de la especie humana o del ente de ficción jurídica, y empresa, la unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas, similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio según la define el artículo 194 del CST, con criterio que la hace objeto de derecho. No pueden, en consecuencia, confundirse los sujetos con los objetos.

Ahora bien: una persona o varias personas pueden constituir o ser propietarias de una empresa, y pueden incrementar y disminuir las actividades de la misma, o cambiar su nombre, o venderla o efectuar sobre ella cualquier acto de los que la ley permite acerca de los objetos de derecho; pero si se mantiene el giro de los negocios, la empresa es la misma para los efectos laborales cualquiera que sea su dueño. Esta materia no tiene hoy en el Código Sustantivo del Trabajo contemplación específica, vale decir, el indicado estatuto no ofrece definición en ninguno de sus preceptos acerca de lo que debe entenderse por "una misma empresa". Pero la doctrina y la jurisprudencia la estudian en la forma indicada, y la legislación anterior al dicho Código contemplaba de esa manera el fenómeno cuestionado. Tal el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que ordena entenderlo así de modo expreso, con criterio que por no oponerse a ninguna regulación actual debe considerarse en vigor, según el artículo 491 del CST. Persona pues, y empresa no son términos sinónimos y hay error en la apreciación probatoria que, por confundirlos, infiere de la existencia de dos o más de las primeras la imposibilidad de que ellas hayan constituido o deban considerarse laboralmente como una misma empresa.

2 — La declaración sobre unidad de empresa debe hacerse en juicio al encontrársela demostrada, aunque no exista al respecto una declaración ministerial o ella no obre en el proceso. Pues el acto de ésta órbita ministerial, contemplado por el inciso 2º del artículo 194 del CST, no constituye prueba AD-SUSTANTIAM, por no requerirla al efecto la ley como única para que se pueda dar por establecido ese hecho.

3. — Si se atiende a que una conservación en los archivos de la empresa de planillas de trabajadores es obligatoria para las empresas sujetas al gravamen de jubilación, conforme al artículo 264 del CST, bien puede concluirse que la demandada, que no tiene 20 años de explotar en el país el negocio de bananos, estima de su deber cumplir con una exigencia que sólo corresponde a quienes por sus actividades puedan resultar obligadas a aquella prestación, circunstancia ésta que sólo se configuraría si hubiese conservado el mismo giro de negocios de sus antecesores, es decir, si constituyeseron ellas una misma empresa. Debe, en consecuencia, atribuírse al hecho examinado el carácter de indicio.

4 — Alega el opositor que tales elementos testimoniales no son idóneos para establecer el fenómeno de unidad de empresa, pues él reserva tal carácter para los certificados de la Cámara de Comercio, las escrituras de constitución de las sociedades

la inspección ocular que demuestre la identidad de cuentas, locales, herramientas movimiento financiero etc. No lo estima así la Corporación, que si bien comprende que las pruebas que reclama el apoderado de la Frutera también habrían demostrado fehacientemente el asunto, no dispone de ordenamiento legal que rehace las producidas o que exija como únicas o como necesarias las que indica el dicho representante judicial. Y es que en esta materia no se requieren medios probatorios. AD SUSTANTIAM ACTUS y la convicción puede formarse libremente sin otras pautas que las científicas impuestas por el artículo 61 del CPT, las cuales en verdad no se oponen a que las probanzas en examen produzcan esa convicción en la forma declarada. Puede agregarse sobre el particular, que ya materia semejante el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo aceptó la idoneidad de la prueba testimonial, en sentencia de 5 de septiembre de 1951 (G. del T. VII 133).

5 — Es cierto que a la prueba supletoria sólo puede acudirse previa demostración de inexistencia de la principal. Sobre el particular es constante, conocida e indiscutible la jurisprudencia de esta Corporación. Y también lo es que en tratándose del estado civil de las personas, la ley señala cuáles revisten ese carácter primero, no figurando entre ellas las declaraciones de testigos. Pero también tiene definido la Corte, siguiendo las enseñanzas de Colín y Capitant que "el estado de las personas es el conjunto de cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la ciudad y en la familia"; que "estas cualidades dependen de tres hechos o situaciones que son: la nacionalidad, el matrimonio y el parentesco, ya de consanguinidad ya de afinidad"; que es evidente que en determinadas circunstancias la edad de una persona puede constituir un elemento fundamental par aconocer y precisar su estado civil, pero que de aquí no puede concluírse que siempre que se requiera acreditarla en juicio el asunto se identifique con dicho estado civil y sea necesario acudir a los medios probatorios operantes respecto del mismo. El asunto en que tal criterio se produjo versaba sobre la edad de uno de los litigantes para los efectos de definir el fenómeno de su capacidad civil para celebrar contratos, y se le resolvió en el sentido de que eran admisibles no solo las pruebas pertinentes a aquel estado, sino aun otras que "lo son para demostrar la existencia de un hecho de esa naturaleza, susceptible de demostración por otros medios, por caer bajo el dominio de los sentidos o de las elucubraciones inductivas y deductivas de la inteligencia humana, ayudada en algunos casos por la ciencia". Y luego de aludir a las regulaciones del artículo 600 del C. C. concluye aquella exposición jurisprudencial: "Consecuente con esa doctrina, considera la Corte que la edad de una persona como elemento de su capacidad jurídica para obligarse o para actuar en el campo de la vida civil, puede también establecerse por medio de presunciones simples, deducidas y reconocidas por el juzgador, cuando tales presunciones se originan de hechos indiciarios que al ser analizados guardan la debida coordinación entre sí, y si bien no alcanzan a ser necesarios, sí son graves, precisos o conexos de modo que concursan todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido". (Casación, 29 de octubre de 1940. Gaceta Judicial No 1964, página 402).

Con criterio semejante y siguiendo los términos de la decisión anterior debe decirse que el establecimiento en juicio de la edad de una persona, para los efectos de su jubilación, esto es, el hecho de haber alcanzado la edad pensionable, no atañe a su individualización "en la ciudad y en la familia", nada tiene que ver con la nacionalidad, el matrimonio o el parentesco, no se identifica con su estado civil y no es necesario por ello, para acreditarla, acudir a medios probatorios operantes respecto de dicho estado pudiéndose establecer por otros que, analizados conforme a los principios científicos, no dejen lugar a duda acerca de la verdad de su ocurrencia.

6 — Se ve claro, por el criterio jurisprudencial expuesto, en sentencia del Tribunal Superior de abril 23 de 1952 (G. del T. VIII 171) que hoy acoge la Sala de Casación Laboral de la Corte, que la discontinuidad en la prestación del servicio no afecta la propiedad jurídica del reclamo de pensión jubilatoria, sin que el asunto deba resolverse con criterio análogo al que regula el fenómeno de la cesantía, pues precisamente la distinta naturaleza de esas prestaciones impone la diferente estimación.

7 — Como se ha alegado que la defini-

ción jurisprudencial contenida en sentencia del Tribunal Supremo de abril 23 de 1952 (G. del T. VIII 271) adolece de error, debe agregarse que la crítica no repara en que la estimación del tiempo anterior obedece a la existencia, al momento de aplicar la norma jubilatoria, del vínculo sobre el cual se decide, esto es, que se aprovechan ciertamente los servicios prestados antes del mismo, haya habido o no solución de continuidad, pero con razón, de que el nuevo vínculo laboral cae bajo el imperio de la ley de pensión. Para la Corte éste es un fenómeno perfectamente distinto al de la aplicación de la ley a una situación contractual que había desaparecido en la época en que no existía el derecho respectivo, sin que hubiese logrado regir un solo momento de la existencia de aquel vínculo anterior, y por eso ha hablado "de los efectos futuros de un hecho anterior" como cosa diferente de los efectos retroactivos de un mandato legal. Y por eso también el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, de cuya jurisprudencia se vale ahora la Corte, al resolver sobre situaciones en que se le reclamaba la aplicación de la nueva ley a servicios que antes regía, negó aplicabilidad a la misma, porque el fenómeno de la aplicación inmediata de las leyes laborales requiere la existencia del hecho que debe regular. (Antonia E. Abella contra Magdalena Fruit Co. — Sentencia de 13 de diciembre de 1955).

8 — La Corte estima necesario expresar que entre los fenómenos de sustitución de patrono y unidad de empresa no existe una relación de tal naturaleza que los efectos jubilatorios del segundo no puedan acontecer sin el primero. En absoluto: si la empresa anterior cambia de dueño, sin variar el giro esencial de sus negocios, el contrato del trabajador que en ese momento se halle a su servicio no se verá afectado, concurriendo los dos fenómenos. Pero si el trabajador no le era al momento de la sustitución, ello no impide considerar a las dos empresas como una misma, si la segunda conservó el giro esencial de los negocios. Habrá en este caso unidad de empresa aunque el efecto principal de la sustitución, contemplado por el artículo 68 del CST no se registre por inexistencia del vínculo llamado a continuar. Este tema también lo definió el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de la que basta transcribir el siguiente aparte:

"El hecho de que el artículo 67 del Código, como antes lo hiciera el 53 del Decreto 2127 de 1945, exija identidad del negocio o empresa cuyo dominio se transmite como elemento indispensable de la sustitución patronal, no requiere necesariamente la conclusión planteada por el opositor, esto es, la de que el trabajador que no haya sido elemento presente en el momento del cambio, no puede reclamar de la entidad económica su pensión. Lo que ocurre es que su derecho no se funda legalmente en la pretendida sustitución, que en realidad como atrás se vio, no tuvo lugar en relación con él, sino con base en la identidad de la empresa a la que sirvió por más de 20 años, que es el requisito de carácter objetivo que exige el artículo 260 para conceder el derecho. Lo que se puede concretar afirmando que si bien es cierto que toda sustitución patronal supone identidad en la empresa, no toda identidad supone la sustitución, porque como en el ejemplo antes citado, puede faltar a ésta última uno de los elementos para que se configure". (Pedro Miguel Espejo contra la Cía. Frutera de Sevilla, sentencia de 28 de julio de 1955).

En la cláusula últimamente transcrita la Corte advierte alguna confusión entre el fenómeno de la sustitución propiamente dicho y su efecto de continuidad de los contratos de trabajo existentes. Por ello, y sin que se altere el contenido jurisprudencial, entiende dicha cláusula de la siguiente manera: "Lo que se puede concretar afirmando que si bien es cierto que toda sustitución patronal supone identidad de la empresa, no toda identidad supone el efecto de continuidad de los contratos laborales, porque, como en el ejemplo antes citado, puede faltar para éstos la condición de existencia al tiempo de efectuarse el cambio de dueño".

9 — El artículo 262 del CST, estatuye, en su parte final, que cuando la solicitud se hace estando el trabajador al servicio de la empresa, la pensión solo se deberá desde el día del retiro. Entonces, en una situación como la indicada, no es que resulte improcedente la declaración jubilatoria ni que el derecho respectivo no exista, sino que el disfrute de la prestación debe posponerse hasta la fecha en que el trabajador quede

separado del servicio. Esta materia la registra el derecho procesal bajo la figura de "condena de futuro" y ha sido expuesta por la jurisprudencia en los términos siguientes:

"La acción de condena de futuro es posible en los eventos de los artículos 262 (parte final) y 267 del C. S. del T. por cuanto en ambos casos se trata de situaciones jurídicas individuales y concretas, que una vez adquiridas no pueden ser modificadas en el futuro, sobre las cuales se establece simplemente un plazo para que los derechos y obligaciones conferidos por ellas empiecen a ejecutarse. El derecho de pensión especial del artículo 267 se adquiere, de manera irrevocable, por el hecho del despido injusto del trabajador después de 15 años de servicio, sólo que ese derecho no es exigible sino cuando el trabajador llegue a los 50 años de edad; en este caso la edad no es elemento configurativo del derecho como en la pensión general, sino simplemente es condición para su exigibilidad. Situación jurídica similar se contempla cuando el trabajador, adquirido el derecho a la pensión ordinaria por haber cumplido la edad y el tiempo de servicios, continúa laborando en la empresa; entonces, de acuerdo con la parte final del artículo 262, puede solicitar la pensión que sólo empezará a deberse desde el día en que el trabajador se retire de la empresa." (Ernesto Vélez Londoño contra Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. 8 de marzo de 1955 —del Tribunal Supremo del Trabajo—).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón)

Catalino Pachano, vecino de Santa Marta, con cédula de extranjería Nº 1744 de dicho lugar, demandó, por medio de apoderado, a la Compañía Frutera de Sevilla, sociedad del mismo domicilio representada por su Gerente o por su apoderado general, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase a pagarle, desde la fecha de la presentación de su libelo, una pensión vitalicia de jubilación de un valor mensual del 75% del promedio de los sueldos devengados durante el último año de servicio, los intereses legales de las sumas causadas y las costas del proceso.

La demanda presenta como hechos los siguientes:

"1º—La Compañía Frutera de Sevilla es una sociedad legalmente constituída, que tiene un capital superior de $ 800.000.00.

"2º—Catalino Pachano nació el 19 de marzo de 1881 en Coro, República de Venezuela, y por lo tanto, en la actualidad tiene 72 años de edad.

"3º—Catalino Pachano, vinculado bajo contrato de trabajo, comenzó a trabajar al servicio de la United Fruit Company, de la Magdalena Fruit Company y de la actual Compañía Frutera de Sevilla, desde el año de 1913; en efecto, en dicho año comenzó a trabajar como cargador de guineo en Riofrío, y allí trabajó en el mismo oficio y en forma continua hasta el año de 1924, fecha ésta en que fue trasladado a trabajar a los muelles de Santa Marta, como desarrumador primero y luego como limpiador, en los muelles trabajó en dichos oficios, continuamente desde 1924 hasta 1942, fecha en que por razón de la guerra europea, la Compañía se vió obligada a retirar su personal y a suspender las exportaciones de banano; reanudadas dichas exportaciones, en el año de 1947, Pachano volvió a trabajar en dicho año como limpiador en los muelles de Santa Marta, y allí ha permanecido en forma continua trabajando en dicho oficio hasta el día de hoy, en que aún continúa trabajando.

"4º—Pachano devenga un sueldo promedio mensual de $ 180.00 mensuales, promedio éste de su último año de trabajo.

"5º De acuerdo con todo lo anterior, Catalino Pachano es un varón mayor de 55 años de edad, que ha trabajado en el negocio del guineo al servicio de la entidad demandada un tiempo total de 38 años, primero como cargador de guineo en Riofrío y luego en los muelles de Santa Marta como desarrumador y limpiador; dicho tiempo de trabajo ha sido discontinuo y es anterior y posterior a la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, o sea, está comprendido entre los años 1913 y 1952.

"6º La United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla son personas aparentemente diversas, puesto que son sociedades distintas, pero en el fondo se trata de una misma persona jurídica que resolvió cambiar varias veces de razón social con el objeto de burlar las prestaciones sociales de sus trabajadores. En efecto, la United Fruit Company se ocupó del negocio de cultivos y exportación de bananos y fue propietaria de grandes latifundios en la zona bananera; luego, desaparecida ésta, fue reemplazada

por la Magdalena Fruit Company, que se redujo en el mismo negocio de cultivos y exportación de bananos, adicionado con el negocio de ganadería, siendo propietaria de los mismos inmuebles rurales y urbanos que pertenecieron a la United Fruit Company; posteriormente se creó la Compañía Frutera de Sevilla que reemplazó parcialmente a la Magdalena Fruit Company, especialmente en lo que se refiere al negocio de cultivos y exportación de bananos, quedando esta última como dueña de las propiedades que pertenecieron a las dos entidades anteriormente citadas.

"7o.—Por todo lo últimamente expuesto se comprueba que existe una identidad jurídica absoluta entre la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla, por cuanto la última de las citadas no ha sufrido variaciones esenciales en el giro de las actividades o negocios de las dos anteriores pues todas se han ocupado de negocios de cultivo y exportación de bananos.

"8o. Cómo será la identidad absoluta entre dichas empresas que la una se traspasó a la otra y así sucesivamente hasta su personal de trabajadores y sus planillas de salarios, libros de contabilidad y archivo, pues la Compañía Frutera de Sevilla es poseedora de las planillas, archivos y libros que correspondieron a las otras dos empresas: con esto también se demuestra que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla se han sustituído la una a la otra, porque se trata de una misma empresa que ha cambiado varias veces de nombre".

En derecho se invocaron los artículos 67 a 70, 65, 260 a 276 del CST., y el Decreto 2158 de 1948 para el procedimiento.

Se opuso la demandada a las pretensiones anteriores, aceptando tan sólo el hecho de tener un capital superior a $ 800.000.00; manifestando no constarle el lugar y la fecha del nacimiento de Pachano, y negando que existe identidad de empresas entre ella y las otras dos compañías mencionadas en el libelo o que se hubiese configurado el fenómeno de sustitución de patronos. En el debate judicial alegó, además, que Pachano se encontraba todavía a su servicio.

Tramitada la controversia, el Juzgado Único del Trabajo de Santa Marta, que fue el del conocimiento, la desató condenando a la sociedad demandada a pagar al demandante una pensión de jubilción de $ 128,10 mensuales a partir del 17 de abril de 1953, y absolviéndola de los intereses reclamados. Impuso las costas de la actuación.

Por apelación de los apoderados de los litigantes subió el negocio al Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, entidad que, en sentencia de 4 de febrero de 1955, revocó en todas sus partes la del inferior absolviendo, en cambio, de las peticiones del libelo inicial. Impuso costas a la parte vencida.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de Pachano; el cual, concedido por el *ad-quem*, admitido por el Tribunal Supremo del Trabajo, cuyas funciones desempeña hoy esta Sala Laboral de la Corte, y tramitado en legal forma, se va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurso

Persigue la casación total del fallo mencionado para que se declare, en consonancia con las pruebas aportadas al juicio, que existe unidad de empresa entre la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla y que de conformidad con el artículo 260 y concordantes del CST, esta última debe pagar a Catalino Pachano una pensión mensual vitalicia de jubilación en la cuantía que señale en liquidación de instancia, al prosperar sus alcances.

Al efecto en un solo cargo acusa la sentencia de ser violatoria, por falta de aplicación, del artículo 260 del CST. "por comisión de error evidente de hecho al no haber apreciado suficientemente las pruebas allegadas al expediente, por haber dejado de apreciar otras, que demuestran que Catalino Pachano trabajó por más de veinte años a una misma empresa, que tiene más de cincuenta y cinco años, y, por lo tanto, tiene derecho a su pensión de jubilación."

Para sustentarlo el recurrente sintetiza las tesis principales del fallo así: a) el problema a resolver es el de si el demandante ha acreditado los requisitos del artículo 260 del CST para tener derecho a pensión de jubilación; b) el señor Catalino Pachano trabajó en varias empresas: no estuvo vinculado por un solo contrato, y no demostró que hubiese prestado sus servicios a una misma empresa o que se hubiese operado el fenómeno de la sustitución, y c) no se encuentra plenamente establecida la edad del actor. Y respecto de ellas alega:

a) Que el Tribunal situó el problema, de modo correcto, dentro de las exigencias del citado artículo 260, por lo cual el recurso debe moverse también dentro de sus límites;

b) Que sorprende la afirmación de que la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla no son una misma

empresa, pues ya el Tribunal de Santa Marta había admitido ese fenómeno en otros negocios, como también lo había hecho así el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencias reiteradas; que el artículo 264 obliga a las empresas que deben pagar jubilación a conservar en sus archivos los datos que permitan establecer de manera precisa el tiempo de servicio de sus trabajadores y los salarios devengados, y que con esa obligación legal, han cumplido las tres empresas mencionadas ya que la última los conserva en riguroso orden, y si tal cosa ha hecho es por la relación íntima que existe entre ellas consistente en haber continuado el mismo ritmo de trabajo, en la misma explotación económica, en los mismos terrenos, con el mismo personal, es decir, teniendo a su servicio los elementos esenciales que configuran la unidad de empresa; que el testigo Ramón Sierra a folios 42, 43 y 44 del expediente dijo que Pachano trabajó al servicio de aquellas tres empresas en la recolección de frutas, con indicación de fechas, porque lo vió en esa labor ya que él era trabajador de otra cuadrilla, y lo consta por haberlo visto que ellas eran una misma empresa puesto que "nada más cambia el nombre y no las actividades, los empleados, ni los sistemas de trabajo, ni el reglamento de pago, ni nada, ni las fincas, los carretones, etc."; que en el mismo sentido depuso Domingo Guzmán Hernández y que aún el testigo Ramón Margario Nieves ,citado por la parte demandada, tuvo que manifestar que seis años después de haber abandonado el negocio la Magdalena Fruit Company había estado solicitando por ella en las oficinas de la Frutera de Sevilla; que la respuesta del apoderado de la empresa al hecho tercero del libelo inicial es tan precisa en detalles, fechas, calidad del trabajo prestado, sometimiento a las planillas que conserva, etc., que ello sólo es posible si se tienen a la mano todos los elementos para la consulta; que el sometimiento a las planillas que la misma empresa custodia indica la unidad de empresa y la admite tácitamente; y que al no apreciar el Tribunal suficientemente esas pruebas incurrió en el error de hecho que acusa. Agrega que el hecho de que haya habido varias razones sociales no importa, como tampoco le resta fuerza legal al derecho de Pachano la circunstancia de que haya interrumpido su labor, porque el Código lo que exige es que se hayan trabajado 20 años continuos o discontinuos anteriores o posteriores a su vigencia,y que el entendimiento de que ese tiempo debe referirse a lo posterior, porque antes el derecho no había consagrado, traería como consecuencia que no existiese la jubilación en el país, y que en este sentido existe ya jurisprudencia del Consejo de Estado de 9 de septiembre de 1942 y del Tribunal Supremo del Trabajo en el fallo que definió el negocio de Gustavo Suroza contra la misma Compañía Frutera de Sevilla. Respecto del fenómeno de la sustitución de patrono el recurrente invoca la sentencia de la Corporación últimamente nombrada en el negocio de Pedro Miguel Espejo contra la misma demandada.

c) Por lo que toca a la edad de Pachano el cargo se refiere al certificado del Jefe de la Seccional de Investigación Criminal y Extranjería de Santa Marta, de folio 2, conforme al cual el prontuario número 1.774 que le corresponde como extranjero que es ,registra su nacionalidad venezolana pues nació en 'El Coco', Venezuela, y su edad de 72 años a la fecha de su expedición ya que nació el 19 de marzo de 1881; y alega que de conformidad con el Decreto 1.898 (sic) de 1936 le corresponde a esa oficina certificar sobre los hechos relatados; que a folio 3 se encuentra el certificado del Cura Párroco de la Basílica de Santa Marta conforme al cual no encontró la partida de bautizo que le fue solicitada por Pachano con afirmación, en la petición respectiva, de haber sido bautizado allí alrededor del año de 1919; que a folios 4, 5, 6 y 7 aparecen las declaraciones de Modesto Guardiola y Juan E. Villalobos que afirman que Pachano tiene 72 años, dando explicaciones sobre sus dichos; que la declaración del primero fue ratificada en forma legal y la del segundo debidamente abonada, por fallecimiento posterior del declarante; que el apoderado de Pachano en las instancias solicitó se practicara prueba pericial para que el médico de la Oficina Industrial dictaminase sobre la edad de Pachano y desgraciadamente ello no se efectuó a pesar de haber insistido ante el Tribunal, pero que el doctor Gonzalo Romero a quien se designó para establecer la vida probable del actor en el incidente posterior al fallo de segunda instancia, para los efectos de determinar la cuantía del pleito, también dictaminó acerca de una edad de 74 años. De las piezas de este aparte el recurrente sostiene que no fueron apreciadas por el Tribunal.

Y por todo lo alegado, el representante judicial de Pachano concluye:

"Creemos haber llevado al ánimo de los señores Magistrados, abusando un poco de su paciencia y de sus conocimientos, con esta extensa demanda, por la cual pedimos excusas, la convicción de que CATALINO PACHANO tiene derecho a cobrar su pensión de jubilación a la Cía. Frutera de Sevilla. Porque:

"1º—Se ha admitido la unidad de empresa, en varias ocasiones, de la United, de la Magdalena

y de la Frutera, tanto al estudiar el fenómeno de la sustitución, cuando ello ha sido necesario, como cuando se ha planteado, apenas, la tesis de la simple unidad de empresa, sin entrar a estudiar la sustitución. En el caso a estudio, lo importante, y lo que exige el artículo 260 del C. S. del T., es la unidad de empresa.

"2º—Está demostrada la edad y los servicios de más de veinte años de Catalino Pachano, a una misma empresa.

"3º—Hemos presentado las tesis jurisprudenciales del H. T. S. del T., que dan claridad a la interpretación del artículo 260 del C. S. del T.

"En tal virtud, volvemos a repetir nuestra solicitud de que se decrete la pensión de jubilación a que tiene derecho Catalino Pachano, por haber trabajado por más de veinte años a una misma empresa, hoy denominada Cía. Frutera de Sevilla, y por tener la edad requerida. Que se tome, como base del salario para la liquidación, el que arroja la suma de los valores recibidos en el último año, de conformidad con la inspección ocular (folios 47 a 60)".

El opositor, a su turno, anota "que la acusación de la sentencia está bien encaminada por la vía indirecta, única adecuada, cuando, como ahora, se trata puramente de *cuestiones de hecho*." Pero en cambio "no son pertinentes las consideraciones jurídicas respecto de la discontinuidad de los servicios o de la sustitución de patronos, ni las transcripciones de la ya aludida sentencia ESPEJO-FRUTERA DE SEVILLA, pues el recurrente prefirió circunscribir su ataque, en esta vez, a las cuestiones de hecho y no invocar ninguna norma sustantiva como equivocadamente entendida por el sentenciador, ni siquiera en cuanto a infracciones de medio." En seguida se refiere a las probanzas que destaca la acusación para alegar que las sentencias proferidas en los casos de Virgilio Pérez, Gustavo Sumoza, Juan Antonio Urbina y Pedro Miguel Espejo contra la misma demandada no obran en el expediente y carecen de toda conexión procesal con el presente caso, pues corresponden a juicios extraños; que la inspección ocular sólo demuestra que el apoderado de la Compañía Frutera de Sevilla presentó las planillas de la United, la Magdalena y la Santa Marta Railway sin que de esa diligencia se desprenda cómo hubo esas planillas y de dónde las sacó; que la contestación de la demanda, en cuanto al hecho tercero —que es el único a que alude el recurrente— nada tiene que ver con la unidad de empresa sino con el tiempo servido a varias sociedades distintas, habiéndose negado, en cambio, los hechos que sí tendían a establecer aquél fenómeno: que el testigo Nieves al ser preguntado acerca de si la Frutera comenzó a trabajar y siguió trabajando en las mismas oficinas, con los mismos empleados y con los mismos negocios de la Magdalena contestó no saber si fuera con el mismo negocio ni con los mismos empleados; que el testigo Domingo Guzmán Hernández sí afirmó que las tres empresas de que hablan los autos se dedican a igual giro de negocios, pero que su afirmación escuela no es una prueba sino un concepto en relación con un problema jurídico y que de lo que dijo lo único perceptible por los sentidos es que la Frutera y la United "se dedican a igual giro de negocios" pero sin que considerase necesario indicar cuál era ese giro de negocios; que Sierra habló también de "una misma empresa" pero igualmente calló cuáles eran las actividades, los sistemas de trabajo, etc., a que se refiere, afirmando en cambio respecto del salario del actor un promedio distinto del que dice la demanda, lo mismo que el testigo anterior. El opositor resume este punto diciendo que para evidenciar el error de hecho quedan enfrentadas, de una parte, la inspección ocular en que consta que los servicios de Pachano fueron prestados a cuatro sociedades distintas durante 21 años y de otro lado, las declaraciones de Hernández y Sierra, quienes afirman que tres de aquellas cuatro sociedades son una misma empresa porque se dedican a igual giro de negocios o a las mismas actividades, sin explicar su dicho; pero como varias empresas distintas pueden dedicarse a unas mismas actividades o a un mismo giro de negocios v.gr. las distintas empresas bancarias, o las distintas cacharrerías, o los distintos almacenes de rancho, o las distintas haciendas ganaderas, o los distintos teatros, o los distintos exportadores de ganado del país, el sentenciador encontró que faltaban los elementos probatorios idóneos para acreditar la unidad de empresa. Agrega que esos elementos idóneos habrían sido, entre otros, los certificados de la Cámara de Comercio, las escrituras de constitución de las distintas sociedades aludidas, la inspección ocular que demostrara la identidad de cuentas, locales, herramientas y movimiento financiero, el dictamen pericial sobre la identidad del negocio, etc., todo ello dentro de la investigación administrativa prescrita al efecto por el artículo 194 del CST, a fin de que en el expediente figurara la declaración sobre unidad de empresa hecha por el Ministerio del Trabajo.

En lo que atañe a la edad de Pachano, para el opositor, el juicio del Tribunal es incontrovertible, pues en esta materia no hay libre apreciación de prueba sino exigencia obvia de una solemne, ya que el acta de registro de nacimiento de un extranjero

sólo puede suplirse en la forma prevista por la Ley 92 de 1938: y ni el certificado de policía, ni el del párroco de Santa Marta, ni las declaraciones de Guardiola y Villalobos constituyen la prueba supletoria que ordena la ley. Por último, dice el opositor que como para el efecto no interesaba el estado civil ni era indispensable acreditar la fecha del nacimiento sino apenas una edad de 55 años, o más, el artículo 400 del C. C. le habría al demandante el cómodo camino del dictamen de los facultativos; pero como éste tampoco se produjo era imposible que el sentenciador diera por establecido el hecho respectivo. Y la alusión del recurrente a los certificados o conceptos del doctor Gonzalo Romero carece de toda validez, pues ellos se produjeron con posterioridad a la sentencia recurrida.

Se estudia.

Las consideraciones del *ad-quem* para declarar inaplicable a la situación de autos el artículo 260 del CST y producir, en consecuencia, su fallo absolutorio fueron la de que en el juicio no se estableció "que el tiempo anotado de servicios lo hubiese aprovechado UNA MISMA EMPRESA, es decir, la Compañía Frutera de Sevilla" (las mayúsculas son del Tribunal) ya que de la inspección ocular resultó que Pachano "trabajó "en varias empresas"; y la de que el demandante tampoco acreditó de modo pleno la edad que lo hiciera acreedor a la jubilación reclamada. En torno de su primer argumento agregó que la cuestión habría sido distinta si el actor hubiese estado vinculado por un solo contrato de trabajo, o se hubiese operado el fenómeno de la sustitución de patronos, sugiriendo que de haberse acreditado estas ocurrencias entonces sí habría decretado la conclusión que reclamaba el libelo inicial.

Pero como no se trata de estas hipotéticas situaciones, sino de la que concretamente afirmó el actor al instaurar la litis, para que se la estableciera en forma legal y sobre ella recayera el respectivo pronunciamiento, esto es, la de servicios prestados durante el tiempo necesario a una misma empresa por persona que ha cumplido la edad pensionable, y fue a la situación que no encontró demostrada el fallador, el estudio del recurso, por la vía de los errores acusados, debe concretarse al de los dos puntos que la definen.

(A) *Servicios a una misma empresa.*

Para el Tribunal "la inspección ocular, practicada a las planillas que se encuentran en los archivos de la empresa demandada, registran (sic) un tiempo de servicio de veinte (20) años cuatro (4) meses y diez (10) días. Pero no se encuentra demostrado que el tiempo anotado de servicios lo hubiese aprovechado UNA MISMA EMPRESA (las mayúsculas son de la sentencia recurrida) es decir, la Compañía Frutera de Sevilla; y ello, porque de la propia inspección ocular en referencia fluye la convicción (subraya la Corte) de que el señor Catalino Pachano trabajó en varias empresas,....."

Claramente se observa que la apreciación probatoria del fallador sobre este punto proviene, por vía indiciaria, del hecho de que las planillas examinadas en la dicha diligencia corresponden, como se dice en esta misma, "a la United Fruit Company, Magdalena Fruit Company y Cía. Frutera de Sevilla". Es por lo tanto la existencia de planillas correspondientes a estas tres compañías, lo que hace inferir al **ad-quem** la de tres personas jurídicas a las cuales sirvió en épocas distintas el actor, y de ello la conclusión de que tales servicios no fueron para una misma empresa.

El razonamiento anterior sería inobjetable si el hecho conclusivo hubiese sido el de que el actor no trabajó para una sola persona. Porque respondería elementalmente a que tres personas no son una misma persona. Mas sobre lo que debía concluirse era si ese trabajo se había ejecutado o nó en beneficio de una misma empresa, concepto este que difiere del otro y que produjo falsedad en el juicio al reemplazarlo identificándolos. Pues persona es el sujeto del derecho y obligaciones, ya se trate del individuo de la especie humana o del ente de ficción jurídica, y empresa, la unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas, similares, conexas o complementarias, y que tengan trabajadores a su servicio, según la define el artículo 194 del CST, con criterio que la hace objeto de derecho. No pueden, en consecuencia, confundirse los sujetos con los objetos.

Ahora bien: una persona o varias personas pueden constituír o ser propietarias de una empresa, y pueden incrementar o disminuír las actividades de la misma, o cambiar su nombre, o venderla o efectuar sobre ella cualquier acto de los que la ley permite acerca de los objetos de derecho: pero si se mantiene el giro de los negocios, la empresa es la misma para los efectos laborales cualquiera que sea su dueño. Esta materia no tiene hoy en el Código Sustantivo del Trabajo contemplación específica, vale decir, el indicado estatuto no ofrece definición en ninguno de sus preceptos acerca de lo que debe entenderse por "una misma empresa". Pero la doctrina y la jurisprudencia la estudian en la forma indicada, y la legislación anterior al dicho código contemplaba de esa manera el fenómeno cuestionado. Tal el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, re-

glamentario de la Ley 10 de 1934, que ordena entenderlo así de modo expreso, con criterio que por no oponerse a ninguna regulación actual debe considerarse en vigor, según el art. 491 de CST. Persona, pues, y empresa no son términos sinónimos y hay error en la apreciación probatoria que, por confundirlos, infiere de la existencia de dos o más de las primeras la imposibilidad de que ellas hayan constituido o deben considerarse laboralmente como una misma empresa. Esto fue lo que aconteció en el caso de autos, en el que el *ad-quem dio* al hecho indicador (existencia de tres personas según las planillas examinadas en la diligencia de inspección ocular) una extensión desviada e indebida, que lo condujo a inferir otro (inexistencia de una misma empresa) que puede negarse en razón de determinadas probanzas o de la ausencia de ellas mas no por la que sólo establece la diversidad de personas. Debe la Corte, por lo tanto, examinar las pruebas que al cargo destaca, y si de ellas resulta el fenómeno de unidad alegado se impondrá la prosperidad de la acusación, por haber dejado el fallador de dar por establecido un hecho que lo estaba legalmente. En caso contrario se mantendrá la sentencia aunque por razones distintas.

Pero antes conviene precisar, ya que la oposición alude a ello, que el estudio respectivo procede judicialmente, y la declaración sobre unidad debe hacerse en juicio al encontrársela demostrada, aunque no exista al respecto una declaración ministerial o ella no obre en el proceso. Pues el acto de esta índole ministerial, contemplado por el inciso 2 del artículo 194 del CST, no constituye prueba *ad-substantiam*, por no requerirla al efecto la ley como única para que se pueda dar por establecido ese hecho.

Los medios probatorios que en concepto del recurrente establecen el hecho distinto del apreciado por el fallador son: a) las sentencias del mismo Tribunal fallador en los casos de Virgilio Pérez y Pedro Miguel Espeju y las del Tribunal Supremo del Trabajo en los de Gustavo Sumoza y Juan Antonio Urbina; b) la inspección ocular de folios 47 a 60; c) la contestación de la demanda, concretamente en su punto 3º, y ch) las declaraciones de Domingo Guzmán Hernández, Ramón Sierra y Ramón Margarito Nieves. Al estudiarlas en el orden expresado resulta:

a) Las piezas en cuestión no figuran en el expediente, no son pruebas en este litigio y no puede, por lo tanto, definirse por ellas la cuestión básica del mismo.

b) De la contestación de la demanda no se ostenta la conclusión pretendida. Pues entre sus respuestas, las que aluden de modo concreto al fenómeno de la unidad de empresa (hechos 6º, 7º y 8º) niegan categóricamente su ocurrencia, y no es lícito fraccionar esta probanza desechando lo que no favorece a la pretensión alegada, para aceptar tan sólo lo que podría sugerir un hecho distinto, sobre todo cuando las manifestaciones que a tal efecto se escrimen no constituyen reconocimiento explícito. De ellas lo más que puede entenderse es que el apoderado de la empresa tenía acerca de los hechos un conocimiento que corresponde al de la existencia de las distintas sociedades a que sirvió el actor, pero sin que de eso pueda afirmarse que ellas constituyeron la misma empresa. El valor de indicio que reviste lo anterior sólo puede tener carácter leve.

c) Mayor significación tiene para la Corte la circunstancia de que la sociedad demandada conserve en sus archivos las planillas que registran los datos del servicio prestado por Pachano a las otras dos empresas y del salario correspondiente a los mismos; pues ello revela que tales documentos se hallan hoy en los archivos de la demandada, forman parte de ellos, y alguna importancia revisten para la Frutera de Sevilla o ésta piensa que pueden servirle para determinados efectos. Y si se atiende, por otra parte, a que una conservación de esa clase es obligatoria para las empresas sujetas al gravamen de jubilación, conforme al artículo 254 del CST, bien puede concluirse que la demandada, que no tiene 20 años de explotar en el país el negocio de bananos, estima de su deber cumplir con una exigencia que sólo corresponde a quienes por sus actividades puedan resultar obligadas a aquella prestación, circunstancia ésta que sólo se configuraría si hubiese conservado el mismo giro de negocios de sus antecesoras, es decir, si constituyese con ellas una misma empresa. Debe, en consecuencia, atribuirse a hecho examinado el carácter de indicio.

ch) Finalmente, la prueba testimonial sí acredita de modo directo el hecho de la unidad en examen. Pues Ramón Sierra lo afirma, sin vacilaciones y con clara explicación de los motivos de su conocimiento, al decir que él nada más veía el cambio de nombre "y no de las actividades", pues no cambiaban (se refiere a la explotación de las tres empresas) "los empleados, ni los sistemas de trabajo, el reglamento de pago, ni nada, ni las fincas, ni carretones, etc."; y Domingo Guzmán Hernández después de explicar las razones que tiene para saberlo afirma: "sí son las mismas empresas, hoy Comuanía Frutera de Sevilla, antes United Fruit Company y se dedican a igual giro de negocios", inclusive el testigo Ramón Margario Nieves, presentado por la demandada para demostrar la diversidad de empresa, al ser repreguntado acerca

dónde había ido a averiguar por la Magdalena Fruit Company, en época en que ya ésta no explotaba el negocio, hubo de manifestar: "En la Frutera de Sevilla". Todo lo anterior habla muy claramente de una misma actividad explotadora de un determinado negocio, por razón de los elementos externos que la ostentan ante el conocimiento común, y que aunque ejercida o desarrollada por tres personas distintas se mantiene sin variaciones esenciales en su giro, que es el elemento calificador del fenómeno de la "misma empresa". Pudiéndose agregar que el proceso no contiene ninguna probanza opuesta, esto es, que niegue que la demandada conservó las mismas actividades o negocios, o alguna que describe las manifestaciones de que se ha hecho mérito. En estas condiciones se impone reconocer al material probatorio examinado en este aparte la fuerza de convicción que le corresponde, la cual, por lo demás, se acrecienta al estimársele conjuntamente con los indicios también calificados.

Mas alega el opositor que tales elementos testimoniales no son idóneos para establecer el fenómeno deducido, pues él reserva tal carácter para los certificados de la Cámara de Comercio, las escrituras de constitución de las sociedades y la inspección ocular que demuestre la identidad de cuentas, locales, herramientas, movimiento financiero, etc. No lo estima así la Corporación, que si bien comprende que las pruebas que reclama el apoderado de la Frutera también habrían demostrado fehacientemente el asunto, no dispone de ordenamiento legal que rechace las producidas o que exija como únicas o como necesarias las que indica el dicho representante judicial. Y es que en esta materia no se requieren medios probatorios *ad sustantiam actus*, la convicción puede formarse libremente sin otras trabas que las científicas impuestas por el artículo 7 del CPT, las cuales en verdad no se oponen a que las probanzas en examen produzcan esa convicción en la forma declarada. Puede agregarse, sobre el particular, que ya en materia semejante el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo aceptó la idoneidad de la prueba testimonial, cuando en sentencia de 5 de septiembre de 1951 (G. T. VII, 133), dijo:

"No comparte el Tribunal Supremo este concepto de la sentencia, porque no es exacto que la ley exija una determinada solemnidad para acreditar un hecho como el de que se trata; que fuera indispensable llevar a los autos la escritura pública en que conste el traspaso de la administración del Ferrocarril Nacional del Magdalena de la empresa demandada a la Nación; ni vale argüir que por tratarse de una empresa de monto considerable por su patrimonio, se requieren documentos en donde ello conste y se exprese la validez del acto jurídico, según las propias palabras del fallo puesto que una operación de esa naturaleza, aunquando es elemental suponer que debe constar en determinados documentos, no impone para su comprobación un medio especial que excluya la prueba testimonial, en lo que hace a terceras personas. Y si no, piénsese en lo aberrante que sería exigir al trabajador actualmente al servicio de la misma empresa (Ferrocarril Nacional del Magdalena), hoy administrada por el Consejo de los Ferrocarriles Nacional, entrar a demostrar por medio de los documentos que en sentir del Tribunal se requieren para el caso, que no es la Santa Marta Railway Company la administradora de aquél sino el mencionado Consejo, y a nadie se le ocurriría acertado colocar a quien solamente pretende hacer valer su derecho contra el actual patrono entrar a establecer por medios especiales un hecho de tal notoriedad como el de que se trata". (Juicio de Teodosio Pacheco contra Santa Marta Railway Company).

Y en el caso de autos la convicción se produce no sólo por la prueba testimonial examinada, sino por su concurrencia con indicios sobre hechos distintos y de fuerza diversa, como se ha explicado. Se configura, por lo expuesto, el error acusado, ya que el Tribunal dejó de dar por establecido un hecho que sí lo estaba y la sentencia deberá quebrantarse.

En las consideraciones de instancia, que sólo procederán después de definir el segundo punto de la acusación, relativo a la edad del trabajador, se resolverá sobre los argumentos que niegan la aplicabilidad del artículo 260 del CST aún en el caso de que se dé por establecido, como ya se dió, que las tres compañías fruteras de que hablan los autos constituyen una misma empresa.

B) *Edad pensionable*

Para el Tribunal, Catalino Pachano, quien nació en Coro, República de Venezuela, según aseveración de su libelo, ha debido solicitar a esa ciudad "la partida de su nacimiento, ya de origen eclesiástico ora de origen notarial, con observancia del artículo 392 del Código Civil" y sólo en el caso de inexistencia de esa prueba principal y de la demostración respectiva podía acudir a la supletoria de testigos que quiso hacer valer en el juicio. También habría podido demostrar su edad mediante el experticio que permite el artículo 400 de la misma obra. Mas como el actor no hizo en el plenario lo indicado, el *ad-quem* resolvió declarar no probada su edad

e imposible considerarlo acreedor de la jubilación pretendida.

Antes de definir el tema que propone esta acusación debe observarse que el apoderado de Pachano pidió desde el libelo inicial (folio 10) la práctica de un dictamen sobre la edad de su poderdante por parte de la oficina médico-industrial de Santa Marta. El Juzgado decretó esta prueba (folio 17). Sin embargo ella no se realizó. Ante el Tribunal, el representante del trabajador insistió en su pedimento "para mayor seguridad" según dijo (folio 90). El Tribunal nada dispuso, y en su fallo sugiere que habría aceptado la demostración del hecho respectivo, por el medio probatorio que se abstuvo de practicar. La Corte considera reprobable el comportamiento procesal indicado y debe recordar, con ocasión del asunto en examen, la obligación que tienen los jueces de ambas instancias de producir decisiones en derecho con respeto de los intereses de los litigantes y con atención oportuna de sus solicitudes legales, y debe recalcar así mismo sobre la especial de los jueces laborales de buscar y establecer la verdad real haciendo uso de la plenitud de sus poderes, conforme a los principios que gobiernan el derecho procesal del trabajo.

En lo que toca con la cuestión de fondo es cierto que a la prueba supletoria sólo puede acudirse previa demostración de inexistencia de la principal. Sobre el particular es constante, conocida e indiscutible la jurisprudencia de esta Corporación. Y también lo es que en tratándose del estado civil de las personas, la ley señala cuáles revisten ese carácter primero, no figurando entre ellas las declaraciones de testigos. Pero también tiene definido la Corte, siguiendo las enseñanzas de Colín y Capitánt que "el estado de las personas es el conjunto de cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la ciudad y en la familia"; que "estas cualidades dependen de tres hechos o situaciones que son: la nacionalidad, el matrimonio y el parentesco, ya de consanguinidad ya de afinidad"; que es evidente que en determinadas circunstancias la edad de una persona puede constituir un elemento fundamental para conocer y precisar su estado civil, pero que de aquí no puede concluirse que siempre que se requiera acreditarla en juicio el asunto se identifique con dicho estado civil y sea necesario acudir a los medios probatorios operantes respecto del mismo. El asunto en que tal criterio se produjo versaba sobre la edad de uno de los litigantes para los efectos de definir el fenómeno de su capacidad civil para celebrar contratos, y se le resolvió en el sentido de que eran admisibles no sólo las pruebas pertinentes a aquel estado, sino aún otras que "lo son para demostrar la existencia de un hecho de esa naturaleza, susceptible de demostración por otros medios, por caer bajo el dominio de los sentidos o de las elucubraciones inductivas y deductivas de la inteligencia humana, ayudada en algunos casos por la ciencia". Y luego de aludir a las regulaciones del artículo 400 del C. C. concluye aquella exposición jurisprudencial: "Consecuente con esa doctrina, considera la Corte que la edad de una persona como elemento de su capacidad jurídica para obligarse o para actuar en el campo de la vida civil, puede también establecerse por medio de presunciones simples, deducidas y reconocidas por el juzgador, cuando tales presunciones se originan de hechos indiciarios que al ser analizados guardan la debida coordinación entre sí, y si bien no alcanzan a ser necesarios, sí son graves, precisos o conexos de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido" (Casación, 29 de octubre de 1940. Gaceta Judicial N° 1964, página 401).

Con criterio semejante y siguiendo los términos de la decisión anterior debe decirse que el establecimiento en juicio de la edad de una persona, para los efectos de su jubilación, esto es, el hecho de haber alcanzado la edad pensionable, no atañe a su individualización "en la ciudad y en la familia", nada tiene que ver con la nacionalidad, el matrimonio o el parentesco, no se identifica con su estado civil y no es necesario por ello, para acreditarla, acudir a medios probatorios operantes respecto de dicho estado pudiéndose establecer por otros que, analizados conforme a los principios científicos, no dejen lugar a duda acerca de la verdad de su ocurrencia. Tal es el caso del demandante Pachano, acerca de cuya edad —que no requería para lo expuesto, de modo necesario, establecimiento probatorio como si se tratase de su estado civil— obran en el expediente varias probanzas (testimonios de Guardiola y Villalobos y certificado de la Oficina de Investigación Criminal y Extranjería de Santa Marta) que demuestran inequívocamente que al tiempo de promover su demanda había cumplido la exigencia legal, para los efectos pensionables, de los 55 años. Pues el primero de los testigos habla de que lo conoció en 1919 cuando Pachano representaba "más o menos treinta y pico de años"; el segundo, que lo conoció en Venezuela en 1962, dice que "Pachano llegó a Colombia aproximadamente en el año de 1909 cuando tenía una edad aproximada de de 25 años". Y ambos exponen con claridad los motivos de sus conocimientos.

En cuanto a la certificación últimamente indicada, ella registra el nacimiento del actor en 19

arzo de 1861, esto es, en fecha que corrobora las anifestaciones de los testigos. Y no debe olvidarse e la oficina en cuestión tiene entre sus funcios la de llevar el registro y control de los datos ferentes a tales hechos, en tratándose de extranros residentes en el país y de los que a él lleguen, nforme al decreto 1697 de 1936 invocado por el currente. Se trata por lo tanto de probanzas que neurren ostensiblemente a dar por demostrado el cho desconocido por el fallador y se impone la osperidad del cargo, también por el aspecto exainado.

La decisión de instancia

Sostiene la demandada que ni si se la considerase na misma empresa" con la Magdalena Fruit ompany y la United Fruit Company, como ya fue cidido, podría reconocerse a Pachano la jubilaón que reclama porque el servicio prestado tuvo terrupciones a fin de carácter discontinuo, y sólo mpezó para ella (la Frutera de Sevilla) en 1948, abiendo terminado en 1942 el correspondiente a s otras dos, esto es, cuando no regía ley que obliase a las empresas particulares a esa prestación sin que pueda retroactivamente estimarse el empo de una vinculación jurídicamente concluida.

Respecto del primer argumento, relativo a la discontinuidad de los servicios, la jurisprudencia del tinguido Tribunal Supremo del Trabajo había tablecido:

"Para tener derecho a la jubilación, según la opión del recurrente, es preciso que los veinte años servicio se hayan prestado en un mismo contrao en una misma relación jurídica de trabajo, sin lución de continuidad, en la misma forma estaecida en la disposición que se acaba de transcri- para los efectos de la cesantía. En cambio, el ribunal Sentenciador estima que tratándose de a prestación como la de jubilación, que atiende imordialmente a las condiciones del trabajador r razón del desgaste físico ocasionado por el esrzo prestado a través de largos años a la empsa, la discontinuidad debe entenderse en todas situaciones, bien sea que ella se dé dentro de mismo contrato de trabajo o se presente como pa intermedia entre dos de estos.

Considera esta Superioridad que para hallar la ción acertada y justa del problema planteado e tenerse en cuenta la finalidad de la prestación ue se trata, para saber si a ella puede aplicarel mismo criterio que orienta la disposición del culo 5º del Decreto 1160, especial para el caso e cesantía.

"En efecto, entre una y otra prestación hay gran diferencia. Al paso que la última, la cesantía, tiene por objeto proveer en forma inmediata a la subsistencia del trabajador en el estado de destitución, con un carácter simplemente transitorio, mientras su actividad se incorpora nuevamente a la producción, la primera, la jubilación, mira a un estado físico de natural incapacidad para el trabajo que por razón de la edad se torna en permanente, y procura atenderlo como una compensación del esfuerzo desarrollado a través de los años en beneficio de un mismo patrono. Son, pues, dos situaciones distintas, que, por lo mismo, no pueden someterse a igual tratamiento.

"Cuando la ley habla de servicio discontinuo, en lo relativo a jubilación, no debe entenderse, por tanto, que se trata de la misma relación de trabajo mantenida en forma permanente, de modo ininterrumpido, porque lo que dá lugar al nacimiento del derecho en este caso es la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad; en tanto que la cesantía, como su nombre lo insinúa, sobreviene por el hecho de la terminación del contrato, lo que hace ver claro que no puede darse sino en presencia de un solo contrato de trabajo, porque tiene un carácter único y específico. Un criterio distinto respecto de esta última prestación llevaría al absurdo de recoger para la liquidación respectiva dos o más períodos, que constituyen, ellos sí, situaciones definidas o consumadas y afectado, cada uno de ellos, por un estado de desempleo o destitución.

"Por esto, el decreto reglamentario hace referencia a las interrupciones accidentales, dentro de un mismo contrato, para determinar sus efectos en relación con el auxilio de cesantía; mas no puede aplicarse el mismo criterio respecto de una prestación distinta que atiende, como la jubilación, no a la terminación de la relación contractual, sino a la incapacidad consecuente a un lapso prolongado de servicios.

"No obsta a tal entendimiento la circunstancia de que, en cierta forma, pueden resultar apreciados períodos de servicios que parecían definitivamente cancelados. Para el Tribunal Supremo una situación semejante sólo debe entenderse como los efectos futuros de un hecho anterior, lo cual es distinto, en la explicación de los autores, a los efectos retroactivos de un mandato legal.

"Porque los años anteriores de servicio, en los cuales se afirma la objeción de retroactividad, no generan por sí solos derecho alguno a la jubilación; sino que éste emerge del servicio posterior, durante la vigencia de la Ley que lo consagra, servicio que

completa el requisito de los años de labor, sin el cual aquéllos no alcanzarían a ser apreciados para los efectos pensionables. Es, por lo tanto, una situación distinta a la de la estimación de tiempo total anterior y no es valedera aquella objeción, por cuanto el hecho generador surge a la vida jurídica bajo la vigencia de la ley que se aplica.

"Por lo demás esta interpretación consulta el espíritu general de la legislación colombiana en materia de jubilación, que siempre ha atendido al lapso total de servicios sin considerar la continuidad o permanencia de la relación. Así, en tratándose de las pensiones oficiales poco importan los períodos de desvinculación con el servicio público: al completarse los años de servicio, en concurrencia con el factor edad, se genera la prestación en examen aunque aquellos hayan ocurrido en distintas relaciones con el Estado.

"Y si se observa, de otra parte, que la redacción del ordinal c) del artículo 14 de la Ley 6ª de 1945 es idéntica en lo literal y en su concepción de fondo del derecho protegido, a la del artículo 17 ordinal b) del mismo estatuto, del capítulo de las prestaciones oficiales, que provee sobre la misma materia respecto de los empleados de esta última categoría, bien puede concluirse que lo que el legislador quiso estatuir, a pesar de la opinión del ex-ministro invocado, fue que esta prestación se causase en atención al tiempo servido cualesquiera que fuesen las circunstancias de suspensión y aún de interrupción del vínculo.

"De la misma manera lo ha entendido toda la legislación anterior sobre ferroviarios, que desde el año de 1932 estableció la prestación en examen por servicios continuos o discontinuos, aún para los prestados a distintas empresas, en donde es más notorio el hecho de la discontinuidad. Y así lo registra, también, de manera inconfundible, el artículo 273 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de los radio-operadores, trabajadores de socavones y de tratamiento de la tuberculosis, que si bien es posterior al precepto en estudio y distinto de la calidad del demandante, permite precisar el espíritu general de la legislación, tanto de la de los empleados particulares como de la de los oficiales, en punto a la prestación analizada, lo cual también constituye un criterio acertado de interpretación de la ley.

"Por lo demás, la manifestación expresa del decreto 1160 de 1947, posterior al concepto ministerial arriba mencionado, se opone ostensiblemente a la asimilación de éste, en forma que no deja duda al entendimiento de que el criterio sobre discontinuidad registrado en aquél es exclusivo para los efectos del auxilio de cesantía.

"No comparte, pues, el Tribunal Supremo el concepto del recurrente acerca del alcance que debe darse al artículo 14 de la Ley 6ª de 1945, en su aparte c) cuando habla de servicios continuos o discontinuos, y estima que, de conformidad con conocidas reglas del hermenéutica, debe entender en su sentido natural y obvio el precepto aludido, por emerger fácilmente del tenor literal, de un lado, y por consultar, de otro, con mayor fidelidad el espíritu general de la legislación, acomodándose más humanamente la interpretación expuesta a los postulados permanentes de la justicia laboral. Entender de otra manera la acertada disposición sería propiciar, como lo anotan los juzgadores de instancia, un peligroso sistema para eludir el pago de la prestación de que se trata, ya que bastaría, en presencia de un determinado lapso de servicio, despedir al trabajador, a fin de cancelarle sus derechos sociales, y luego crear una nueva relación jurídica, desvinculada totalmente de la anterior, destruyendo así la finalidad de la ley. Por eso es por lo que cuando la ley habla de discontinuidad del servicio para los efectos de la jubilación, es forzoso admitir que contempla también las interrupciones ocurridas y basta establecer los dos factores esenciales de la prestación (tiempo de servicio en favor de un mismo patrono y edad, salvo las excepciones legales) para que sea exigible su pago. (Juicio de Gustavo Sumoza C. contra la Compañía Frutera de Sevilla, sentencia de 23 de abril de 1952).

Se ve claro, por el criterio jurisprudencial expuesto, que hoy acoge la Sala de Casación Laboral de la Corte, que la discontinuidad invocada no afecta la propiedad jurídica del reclamo sin que el asunto deba resolverse, como alega la empresa, con criterio análogo al que regula el fenómeno de la cesantía, pues precisamente la distinta naturaleza de esas prestaciones impone la diferente estimación explicada.

El tema de la retroactividad también se contempla en la sentencia transcrita. Mas como se ha alegado que esa definición jurisprudencial adolece de error, debe agregarse que la crítica no repara en que la estimación del tiempo anterior obedece a la existencia, al momento de aplicar la norma jubilatoria, del vínculo sobre el cual se decide, esto es que se aprovechan ciertamente los servicios prestados antes del mismo, haya habido o nó solución de continuidad, pero con razón, de que el nuevo vínculo laboral cae bajo el imperio de la ley de pensión. Para la Corte este es un fenómeno perfectamente distinto al de la aplicación de la ley a una situación contractual que había desaparecido en

época en que no existía el derecho respectivo, sin que hubiese logrado regir un solo momento de la existencia de aquel vínculo anterior, y por eso ha hablado "de los efectos futuros de un hecho anterior" como cosa diferente de los efectos retroactivos de un mandato legal. Y por eso también el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, de cuya jurisprudencia se vale ahora la Corte, al resolver sobre situaciones en que se le reclamaba la aplicación de la nueva ley a servicios que nunca reguló, negó aplicabilidad a la misma, porque el fenómeno de la aplicación inmediata de las leyes laborales requiere la existencia del hecho que debe regular. (Antonio R. Atullo contra Magdalena Fruit Company Sentencia de 15 de diciembre de 1955). Mas *lo contrario* sería cuando se da tal existencia, esto es, cuando la ley tiene vigor respecto de un vínculo contractual que regula, como en el caso del artículo 260 del CST para la situación de autos, precisa atender a los servicios anteriores del trabajador, prestados en forma continua o discontinua a una misma empresa, en uno o en varios contratos, según lo explicado, porque así lo imponen la finalidad social de esa prestación y los términos expresos del ordenamiento legal. Y en el asunto de Pachano todavía puede agregarse que cuando se vinculó a la Sevilla, en 1948, ya regía la ley jubilatoria de 1945.

Se mantienen, pues, las definiciones jurisprudenciales del mencionado organismo laboral, acerca de los temas de la discontinuidad y la retrospectividad examinadas.

Por lo que toca al fenómeno de la sustitución de patronos (que el apoderado de la empresa en este recurso extraordinario no considera pertinente, por razón de que el problema central se ha trabado sobre el de unidad de empresa, pero al que debe aludirse por las vinculaciones que se alegaron respecto a ellos en la controversia de instancia) la Corte estima necesario expresar que entre uno y otro no existe una relación de tal naturaleza que los efectos jubilatorios del segundo no puedan acontecer en el primero. En absoluto: si la empresa anterior cambian de dueño, sin variar el giro esencial de sus negocios, el contrato del trabajador que en ese momento se halle a su servicio no se verá afectado, concurriendo los dos fenómenos. Pero si el trabajador no lo era al momento de la sustitución, ello no impide considerar a las dos empresas como una sola, si la segunda conservó el giro esencial de los negocios. Habrá en este caso unidad de empresa, aunque el efecto principal de la sustitución, consagrado por el artículo 68 del CST no se registre por inexistencia del vínculo llamado a continuar. Esto lo había también lo definió el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de la que basta transcribir el siguiente aparte:

"El hecho de que el artículo 67 del Código, como antes lo hiciera el 68 del Decreto 2127 de 1945, exija identidad del negocio o empresa cuyo dominio se trasmite como elemento indispensable de la sustitución patronal, no requiere necesariamente la conclusión planteada por el opositor, esto es, la de que el trabajador que no haya sido elemento presente en el momento del cambio, no puede reclamar de la entidad económica su pensión. Lo que ocurre es que su derecho no se funda legalmente en la pretendida sustitución, que en realidad como atrás se vió, no tuvo lugar en relación con él, sino con base en la identidad de la empresa a la que sirvió por más de 20 años, que es el requisito de carácter objetivo que exige el artículo 260 para conceder el derecho. Lo que se puede concretar afirmando que si bien es cierto que toda sustitución patronal supone identidad en la empresa, no toda identidad supone la sustitución, porque, como en el ejemplo antes citado, puede faltar a ésta última uno de los elementos para que se configure." (Pedro Miguel Espejo contra la Cía. Frutera de Sevilla, sentencia de 23 de julio de 1956).

En la cláusula últimamente transcrita la Corte advierte alguna confusión entre el fenómeno de la sustitución propiamente dicho y su efecto de continuidad de los contratos de trabajo existentes. Por ello, y sin que se altere el contenido jurisprudencial, entiende dicha cláusula de la siguiente manera: "Lo que se puede concretar afirmando que si bien es cierto que toda sustitución patronal supone identidad en la empresa, no toda identidad supone el efecto de continuidad de los contratos laborales, porque, como en el ejemplo antes citado, puede faltar para éstos la condición de existencia al tiempo de efectuarse el cambio de dueño".

Por último, también alega la empresa que Pachano no hallaba a su servicio al momento de instaurarse la demanda y que por ello no hay lugar a decretar la pensión. Sin embargo, el art. 262 del CST. estatuye, en su parte final, que cuando la solicitud se hace estando el trabajador al servicio de la empresa, la pensión sólo se deberá desde el día del retiro. Entonces en una situación como la indicada, no es que resulte improcedente la declaración jubilatoria ni que el derecho respectivo no exista, sino que el disfrute de la prestación debe posponerse hasta la fecha en que el trabajador quede separado del servicio. Esta materia la registra el derecho procesal bajo la figura de "condena de futuro" y ha sido expuesta por la jurisprudencia en los términos siguientes:

"La acción de condena de futuro es posible en los eventos de los artículos 262 (parte final) y 267 del C. S. del T., por cuanto en ambos casos se trata de situaciones jurídicas individuales y concretas, que una vez adquiridas no pueden ser modificadas en el futuro, sobre las cuales se establece simplemente un plazo para que los derechos y obligaciones conferidos por ellas empiecen a ejecutarse. El derecho de pensión especial del artículo 267 se adquiere, de manera irrevocable, por el hecho del despido injusto del trabajador después de 15 años de servicio, sólo que ese derecho no es exigible sino cuando el trabajador llegue a los 50 años de edad; en este caso la edad no es elemento configurativo del derecho como en la pensión general, sino simplemente es condición para su exigibilidad. Situación jurídica similar se contempla cuando el trabajador, adquirido el derecho a la pensión ordinaria por haber cumplido la edad y el tiempo de servicios, continúa laborando en la empresa: entonces, de acuerdo con la parte final del artículo 262, puede solicitar la pensión que sólo empezará a deberse desde el día en que el trabajador se retire de la empresa". (Ernesto Vélez Londoño contra Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., 8 de marzo de 1956 del Tribunal Supremo del Trabajo).

Se resolverá, pues, acerca de la jubilación de Pachano en la forma indicada, esto es, reconociéndole su derecho de manera que empiece a disfrutarlo cuando termine su vínculo laboral con la demandada. Conviene agregar que la solución anterior no ofrece dificultad desde el punto de vista del monto de la pensión, pues congelándose el salario en el vigésimo año de servicios conforme al artículo 261 del CST —aplicable a la situación de autos por cuanto ese vigésimo año aconteció cuando ya se encontraba vigente el dicho estatuto laboral— la liquidación debe hacerse con base en el mismo, sin que lo devengado con posterioridad altere su cuantía. Mas como la diligencia de inspección ocular no registra el dato respectivo, como puede verse a los folios 47 a 61 del expediente, se impone su establecimiento, por medio de autos para mejor proveer dictado conforme al artículo 99 del CST, en diligencia que se efectuará sobre las planillas de la empresa, de la misma manera como se cumplió la que ha obrado en el juicio. El dato a establecer será el del promedio de lo devengado por Pachano, al servicio de la demandada, entre el 5 de diciembre de 1951 y el 26 de diciembre de 1952, inclusive, lapso durante el cual completó sus veinte años pensionables según la modalidad de su labor. Las costas de esta actuación estarán a cargo del demandante.

La declaración que proceda, cumplido lo anterior, se hará en futuro porque no hay constancia en los autos de que Pachano se hubiese desvinculado de la demandada con posterioridad a la instauración de la litis.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, de 4 de febrero de 1955, proferida en el juicio de Catalino Pachano contra la Compañía Frutera de Sevilla, ambos de las generalidades de autos, para el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación, sus intereses causados y las costas del juicio, y en su lugar, para reformar la del *a-quo*, de 27 de julio de 1954, en el mismo asunto, decreta en auto para mejor proveer, conforme al artículo 99 del CPS, la práctica de una inspección ocular sobre los archivos de la sociedad demandada, para establecer el promedio de lo devengado por el demandante entre el 5 de diciembre de 1951 y el 26 de diciembre de 1952, inclusive, en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia. Comisiónase al señor Juez del Trabajo de Santa Marta para la práctica de esta diligencia, a cuyo efecto se le remitirá copia de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado del Trabajo de Santa Marta, que obra a folios 47 a 61 del primer cuaderno y copia de la presente providencia, con todas las facultades para que la cumpla, en el término de 10 días, y con la adicional para establecer el hecho respectivo por medio de testimonio, en caso de que la inspección ocular decretada no pueda realizarse o no ofrezca el resultado perseguido.

Sin costas en el presente recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial.

Miguel Antonio Constaín. — Enrique Arámbula Durán. — Juan Benavides Patrón. — Sergio Autonio Rivano, (con salvamento de voto). — *Vicente Mejía Osorio, Secretario.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. SERGIO ANTONIO RIANO

Aunque en general acepto los argumentos jurídicos con que la mayoría de la Sala sustenta la sentencia que sirve de fundamento a este salvamento de voto, tengo que manifestar mi inconformidad en lo relacionado con el aspecto jurisprudencial sobre "unidad de empresa", que se establece en el fallo para, previas las diligencias finales indispensables que allí mismo se decretan, dar base al reconocimiento de la pensión de jubilación.

No he podido entender cómo, a pesar de los argumentos de la decisión, la Compañía Frutera de Sevilla, la United Fruit Company y la Magdalena Fruit Company, para los efectos de la pensión de jubilación solicitada en el libelo inicial, sean una misma empresa, así la primera de las nombradas inició actividades en 1947, cinco años después que terminara las suyas en 1942, la Magdalena Fruit Company, aunque todas ellas tuvieron en sus respectivos lapsos, el mismo giro de negocio, o sea, la explotación de la industria de banano.

Porque es un hecho demostrado en el juicio, que la United Fruit Company actuó de 1913 a 1924, tiempo en el cual trabajó Pachano por cuenta de esta compañía; de 1924 a 1942, desarrolló la misma actividad de explotación bananera la Magdalena Fruit Company, empresa donde también trabajó Pachano primero como "desarrumador" y luego como "limpiador en los muelles de Santa Marta", quedando cesante en este último año como consecuencia de la suspensión de actividades de producción y mercado la nombrada empresa Magdalena Fruit Company, por razones de la Segunda Guerra Mundial. Hacia 1947, una nueva sociedad, la Compañía Frutera de Sevilla, reinicia la explotación bananera en toda la extensión económica de producción y ventas a los mercados, ocupando también desde ese año 1947, los servicios de Pachano en su actividad anterior de 'limpiador en los muelles de Santa Marta', de la que había quedado cesante en el año 1942, en que desapareció la Magdalena Fruit Company. Es decir, después de cinco años, una nueva persona jurídica, emprende en el negocio del banano que había sido el de las anteriores firmas, con los mismos bienes, enseres y todos los implementos que le sirvieran a la Magdalena Fruit Company, hasta el año en que suspendió esas mismas actividades.

Podrá sostenerse, como se ha decidido por la mayoría de la Sala, "que existe unidad de empresa" entre las tres personas jurídicas de que se viene haciendo mención, si para el caso de los nuevos trabajos de la Compañía Frutera de Sevilla, existe una interrupción de actividades de un lapso apreciable de cinco años, que en tratándose del cultivo del banano, de una duración de cada cultivo máxima de dos años, para cuya supervivencia en más tiempo, necesita de la continua replantación, y si el engranaje administrativo de la empresa y las conexiones mismas de mercado tuvieron que desaparecer en ese lapso? Y todo esto aunque, en lo que toca a las propiedades, fincas, terrenos, locales, archivos y demás, hayan pasado en transferencia entre las firmas mencionadas.

Sostiene la decisión mayoritaria que "una persona o varias pueden constituir o ser propietarias de una empresa y pueden incrementar o disminuir las actividades de la misma, o cambiar su nombre o venderla o efectuar sobre ella cualquier acto de los que la ley permita acerca de los objetos de derecho; pero si se MANTIENE (las mayúsculas son mías) el giro de los negocios, la empresa es una misma para los efectos laborales cualquiera que sea su dueño". Y ninguna objeción puedo presentar a este razonamiento, sólo que esta base conceptual no resulta cierta en su aplicación al caso concreto estudiado, porque el giro de los negocios no puede decirse se *mantuvo* en el tiempo transcurrido entre 1942 y 1947, y no hay duda que el mantenimiento del giro de los negocios para que pueda hablarse de una misma empresa ha de sostenerse más que todo, en el tiempo.

Mantener, según el diccionario de la Lengua, es "conservar una cosa; darle vigor y *permanencia* (subrayo); proseguir voluntariamente en lo que se está ejecutando".

Permanencia, es "duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, imputabilidad".

Por manera que, si para que pueda hablarse de una misma empresa, o si para que haya "unidad de empresa", por mucho que haya sucesión de personas jurídicas o naturales, o haya cambio de nom-

bres o aunque se efectúe cualquier acto de los que la ley permite, se hace indispensable mantenr el giro de los negocios, no habrá tal unidad, si ese giro de actividades no se sostiene en el tiempo, no tratándose, como en el caso sub-lite, de una simple interrupción de labores. Porque tal no puede entenderse el de cinco años sin ejercer la producción y explotación aunque se retorne al mismo giro, no por la misma firma comercial siquiera, sino por una nueva, cuyos integrantes no se ha podido establecer fueran los mismos que terminaron en 1942.

En tratándose de una actividad económica y en sus conexiones con el Derecho Laboral, ese mantenimiento del giro del negocio no puede estimarse como un sentimiento romántico sino como una permanente y tangible creación de riqueza, ha de traducirse en actividades aunadas del capital y el trabajo con fines a la producción y al mercado, que es lo que caracteriza a la entidad "empresa".

Por lo anterior ,el análisis probatorio que se hace en la decisión mayoritaria, no es satisfactorio, porque no resulta aceptable, sacar en conclusión de la circunstancia indiciaria de la conservación del archivo, planillas, "de obligatoriedad en las empresas sujetas al gravamen de la jubilación", que no lo habría hecho de esta manera la Compañía Frutera de Sevilla "si no constituyera con ellas (las otras compañías) de una misma empresa", porque ese comportamiento también puede inducir a aceptar que lo hiciera por otras naturales conveniencias en quienes aspiran a un conocimiento completo del negocio que desarrollan.

Tampoco las afirmaciones de testigos, demostrada de autos la suspensión de actividades de la firma Magdalena Fruit Company hacia 1942, y la reaparición de otra firma, la Compañía Frutera de Sevilla en 1947, pueden acreditar "de modo directo, como se dice en la sentencia, el hecho de la unidad en examen". Porque, aunque dichos testigos sostengan que las compañías son una misma empresa, dicha afirmación no cuenta en lo que respecta a la inactividad de producción y relaciones de mercados, en un lapso de cinco años (de 1942 a 1947), a que no pueden referirse desde luego tales declaraciones.

La discontinuidad de que trata el artículo 260 del C. S. T., tiene relación con los servicios del trabajador, que pueden ser en distintas etapas, pero dentro de una misma empresa, lo cual significa que la continuidad sí es característica de la empresa para que pueda entenderse ser "una misma". Por esta razón la tesis de este salvamento de voto, ninguna contradicción tiene con la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo en los casos de Gustavo Sumosa y Juan Antonio Urbina contra la Compañía Frutera de Sevilla, en uno de los cuales fuí ponente entonces, pues, en ellos se decidió el entendimiento de la expresión "trabajo continuo o discontinuo", en interpretación del artículo 14 de la Ley 6ª de 1945, aplicable a los casos, sin que se discutiera el aspecto especial de la unidad de empresa, como en este que es motivo del recurso.

Estas las razones para mi disentimiento respetuoso de la decisión ilustrada de mis compañeros mayoritarios.

Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Sergio Antonio Ruano

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SI EL PATRONO ADMITE QUE EL TRABAJADOR DESEMPEÑO NORMALMENTE SU LABOR Y NO TIENE QUEJA DE EL, PROBADA DE OTRA PARTE LA IGUALDAD EN EL PUESTO Y EN LA JORNADA CON OTROS TRABAJADORES DE LA EMPRESA, SE ACREDITA EL DERECHO DEL TRABAJADOR A DEVENGAR UN SALARIO IGUAL

Corte Suprema de Justicia — Sala de casación Laboral — Bogotá, D. E. catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Agustín Yáñez Maldonado demandó, por medio de apoderado, a la Madigan Hyland South American Corporation para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se hicieran en su favor las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Madigan Hyland South American Corporation está obligada a pagar a Agustín Yáñez Maldonado, por todo el tiempo en que se ejecutó el contrato de trabajo vigente entre dichas partes, un salario igual al pagado por la demandada a los topógrafos o a cualquiera de los trabajadores de ella que durante el mismo tiempo en que el actor trabajó en la empresa, ejercieron las funciones de topógrafo;

"b) Con base en tal declaración, la demandada debe pagar al actor la respectiva cantidad de dinero, en moneda legal colombiana, correspondiente a la diferencia entre lo ganado por los topógrafos y lo pagado a Agustín Yáñez Maldonado, durante todo el tiempo en que se ejecutó el contrato de trabajo habido entre la demandada y el actor;

"c) La demandada debe pagar al actor la diferencia entre las cantidades de dinero recibidas por éste y por concepto de prestaciones e indemnizaciones sociales, inclusive auxilio por enfermedad —y si es el caso de pensión de invalidez— y lo que resulte de liquidar dichas prestaciones e indemnizaciones sociales con base en el sueldo de topógrafo, conforme a lo que se ordene en la sentencia a este respecto;

"d) La demandada pagará al actor la indemnización correspondiente por terminación unilateral e injusta, por parte del patrono, del contrato de trabajo equivalente al salario por el tiempo faltante para la terminación, por vencimiento del plazo presuntivo o determinado, del contrato de trabajo; además, la indemnización por el pago inoportuno de prestaciones e indemnizaciones;

"e) La demandada pagará al actor el valor del transporte de éste de Barrancabermeja a Bogotá, efectuado en octubre de 1954;

"f) La demandada pagará al actor las costas del juicio".

Son hechos del libelo:

"1º — Entre MADIGAN HYLAND SOUTH AMERICAN CORPORATION y mi mandante existió un contrato de trabajo que estuvo vigente del 12 de noviembre de 1953 al 15 de noviembre de 1954;

"2º — En octubre de 1954, mi mandante fue trasladado a Bogotá, estando incapacitado para trabajar por motivo de enfermedad;

"3º — A sabiendas de que mi mandante estaba enfermo e incapacitado para trabajar, la demandada, unilateralmente dio por terminado el contrato de trabajo el día 15 de noviembre de 1954,

"4º El patrono declaró terminado, unilateralmente, el contrato de trabajo sin justa causa;

"5º — El salario mensual pagado a mi mandante, fue de $ 600.00;

"6º — Las funciones desempeñadas por mi mandante durante todo el tiempo de servicio fueron las de topógrafo;

"7º — El trabajo de mi mandante en la empresa demandada fue eficiente y su rendimiento no dejó nada qué desear, sin que fuera superado, ni en eficiencia, ni en rendimiento, por ninguno de los otros trabajadores empleados por la empresa para ejercer las funciones de topógrafo;

"8º — La demandada, en nota de fecha 12 de noviembre de 1953, dirigida al Ingeniero Residente en Barrancabermeja, dependiente suyo, le comunicó que el señor Agustín Yáñez Maldonado, contratado por la empresa, desempeñaría las funciones de topógrafo;

"9º — En las nóminas y roles de la empresa, elaborados por ésta, Agustín Yáñez Maldonado aparece como topógrafo;

"10º — El sueldo o salario mensual de los otros trabajadores de la empresa que prestan sus ser-

vicios en la misma región, ha sido y es de $ 800.00 y de $ 1.000.00 mensuales;

"11º — Sólo hasta el 10 de diciembre de 1954, después de que mi mandante hizo comparecer a la demandada a la Inspección del Trabajo de Cundinamarca, ella consignó lo que creyó deberle por concepto de prestaciones e indemnizaciones sociales, en el Juzgado 1º de este Círculo Judicial del Trabajo;

"12º — Según la consignación hecha por la demandada, con base en un salario mensual de $ 600.00 y aplicándose el Código Sustantivo del Trabajo, pagó un mes de auxilio por enfermedad, pre aviso de 45 días, vacaciones etc. todo por el tiempo comprendido entre el 13 de noviembre de 1953 y el 15 de noviembre de 1954, con deducción de 20 días correspondientes a licencia del 9 al 29 de agosto de 1954;

"13º — Mi mandante fue declarado incapacitado para el trabajo por enfermedad por la Oficina de Medicina e Higiene Industrial ante lo cual la demandada dispuso, ante la Inspección Seccional del Trabajo de Cundinamarca, someterse a lo ordenado por el Código Sustantivo del Trabajo, especialmente en lo relativo a los artículos 277, 278 de dicha obra;

"14º — En cuanto a reajuste de salario, indemnizaciones y prestaciones sociales, la empresa se negó a acceder a las peticiones del trabajador, por estimar que el salario debido no era sino el de $ 600.00 mensuales y en manera alguna el devengado por los topógrafos de la empresa y pagado a ellos;

"15º — Tanto el auxilio por enfermedad como las otras prestaciones pagadas por la empresa, ha sido liquidado a razón de $ 600.00 mensuales y no conforme al sueldo que han ganado los topógrafos en la empresa;

"16º — Mi mandante, por disposición de la demandada, en octubre de 1954 viajó de Barranca bermeja a Bogotá, sin que la demandada hubiera sufragado los gastos de transporte;

"17º — La demandada, al pagar salario a Yáñez, lo mismo que a los topógrafos, hace que el trabajador firme una nómina, en que aparecen el sueldo, el nombre y apellido y las funciones del trabajador. En su archivo están las nóminas".

En derecho invocó los artículos 49, 55, 56, 57, 63, 64, 65, 143 y concordantes del CST.

La demandada contestó los hechos transcritos así:

"1º — No es cierto; el contrato de trabajo se inició el día 13 de noviembre, pero sí duró vigente hasta el día 15 de noviembre de 1954.

"2º — No es cierto; Yáñez se vino a Bogotá a arreglar personalmente lo referente a su despido.

"3º — Es cierta la fecha de terminación del contrato de trabajo, lo demás no le es.

"4º — No es cierto; la justa causa fue evidente.

"5º — Es cierto.

"6º — No me consta.

"7º — No es un hecho.

"8º — Es cierto.

"9º — Tendrá que probarse.

"10 — No es cierto; los trabajadores a que se refiere el demandante ganan distintos sueldos, según los contratos de trabajo.

"11 — Es cierto, pero la empresa no se negaba a pagar a Yáñez el valor de sus prestaciones sociales, sino que el demandante pedía plazos para decidir si recibía o nó directamente tales valores.

"12 — Es cierto; la Madigan Hyland consignó todas las prestaciones e indemnizaciones sociales que le correspondían a Yáñez según la ley y su contrato de trabajo.

"13 — No es cierto; el Departamento de Medicina e Higiene Industrial conceptuó que se trataba de una enfermedad no profesional que produce una incapacidad temporal relativa, y la demandada aceptó el concepto y ofreció llevar a cabo el tratamiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 277 del C. S. del T.

"14 — Es cierto; la empresa liquidó y pagó las prestaciones e indemnizaciones del señor Yáñez teniendo en cuenta el salario estipulado y devengado por él.

"15 — Es cierto, de acuerdo con la respuesta dada al hecho 14º.

"16 — Tendrá que probarse.

"17 — Es cierto".

Manifestó, además, que en el contrato de trabajo firmado con Yáñez éste se obligó desde un principio "a desempeñar las funciones de cadenero 1º o cualesquiera otras de la misma o semejante naturaleza, ocasional o definitivamente, en el sitio o sitios que el patrono" designara; que en desarrollo de tal compromiso la empresa le asignó a Yáñez, temporalmente, funciones "semejantes a las de cadenero primero" sin que por ello se hubiera modificado la posición de las partes contratantes, ni se firmara nuevo contrato de trabajo ya que el trabajador, desde el dicho cargo de cadenero primero estaba obligado a desempeñar labores semejantes "con el debido cuidado y cumplimiento"; que durante la vigencia del contrato Yáñez no protestó por el hecho de estar devengando $ 600.00 mensuales, ni renunció a su cargo, cosa que podía hacer voluntariamente si ese sueldo no le satisfacía; que por el contrario, permaneció en su oficio durante un año más o

menos y solamente cuando fue retirado resolvió objetar reclamando la diferencia entre lo ganado por él y lo pagado a los topógrafos de la Madigan Hyland, con base en lo que dispone el artículo 143 del CST. y en el hecho de haber desempeñado funciones de topógrafo mientras estuvo al servicio de la demandada; que Yáñez firmó voluntariamente un contrato de trabajo con la Madigan y por medio de él se "comprometió a desempeñar esa clase de funciones, que son semejantes a las de cadenero", a cambio de una remuneración de $ 600.00 mensuales; que dicho contrato se cumplió en condiciones normales y en ningún momento se violó ninguna de sus cláusulas por parte del patrono, quien se ajustó desde el principio a todas las normas del código de trabajo; que es verdad que el artículo 143 del CST. establece que a trabajo igual debe corresponder salario igual, pero en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales; que en el caso presente Yáñez fue contratado para el cargo de cadenero primero y desde ese puesto desempeñó otras funciones semejantes, como era su obligación; que no tuvo el puesto de topógrafo, ni trabajó en condiciones de eficiencia iguales a las de los topógrafos de la empresa, entre otras cosas, porque no tenía licencia o matrícula para ejercer esa profesión; que esto quiere decir que la eficiencia de que habla el código no era igual porque ella es la virtud y facultad para lograr un efecto determinado y porque no habiéndose cumplido ese factor ni el de puesto igual resulta inaplicable la norma invocada por el demandante. Agregó que a éste se le despidió, pero se le pagaron los salarios correspondientes a un preaviso de 45 días, como lo dispone el artículo 63 del CST, "y en esta forma queda excluida la petición de la demanda relativa al contrato presuntivo de trabajo"; y en cuanto a los pasajes de Barrancabermeja a Bogotá adviritió que el contrato terminó por culpa del trabajador, lo que exonera al patrono de pagarlos conforme al ordinal octavo del artículo 57 del CST.

Tramitada la controversia, el Juzgado Quinto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, acogiendo la tesis principal del actor y efectuando las liquidaciones que consideró pertinentes, la desató en fallo de 11 de julio de 1955, cuya parte resolutiva reza así:

"PRIMERO — Condénase a la empresa denominada "Madigan Hyland South American Corporation", representada por su Gerente, señor Otto Katz Jr. o por quien haga sus veces, a pagar a favor del señor Agustín Yáñez Maldonado, lo siguiente:

"a) La cantidad de CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 4.899,99) M|cte. por concepto de los salarios que dejó de pagarle en su condición de topógrafo;

"b) La cantidad de CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS ($ 436.65) M|cte. por concepto de reajuste de auxilio de cesantía;

"c) La cantidad de DOSCIENTOS QUINCE PESOS ($ 215.00) M|cte. a título del reajuste de las vacaciones causadas;

"d) La cantidad de SEISCIENTOS PESOS ($ 600.00) M|cte. a título del reajuste del preaviso

"e) La cantidad de SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 649.98) M|cte. a título del reajuste de prima de servicios;

"f) La cantidad de SETENTA Y UN PESOS ($ 71.00) M|cte. por concepto del valor del pasaje de Barrancabermeja a Bogotá; y

"g) La cantidad de OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($ 833.25) M|cte. a título de salarios caídos

"SEGUNDO — Absuélvese a la empresa demandada de los demás cargos formulados contra ella en el libelo de demanda.

"TERCERO — De conformidad con lo prescrito en el artículo 2º del Decreto 0243 de 1951, condénase en costas a la parte demandada".

Por apelación de los apoderados de los litigantes subió el asunto a conocimiento del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que apreció de modo opuesto la cuestión de fondo declarada por el a quo y que lo condujo a reconocer los salarios de diferencia y a decretar reajuste de prestaciones; pero por consideraciones distintas también produjo algunos de esos reajustes, condenó por el lucro cesante, revocó lo relativo a la mora y a las costas de la primera instancia y confirmó los demás extremos, de la siguiente manera:

"1º MODIFICAR el numeral 1º del fallo apelado en el sentido de condenar únicamente a la persona jurídica Madigan Hyland South American Corporation, representada por su gerente, señor Otto Katz Jr. o por quien haga sus veces, a pagar a Agustín Yáñez Maldonado, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia:

"a) La cantidad de veintinueve pesos con treinta y cuatro centavos ($ 29.34) moneda corriente, por concepto de reajuste temporal de auxilio de cesantía;

"b) La cantidad de catorce pesos con diecisiete centavos ($ 14.17) M|cte. por concepto de rea

juste temporal de las vacaciones causadas y no disfrutadas;

"c) La cantidad de trescientos pesos ($ 300.00) M/cte. por concepto de primas de servicio, según lo deducido en la parte motiva de esta providencia;

"d) La cantidad de tres mil ciento sesenta pesos ($ 3.160.00) Mda. Cte. por concepto de lucro cesante, según lo deducido en la parte motiva de esta providencia;

"e) La cantidad de setenta y un pesos ($ 71.00) Mda. Cte. por concepto de gastos de transporte.

"2º **MODIFICAR** el numeral 2º de la sentencia apelada en el sentido de absolver a la persona jurídica demandada de las restantes peticiones del libelo inicial y del auxilio monetario y de las prestaciones por enfermedad no profesional, todo de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

"3º **REVOCAR** el numeral 3º de la sentencia apelada en el sentido de no hacer condenación en costas de la primera instancia.

"4º Sin costas en esta instancia".

Contra la sentencia anterior interpusieron el recurso de casación los apoderados de las partes litigantes. El ad quem lo concedió para ambas. El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo lo admitió debidamente, mas habiendo declarado desierto, en auto de 22 de febrero de 1956, el de la sociedad demandada, como puede verse a folio 19 del cuaderno de casación, debe resolverse únicamente acerca del sustentado por el representante judicial del trabajador demandante.

El Recurso

Persigue el quebrantamiento parcial de la sentencia indicada por cuanto denegó las peticiones sobre reajuste del sueldo del trabajador, y la liquidación de sus prestaciones e indemnizaciones con base en uno mensual de $ 1.000.00 y para que, en lugar de sus ordenamientos se disponga que la demandada debe pagarle a Agustín Yáñez Maldonado "la diferencia por concepto de sueldo durante todo el tiempo de servicio, es decir, la cantidad —que se ha de precisar— que resulte por esta razón entre un sueldo de $ 1.000 mensuales y uno de $ 600.00 por mes conforme se reclama en las peticiones de la demanda; asimismo, que pague la diferencia que resulte por concepto de prestaciones e indemnizaciones sociales liquidadas a $ 600.00 mensuales y la liquidación que se haga a $ 1.000.00 mensuales, como sueldo base para hacerlas; igualmente, que se disponga que todas las prestaciones e indemnizaciones a que tenga o haya tenido derecho el actor serán liquidadas con un sueldo de $ 1.000.00 mensuales. Por último las costas de la primera instancia debe pagarlas la parte demandada". Para estos efectos formula dos cargos, los cuales se presentarán el uno a continuación del otro ya que el primero procura la demostración del derecho a la diferencia de sueldo reclamada por el libelo inicial, y el segundo, las prestaciones e indemnizaciones correlativas que deban reajustarse en nueva liquidación que atienda al sueldo de $ 1.000.00 que se pretende.

Primer cargo. — Acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de error de hecho en la apreciación de pruebas que singulariza.

Para sustentarlo expresa el recurrente:

"Admite el fallador que está probado que Yáñez desempeñó las funciones de topógrafo; que su sueldo mensual fue de $ 600.00 en tanto que la remuneración mensual de los otros topógrafos, durante el período en que trabajó Yáñez, fue de $ 1.000.00; por lo que hace a la jornada de trabajo, también acepta que la de Yáñez fué igual a la de los otros topógrafos. La cuestión se plantea en la prueba de la eficiencia. El Tribunal Seccional de Bogotá, a este respecto dice:

"La sociedad demandada, a través de su gerente, negó pues, que las condiciones de eficiencia y capacidad del actor hubieran sido equivalentes a las de los restantes topógrafos a su servicio. Esta negación la ratificó en la respuesta que dio a la pregunta siguiente, pues de tal respuesta se deduce que, por ser no iguales las condiciones de eficiencia de Yáñez a las de los restantes topógrafos, se le contrató con un sueldo menor que el asignado a éstos. La contestación a la pregunta final sólo establece lo que ella dice, o sea que el demandante desempeñó bien las labores que se le encomendaron, pero no dice que las hubiera desempeñado tan bien y con tanta eficiencia como las que desempeñaron los otros topógrafos. Es que le falta a esta contestación el elemento comparativo inexcusable para admitir aquellas labores como iguales a éstas en calidad y en dificultades técnicas'.

"Y agrega la sentencia:

"Fuera de lo que se acaba de ameritar, no existe en el expediente otra probanza que favorezca las pretensiones que se estudian. Existe sí, una que, unida a la anterior, ayuda a concluir en la negativa; es la falta de licencia para ejercer la profesión de topógrafo, que el demandante confiesa en posiciones (fl. 49 a 52)."

"En consecuencia, deben negarse las peticiones a), b) y c) del libelo inicial de la litis".

Sin embargo, estas conclusiones obedecen a que el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar las pruebas que analiza y al dejar de apreciar otras que obran en los autos, así:

a) La prueba de confesión contenida en la contestación de la demanda, pieza ésta que admite, en unos apartes, que el demandante contratado para el cargo de cadenero primero, desempeñó desde ese puesto otras funciones semejantes, que fueron las de topógrafo;

b) La absolución de posiciones y la misma pieza anterior, que reconocen el desempeño de Yáñez en condiciones normales, y reiteran su actividad en funciones de topógrafo;

c) El dictamen pericial que establece en $ 600 mensuales el sueldo de Yáñez, mientras que el de los demás topógrafos era de $ 1.000.00;

ch) El documento de folio 62 en que la demandada reconoce que las funciones de cadenero y de topógrafo no son las mismas ni semejantes y solicita a su Ingeniero Residente en Barrancabermeja, para los efectos del reclamo adelantado por Yáñez, un informe sobre si las funciones del trabajador fueron las correspondientes al dicho segundo cargo;

d) La carta de folio 60, respuesta a la anterior, que dice que Yáñez estuvo trabajando como topógrafo desde el 13 de noviembre de 1953 hasta el último día de su vinculación. Y concluye:

"La confesión de la demandada, tantas veces mencionada, de que Yáñez desempeñó bien, a su satisfacción, las funciones de topógrafo; de que no tiene ninguna queja sobre los trabajos de topografía realizados por Yáñez, son una prueba evidente de que Yáñez tiene facultades para lograr el objeto deseado por la empresa en cuanto a topografía se refiere. Si por tal se ha de entender la eficiencia, Yáñez demostró tenerla, mediante la prueba de fuego de la práctica, pues logró los fines perseguidos por la demandada en materia de topografía.

"No hay ninguna prueba de que los otros topógrafos tuvieran licencia para ejercer de tales. Esta omisión no la estimó el sentenciador.

"Por lo demás, ni el Código Sustantivo del Trabajo, ni el de Procedimiento Laboral, ni ninguna disposición legal exige que la eficiencia en materia de topografía se demuestre con la licencia para el desempeño de funciones atinentes a la profesión. Incurrió el sentenciador en error de hecho y de derecho al admitir que la falta de licencia para desempeñar el cargo de topógrafo es prueba de ineficiencia o de menor eficiencia o de eficiencia. La ley no ha erigido tal prueba en solemne.

"Si Yáñez hizo bien los trabajos de topografía encomendados, fue porque tenía facultad para hacerlos, porque sus conocimientos en la materia se lo permitían; porque la aplicación de sus condiciones y cualidades lo hicieron posible".

De no haber cometido los errores que se acusan, el fallador habría condenado al reajuste de sueldo que reclama el libelo inicial.

Segundo cargo. — El apoderado judicial de Yáñez lo formula así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria, por vía indirecta, aplicación indebida, de los artículos 249 del Código Sustantivo del Trabajo; 7º del Decreto Extraordinario 617 del 26 de febrero de 1954, modificativo del artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo; 306 del Código Sustantivo del Trabajo; 64 del Código Sustantivo del Trabajo; 277 y 278 de la misma obra.

"La sentencia violó, por aplicación indebida, las citadas disposiciones legales, por haber incurrido en error de hecho al apreciar y dejar de apreciar determinadas pruebas.

"En efecto, el fallador incurrió en error de hecho manifiesto al apreciar en forma indebida y al dejar de apreciar, todas y cada una de las pruebas determinadas en el primer cargo formulado en esta demanda contra la sentencia recurrida. Me remito a las argumentaciones e individualización de pruebas hechas en esta demanda y en el primer cargo.

"De no haber incurrido en tales errores, el fallador habría aplicado el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo debidamente y habría condenado a la demandada a pagar a mi mandante un sueldo mensual de $ 1.000.00. Por lo tanto, todas las prestaciones e indemnizaciones sociales se liquidarían con fundamento en el sueldo mensual de $ 1.000.00.

"Al hacer el reajuste por auxilio de cesantía, el sentenciador tuvo en consideración un sueldo de $ 600.00 mensuales y no el de $ 1.000.00; en consecuencia violó, por aplicación indebida y en virtud de error de hecho en la apreciación de pruebas y en la falta de apreciación de otras, el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Al reajustar la compensación por vacaciones no disfrutadas, también liquidó con base en sueldo de $ 600.00 mensuales y no de $ 1.000.00; por ello, por el mismo error de hecho a que me he venido refiriendo, violó el artículo 7º del Decreto extraordinario Nº 617 de 1954 modificativo del

artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida.

"Al condenar a la demandada a indemnizar a mi mandante por haber roto unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo, violó por aplicación indebida el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, pues al fijar el monto de la indemnización, lo hizo con base en un sueldo mensual de $ 600.00 y no de $ 1.000.00. De no haber incurrido en el error o errores de hecho sobre apreciación y falta de apreciación de pruebas, tal como se ha expuesto en el primer cargo, cuyas argumentaciones e indicaciones doy reproducidas en todo este cargo, habría aplicado el art. 143 del Código Sustantivo del Trabajo, y en ese caso, la liquidación de la cantidad correspondiente a la indemnización referida, se habría hecho con base en un sueldo de $ 1.000.00 mensuales y no de $ 600.00.

"Al reajustar lo concerniente a prima de servicios, por haber incurrido en los errores de hecho determinados, con individualización de las pruebas, en el primer cargo, el sentenciador violó el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida. En efecto, hizo la liquidación respectiva con base en un sueldo mensual de $ 600.00. De no haber cometido los errores de hecho señalados en el primer cargo, habría dado cumplimiento en forma positiva al artículo 143 del C. S. del T. y en consecuencia, la liquidación habría sido con base en un sueldo mensual de $ 1.000.00.

"En cuanto a los auxilios monetarios por enfermedad, la sentencia violó los artículos 227, 277 y 278 del C. S. del T. por vía indirecta, por aplicación indebida: a esta violación fue conducido el sentenciador por los errores de hecho cometidos al apreciar y dejar de apreciar las pruebas respectivas, según la determinación de errores y de pruebas que hice en el primer cargo.

"Además, hubo error de hecho al apreciar la demanda, toda vez que en ella no se ha planteado debate sobre la existencia o inexistencia del derecho de mi mandante a indemnizaciones y prestaciones por razón de enfermedad. El actor entiende que eso no se discute. Lo que se plantea, según las peticiones y los hechos de la demanda, es que las indemnizaciones por tal concepto deben ser reajustadas con base en un sueldo de $ 1.000.00 mensuales y no de $ 600.00.

"Siendo que, si no hubiera incurrido el sentenciador en los errores de hecho referidos en el primer cargo, a cuya exposición me remito, habría determinado que el sueldo de Agustín Yáñez Maldonado era de $ 1.000.00 mensuales y no de $ 600.00; en tal caso, todas las prestaciones e indemnizaciones sociales, por razón de enfermedad no profesional, deben liquidarse con tal sueldo.

"No se trata de condenar al pago de indemnizaciones y prestaciones por enfermedad, sino de disponer el reajuste con base en sueldo mensual de $ 1.000.00.

"Por haber incurrido en los errores expuestos fueron violados por aplicación indebida, los citados artículos 227, 277 y 278 del C. S. del T."

El opositor replica que en los autos no aparece la prueba de confesión alegada por el recurrente; que Yáñez fue contratado según el documento visible a folio 10 del primer cuaderno, para desempeñar funciones de cadenero 1º o cualesquiera otras de la misma o semejante naturaleza, con el debido cuidado y cumplimiento; que si por tanto Yáñez desempeñó funciones de topógrafo ello estaba previsto en el contrato, pues las actividades dichas son de la misma o semejante naturaleza que las de cadenero, siendo por otra parte apenas natural que el actor hubiese desempeñado sus labores con el debido cuidado y cumplimiento pues tal era su deber para con la empresa; que lo anterior no indica que los servicios de Yáñez en topografía hubiesen igualado en eficiencia a los de los demás topógrafos de la empresa y que aun cuando las labores últimamente indicadas se hubiesen efectuado en forma debida eso no es sinónimo de eficiencia y no procede la aplicación del artículo 143 del CST. Agrega que lo que acredita a un profesional como tal es la licencia expedida por la autoridad correspondiente y Yáñez no la tiene para ejercer la profesión de topógrafo, ni demostró que hubiese realizado trabajos iguales a los de los demás topógrafos de la Madigan.

Respecto de las violaciones acusadas por el segundo cargo considera que no han podido acontecer, por falta de demostración del primero; y critica además, que se hubiese impuesto condena por lucro cuando los autos prueban la justa causa para despedir al trabajador, y por primas, con defecto en la apreciación probatoria.

En lo que toca a estas censuras, seguramente el Tribunal Supremo del Trabajo, entidad ante la que se sustentó el presente recurso, estimó que no constituían una demanda de casación por no haber sido formuladas en un escrito separado de las especificaciones de los artículos 90 y 91 del CPT. sino involucradas en el mismo de oposición y por eso ordenó correr el traslado al demandado como recurrente, según consta a folio 18 v. de este cuaderno. Y por virtud de esta decisión, y po

haberse vencido el término sin que la empresa formulara la demanda respectiva, aquel organismo declaró desierto su recurso, en providencia que no fue recurrida y quedó ejecutoriada, todo lo cual definió este punto en forma que no permite hoy a la Corte disponer en sentido distinto.

Se procederá pues, únicamente sobre la demanda de casación del apoderado del trabajador, a cuyo efecto

Se considera:

Al estudiar la cuestión básica del litigio, el Tribunal (que admitió el hecho de la desigualdad de salarios, por devengar el demandante $ 600 mensuales y $ 1.000 los topógrafos de la Compañía, conforme a la copia del contrato escrito de folio 10, las liquidaciones de folios 13 a 16, la contestación de la demanda, la copia del Acta Nº 17 de folio 30, la absolución de posiciones de folios 37 a 39 y la peritación de folios 57 y 58) encontró demostrados los requisitos del artículo 143 del CST sobre puesto y jornada iguales, entre Yáñez y los topógrafos de la empresa; pero declaró improcedente el reajuste por falta de demostración acerca de que aquél hubiese desempeñado sus funciones con eficiencia igual a la de estos últimos requisito que completa las condiciones para la operancia del precepto 143 regulador del principio de "a trabajo igual, salario igual".

Al hecho indicado de la "eficiencia igual" se contrae pues, el examen probatorio en este recurso.

La demostración respectiva correspondía al actor, según la regla universal, y el ad quem se pronunció en forma adversa, porque el gerente de la demandada negó, en posiciones, el hecho de que Yáñez hubiese desempeñado las funciones de topógrafo en forma tan eficiente y con tanto cumplimiento como los otros topógrafos de la demandada (respuesta a la quinta pregunta); porque esa negación la ratificó en la respuesta siguiente del mismo pliego, y porque al admitir en la respuesta décima de la dicha diligencia que la compañía no tuvo quejas sobre los trabajos realizados por Yáñez entendió que esto no implicaba reconocimiento de la misma eficiencia, por falta del elemento comparativo en esa respuesta, según lo dice la sentencia.

Sin embargo, estima la Corte que, admitida las condiciones de igualdad en el puesto y en la jornada, como las admitió el fallador, el hecho de que la empresa confesase, que Yáñez cumplió su contrato en "condiciones normales" (contestación a la demanda) y que ella "no tiene queja sobre los trabajos que realizó el señor Yáñez", (respuesta décima al pliego de posiciones) significa de modo inequívoco que su trabajo fue tan eficiente como el de los demás topógrafos, pues éste era el cargo desempeñado y el punto de referencia que se reclamaba para la comparación, ya que de otra suerte ni el contrato se cumplía en las dichas condiciones normales, ni la empresa podía manifestar su plena conformidad. Y es que lo que permite hablar en esos términos es la eficiencia en la labor, y ésta a su vez, se califica por la medida abstracta que se posea acerca de un buen desempeño, cuando no hay otro punto de confrontación, o por la concreta del desempeño de quienes cumplen las mismas funciones como en el caso de autos. Sobre el particular, la empresa advierte que ha admitido que Yáñez desempeñó sus labores con el debido cuidado y cumplimiento, pero que estos términos no son sinónimos de "eficiencia". Mas desde el momento en que esas labores fueron las de topógrafo y se las desempeñó con "el debido cuidado y cumplimiento", no puede menos de concluirse que fueron ejecutadas en la forma dicha, esto es, con eficiencia, que no es otra cosa, según el diccionario de la lengua, que la virtud y facultad para lograr un efecto determinado. Y si en la empresa había, como no se discute, otros topógrafos, el reconocimiento anotado establece necesariamente una comparación, que ostenta términos de igualdad, desde luego que no ocasionó ningún motivo de queja durante el cumplimiento de las funciones, que tuvieron, por otra parte, larga duración.

Seguramente porque las conclusiones en este plano son inexorables, la empresa en algunos momentos habla de que a Yáñez se le contrató como cadenero y las funciones de éste son semejantes a las de topógrafo. Pero constituye base inatacada del fallo la de que el demandante desempeñó siempre las últimamente indicadas y las probanzas que la establecieron y las que acreditan su debido desempeño demuestran de modo ostensible la condición de eficiencia que el ad-quem desconoció por estimar equivocadamente que carecía de punto de referencia que la estableciera, a pesar de que ella resultaba de la igualdad de puesto servido con todo cumplimiento, medida ésta que la daba el desempeño de los demás topógrafos.

Carece, por lo demás, de importancia el hecho de que Yáñez no tuviese licencia de topógrafo; pues como lo advierte el recurrente ni los autos hablan de que los otros trabajadores que, como tales, desempeñaban con sueldo de $ 1.000.00 las mismas funciones que el demandante sí poseían el título o documento aludido, ni de ser esto así ello establece una eficiencia distinta, superior

en esos topógrafos, pues la calidad en cuestión es virtud de resultado que la propia empresa calificó manteniendo a Yáñez durante todo el tiempo en funciones iguales a las de los otros y afirmando que su desempeño fue correcto, sin que la produjera motivo alguno de queja.

Se configura, por todo lo expuesto, el error acusado y el cargo debe prosperar. Para las consideraciones de instancia se atenderá a los demás hechos establecidos, así:

Diferencia de salarios. — El actor trabajó para la demandada durante once meses y trece días. La estimación de este hecho, por parte de la Sala, difiere de la del fallo de primera instancia, que le fijó al contrato respectivo una duración de un año y tres días. Tal diferencia obedece a que el libelo inicial alude en su punto doce, con admisión tácita, a una licencia de veinte días corridos entre el 9 y el 29 de agosto de 1954; a que esto fue aceptado por la Madigan Hyland en la contestación de la demanda, y a que también se registra la copia debidamente autenticada de la diligencia de consignación efectuada por la empresa, de folios 44 a 46, de la que se hará mérito para distintos efectos, sin que pueda fraccionarse esta probanza.

De las operaciones correspondientes resulta que la empresa debió pagarle a Yáñez Maldonado, por concepto de salarios, la suma de $ 11.433.32; y como sólo le pagó $ 6.860.00 según la pieza últimamente reseñada (y no de $ 7.260.00 que liquidó el Juzgado conforme al tiempo que dedujo) le adeuda por este extremo la suma de $ 4.573.32.

Cesantía. — Descontados los veinte días de licencia sin sueldo que le fueron concedidos al trabajador, con los efectos a que atienden el numeral 4º del artículo 51 del CST. en relación con el artículo 53 de la misma obra, por los once meses trece días efectivamente trabajados corresponde, con base en un sueldo de $ 1.000.00 mensuales, la suma de $ 952,77. Como al trabajador le pagaron $ 571.00 le adeudan por este concepto la suma de $ 381.11.

Vacaciones. — El tiempo servido no genera el derecho respectivo, que sólo se causa por años cumplidos de trabajo. Mas como la sentencia de segundo grado contiene condenación en suma de $ 14.17 que no puede modificarse en perjuicio de la única parte cuyo recurso se resuelve, se la mantendrá por esta consideración.

Primas. — El trabajo ejecutado durante los dieciocho días del mes de noviembre de 1953 y el mes de diciembre del mismo año no alcanzó a generar el derecho respectivo; los servicios del primer semestre de 1954 causaron la prima correspondiente en suma de $ 500.00, como lo definió el a quo; y los tres meses veinticinco días efectivamente trabajados en el segundo semestre del mismo año causaron el derecho en suma de $ 319.45, todo lo cual arrojaría un valor de $ 819.45. Como al trabajador le fueron pagados por este concepto $ 225.00, según las bases inatacadas de la decisión, se le deben $ 594.45.

Lucro cesante. — A los cinco meses veintisiete días que faltaron para la terminación presunta del contrato de trabajo, por el despido injustificado, —según base no revisable— corresponden $ 5.899,91. Como el Tribunal imputó por este concepto la suma de $ 400.00, la diferencia es de $ 5.599,91.

Auxilio monetario y prestaciones por enfermedad. — Sobre el particular dice la sentencia del Tribunal: "el a quo examinó este extremo que, como se dijo, no se planteó como petición en la demanda ni se debatió en juicio, y encontró que dichos auxilio y prestaciones no se habían causado. No hizo uso, en consecuencia, de la facultad de fallar extra petita, motivo por el cual la Corporación debe confirmar su fallo en este aspecto, sin otras consideraciones". No hubo pues, definición judicial sobre estos extremos.

Pero el recurrente sostiene que su demanda no los perseguía, sino que se limitaba a solicitar "que las indemnizaciones por tal concepto" deben ser "reajustadas con base en su sueldo de $ 1.000.00 mensuales y no de $ 600.00". Para la Corte este pedimento solo sería aceptable si se hubiesen demostrado los supuestos legales que obligan al reconocimiento de las dichas indemnizaciones. Mas no habiendo sido ello materia del pleito, según entiendan los juzgadores de instancia y el recurrente, y no proponiendo la acusación examen de pruebas encaminadas a este efecto, nada procede resolver sobre el mismo. Se mantiene pues, este punto de la sentencia de segundo grado.

De los extremos de preaviso, pasajes e indemnización por mora no se ocupa la demanda de casación.

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 en cuanto absolvió de condenar a la diferencia de salarios principalmente perseguida por el libelo inicial; en cuanto redujo las condenas por cesantía a la suma de veintinueve pesos con treinta y cuatro centavos ($ 29.34) y por primas a trescientos pesos ($ 300.00); en cuanto produjo o

dena por lucro cesante solamente por la suma de tres mil ciento sesenta pesos ($ 3.160.00) y en cuanto revocó la condenación por las costas de la primera instancia, y en su lugar reformando la del a quo CONDENA a la Madigan Hyland South American Corporation a pagar a Agustín Yáñez Maldonado, ambos de las generalidades de autos, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, las sumas de cuatro mil quinientos setenta y tres pesos con treinta y dos centavos ($ 4.573,32) por concepto de la diferencia de salarios indicada en la parte motiva de esta providencia, trescientos ochenta y un pesos con once centavos ($ 381,11) por cesantía, quinientos noventa y cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 594,45) por primas de servicio, y cinco mil quinientos noventa y nueve pesos con noventa y un centavos ($ 5.599,91) como lucro cesante y al valor de las costas de primera instancia como lo dispuso el Juzgado. NO LA CASA EN LO DEMAS, esto es, mantiene lo resuelto por el ad quem sobre vacaciones, preaviso, gastos de transporte de Barrancabermeja a Bogotá, "salarios caídos", auxilio monetario y prestaciones por enfermedad, y costas de la segunda instancia.

Sin costas en el presente recurso.

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.

APLICACION DEL ARTICULO 553 DEL CODIGO JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL — INFRACCION DIRECTA DE LA LEY. — PENSION DE INVALIDEZ

1 — En repetidas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la infracción directa se configura por la ostensible rebeldía o desconocimiento del fallador respecto de la norma, sin que esa actitud pueda referirse a errores en la estimación probatoria, pues en este caso, lo procedente es presentar el ataque por infracción indirecta.

2 — Para que pueda tener procedencia la condena en abstracto es indispensable que se trate de frutos, intereses, perjuicios o cosa semejante. Y la expresión "perjuicios" no puede ir hasta asemejarse con las prestaciones derivadas de una enfermedad durante la vigencia del contrato laboral, para que pudiera tener cabida la aplicación del procedimiento A SUMTUI que establece el artículo 145 del C. de P. L. porque la justicia laboral persigue ante todo el reconocimiento concreto, sin dilaciones e incidencias, de los derechos del trabajador. Precisamente por ello, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sentó la siguiente jurisprudencia que acoge ahora la Corte: "Reiteradamente ha sostenido esta corporación que la condena en abstracto no debe tener cabida sino cuando se trata de frutos u otra cosa semejante y que, en consecuencia, no es admisible el procedimiento del artículo 553 del mismo Código en las controversias que versan sobre salarios o prestaciones sociales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E. quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Arámbula Durán).

José de Jesús Botero, en demanda Laboral prohijada por su apoderado, accionó contra la empresa denominada "Frontino Gold Mines Ltda." domiciliada en Segovia, Antioquia, representada por su Gerente señor H. F. Brownbill, a objeto de que la condenase al pago de las siguientes prestaciones e indemnizaciones: "Enfermedad profesional: a) Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y hospitalaria, hasta por dos años; b) Salario completo durante seis meses, $ 1.260.00 o cuanto probare; c) Pensión de invalidez... $ 1.500.00 o cuanto probare. Subsidiariamente, enfermedad no profesional, así: a) Asistencia médica, terapéutica, quirúrgica y hospitalaria, hasta por 6 meses; b) Salario hasta por 6 meses... $ 900.00; c) Invalidez... $ 1.500 00, o cuanto probare".

El actor presentó como hechos de la demanda los siguientes: 1º Que trabajó al servicio de la demandada durante 10 y 1|2 años aproximadamente; 2º Que desempeñó el oficio de matarife en el matadero de la misma empresa; 3º Que devengó salario a destajo con un promedio de $ 6.80 diarios; 4º Que la labor se desarrollaba entre las 1 de la noche y las 2 y 1|2 o tres de la tarde; 5º Que como consecuencia de la clase de oficio desempeñado contrajo una enfermedad que lo imposibilitó para el trabajo; 6º Que la empresa sólo le suministró asistencia hospitalaria y farmacéutica durante veintiún (21) días y no le pagó ningún auxilio monetario.

El Gerente de la empresa dio así contestación a la demanda, escrito que prohijó su apoderado: "1º Al hecho Nº 1 de los enumerados por Botero puedo decir que la Empresa Frontino Gold Mines Ltda. no ha reconocido ni reconoce a tal señor como un trabajador al cual está ligado por contrato de trabajo. El señor Botero ha reclamado a la Frontino prestaciones sociales, por intermedio de la Justicia Laboral, y su caso fué resuelto desfavorablemente a los intereses de Frontino en primera y segunda instancia. En tiempo oportuno se interpuso contra el fallo proferido por el Tribunal Seccional de Medellín recurso de casación. Para resolver sobre este recurso salió el expediente para Bogotá, en donde el día 9 de marzo del año en curso fué presentada demanda de casación por el doctor Enrique Moreno Quevedo a nombre y representación de Frontino Gold Mines. Hasta el momento el Tribunal Supremo del Trabajo no se ha pronunci

sobre tal demanda. 2º Al hecho Nº 2, queda contestado con la explicación dada en el punto anterior. Pero repetimos entre la Empresa Frontino Gold Mines Ltd. y el señor José de Jesús Botero no existido desde hace bastante tiempo un contrato, tocará decir al Tribunal Supremo del Trabajo si es Laboral o nó, que la Empresa no ha reconocido como Contrato de Trabajo. El señor Botero, usando sus propios medios, su propia técnica, herramientas propias y sin sujeción alguna a subordinación o dependencia de los empleados de la Frontino Gold Mines Ltd, sacrifica para esta compañía el ganado que ella le pone en el matadero para tal fin. Puede, si así es su gusto, el señor Botero prescindir de su trabajo personal y hacer que el sacrificio de las reses sea llevado a cabo por quien él consiga para el caso. En total, no se llenan los requisitos establecidos por el artículo 22 del Código Laboral para que la vinculación que a la Frontino liga con el señor Botero pueda regirse o dársele aplicación a las normas de tal Código. 3º Al hecho número 3, lo niego. Debe probarlo. 4º Al hecho número 4. No me consta. Debe probarlo. 5º Al hecho número 5. Tampoco me consta. Debe probarlo. 6º Al hecho número 6. Otro que tampoco me consta. Debe probarlo".

Se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas en la demanda y formuló las excepciones de pleito pendiente, inexistencia de la obligación y la que denomina "genérica", "o sea, todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de las obligaciones, o las declaran extinguidas si alguna vez existieron".

Durante la primera audiencia de trámite el apoderado de la empresa, al fundamentar la excepción de pleito pendiente, presentó copias de un juicio laboral seguido por Botero contra la empresa demandada y certificación del Tribunal Supremo del Trabajo de que se halla pendiente el recurso de casación interpuesto por aquélla contra la respectiva sentencia del Seccional de Medellín. En base en tales documentos el a-quo declaró probada la excepción propuesta. Apelada esta decisión por el apoderado del actor, el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, con base en que se demostró que la tal acción se adelantase entre las mismas partes y versase sobre las mismas pretensiones que la anterior, revocó el auto del inferior y ordenó la devolución del expediente.

Finalizado este incidente y debidamente tramitada la litis, el Juez del Circuito de Segovia, que fue el del conocimiento, la decidió en fallo de fecha 15 de septiembre de 1955, así: "Primero: Se condena a la Compañía Frontino Gold Mines Ltd. a pagar al doctor Jaime Velásquez Toro, apoderado especialmente para recibir, el valor de las dos terceras (2/3) partes del salario promedio que se pruebe haber devengado el ex-trabajador José de Jesús Botero, en el año inmediatamente anterior a la fecha en que empezó su incapacidad, que es la base para liquidarlo conforme al artículo 228 del C. S. del T. y el valor de la pensión mensual de invalidez, equivalente a la de jubilación o vejez, desde que se le presentó la gran invalidez hasta el día de su muerte. Segundo. Igualmente se condena a la Compañía Frontino Gold Mines Ltd. a pagar el valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria a que tuvo derecho el demandante durante su enfermedad, sin pasar de seis (6) meses, debiéndose hacer esta liquidación y las a que se refiere el numeral anterior, conforme lo enseña el artículo 553 del C. Judicial".

Apelada la anterior providencia por el apoderado de la demandada, el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en fallo de fecha 5 de octubre de 1955, revocó el del juez de primer grado y en su lugar absolvió a la empresa demandada de los cargos formulados. No condenó en costas.

Contra este proveído interpuso recurso de casación el apoderado del actor. Admitido y tramitado legalmente pasa a decidirse mediante el examen de la correspondiente demanda, constante de tres cargos y uno subsidiario, y el escrito de contestación.

Alcance de la impugnación

Aspira a que se case la sentencia recurrida y a que en su lugar se condene a la empresa demandada así: "a) O en concreto a pagar al demandante los auxilios o indemnizaciones solicitados en la demanda; b) O en abstracto, habida consideración de que la demanda laboral por auxilios o indemnizaciones por enfermedades llevan implícito el concepto de daño o perjuicio 'u otra cosa semejante' por lo menos" (artículo 553 C. J.).

Cargo primero y subsidiario

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria, por infracción directa de los artículos 23, 132, 141, 145 del C. S. T., del inciso 2º del artículo 1º del Decreto-Ley 3871 de 1949 y artículo 2º del Decreto 71 de 1950; asimismo de los artículos 227, 228, 277, 278, numeral 1º, letra c), 279, 280, 281, numeral 1º y 260 del C. S. T., y artículos 480 y

553 del C. J y 145 del Decreto 2158 de 1948.-Subsidiariamente acusa las mismas normas por aplicación indebida.

Hace el recurrente la afirmación de que el salario del trabajador Botero está debidamente establecido y, no obstante, el sentenciador no aplicó las normas laborales pertinentes, las cuales vuelve a citar; alrededor de esta tesis el impugnador se refiere a la inspección ocular y a las declaraciones de Jairo Arango y Jesús María Meza, pruebas que examina, para llegar a la conclusión de que si se demostró el salario del demandante y que el Tribunal al afirmar la imposibilidad de fijarlo, hizo errónea apreciación de los elementos probatorios, considera que también se halla establecida debidamente la incapacidad para trabajar, clasificada como "gran invalidez" del demandante, refiriéndose al dictamen médico y al certificado del folio 53, todo, para concluir que como no se aplicaron al caso de autos las normas sustantivas, consagratorias de los derechos respectivos, el ad-quem incurrió en infracción directa de las mismas.

Advierte el opositor que "la infracción directa ocurre independientemente de las cuestiones de hecho" y que como el recurrente penetra en el examen de las pruebas y alega que fueron mal apreciadas por el fallador, el motivo de casación propuesta resulta totalmente distinto, pues ha debido acusar infracción indirecta de la ley; aunque expresa que la falla anotada por sí sola invalida el cargo, hace un examen detallado de las pruebas para contestar los argumentos del recurrente y concluir que no hubo base para determinar el salario y como consecuencia de ello tampoco se podía fijar la prestación por enfermedad. Sobre la no aplicabilidad del artículo 553 del C. J., en tratándose de prestaciones, hace las citas y transcripciones jurisprudenciales que considera pertinentes, del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

Se considera:

Evidentemente el impugnador incurre en el desacierto técnico de formular acusación contra la sentencia por el concepto de infracción directa de la ley y pretender demostrarla a través de errores de hecho cometidos por el sentenciador al apreciar las pruebas. Es de advertir que en repetidas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la infracción directa se configura por la ostensible rebeldía o desconocimiento del fallador respecto de la norma, sin que esa actitud pueda referirse a errores en la estimación probatoria, pues en este caso, lo procedente es presentar el ataque por infracción indirecta.

En cuanto a la acusación subsidiaria por falta de aplicación de los artículos 227, 277, 278, 279, 281 del C. S. del T., 480 y 553 del C. J., se advierte: si lo que se propone e impugna es la inaplicabilidad de dichas normas, por cuanto el recurrente estima que, comprobado el hecho de la invalidez del demandante, dejaron de aplicarse las disposiciones sobre pensión, se observa que como la prueba que el cargo indica es inconducente para acreditar el estado de invalidez alegado en la demanda, según se verá al estudiar el ataque por infracción indirecta que el escrito de casación contiene, resultaba improcedente la aplicación de las normas acusadas.

El error técnico en la formulación del cargo principal y la consideración que se expone respecto del subsidiario, los hacen inestimables.

Segundo cargo

Por el concepto de errónea interpretación acusa la sentencia de ser violatoria de las mismas normas citadas en el cargo anterior. Afirma que la ocurrencia se presentó "por el hecho de haber escogido el Tribunal de instancia una interpretación no acertada de los artículos 480 y 553 del C. J.", por cuanto considera que en los juicios laborales no procede la condena en abstracto de los derechos reconocidos. Para fundamentar el cargo remite a las razones expresadas en el anterior.

Manifiesta el opositor que si esa supuesta interpretación errónea llevó al ad-quem a dejar de aplicar las normas relacionadas con la prestación por enfermedad, el cargo sería repetición del anterior y, entonces, no debió formularse por el concepto alegado sino por el de infracción directa de las referidas normas.

Se considera:

El Tribunal encontró acreditado el contrato de trabajo entre Botero y la empresa, pero consideró que "no hubo manera de averiguar el salario en la inspección ocular"; que fue imposible estimarlo con base en el salario mínimo; que no sabe "desde qué fecha hasta qué otra estuvo incapacitado para trabajar" el demandante, y termina afirmando: "Todo esto fue comprendido por el señor Juez de primera instancia, quien seguramente erró al proferir una sentencia en abstracto cuando en los juicios laborales los derechos

de declararse en forma concreta, sin lugar a posterior incidente o juicio donde numéricamente se haga esto, con la sola excepción de perjuicios o frutos, casos que no contempló el debate, por lo que ha tenido que obrar la absolución".

El entendimiento que da el ad quem a las disposiciones del Código Judicial, acusadas, traduce el claro texto de las mismas, como en seguida se verá. el artículo 480 establece que la condena por frutos, intereses, daños o perjuicios se fije en cantidad líquida o se establezcan "por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación" y que en caso de no ser nada de ello posible, se haga la condena "a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia". Y la primera parte del artículo 553 dice: "Si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida de frutos, perjuicios u otra cosa semejante, la parte favorecida, al pedir el cumplimiento del fallo, hace una liquidación motivada y específica, de la cual se da traslado a la contraparte por el término de cinco días".

Como se ve, para que pueda tener procedencia la condena en abstracto es indispensable que se trate de frutos, intereses, perjuicios o cosa semejante. Y la expresión "perjuicios" no puede ir hasta asemejarse con las prestaciones derivadas de una enfermedad durante la vigencia del contrato laboral, para que pudiera tener cabida la aplicación del procedimiento a simili que establece el artículo 145 del C. de P. L., porque, como lo dice el ad-quem, la justicia laboral persigue ante todo el reconocimiento concreto, sin dilaciones o incidencias, de los derechos del trabajador. Precisamente por ello, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sentó la siguiente jurisprudencia que cogo ahora la Corte: "Reiteradamente ha sostenido esta corporación que la condena en abstracto no debe tener cabida sino cuando se trata de frutos u otra cosa semejante y que, en consecuencia, no es admisible el procedimiento del artículo 553 el mismo Código en las controversias que versan sobre salarios o prestaciones sociales".

Según el criterio anterior el entendimiento dado por el ad-quem a las normas acusadas, al abstenerse de aplicarlas, resulta correcto y, por tanto, l cargo no puede prosperar.

Tercer cargo

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria n forma indirecta, a consecuencia de errores de ecño en la apreciación probatoria, de los artículos 23, 132, 141, 144, 145, 227, 228, 277, 278, numeral 1, letra c), 279, 281, numeral 1, 260 del C. S. T., inciso 2º, artículo 1º del Decreto Ley 3871 de 1949 y Decreto 71 de 1950.

Cita como pruebas dejadas de apreciar por el sentenciador la inspección ocular, el certificado del folio 53 y el dictamen médico pericial, y como apreciadas erróneamente las declaraciones de Jairo Arango, Jesús María Meza, Jesús Rojas, Manuel José Londoño y Marco Aurelio García.

Manifiesta el recurrente "que en la inspección ocular se estableció que Botero sí había devengado un salario promedio, a destajo, de $ 4.63 diarios, y que las bases de esta inferencia, tomadas del valor pagado por la empresa a Botero por el sacrificio de cada res, del promedio diario de reses sacrificadas y del tiempo total de servicios, son aceptables, ya que los artículos referentes al salario, citados como violados, indican la manera de determinarlo. Fuera de que, probado en abstracto el salario como elemento integrante del contrato de trabajo, las disposiciones sobre salario mínimo suplen su imposibilidad de apreciación en concreto"; critica la afirmación del Tribunal de que tampoco pudo establecerse el tiempo de incapacidad de Botero, haciendo ver que la prueba documental del folio 53 acredita tal dato; afirma que el ad-quem "apreció erróneamente la prueba del dictamen pericial sobre calificación de la incapacidad de Botero como una **gran invalidez**, ya que completada ella con el certificado en que consta que Botero padeció de "Descompensación cardíaca", lo que le causó nada menos que la muerte, y vista esta prueba con la perspectiva del resto del haz probatorio del proceso y las fuentes de información que cita el médico industrial, todo esto es demostración evidente de este tipo de incapacidad legal"; en cuanto a los testimonios de Arango, Meza, Rojas, Londoño y García, manifiesta que los deponentes nunca dijeron" que hubieran visto a Botero sacrificando solo una res en un día de aquellos en que lo vieron trabajando", como lo sostiene el Tribunal; que el sentenciador "ha tomado ciertas afirmaciones intrascendentes de los mismos testigos, como las relativas al hecho de que Botero tuviera ayudantes o que iniciara su jornada a distintas horas, con criterio exegético o extensivo, sacando de ellas conclusiones fundamentales como aquellas de que por estos motivos no se podía saber cuánto realmente devengaba Botero o que por ello no se podían aplicar las normas sobre salario mínimo. Y si se comparan estos testimonios, cuyas afirmaciones son de carácter impreciso sobre tiempo de servicios y salario, con los datos concretos de la inspección ocular sobre estos mismos elementos del contrato laboral, re-

sulta más visible que el error fue sobre la apreciación del haz probatorio, máxime en tratándose de un hecho como el salario variable que apenas si puede establecerse a través de los libros de contabilidad, comprobantes de pago, records de tiempo, etc.".

El opositor anota la falta de técnica en la formulación del cargo; dice que el salario promedio que resulta de la inspección ocular se refiere al año de 1953 y no al inmediatamente anterior a la fecha de la incapacidad, que no aparece acreditada, por lo cual no puede tomarse como base para una liquidación y que el promedio diario de reses sacrificadas, materia de la declaración de Jairo Arango, por referirse a un periodo anterior a marzo de 1952, no sirve para comprobar el salario reclamado; impugna la tesis de que, ante la imposibilidad de apreciar concretamente el salario, debe aplicarse la norma que regula el salario mínimo, porque entiende que ella no puede utilizarse "para subsanar una deficiencia probatoria"; se refiere a la nota del folio 53, suscrita por el Médico oficial de Segovia, haciendo notar que tal documento no prueba la incapacidad sufrida por Botero, con base en el reclamo inicial; impugna el dictamen médico del folio 54 por falta de fundamento y, finalmente, afirma que el recurrente no demostró la evidencia del error de hecho ni tampoco el error de derecho acusados en el cargo.

Se considera:

Sostiene el Tribunal que "no hubo manera de averiguar el salario en la inspección ocular, donde no se encontraron sino sumas globales, de las que participaba a uno o dos ayudantes, con imposibilidad de estimar como base el salario mínimo, ya que los testigos expresan cómo no siempre trabajaba el demandante jornadas completas, al no tener que sacrificar siempre el mismo número de reses sino una o dos en ciertas ocasiones"; afirma además que "Tampoco se sabe desde qué fecha y hasta qué otra estuvo incapacitado para trabajar, pues no encontró el médico oficial o industrial la historia clínica del demandante, al punto de que su dictamen tuvo que rendirlo sin mayores antecedentes, por lo que tampoco quedó muy firme para acreditar la merma de capacidad en el grado apetecido por la ley que fundara el derecho a una pensión de invalidez".

En la diligencia de inspección ocular (fl. 49) se constató que Botero había devengado por concepto de su labor, durante los 302 días laborables del año de 1953, la suma de $ 1.370.20, de lo cual infirió el juez un salario promedio diario de $ 4.53 en el referido año. Mas como para el reconocimiento de la prestación reclamada, en tratándose de salarios variables, debe tenerse como base el promedio de lo devengado en el año de servicios anteriores a la fecha en que comenzó la incapacidad y ésta no se precisa en la demanda ni en los elementos probatorios del juicio, resultaba improbedente tomar esa base para liquidar la prestación impetrada. Y dada la imprecisión o ignorancia de los testigos sobre el salario devengado por el actor, exceptuando la información de Meza, no podían relacionarse sus dichos con los datos arrojados en la diligencia de inspección. Ahora bien: el documento del folio 53, de fecha 8 de diciembre de 1954, expresa que el joven Botero fue tratado en el Hospital San Juan de Dios de Segovia por "descompensación cardíaca", que luego se complicó con un "edema agudo del pulmón", permaneciendo recluído desde el 2 de agosto hasta el 22 de octubre del año citado; el dictamen médico del folio 54, de fecha 23 de diciembre de 1954, expresa la incapacidad total de Botero a consecuencia de la misma enfermedad sufrida, calificándola como "gran invalidez", lo que le dio derecho a la prestación consagrada en el artículo 278, ordinal 1º, letra c) del C. S. T. Pero estas pruebas, si bien establecen la clase de incapacidad sufrida por el actor en la fecha en que fueron producidas o al menos durante los meses de estada en el hospital, no pueden aceptarse como comprobación de los hechos afirmados en el libelo, de 24 de mayo del referido año, puesto que no se conoce la fecha de la desvinculación laboral del demandante ni los documentos comentados indican la en que empezó la incapacidad, extremos estos que, como ya se dijo, no menciona el escrito inicial ni elemento probatorio alguno. Y en cuanto a la prueba testimonial acusada, se advierte: García (fl. 41), afirma que Botero estuvo hospitalizado unos quince días en el año de 1954; Londoño (fl. 44), expresa también que estuvo en el hospital de la Compañía, pero no recuerda cuándo; Arango (fl. 49 v.) y Meza (fl. 50), nada dicen al respecto; finalmente, Rojas (fl. 36), afirma que Botero permaneció unos días en el hospital de la empresa, pero no sabe si la enfermedad de que padecía se debió a la labor desempeñada. Como se ve, estos testimonios, aunque aluden a la enfermedad y reclusión de Botero en el hospital de la empresa, sin precisar ninguna fecha, no pueden relacionarse con lo expresado en los documentos de folios 53 y 54 que se refieren a la enfermedad y hospit

lización de aquel en un establecimiento distinto, sin que hubiera podido establecerse que las lesiones sufridas por el actor e indicadas en la prueba documental, fueran consecuencia de la enfermedad a que aluden los testigos, y mucho menos a lo que hacen referencia los hechos 5º y 6º del libelo.

En guarda del principio que establece que las decisiones judiciales se fundamenten en la comprobación de los hechos aducidos en la demanda y en la defensa, no podía el sentenciador valerse de estos medios probatorios para reconocer el derecho impetrado. No habiendo sido posible despejar el aspecto dudoso planteado por la situación de autos, resultaba procedente la absolución.

En tales condiciones no puede imputarse al fallador la comisión de errores de hecho en la apreciación probatoria, ya que las equivocaciones de este género deben aparecer de modo claro y manifiesto, lo cual no ocurre en el caso sub-lite, para que sean acusables en casación.

Bastan las anteriores razones para considerar que el ad-quem apreció correctamenet el haz probatorio. Por ello mismo no incurrió en los errores de hecho acusados y en consecuencia no violó las normas laborales que el impugnador señala.

El cargo no prospera.

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 materia del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Constaín — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. — SU RESPONSABILIDAD EN MATERIA LABORAL. — DEMANDA CONTRA UN SOCIO POR OBLIGACIONES LABORALES CONTRAIDAS POR LA SOCIEDAD. ERROR DE HECHO. — SUSTITUCION DE PATRONO.

1.—Dentro de la libre formación del convencimiento, que es principio determinante del proceso laboral (artículo 61 del C. de P. del T.), bien podía el sentenciador de segunda instancia escoger entre las diversas pruebas allegadas a los autos, las que consideraba que le indicaban en forma más directa y menos confusa la realidad respecto al vínculo del demandante, apreciación que no puede ser cambiada en este recurso extraordinario, sino cuando, mediante el examen del cargo por error de hecho, aparezca en éste demostrado que ella repugna por lo absurda, es decir, porque contraría de manera evidente la verdad que surge categórica y nítida de las otras pruebas del proceso. Véase la sentencia de 19 de agosto del año en curso, en el juicio que Carlos Ochoa adelantó contra Alfonso Duque Arango.

2.—Las características generales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada han dificultado su clasificación integral ni como sociedad de personas ni como sociedad de capitales, porque como lo observa el tratadista argentino Ramón Castillo "difiere de la primera precisamente en lo que se aproxima a la segunda, y de ésta en los caracteres que toma de aquélla". Uno de los elementos que más la diferencia de la sociedad de personas y que más la aproxima a la sociedad de capitales es la limitación de la responsabilidad de los socios, en cambio que otros factores como el espíritu de familia o amistad que ordinariamente mueve el ANIMUS SOCIETATIS, la ingerencia activa de los socios en la administración, las restricciones a la transferencia de las cuotas sociales, indican la marcada presencia del elemento INTUITU PERSONAE que la aleja de la sociedad de capitales y la asimila a la sociedad de personas.

Por esta mixtura de rasgos es por lo que la doctrina no ha logrado uniformidad en la ubicación de la sociedad de responsabilidad limitada. Para algunos autores como Fernández, Mollnari y Paulauro, Thumin Riedler, Van Houte, Lagarde y Hemard, se trata de sociedad de personas. Otros como Hamel, Boucart, Copper Royer, Goyrano, Malagarriga y Rivarola y los doctrinantes germánicos, la entienden como sociedad de capitales. La mayor parte de la doctrina latina (Percerou Ripert, Drouste, Lapargeau, Pic y Teratin, Lescot, Diligo, Pérez, Asquini, Halperin), la concibe como un nuevo tipo de sociedad, de naturaleza mixta, que presenta al mismo tiempo caracteres de la sociedad de personas y de la sociedad de capitales.

En el sistema comercial colombiano, las sociedades de responsabilidad limitada asientan un predominante tratamiento como sociedades de personas. Las discusiones parlamentarias y la exposición de motivos que precedieron a la expedición de su ley orgánica, la 124 de 1937, demuestran que tal tipo de sociedad se proyectó con un carácter inequívocamente personal, como "sociedad colectiva en la que los socios limitan su responsabilidad a sus aportes", según definición que en su discurso dio el senador Olaya, autor de la iniciativa legal. La propia Ley orgánica fue muy explícita sobre el particular, al darle en su artículo 31 el siguiente supletorio de las sociedades de personas, pues dispuso que en lo no previsto en ella y lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades limitadas "se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio".

En acuerdo con el expresado criterio legislativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que tales sociedades "pertenecen" a las sociedades de personas y no a las de capitales, por lo cual "deben gobernarse por las leyes tributarias dadas para las de su especie", concesión que se encuentra en el fallo de 4 de diciembre de 1942 dictado para anular el artículo único del Decreto 1.10 de ese año, que señalaba a las sociedades limi-

tadas el mismo régimen tributario de las sociedades anónimas. (Anales del C. de E. Tomo XLVII, números 308 a 310, pág. 1284).

En presencia de todo lo anterior, es forzoso concluir que lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo se extiende también a las sociedades de responsabilidad limitada, quedando a la Corte el encargo de fijar el alcance de este precepto en cuanto a ellas toca.

El no responder los socios más que hasta cierto límite es, como ya se dijo, característica fundamental de las sociedades de responsabilidad limitada, en contraposición a la responsabilidad AD-INFINITUM de los socios que es la regla general en las sociedades de personas. En el sistema colombiano dicho límite de responsabilidad está fijado en el artículo 1º de la Ley 124 de 1937, cuando dice que en esta clase de compañías "la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique", principio que más adelante desarrolla la misma Ley en sus artículos 2º, inciso 2º, y 3º, así: "La escritura de constitución contendrá además de las enunciaciones que expresa el artículo 467 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique y la de que aquéllos han sido pagados". Cuando haya aportes en especie, la mencionada escritura contendrá asimismo la estimación que de ellos deben hacer los socios. Estos son solidariamente responsables del valor atribuído a los indicados aportes en la escritura social" (artículo 2º, incisos 2º y 3º). "El extracto de la escritura social que debe registrarse y publicarse contendrá, además de las indicaciones de que trata el artículo 469 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios se limitará a sus aportes o a estos y a la suma que respecto de cada uno de los socios se indique y de que las aportaciones han sido totalmente cubiertas" (artículo 3º).

Se tiene entonces que de acuerdo con la Ley 124 de 1937, EL LIMITE DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, presenta las siguientes modalidades: a) Si no hay más que aportes en dinero y como estos deben estar íntegramente pagados antes de quedar constituída la sociedad, la responsabilidad de cada socio se contrae a la suma que hubiere separado de su patrimonio personal para vincularla como aporte de la sociedad. Al entregar el aporte, el socio queda descargado de toda responsabilidad por las obligaciones que llegue a adquirir la sociedad; b) Si hay aportes en especie, todos los socios son solidariamente responsables de cualquier menor precio que resulte entre el monto atribuido en el contrato a dichos aportes y su verdadero valor; y c) Si no se ha pactado extensión de responsabilidad más allá de los aportes, los socios responderán, además, de la suma que respecto de cada uno de ellos y por este concepto se haya indicado en la escritura social.

El artículo 36 del C. S. del T. no desconoce este fenómeno de limitación de responsabilidad que es propio de la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, sino que por el contrario lo incorpora expresamente en su mandato, porque advierte que la solidaridad de los socios con la sociedad y de estos entre sí es "solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio", es decir, que no va más allá, que no lo excede, por lo cual respecto a estas sociedades no puede afirmarse que la norma consagra una solidaridad indefinida; ni que contempla una responsabilidad duplicada, o sea, hasta por otra suma "equivalente a sus aportes", porque en cualquiera de estas dos hipótesis se estaría rebasando el límite de responsabilidad que no es otro que el previsto en la Ley 124 ya citada, en las tres modalidades que acaban de observarse.

3.—Tanto el dinero como los bienes se declararon entregados a las Sociedades. Los socios no extendieron su responsabilidad a ninguna suma adicional, y manifestaron que su responsabilidad quedaba limitada a sus aportes. Y no hay prueba en los autos de que el valor que le fijaron los socios a los aportes en especie sea inferior al que realmente tengan los bienes aportados.

En estas condiciones, resultaba improcedente demandar en vida de las sociedades al socio Martín invocando el carácter solidario de las obligaciones contraídas por aquéllas, porque no habiéndose responsabilizado Martín por suma mayor a sus aportes, ni estando siquiera en discusión el avalúo de los aportes en especie, el demandado, al entre-

gar sus aportes, quedó desligada de toda responsabilidad por las obligaciones que contrajeran las sociedades mencionadas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral—Bogotá, veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constain)

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **José Vicente Quilaguy** contra la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá el 30 de enero de 1956, en el juicio adelantado por el recurrente contra "Carboneras San Vicente S. A." y **Georges Martin.**

Antecedentes

José Vicente Quilaguy, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Tercero del Trabajo de esta ciudad a la sociedad "Carboneras San Vicente S. A.", representada por su gerente señor Georges Martin o en ausencia de éste, por los suplentes primero y segundo señores André Wasseige y Jorge Manrique S., para que se hicieran en contra de la demandada y a favor del demandante las siguientes declaraciones y condenas:

"**Primera.**—Que se declare resuelto el contrato de trabajo existente entre **Carboneras San Vicente S. A. y José Vicente Quilaguy** por haber sido violado o incumplido por la entidad patronal.

"**Segunda.** —Que se condene a **Carboneras San Vicente S. A.** a pagar al señor **José Vicente Quilaguy**, las sumas que a continuación se expresan y por los conceptos allí señalados:

"a) **Trescientos sesenta pesos con cincuenta y cinco centavos** ($ 360.55) moneda legal, o cuanto más probare, por concepto del auxilio de cesantía causado en un año, nueve meses y diez y nueve días $ 360.55

"b) **Cuatrocientos setenta y tres pesos con treinta y tres centavos** ($ 473.33) moneda legal, o cuanto más probare, por concepto del tiempo que faltaba para el vencimiento del contrato presuntivo..... 473.33

"c) **Cien pesos** ($ 100.00) moneda legal, por concepto de indemnización de perjuicios y representados por 15 días de vacaciones a que hubiera tenido derecho de haberse cumplido la última prórroga del contrato de trabajo 100.00

"d) **Cien pesos** ($ 100.00) moneda legal, por concepto de compensación de 15 días de vacaciones a que tenía derecho por más de un año continuo de trabajo y que no se le dieron 100.00

"e) **Cuatrocientos pesos** ($ 400.00) moneda legal, por concepto de las cuatro primas semestrales de servicios a que tenía derecho por todo el tiempo trabajado.... 400.00

"f) **Tres mil seiscientos pesos** ($ 3.600.-) moneda legal, equivalente a 18 meses de salarios como indemnización por el accidente de trabajo sufrido..... ..... 3.600.00

"g) **Mil doscientos pesos** ($ 1.200.-) moneda legal, por concepto de seis meses de salario en que estuvo totalmente incapacitado para trabajar a consecuencia del accidente de trabajo .....$ 1.200.000

"**Tercera.**—Lo que se pruebe en el juicio como valor de la asistencia médico- quirúrgica, ortopédica, farmacéutica, hospitalaria y asistencial, con ocasión del accidente de trabajo, o en subsidio por enfermedad.

"**Cuarta.** —**Doscientos pesos** ($ 200.00) por cada mes que haya transcurrido o que transcurra entre el 26 de octubre de 1952 y la fecha en que sean pagadas las prestaciones sociales o indemnizaciones legales que se demandan.

"**Quinta.**— En subsidio de lo pedido en la letra f) del numeral segundo de las peticiones, solicito que se condene a la empresa demandada a pagar a mi poderdante una pensión mensual de invalidez igual a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta meses.

"**Sexta.**—En subsidio de la anterior petición (la 5ª), solicito que se condene a la sociedad demandada a pagar a mi poderdante el auxilio por invalidez de que trata el ordinal a) del artículo 278 del C. S. del T.".

Como hechos, refiere el libelo:

"1.—Mi poderdante fue contratado el 8 de enero de 1951, por la empresa demandada, para trabajar personalmente y bajo la continuada dependencia de la citada sociedad, en las minas de carbón que posee en jurisdicción del Municipio de Sesquilé.

"2. —Mi poderdante trabajó como picador de carbón, al servicio de la empresa demandada, hasta el 26 de octubre de 1952.

"3.—El veintiséis (26) de octubre de 1952, una vez que mi poderdante había concluido las labores ordinarias y en momentos en que llegaba a su

casa de habitación, se le estalló un taco de dinamita que llevaba consigo —como era costumbre y obligación llevarlo consigo— y destinado a las labores que debía desempeñar en provecho de la demandada al día siguiente.

"4.—Como a consecuencia del accidente relatado en el numeral anterior sufrió mi poderdante una grave lesión en la mano derecha, fue conducido de urgencia al Hospital de Sesquilé por sus parientes y amigos.

"5.— En el Hospital de Sesquilé los galenos que atendieron a mi poderdante, en consideración a la gravedad de la lesión que presentaba el herido, le practicaron una intervención quirúrgica que dio como resultado la amputación de la mano derecha.

"6.—La empresa demandada no quiso pagar los gastos de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica requerida por el accidente de trabajo sufrido por mi poderdante.

"7.—Mi poderdante tuvo que abandonar el Hospital de Sesquilé, ocho días después de haber ingresado a él, por falta de medios económicos para subvencionar los gastos que ocasionaba su permanencia en dicho Hospital.

"8.—Mi poderdante devengó durante el último mes de servicios, la suma de $ 200.00 como contraprestación de su trabajo.

"9.—Durante todo el tiempo que mi poderdante sirvió a la demandada, devengó $ 200.00 mensuales.

"10.—A mi poderdante no se le concedieron vacaciones ni se le compensaron en dinero; no se le dio descanso compensatorio ni se le pagó la doble remuneración dominical; no se le han pagado las prestaciones sociales ni las indemnizaciones legales a que tiene derecho, a pesar de haberlas solicitado insistentemente.

"11.—A raíz del accidente mencionado, la demandada rompió en forma unilateral, ilegal e injusta, el contrato de trabajo que le ligaba con mi poderdante".

El apoderado de la demandada se opuso a la acción, negó unos hechos, dijo no constarle otros y manifestó que "Carboneras San Vicente S. A." no tiene contratados trabajadores a su servicio, pues ella no explota las minas de carbón de que es propietaria en Sesquilé, sino que las tiene dadas en arrendamiento a las firmas comerciales "Martín y Wasseige Ltda." e "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", sociedades autónomas e independientes y distintas de la empresa enjuiciada; que la Cía. "Industria Explotadora de Carbón S. A." no pagó gastos de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica al demandante, porque éste no sufrió accidente de trabajo alguno mientras estuvo a su servicio; que Quilaguy devengó una suma mucho menor a $ 200.00 mensuales cuando estuvo al servicio de "Industria Explotadora de Carbón S. A." y que esta sociedad le pagó todas las prestaciones de ley cuando el actor se retiró del trabajo. Propuso, además, la excepción "que surge del hecho de haber sido demandada una empresa distinta de aquella con quien tuvo contrato de trabajo, el señor Vicente Quilaguy".

En la primera audiencia de trámite, el apoderado del actor adicionó la demanda para dirigirla también contra el señor **Georges Martín** "como persona natural, bien en su calidad de arrendatario de al mina, bien como socio de las sociedades "Martín y Wasseige Ltda." e "Industria Explotadora de Carbón Ltda." y para pedir condena solidaria contra Martín y "Carboneras San Vicente S. A.", por los conceptos y en la cuantía señalados en el libelo inicial, y enunció dos nuevos hechos así: "Posteriormente al ingreso de mi poderdante al servicio de Carboneras San Vicente, esta sociedad arrendó la mina donde laboraba Quilaguy al señor **George Martín**"; "El señor Martín aportó su derecho de arriendo sobre la citada mina sucesivamente a las sociedades 'Martín, Wasseige Ltda.' e Industria Explotadora de Carbón Ltda., continuando en esta forma mi poderdante laborando en la misma mina".

El apoderado de Martín al responder la adición, manifestó atenerse a lo dicho en la contestación de la primitiva demanda y negó los dos nuevos hechos presentados por el actor.

En fallo de 7 de junio de 1955, el juez del conocimiento condenó a Georges Martín a pagar al demandante la suma de $ 2.120.26 por auxilio monetario, asistencia médica y hospitalaria y auxilio de invalidez, y lo absolvió de las restantes peticiones del libelo, igualmente absolvió a "Carboneras de San Vicente S. A." de todos los cargos de la demanda y condenó en costas parciales al demandado.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al conocer en apelación interpuesta por las partes, en sentencia de 30 de enero de 1956 revocó las condenas hechas por el inferior y, en su lugar, absolvió a Martín por estos extremos de la litis; confirmó las absoluciones restantes hechas por el a-**quo** y condenó a la parte actora a las costas de ambas instancias. Salvó el voto el magistrado doctor Alvaro Díaz Granados.

El recurso

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T. y mediante la formulación de cuatro cargos, persigue la casación total de la sentencia indicada, para que como juez **ad-quem** proceda la Corte a revocar el fallo de primer grado y, en su lugar, "se condene a los demandados a pagar todas las sumas demandadas en el libelo inicial del litigio, o en subsidio de lo anterior, que se condene al pago del accidente de trabajo y de los salarios caídos".

Primer cargo

Acuse falta de aplicación del artículo 34 del C. S. del T., y aplicación indebida de los artículos 36, 65, 189, 192, 199, 204, 205, 209, 278 y 306 del mismo Código, infracciones en que incurrió el sentenciador, a consecuencia de evidentes errores de hecho por equivocada apreciación y falta de apreciación de pruebas que singulariza.

Dice el acusador que la sentencia impugnada dio como demostrados los siguientes hechos: "1º Que como Carboneras San Vicente S. A., arrendó las minas donde trabajó Quilaguy, al señor Georges Martin, desde 1939, la arrendataria no tiene por qué responder por las resultas del contrato entre el demandante y el arrendatario. — 2º Que Georgse Martin explotó personalmente dichas minas hasta el 31 de octubre de 1951 en que aportó su derecho de arriendo a la sociedad 'G. Martin y A. Wasseige Ltda.', siendo dicha sociedad la responsable desde la fecha de su constitución. — 3º Que 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.' no sustituyó a los anteriores en el contrato celebrado con Quilaguy, por cuanto el derecho de arriendo sobre las minas que tenía Martin, no fue aportado a la citada sociedad. — 4º Que como consecuencia de lo anterior, hubo dos contratos de trabajo con Quilaguy: a) El primero, con Georges Martin desde el 8 de enero de 1951 hasta el 25 de noviembre del mismo año, habiendo sido sustituido por 'G. Martin y A. Wasseige Ltda.' a partir del 31 de octubre de 1951; y b) El segundo, con Industria Explotadora de Carbón Ltda. desde el 26 de noviembre de 1951 hasta el 25 de octubre de 1952". Que como consecuencia de lo anterior, el Tribunal concluyó con que procedía absolver a los demandados por cuanto las sociedades responsables no habían sido demandadas y los socios de las sociedades de responsabilidad limitada no son solidarios con la sociedad sino en determinados casos, a pesar del artículo 36 del C. S. del T. Y que las anteriores afirmaciones del Seccional configuran varios errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos, así:

Primer error de hecho.—"Haber dado por demostrado, con la escritura pública numero 5080 de 1951 de la Notaría 4ª de Bogotá, que Georges Martin aportó a la Sociedad 'G. Martin y A. Wasseige Ltda.' el derecho de arriendo sobre las minas de Carboneras San Vicente S. A., cuando precisamente lo que está plenamente demostrado con dicho documento (f. 40) es que no aportó a dicha sociedad su derecho de arriendo y que continuó como arrendatario exclusivo".

Dice el recurrente que solo un error de esta naturaleza explica que en presencia de un texto tan claro como el de la cláusula décima-tercera de dicha escritura, en donde se deja constancia que no hay cesión del arriendo ni subarriendo y que Martin continúa como arrendatario exclusivo de la mina, el sentenciador afirma precisamente todo lo contrario, o sea, que Martin aportó el derecho de arriendo que había adquirido de Carboneras San Vicente S. A.

Segundo error de hecho: "Haber dado por demostrado que José Vicente Quilaguy trabajó para 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.', cuando lo que está plenamente demostrado es que el demandante nunca trabajó para dicha empresa sino que siempre estuvo al servicio de Carboneras San Vicente S. A. y del arrendatario explotador Georges Martin".

Como pruebas mal apreciadas indica: La contestación de la demanda inicial (fls. 31 y ss.), la adición de la demanda (f. 102), los recibos de fls. 26 y 27, la inspección ocular (fl. 174), las posiciones absueltas por el demandante (f. 233) y las posiciones absueltas por Georges Martin (fls. 141 y 146); como pruebas dejadas de apreciar señala las declaraciones de Antonio Pachón (f. 158), Siervo Reyes (f. 160) y Benito Moreno (f. 161).

Sostiene el impugnador que las afirmaciones del apoderado de la demandada al contestar la demanda inicial, sobre que las minas que Carboneras San Vicente S. A. poseía en Sesquilé, las había dado en arriendo a G. Martin y Wasseige Ltda. e Industria Explotadora de Carbón Ltda., y del apoderado del demandante al corregir la demanda sobre que con posterioridad al ingreso de Quilaguy "al servicio de Carboneras San Vicente S. A. esta sociedad arrendó la mina donde laboraba Quilaguy al señor Georges Martin" y éste "aportó su derecho de arriendo sobre la citada mina sucesivamente a las sociedades Martin y Wasseige Ltda. e Industria Explotadora de Carbón Ltda." continuando en esta forma el actor laborando en

misma mina, no podían servir al Tribunal para concluir que Quilaguy estuvo al servicio de estas últimas empresas, porque tales afirmaciones, llámense confesión o como se quiera, resultan plenamente desvirtuadas, ya que el mismo sentenciador acepta que el derecho de arriendo que tenía Martin no fue aportado a Industria Explotadora de Carbón Ltda., y en la escritura pública número 5090 de 1951 se dice que tampoco a "G. Martin y Wasseige Ltda." se aportó el derecho de arriendo que detenta Martin. Y que, igualmente, la afirmación hecha en la contestación de la demanda, referente a que Quilaguy en su último tiempo había servido para Industria Explotadora de Carbón Ltda., aparece desvirtuada, además, en forma irrefragable, pues tanto demandante como demandado sostienen que Quilaguy trabajó en las minas que posee Carboneras San Vicente S. A. en Sesquilé, y resulta, de acuerdo con las escrituras públicas números 1043 y 6346 de 1946 sobre constitución y reforma de la sociedad "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", que dicha sociedad solo posee minas en Zipaquirá y Suesca y absolutamente ninguna en Sesquilé.

Que los testimonios de Antonio Pachón, Siervo Reyes y Benito Moreno, no apreciados por el Tribunal, complementan las pruebas anteriores en el sentido de demostrar que el demandante trabajó siempre en las minas que en Sesquilé posee Carboneras San Vicente, S. A.

Que los recibos de fls. 26 y 27, que tienen fecha muy posterior a la en que se determinó el contrato de trabajo de Quilaguy, no son suficientes para demostrar que éste trabajó con Carboneras San Vicente y con Industria Explotadora de Carbón Ltda., pues apenas sirven para comprobar que dichas empresas pagaron esas sumas por los conceptos allí estipulados; que en el derecho colombiano es posible pagar por otro y al trabajador lo único que le importa es que le paguen; y que conviene advertir que tales recibos no tienen referencia a tiempo alguno de trabajo, por lo que ni siquiera sirven para afirmar que corresponden al tiempo por el cual se demanda.

Que según el acta de inspección ocular, aparece el personal de la diligencia trasladándose a las oficinas de Carboneras San Vicente S. A. situadas en la dirección dada en los libelos de demanda, pero en donde, sin embargo, los recibe un socio de G. Martin y Wasseige Ltda. "arrendatario de Carboneras San Vicente", según dice el acta, no obstante que, como ya se vio, está suficientemente comprobado que no fue tal arrendataria, que en dichas oficinas y facilitados los libros y papeles por un socio de "C. Martin y Waisseige Ltda.", se encontró que los salarios de Quilaguy entre el 26 de noviembre de 1951 y el 28 de octubre de 1952 los pagó Industria Explotadora de Carbón Ltda.; pero que con vista en lo anterior, no podía el perito concluir que el demandante había trabajado durante ese tiempo a órdenes de Industria Explotadora de Carbón Ltda., sino que lo único que podían afirmar era que según los documentos examinados, esos salarios los había pagado la citada empresa, pero nada más.

Que la afirmación del demandante al responder la primera pregunta del pliego de posiciones, que envuelve dos hechos distintos, no podía dirigirse sino a aceptar el hecho segundo que es el comprobable por medio de la confesión, o sea, que el absolvente trabajaba en las minas de Sesquilé, porque en lo que respecta al hecho segundo que se refiere a que dichas minas las explotaba la Compañía Explotadora de Carbón Ltda., no podía darse como probado por medio de la confesión, ya que la propiedad minera o, en general, la inmueble, no se puede probar por este medio; siendo además, evidente que tal primer hecho sobre que las minas son de Industria Explotadora de Carbón Ltda., es falso, según se vio al analizar las escrituras de constitución y reforma de esta sociedad. Que la segunda posición envuelve varios hechos, pero que por las mismas razones anteriores, su lectura deja el pleno convencimiento de que lo que se quiso preguntar fue la hora en que terminó la jornada el 25 de octubre de 1953 y el pago de salario de esa semana. Que en relación con la novena pregunta basta anotar que según se comprobó en la diligencia de inspección ocular, las oficinas de Industria Explotadora de Carbón Ltda. se encuentran unidas a las de Carboneras San Vicente, y que lo anterior se ve más claro si se relaciona esa pregunta con la 8ª donde se mencionan varias empresas y que sirve igualmente para arrojar luz sobre que no es fundamental en tales preguntas la determinación de la empresa; que por otra parte, en marzo de 1953 ya hacía mucho tiempo que la relación de trabajo que se discute, había terminado. Y que las demás preguntas se refieren al pago del salario y no importa quien lo haya pagado por cuenta del patrono.

Que Georges Martin al responder a la primera y segunda preguntas del pliego de posiciones, claramente afirma que Quilaguy trabajó en las minas que Carboneras San Vicente S. A. tiene en Sesquilé y de las cuales es arrendatario el absolvente; y que en la décima cuarta respuesta el absolvente considera que el hecho de ser él, el arren-

datario explotador, responsable ante los trabajadores, es un hecho público y notorio. Que al absolver posiciones Martín, ya como Gerente de Carboneras San Vicente S. A. se declara expresamente como responsable de los contratos de trabajo celebrados con los servidores de las minas de Sesquilé (respuestas primera, décima tercera, décima cuarta y décima quinta).

Concluye el recurrente que las probanzas anteriores demuestran que Quilaguy siempre estuvo a órdenes de Martín en las minas que le tiene arrendadas, en Sesquilé, Carboneras San Vicente S. A y que, por lo mismo, no es cierto que Quilaguy haya tenido dos contratos de trabajo como lo afirma el Tribunal.

Tercer error de hecho: "Haber dado por demostrado, con base en la escritura pública número 1626 de 1939, que el contrato celebrado entre Martín y Carboneras San Vicente S. A. es simplemente de arriendo, cuando lo que está demostrado hasta la saciedad, con el mismo contrato, es que es de arriendo y explotación."

Sostiene el acusador que si el Tribunal hubiera apreciado el certificado de la Cámara de Comercio habría dado por demostrado que el objeto social de Carboneras San Vicente fue modificado, para reducirlo, prácticamente, al de sacarle utilidad al activo social por medio de contratos de arriendo o de explotación o a ambos títulos; que ya con la anterior afirmación, si el sentenciador hubiera apreciado correctamente la escritura número 1626 de 1939, especialmente sus cláusulas 1ª, 3ª, 5ª, 18ª, 20ª y 23ª, habría llegado a la conclusión de que, como ya había sido previsto en la reforma social, Martín recibió el activo social e industrial, inclusive, el líquido o movible, no solamente a título de arriendo, sino también a título de explotación y de venta, pues Martín se comprometió a explotar la empresa minera, es decir, todos los bienes materiales e inmateriales que constituyen el patrimonio de Carboneras San Vicente S. A., a realizar determinadas obras necesarias para la explotación, a abrir nuevos frentes de trabajo, a liquidar determinados bienes, a mantener determinado ritmo de producción y de trabajo, todo esto por su cuenta y riesgo y obteniendo como remuneración o precio por la explotación en tales condiciones, el excedente entre los costos, sumados los $ 2.500.00 que debía pagar a la sociedad, y el monto bruto de la utilidad de la empresa, circunstancias que demuestran que Martín no fue un simple arrendatario, sino un verdadero explotador de los bienes de la sociedad demandada. Que si no hubiera sido por los errores anteriores, el Tribunal había dado por demostrado que Quilaguy trabajó siempre en las minas de Carbón de Sesquilé, de propiedad de Carboneras San Vicente S. A., explotadas por Martín, como contratista independiente, sin que hubiera tenido relación de trabajo con G. Martín y Wasseige Ltda. o con Industria Explotadora de Carbón Ltda., aunque tales empresas, por las relaciones con los demandados, aparecieran pagando algunos salarios y prestaciones sociales. Que sobre estas bases el Tribunal no habría aplicado el artículo 36 del C. S. del T. sobre solidaridad de los socios con la sociedad, sino que habría aplicado el artículo 34 ibídem sobre solidaridad entre el dueño de la empresa y el explotador, es decir, entre Carboneras San Vicente S. A. y Georges Martín que son los demandados en este juicio; que por este camino, el Seccional habría producido condena por los extremos pedidos en el libelo, y que por no haber dado por demostrados los extremos de hecho requeridos por la ley, encontrándose plenamente acreditados, incurrió en nuevos errores de hecho, así

Cuarto error de hecho: "...Dar por demostrado que con los documentos de folios 26 y 27, los demandados habían cancelado al demandante el auxilio de cesantía, las vacaciones y las primas de servicio, cuando lo que está evidentemente comprobado es que por tales conceptos adeudan a mi poderdante la suma de $ 154.59".

Dice el recurrente que la sentencia impugnada da por demostrado que Quilaguy trabajó en las minas de Sesquilé desde el 8 de enero de 1951 hasta el 26 de octubre de 1952, pero que no condena a la cesantía, primas de servicio y vacaciones porque, por una parte, considera que no fueron demandadas las sociedades responsables y, por otra, que tales prestaciones fueron pagas al actor. Que sobre la primera razón, ya se vio que constituye un grave error de hecho, y que la segunda no puede basarse sino en los recibos de fls. 26 y 27 sobre pago de algunas prestaciones, pero que aún se adeuda algo al demandante por estos extremos, porque sobre la base de 21 meses de servicio que acepta el fallador y el salario demostrado en la inspección ocular de $ 118.00 mensuales, la cesantía vale $ 205.18; que el salario del actor cuando cumplió un año de servicios era de $ 4.01 diarios, por lo cual la compensación de vacaciones vale la suma de $ 60.25; y que según se comprobó en la inspección ocular, en cada uno de los semestres Quilaguy tuvo un salario semanal de $ 42.15, por lo que las cuatro primas de servicio valen la suma de $ 168.60, o sea, un total por estas prestaciones de $ 434.03, y que como según los citados documento

el demandante aparece recibiendo por tales extremos solamente la suma de $ 289.44, los demandados le adeudan la suma de $ 154.59. Concluye el impugnador que, a consecuencia de los errores de hecho anotados, el Tribunal violó el artículo 34 del C. S. del T., por falta de aplicación, y los artículos 36, 189, 192, 249 y 306 ibidem, por aplicación indebida.

Que respecto de la indemnización por accidente de trabajo, el Seccional absolvió por considerar que los demandados no son los que deben responder por tal indemnización porque cuando se sucedió el accidente Quiagury ya trabajaba para "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", apreciación que, según lo dejó demostrado al plantear el segundo error de hecho, es manifiestamente equivocada; y que por ello el Tribunal incurrió en un nuevo error, consistente en no haber dado por demostrado el accidente de trabajo sufrido por el actor el 26 de octubre de 1952, hecho que está suficientemente acreditado con varias probanzas que destaca. Que por lo anterior, el Tribunal incurrió en la infracción indicada de los artículos 199, 204 y 209 del C. S. del T., y que la Corte, al dictar sentencia de instancia debe condenar a los demandados a pagar al actor diversas cantidades, que detalla, por concepto de drogas, derechos de sala de cirugía, pensión hospitalaria, honorarios médicos, auxilio monetario por incapacidad e indemnización por la invalidez permanente parcial. Agrega el recurrente que en el caso de que se estimara que no hubo accidente de trabajo, debe considerarse el insuceso como un hecho extraño a la enfermedad profesional, y entonces el error consistiría en no haber dado por demostrada la invalidez del trabajador por causa o lesión distinta a las enumeradas anteriormente, y con pérdida de las dos terceras partes del salario, resultando, en este caso, violada, por falta de aplicación, la letra a) del artículo 276 del C. S. del T. por lo que la Corte, en función de instancia, debe reconocer al demandante la suma de $ 1.806.00 por auxilio de invalidez, o confirmar en esta parte el fallo del a-quo.

Por último dice el acusador que el Tribunal acepta que hubo retardo en el pago de las prestaciones, pero que no condena por este extremo por no haber sido demandados los verdaderos responsables; que además de los errores de hecho ya anotados, el sentenciador incurrió en uno nuevo, consistente en no haber dado por demostrado el hecho de no haberse auxiliado al demandante cuando ocurrió el accidente de trabajo, no obstante que según la propia confesión de Martin resulta acreditada la negligencia de los demandados; que a consecuencia de tales errores se violó, por aplicación indebida, el artículo 65 del C. S. del T.; y que la sentencia de instancia debe condenar a los demandados a pagar al actor la suma de $ 6.02, último salario diario, por cada día que pase entre el 26 de octubre de 1952 y la fecha en que se paguen las sumas reclamadas.

El opositor, a su turno, alega detenidamente para sostener que el Tribunal no incurrió en ninguno de los errores de hecho que le imputa el cargo.

Se considera:

1. — En cuanto al aporte que Georges Martin hizo a la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda.", el aspecto sobre que versa el **primer error de hecho** que acusa el recurrente, el Seccional dice:

"...Con fecha 31 de octubre de 1951, el demandado Martin y André Wasseige constituyeron por escritura pública número 5090 otorgada en la Notaría 4ª la sociedad de responsabilidad limitada G. Martin y Wasseige Ltda., que tiene por objeto principal la explotación de minas de carbón, entre las cuales se cuenta, según se expresa en la cláusula décimo tercera, las que el socio Martin tomó en arrendamiento a 'Carboneras San Vicente S. A...'." De lo anterior, en lo pertinente, el Tribunal concluye que "Martin explotó personalmente dichas minas hasta el 31 de octubre de 1951, fecha en que aportó su derecho a la sociedad 'G. Martin y A. Wasseige Ltda.'".

La cláusula décima tercera de la citada escritura 5090 de constitución de la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda.", expresa: "Se hace constar que el socio **George Martin**, es arrendatario de las minas de **Carboneras de San Vicente S. A.**, según escritura pública Nº mil seiscientos veintiséis (1.626) otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, el veintiseis (26) de mayo de mil novecientos cuarenta y siete (1947). La sociedad recibirá todos los beneficios derivados de la explotación de dichas minas, y correrá con las pérdidas que puedan presentarse. Pero el socio Georges Martin continuará como arrendatario exclusivo, por lo cual el presente instrumento no implica subarriendo, ni cesión de los contratos de arrendamiento".

El impugnador considera inexplicable que no obstante la claridad de la cláusula citada que expresamente habla de que Martin no aportó el derecho de arriendo y que continuó como arrendatario exclusivo, el sentenciador afirme precisa-

mente todo lo contrario, o sea, "que Martin aportó el derecho de arriendo que había adquirido de 'Carboneras San Vicente S. A.'". Pero en verdad, como lo sostiene el opositor, en la sentencia no se hace semejante afirmación categórica, la que sí desconocería abiertamente el citado texto escriturario. Cuando el Tribunal menciona la cláusula décima tercera de la escritura 5090 de 31 de octubre de 1951, no entiende que por ella Martin hubiera aportado "su derecho de arriendo", sino que la refiere inequívocamente a la simple actividad de explotación, expresando que por dicha cláusula la sociedad mencionada, cuyo objeto principal consiste en la explotación de minas de carbón, incorporó a ese objeto las que el socio Martin "tomó en arrendamiento" a Carboneras San Vicente S. A.; por eso cuando el sentenciador, con apoyo en la citada cláusula, concluye que Martin "explotó personalmente" dichas minas hasta el 31 de octubre de 1951, fecha en que "aportó su derecho" a la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda.", ha de entenderse lógicamente que no podía referirse sino al aporte del derecho en la modalidad que ya el mismo sentenciador había determinado como objetivo expreso de la cláusula décima tercera tantas veces mencionada, es decir, al **derecho de explotación** de las minas, conclusión que no contraría aquella cláusula contractual y, en cambio, la interpreta correctamente, porque siendo el objetivo principal de la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda." la explotación de las minas de carbón, declarar que "la sociedad recibirá todos los beneficios derivados de la explotación de dichas minas (las de "Carboneras San Vicente, S. A." de que el socio Martin "es arrendatario" según la escritura 1.626 de 26 de mayo de 1947) y correrá con las pérdidas que puedan presentarse", no puede entenderse, como con acierto lo observa el opositor, sino como un aporte que hace Martín a la sociedad del derecho de explotación, del que aparece desprendiéndose en su carácter de arrendatario de las minas, carácter que Martin sigue conservando respecto a "Carboneras San Vicente S. A.". Lo anterior lleva a declarar que el **ad-quem** no incurrió en este primer error de hecho en el sentido que le imputa el cargo.

2.—Sobre la vinculación del demandante Quilaguy con "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", versa el **segundo error de hecho** que el recurrente atribuye al Seccional, alegando que no obstante lo afirmado por el mismo demandante y por la parte demandada en la demanda y en su contestación, las pruebas acreditan plenamente que Quilaguy nunca trabajó para dicha empresa, sino que siempre estuvo a órdenes de Martin en las minas que le tiene arrendadas, en Sesquilé, "Carboneras San Vicente S. A.", por lo que no es cierto que el actor hubiese tenido dos contratos de trabajo.

En este aspecto de la litis, dice el Tribunal:

"Según se expresa en la sentencia apelada, el beneficiario de los servicios prestados por la parte actora y, por tanto, responsable de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo, fue Georges Martin. Para ello se basa el juzgador en las posiciones absueltas por el mismo demandado (fl. 141 y ss.).

"En efecto, según consta en dicha diligencia, Martin acepta que tomó en arrendamiento las minas de propiedad de 'Carboneras San Vicente S. A.', y que Quilaguy fue contratado para prestar sus servicios en tales minas. Perentoriamente afirma que él es quien explota las minas, teniendo la sociedad 'Carboneras San Vicente S. A.' simplemente el carácter de arrendadora. Afirmación que es ratificada en las respuestas que dio a través de las posiciones que absolvió en su condición de Gerente de la misma sociedad demandada (Fls. 145 y ss.).

"Si a lo anterior se agrega, concluye el Juez, que en la escritura pública número 1.626 de 26 de mayo de 1939, otorgada en la Notaría 1ª de ese Circuito (fls. 20 y ss.) consta que la sociedad cedió a Martin, a título de arrendamiento, las minas de su propiedad, resulta indiscutible que el extremo del vínculo contractual no puede ser otro que Martin en su calidad de patrono.

"Mediante estos únicos antecedentes, la solución adoptada por el Juez parece ser la más lógica y razonable. Sin embargo, el resultado no es tan obvio, si se consideran otras pruebas allegadas al proceso y que la sentencia se abstiene de estudiar.

"Así, la parte actora, en los hechos 6º y 7º de la corrección de la demanda afirma que ingresó al servicio de 'Carboneras San Vicente', que esa sociedad arrendó posteriormente la mina donde trabajaba a Martin y que este último aportó su derecho de arriendo sobre la citada mina sucesivamente a las sociedades 'Martin & Wasseige Ltda.' y a 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.', '... continuando en esta forma mi poderdante laborando en la misma mina'.

"Lo que se confirma con las posiciones absueltas por el mismo demandante. En las respuestas este confiesa que el 25 de octubre de 1952 se encontraba al servicio de 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.' y que el 30 de marzo de 1953 recibió de esa sociedad y de 'Martin & Waissege Ltda.'

las sumas de $ 177.24 y $ 112.20 por concepto de las prestaciones sociales que respectivamente le adeudaban dichas empresas.

"Como puede verse, aparece una notable contradicción entre lo manifestado por una y otras de las partes litigantes. Por un lado, el demandado Martin confiesa ante el Juez que él fue el beneficiario de los servicios prestados por Quilaguy, ya que él tiene en arrendamiento las minas de 'Carboneras San Vicente S. A.'. Por otra parte, el demandante, en forma directa y por conducto de su apoderado judicial, sostiene que 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.' fue la última persona con quien Quilaguy contrató la prestación de sus servicios.

"Los términos de la contradicción, más aparente que real, se concilian perfectamente acudiendo a las demás pruebas allegadas al proceso. En primer término, a los instrumentos públicos que obran en autos".

A continuación el Tribunal se refiere a la escritura 5090 de 1951, ya citada anteriormente, y a las escrituras número 1626 de 23 de mayo de 1939, por medio de la cual "Carboneras San Vicente S. A." da a Martin en arrendamiento y subarrendamiento, según fuere propietaria o arrendataria, los terrenos y minas que en el mismo instrumento se determinan, y número 1.043 de 6 de marzo de 1946, por medio de la cual se constituyó la sociedad "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", y expresa:

De lo anteriormente relatado es fácil obtener las siguientes conclusiones:

"1ª—Que, contra lo afirmado por el apoderado de la parte demandante, su representado no prestó servicios a 'Carboneras San Vicente S. A., ya que esta sociedad arrendó las minas a Martin desde el año de 1939 y el vínculo laboral, según se expresa en la demanda, no fue iniciado sino hasta el 8 de enero de 1951.

"2ª—Que Martin explotó personalmente dichas minas hasta el 31 de octubre de 1951, fecha en que aportó su derecho a la sociedad 'G. Martin y A. Wasseige Ltda.'. Por manera que Martin tuvo la calidad de patrono con los trabajadores que laboraban en las minas que le fueron arrendadas por 'Carboneras San Vicente S. A.' durante el período comprendido entre el 23 de mayo de 1939 y el 31 de octubre de 1951, ya que solo hasta esa fecha 'G. Martin y A. Wasseige Ltda.' vino a sustituirlo en sus obligaciones patronales.

"3ª—Que 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.' no sustituyó en sus actividades a la anterior sociedad. El aporte en especie que Martin hizo a esta sociedad consiste en derechos de explotación sobre minas que no fueron objeto del contrato de arrendamiento celebrado con 'Carboneras San Vicente S. A.'. Una misma especie no puede ser aportada en dos sociedades diferentes. De suerte que la sustitución solamente pudo operar con el mismo Martin quien explotó personalmente esas minas hasta el 6 de marzo de 1946, fecha en que se constituyó la sociedad.

"Descartada 'Carboneras San Vicente S. A.', solo resta determinar a cuál o cuáles de las demás personas —'G. Martin & A. Wasseige Ltda.', 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.' o Georges Martin - prestó el actor sus servicios.

"Afortunadamente, al proceso fueron allegadas las pruebas que dilucidan definitivamente el problema. En primer lugar, la diligencia de inspección ocular. Del acta correspondiente (folio 174 y ss.) se desprende lo siguiente:

"Que Quilaguy fue un asalariado de 'G. Martin & A. Wasseige Ltda.' a partir del 8 de enero de 1951 hasta el 25 de noviembre del mismo año y que del 26 de noviembre de 1951 al 26 de octubre de 1952 prestó sus servicios a la 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.'.

"De suerte que hubo dos contratos de trabajo sucesivamente celebrados. El primero con Georges Martin vigente a partir del 8 de enero de 1951 a quien sustituyó como patrono la sociedad 'G. Martin y A. Wasseige Ltda.' el 31 de octubre de 1951. Sobra decir que, al tenor del artículo 68 del C. S. del T. el vínculo laboral continuó vigente con dicha sociedad, ya que su extinción no tuvo lugar sino hasta el 25 de noviembre siguiente.

"El segundo contrato fue acordado con 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.' y rigió, según se vio, desde el 26 de noviembre de 1951 hasta el 26 de octubre de 1952. Cuando se estudió la escritura constitutiva de esa sociedad se dijo que ella no había sustituido en sus obligaciones patronales a la formada por Martin y Wesseige. Lo que se confirma con los datos que sobre el particular arroja la inspección ocular ya que en las Carboneras de San Vicente, Quilaguy aparece trabajando en los túneles de la Virginia y, cuando se encontraba al servicio de 'Industria Explotadora de Carbón Ltda.', su labor se desarrollaba en el túnel de Estancia Grande.

"La existencia de dos contratos sucesivos queda también corroborada con las documentales que obran a folios 26 y 27 de los autos, cuyo contenido auténtico fue reconocido por quien estampó su firma a ruego del demandante (fls. 243 y ss.). Mediante ellas se establece que Quilaguy recibió

por concepto de prestaciones sociales la suma de $ 112.20 de Carboneras San Vicente (léase 'G. Martin & A. Wasseige Ltda.') y $ 177.24 de 'Cía. Industria Explotadora de Carbón Ltda.'".

3.—Como puede verse de lo transcrito, el Tribunal, para determinar los vínculos laborales del demandante, no se fundó en las afirmaciones o confesiones que hicieron las partes al proponer y contestar la demanda y al absolver posiciones, pues observó en aquellas notable contradicción que no le daba base para dilucidar con claridad el problema **sub-judice**; y optó por acudir a otros elementos probatorios que consideró más objetivos, como fueron las diversas escrituras que cita, la inspección ocular y los comprobantes de pago de fls. 26 y 27, y con los cuales encontró suficientemente acreditado que el demandante Quilaguy no prestó sus servicios a "Carboneras San Vicente S. A.", sino a Georges Martin y a "G. Martin y Wasseige Ltda." en un primer contrato de trabajo, y a "Industria Explotadora de Carbón Ltda." en un segundo contrato distinto al anterior.

4.—Dentro de la libre formación del convencimiento, que es principio determinante del proceso laboral (artículo 61 del C. de P. del T.), bien podía el sentenciador de segunda instancia escoger entre las diversas probanzas allegadas a los autos, las que consideraba que le indicaban en forma más directa y menos confusa la realidad respecto al vínculo del demandante, apreciación que no puede ser cambiada en este recurso extraordinario, sino cuando, mediante el examen del cargo por error de hecho, aparezca en éste demostrado que ella repugna por lo absurda, es decir, porque contraría de manera evidente la verdad que surje categórica y nítida de las otras pruebas del proceso. (Sobre la noción del error de hecho y su incidencia en la casación laboral, véase la sentencia de 19 de agosto del año en curso, que decidió el recurso de casación en el juicio que Carlos Ochoa adelantó contra Alfonso Duque Arango).

5-(a) **Inexistencia del vínculo laboral con "Carboneras San Vicente S. A."** Para el Tribunal está claro, en primer término, que Quilaguy no prestó servicios a "Carboneras San Vicente S. A.", porque a la fecha en que se inició el vínculo laboral que se alega en esta litis (8 de enero de 1951), ya Martin explotaba como arrendatario las minas. Sobre esta primera conclusión nada propone el recurrente ni intenta demostrar error de hecho y, al contrario, implícitamente la descarta de su preocupación impugnativa que concreta sobre el hecho, para él acreditado, de que fue Martin, como arrendatario de "Carboneras San Vicente S. A.", el único patrono del demandante Quilaguy.

6.—(b) **Contrato de trabajo con Georges Martin y "G. Martin y A. Wasseige Ltda.".** En segundo término afirma el Tribunal que Georges Martin, en razón del contrato de arrendamiento de las minas que le hizo "Carboneras San Vicente S. A." según escritura pública 1.626 de 23 de mayo de 1939, desde esta fecha explotó personalmente tales minas y fue patrono de los trabajadores que laboraban en ellas, hasta el 31 de octubre de 1951 en que por haber entrado la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda." a explotarlas, por el aporte que de su derecho le hizo el socio Martin en escritura pública 5.090 del citado 31 de octubre de 1951, éste fue sustituido en sus obligaciones patronales por la citada sociedad. Y con base en la diligencia de inspección ocular concluye el **ad-quem** que Quilaguy prestó sus servicios a Martin y a "G. Martin y A. Wasseige Ltda." en un primer contrato de trabajo, que iniciado con Martin el 8 de enero de 1951 y continuado con "G. Martin y A. Wasseige Ltda." a partir del 31 de octubre siguiente en virtud de la sustitución patronal, se terminó el 25 de noviembre del mismo año. Además, con el recibo de fl. 26 encuentra el sentenciador corroborada su conclusión sobre la existencia de este primer contrato laboral.

Advierte la Corte en este punto una manifiesta equivocación del Tribunal, no señalada por el recurrente, que consiste en entender que el derecho de explotación aportado por Martin a la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda." fue sobre las minas que aquél había recibido en arrendamiento de "Carboneras San Vicente S. A." por escritura pública 1.626 de 23 de mayo de 1939, cuando lo que aparece de la escritura de constitución de "G. Martin y A. Wasseige Ltda.", número 5090 de 31 de octubre de 1951 (fls. 42 vto.), es que el derecho de explotación aportado fue sobre las minas que Martin recibió en arrendamiento de la misma sociedad "Carboneras San Vicente S. A." por escritura pública 1626 de 26 de mayo de 1947. Pero este error de referencia que oficiosamente anota la Sala, no incide en el fenómeno de la sustitución patronal declarado en la sentencia, porque corregida la equivocación, también opera el razonamiento del Tribunal que se basa principalmente en que cuando el contrato de trabajo se inició ya era Martin arrendatario y explotador de las minas de "Carboneras San Vicente S. A." que luego entró a explotar "G. Martin y A. Wasseige Ltda." en virtud del contrato social contenido en la cláusula 13ª de la escritura 5090 de 1951. En cambio, esta adver-

tencia servirá para el mejor examen de otros aspectos de la acusación.

El cargo se enfoca principalmente a combatir la declaración del Tribunal sobre el contrato de trabajo con "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", pero como al desarrollarlo el impugnador señala algunas pruebas que tienen relación con el punto concreto que se estudia, a ellas se referirá la Sala, en lo pertinente.

7.—Observa el impugnador que en la escritura pública número 5090 de 1951 se expresa que a la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda." no se aportó el derecho de arriendo de las minas que detenta Martin. Y ello es verdad y el sentenciador no desconoce este hecho que surge muy claro del texto del contrato social. Pero como el reconocimiento que la sentencia hace del vínculo entre Quilaguy y la sociedad mencionada se fundamenta en la sustitución patronal, advertida por el **ad-quem** a través de la cláusula décima tercera de la citada escritura que, según se dejó suficientemente aclarado al decidir el primer error de hecho propuesto, se refiere únicamente al aporte del **derecho de explotación** de las minas, conservando Martin su carácter de arrendatario de las mismas, resulta que el argumento del acusador no toca el verdadero soporte del fallo en este punto, por lo cual no es posible aprovecharlo para examinar si el Tribunal se equivocó o no al declarar que por haber entrado la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda.", en razón del aporte que hizo Martin, a explotar las minas de "Carboneras San Vicente S. A." de que éste es arrendatario, el contrato de trabajo de Quilaguy se continuó con la sociedad, en virtud de la sustitución patronal.

8.—En el documento de fl. 26 aparece Vicente Quilaguy recibiendo la suma de $ 112.20 por concepto de las prestaciones sociales que le corresponden como trabajador que fue de la empresa CARBONERAS SAN VICENTE (léase "G. Martin & A. de Wasseige Ltda.", dice el Tribunal, en acuerdo con el perito quien en su dictamen advierte "que los datos que figuran en las nóminas denominadas Carboneras San Vicente corresponden a la empresa G. Martin y A. Wasseige Ltda."). El recurrente considera que como cualquiera puede pagar por otro, este recibo no demuestra que Quilaguy hubiera prestado sus servicios a la empresa que confeccionó el documento, sino que únicamente prueba que ésta pagó las sumas por los conceptos en él indicados, advirtiendo, además, que el recibo tiene fecha muy posterior a la terminación del contrato que se discute y no indica que corresponda al tiempo por el cual se demanda.

Para la Sala no se configura el error de hecho en el sentido que acusa el impugnador, porque la causa de ese pago aparece expresada con toda claridad en el texto del citado documento, cuando en él se dice que el valor de esas prestaciones lo recibe el demandante como trabajador que fue de Carboneras San Vicente (es decir, de G. Martin y A. Wasseige Ltda.", como lo advierte el Tribunal), afirmación que luego en posiciones ratifica el demandante (fls. 236), cuando acepta haber recibido de Martin & Wasseige, Carboneras San Vicente, la suma de que trata el documento mencionado "por concepto de auxilio de cesantía y demás prestaciones que le correspondían por los servicios prestados a dicha empresa", entendiéndose sin dificultad que se trata de servicios prestados dentro del tiempo "por el cual se demanda", porque el absolvente al aclarar que sí recibió lo de las prestaciones, "pero no me reconocieron por el accidente de la mano, ni para pagar el hospital, esto es lo que reclamo", está indicando implícitamente que lo uno y lo otro, es decir, lo que acepta recibido y lo que reclama en el juicio tiene relación con los servicios alegados en la litis. En estas condiciones, era apenas lógico que el sentenciador viera en el documento de pago de prestaciones aludido, una prueba corroborante del contrato de trabajo entre Quilaguy y la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda." como sustituta de Georges Martin, hecho que ya el **ad-quem** había encontrado acreditado con la inspección ocular, que le demostró que Quilaguy estuvo vinculado a dicha sociedad como su trabajador en labores de conservación en los túneles 1 y 2 de la Virginia: sin que importe, para los efectos que se analizan, que el mencionado recibo lleve fecha bastante posterior a la terminación del contrato, porque este hecho, por sí mismo, no revelaría cosa distinta a que hubo mora patronal por parte de "G. Martin y A. Wasseige Ltda.".

9.—En lo que se relaciona con la confesión de Martin en posiciones, se advertirá lo que sea del caso al examinar este punto en el literal siguiente.

10.—(c) **Contrato de trabajo con "Industria Explotadora de Carbón Ltda.".** Con fundamento en la inspección ocular sostiene **el ad-quem** que Quilaguy fue asalariado de "G. Martin y A. Wasseige Ltda." hasta el 25 de noviembre de 1951, y que desde el día siguiente, o sea, desde el 26 de noviembre del mismo año y hasta el 26 de octubre de 1952, prestó sus servicios a "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", pero como observa que con esta última sociedad no hubo sustitución patronal, porque el aporte en especie que Martin hizo

a "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", según la escritura pública 1043 de 6 de marzo de 1946, consistió en derechos de explotación sobre minas que no fueron objeto del contrato de arrendamiento celebrado con "Carboneras San Vicente S. A.", concluye que los servicios de Quilaguy a "Industria Explotadora de Carbón Ltda." se prestaron en un nuevo o segundo contrato de trabajo, independiente del anterior; y para evidenciar más la diferenciación entre los dos contratos, anota que la inspección ocular reveló que en Carboneras San Vicente, Quilaguy aparece trabajando en los túneles de la Virginia, y cuando se encontraba al servicio de "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", su labor se desarrollaba en el túnel de Estancia Grande. Además, en el recibo de fl. 27 encuentra el Seccional corroborada su conclusión sobre la existencia de este segundo contrato de trabajo.

11.—Con el argumento de "que el mismo sentenciador acepta que el derecho de arriendo que tenía Martin, no fue aportado a "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", no puede pretender el recurrente atacar la conclusión de que Quilaguy estuvo al servicio de la citada sociedad, que el Tribunal deduce, según acaba de verse, con base en la prueba de inspección ocular y en el recibo de fl. 27 y sobre razonamientos que no desconocen la circunstancia advertida por el acusador, sino que, por el contrario, la toman en cuenta para declarar que no hubo sustitución de patronos y que el citado vínculo debe considerarse como un contrato independiente del que venía ejecutándose con "G. Martin y Wasseige Ltda.".

12.—La valoración que dio el ad-quem a la prueba de inspección ocular como demostrativa de que el demandante había prestado sus servicios a "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", entre el 26 de noviembre de 1951 y el 26 de octubre de 1952, la impugna el recurrente con el argumento de que el perito no podía concluir que Quilaguy, en dicho tiempo, trabajó a órdenes de "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", sino que lo único que podía afirmar era que los salarios en ese lapso los había pagado la citada empresa. Pero si se observa que los datos que utiliza el perito los tomó de las nóminas de trabajadores que "Industria Explotadora de Carbón Ltda." tuvo en ese lapso y de las respectivas listas de los jornales pagados, así como también de las dos libretas de pago de la misma empresa, correspondientes a Quilaguy (fls. 47 a 75), que registran en detalle, semana por semana, la cantidad de trabajo ejecutado por aquél en el túnel de Estancia Grande y los valores cancelados por el trabajo rendido en cada semana, es forzoso declarar que no hay error evidente en que el perito concluyera y el Tribunal aceptara que Quilaguy había trabajado, en ese lapso, para "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", pues los documentos referidos indican que los salarios pagados por esa empresa al demandante tuvieron como única causa el trabajo que éste aparece ejecutando para la mencionada sociedad.

13.—Por las mismas razones que se dieron en el literal anterior acerca del recibo de fl. 26, estima la Sala que respecto al documento de fl. 27, en donde el demandante aparece recibiendo la suma de $ 177.24 por concepto de las prestaciones sociales que le corresponden como trabajador que fue de la empresa CIA. INDUSTRIA EXPLOTADORA DE CARBON LTDA., tampoco incurrió el Tribunal en error ostensible de hecho al apreciarlo como prueba corroborante del contrato de trabajo entre esta empresa y Quilaguy, cuya existencia ya había deducido el Tribunal, como acaba de verse, de la inspección ocular.

14.—Expresa el impugnador que la afirmación del demandado, al contestar la demanda, sobre que Quilaguy trabajó para "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", no podía servirle al Tribunal para declarar la existencia del contrato de trabajo entre esta empresa y el actor, porque tanto la parte demandante como la demandada, y también los testigos Antonio Pachón, Siervo Reyes y Benito Moreno, afirman que la relación de trabajo materia de esta litis se ejecutó en minas ubicadas en el Municipio de Sesquilé, y resulta, de acuerdo con las escrituras públicas 1043 y 6346 de 1946 sobre constitución y reforma de la sociedad "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", que esta empresa no aparece teniendo minas en Sesquilé.

Como cuestión previa advierte la Sala que no es solamente la parte demandada la que sostiene que existieron relaciones laborales entre el actor y "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", sino que ello también se afirma por la parte demandante en diversas oportunidades de las instancias. Así, al corregir la demanda, el apoderado del actor dice: "Posteriormente al ingreso de mi poderdante al servicio de Carboneras San Vicente, esta Sociedad arrendó la mina donde laboraba Quilaguy al señor GEORGES MARTIN. El señor Martin aportó su derecho de arriendo sobre la citada mina sucesivamente a las sociedades "MARTIN WASSEIGE LTDA." e Industria Explotadora de Carbón Ltda., continuando en esta forma mi poderdante laborando en la misma mina", y al absolver posiciones, el actor acepta que sí es cierto que el 25 de octubre de 1952 se encontraba "

servicio de la Compañía denominada Industria Explotadora de Carbón Ltda., en las minas que dicha Compañía explota en el Municipio de Sesquilé." y en su alegato ante el Tribunal (fl. 288), el apoderado del actor dice: "Está demostrado que durante el tiempo que Quilaguy laboró en las minas de carbón aludidas, estas fueron de CARBONERAS SAN VICENTE S. A., luego arrendadas a Georges Martin y más tarde explotadas por Industria Explotadora de Carbón Ltda.

El Tribunal para decidir sobre el vínculo del demandante con "Industria Explotadora de Carbón Ltda." no se basó en la afirmación de la parte demandada, como equivocadamente lo dice el impugnador, sino en la inspección ocular y en el recibo de fls. 27, pues encontró que estas probanzas, en armonía con la escritura pública 1043 de 1946 sobre constitución de la sociedad "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", le aclaraban la verdad sobre cómo y cuándo se había ejecutado el trabajo del actor para la mencionada sociedad, hecho que, no obstante aparecer afirmado por ambos partes en el proceso, resultaba sin embargo para el sentenciador, a través de la sola prueba de confesión, confuso en la determinación de sus lineamientos exactos. Es por tanto ineficaz el argumento del recurrente, pues propone un error de hecho alegando mala apreciación de una probanza que no fue la que sirvió al Tribunal para su decisión.

Pero es que además, el razonamiento del recurrente carece de lógica y de respaldo en los autos: lo primero, porque como lo anota el opositor, el hecho de que la sociedad "Industria Explotadora de Carbón Ltda." no apareciera teniendo minas en Sesquilé al tiempo de constituirse y reformarse en 1946 por las escrituras 1043 y 6346 de ese año, no implica que más tarde no las hubiera podido adquirir "en propiedad, arrendamiento, usufructo u otra forma cualquiera", haciendo uso de la autorización general contenida en la misma escritura de constitución; y lo segundo, porque de la copia de la declaración de renta de "Industria Explotadora de Carbón Ltda." que obra a fls. 45 a 47, se deduce claramente que en el año de 1952, o sea, el mismo de la desvinculación de Quilaguy, esta empresa explotaba la mina de Estancia Grande en Sesquilé (que es en la que, según la inspección ocular, aparece trabajando el actor para Industria Explotadora de Carbón Ltda. entre el 26 de noviembre de 1951 y el 26 de octubre de 1952), por cuanto, en el aparte "arrendamientos pagados en el año" del citado documento, la empresa declara haber pagado a Georges Martin la suma de $ 10.735.78 como "regalía" sobre dicha mina. Esta situación no afecta en el fondo lo decidido por el Tribunal respecto a la existencia y modalidades del vínculo de Quilaguy con "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", porque lo que sí no aparece de autos es que "G. Martin y A. Wasseige Ltda." hubiera traspasado la explotación de sus minas, en todo o en parte, a "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", o que la mina de Estancia Grande en Sesquilé que aparece explotando en 1952 esta última empresa, hubiera sido de las que Martin recibió en arrendamiento de "Carboneras San Vicente S. A." por escritura pública 1626 de 1947 y cuyo derecho de explotación aportó a "G. Martin y A. Wasseige Ltda." según la escritura 5090 de 1951.

Lo advertido hasta aquí explica por qué, aun cuando resulta procesalmente cierto el hecho afirmado tanto por la parte demandante como por la parte demandada y también por los testigos Pachón, Reyes y Moreno, de que los servicios del actor se prestaron en las minas de propiedad de "Carboneras San Vicente S. A." situadas en jurisdicción del Municipio de Sesquilé, ello no se opone a la declaración de los diversos vínculos laborales que observó el sentenciador y que encuentran, como se ha visto, suficiente respaldo en la prueba escrituraria y documental traída al juicio.

15.—Se refiere también el acusador a la confesión del demandante en posiciones, para concluir que de allí y especialmente de las respuestas dadas a las preguntas 1ª, 2ª, 8ª y 9ª, no podía el *ad quem* deducir la relación laboral entre el actor e "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", porque la propiedad minera no puede acreditarse por medio de la prueba de confesión. Bastaría observar que el Tribunal tampoco se apoyó en la prueba cuya valoración se ataca, para que sin más análisis procediera rechazar la argumentación que la invoca, como ineficaz para impugnar la sentencia. Mas la Sala ha de detenerse, aun cuando sea brevemente, en el examen de esta prueba porque estima, en contrario de lo que sostiene el recurrente, que ella sí revela la existencia de una relación laboral entre el actor y la sociedad mencionada. El absolvente de manera clara acepta ser ciertos los siguientes hechos: que el 25 de octubre de 1952 (día del accidente) "se encontraba al servicio de la compañía denominada Industria Explotadora de Carbón Ltda. en las minas que dicha compañía explota en el Municipio de Sesquilé" (respuesta primera); que el mismo 25 de octubre "terminó su trabajo en las minas de carbón de Industria Explotadora de Carbón Ltda. a las doce

del día" y a esa hora "cobró su salario de la semana" (respuesta segunda); que el 30 de marzo de 1953 se "acercó a las oficinas de Industria Explotadora de Carbón Ltda. acompañado de su hermano Manuel" (respuesta novena); que ese mismo día 30 de marzo "recibió de la Compañía Industria Explotadora de Carbón Ltda. la suma de $ 177.24" por concepto de la cesantía "que le correspondía por los servicios a dicha empresa", y que "rogó a su hermano Manuel para que firmara a su nombre" el recibo correspondiente (respuestas décima y décima-tercera); y que "estampó su huella dactilar en las libretas de pago que utiliza la Compañía Industria Explotadora de Carbón Ltda. cada vez que recibía un pago de salario" (respuesta a la pregunta décima-quinta). Bien puede apreciarse que esta prueba de confesión es totalmente extraña a todo propósito de debate sobre propiedad minera, porque lo que en esencia precisa el absolvente es la prestación real de sus servicios a "Industria Explotadora de Carbón Ltda." por los cuales recibió de ella salarios y prestaciones, hechos que son los que importan para la determinación del contrato laboral en la etapa que se estudia. Por eso la argumentación del recurrente no tiene fuerza para desvirtuar el contenido probatorio de la confesión referida.

16.—En cuanto a la confesión de Georges Martin en posiciones, advierte la Sala que el Tribunal no la tuvo en cuenta, precisamente porque encontró notable contradicción entre lo que entendió que confesaba el absolvente declarándose beneficiario de los servicios prestados por Quilaguy, en su carácter de arrendatario de las minas de "Carboneras San Vicente S. A.", y lo que entendió que afirmaban el actor y su apoderado, de que "Industria Explotadora de Carbón Ltda." fue la última persona con quien Quilaguy contrató la prestación de sus servicios. La Sala examinará la confesión de Martin, en los puntos que señala el acusador, para establecer si en verdad ella demuestra inequívocamente que los hechos se sucedieron en forma contraria o diferente a como los dio por establecidos el sentenciador.

En el primer pliego de posiciones que absolvió Martin como persona natural, a la primera pregunta contestó ser cierto que el 8 de enero de 1951 contrató a Quilaguy para trabajar personalmente en las minas de carbón que posee Carboneras San Vicente S. A. en Sesquilé y que tiene el absolvente en calidad de arrendatario. Y al contestar la primera pregunta del segundo pliego de posiciones que absolvió como representante de "Carboneras San Vicente S. A.", sobre si era cierto que Quilaguy fue contratado el citado 8 de enero de 1951 por esa empresa "para trabajar personalmente y bajo la continuada dependencia de la citada compañía en las minas de carbón que posee en la jurisdicción del Municipio de Sesquilé", Martin dice: "No es cierto, aclaro que las carboneras de San Vicente S. A. me ha sido alquilada". Estas respuestas armonizan con lo resuelto por el Tribunal en cuanto afirma que el actor, en la fecha citada, inició su contrato de trabajo con Martin como patrono, en las minas que éste tenía arrendadas a "Carboneras San Vicente S. A.".

A la segunda pregunta del primer pliego, Martin responde ser cierto que Quilaguy "trabajó en las minas de carbón que posee Carboneras San Vicente S. A. en jurisdicción municipal de Sesquilé y que el absolvente tiene a título de arrendatario", pero aclarando que no sabe de qué fecha a qué fecha laboró el demandante. Esta respuesta, en lo que estrictamente dice, no se opone a las conclusiones del Tribunal en cuanto al vínculo con "C. Martin y Wassige Ltda.", porque los hechos afirmados por el absolvente los comparte el sentenciador cuando al definir sobre la sustitución patronal, según se dejó explicado en su oportunidad (numerales 1 y 6), sitúa al actor trabajando en las minas de "Carboneras San Vicente S. A." en Sesquilé, sin que desconozca que Martin es y continúa siendo el arrendatario de tales minas. Y como por otra parte, según se dejó también ya visto (numeral 14), "Industria Explotadora de Carbón Ltda." sí explotaba en 1952 la mina de Estancia Grande en Sesquilé, por lo que pagaba a Martin un arrendamiento o regalía, la conclusión del Tribunal sobre el contrato de trabajo con esta sociedad no aparece manifiestamente opuesta a dicha confesión.

A la pregunta décima-cuarta del primer pliego que se repite como décima-quinta del segundo sobre si es cierto o no, que a pesar del citado contrato de arriendo de las minas celebrado entre el absolvente y Carboneras San Vicente S. A., los contratos de trabajo se han pactado a nombre de la sociedad propietaria y así lo han entendido tanto ésta como los trabajadores a su servicio quienes han ignorado tal arriendo, el absolvente contestó: "No es cierto. Y aclaro: La empresa se conocen siempre con el nombre de Carboneras San Vicente pero es de conocimiento público que soy el arrendatario de las minas, y que las exploto en tal calidad" (respuesta décima-cuarta). "No es cierto y aclaro que el personal acostumbra llamar a la empresa CARBONERAS DE SAN VICENTE pero sabe por los pactos que se firman que

yo soy el arrendatario y el responsable de la explotación" (respuesta décima-quinta).

Esta pregunta busca establecer, en forma general, la responsabilidad de "Carboneras San Vicente S. A. en el origen de los contratos de trabajo que se han celebrado con los trabajadores de las minas tomadas en arrendamiento por Martín, responsabilidad que el absolvente niega, también en forma general, sobre la base de que por los pactos que se firman, es de público conocimiento de los trabajadores que él es el arrendatario y el responsable de su explotación. Y el Tribunal para descartar a "Carboneras San Vicente S. A." como patrono del actor, reconoce precisamente que Martín, a la fecha de la iniciación del contrato de trabajo, era ya arrendatario de dichas minas y el responsable de su explotación. Mas el sentenciador halla que según la inspección ocular y los recibos de folios 26 y 27, el actor no solamente prestó sus servicios a Martín sino que, en forma sucesiva, sirvió también a "G. Martín y A. Wasscige Ltda." y a "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", empresas que le pagaron salarios y algunas prestaciones, servicios que, por otra parte y según tuvo anteriormente oportunidad de observarlo la Sala, el propio demandante afirma desde la demanda y luego en posiciones, y que en el fondo constituyen la base de la excepción propuesta por la parte demandada al contestar la demanda y el motivo de varias de las preguntas que contiene el pliego de posiciones formulado al actor. En estas condiciones las dos respuestas dadas por Martín para deslindar originariamente la responsabilidad de Carboneras San Vicente S. A. no alcanzan a llevar al ánimo la plena certidumbre de que al mismo tiempo aquél se declara personalmente como único usufructuario de los servicios de Quilaguy, infirmando las otras relaciones de trabajo que ambas partes litigantes hicieron presentes desde la iniciación del pleito y que el Tribunal halló claramente evidenciadas con libretas de pago que registran concretamente, semana por semana, el trabajo rendido por el actor al servicio de las dos empresas mencionadas (de las cuales Martín aparece como coadministrador según las correspondientes escrituras sociales) y los salarios que aquéllas le pagaron con ocasión de tales servicios, documentos a que también se remite el propio absolvente cuando al ser preguntado sobre el salario de Quilaguy durante todo el tiempo que trabajó en las minas, niega que fuera de $ 200.00 mensuales o $ 50.00 semanales, y aclara: "Quilaguy trabajaba a tarea y devengaba un sueldo variable según el trabajo. Este sueldo aparece en las libretas adjuntas al expediente" (respuestas décima y undécima del primer pliego).

Finalmente, el que Martín se hubiera obligado, para con "Carboneras San Vicente S. A." a pagar las prestaciones sociales de los trabajadores de las minas que tomaba en arrendamiento, y el que el Fondo de Reserva para el pago de tales prestaciones haya sido constituído por el arrendatario y le pertenezca de manera completa sin que tenga "Carboneras San Vicente S. A." ningún derecho sobre dicho Fondo, como lo afirma Martín al responder como representante de dicha sociedad a las preguntas décima-tercera y décima-cuarta del segundo pliego, son hechos que tampoco prueban que "Quilaguy siempre estuvo a órdenes de Georges Martín" y que aquél no tuvo sino un solo contrato de trabajo, como quiere con esta confesión hacerlo ver el recurrente; ni que demuestran que no pudieron existir los vínculos laborales que el Tribunal dio por establecidos con pruebas que le indicaban la prestación real de servicios por parte de Quilaguy a "G. Martín y a Wasscige Ltda." y a "Industria Explotadora de Carbón Ltda." y el pago de salarios y prestaciones hecho por estas sociedades al trabajador.

Por lo expuesto, ha de concluirse que tampoco aparece demostrado este segundo error de hecho de que trata el cargo.

17—**El tercer error de hecho** lo hace consistir el recurrente en la mala apreciación de la escritura pública 1626 de 1939, para sostener que como dicho instrumento demuestra que el contrato entre Martín y "Carboneras San Vicente S. A." no fue solamente de arriendo sino también de explotación, Martín como explotador de las minas fue un contratista independiente que comprometió solidariamente a dicha sociedad en el pago de las prestaciones e indemnizaciones que se demandan, de acuerdo con el artículo 34 del C. S. del T.

Observa la Corte que como se dejó visto anteriormente al analizar el primer error de hecho, el Tribunal entiende que en razón del contrato de arrendamiento consignado en la escritura 1626 de 22 de mayo de 1939, Martín adquirió el derecho de explotación de las minas de "Carboneras San Vicente S. A." de que trata dicha escritura. Esta conclusión no es equivocada, porque en verdad, como lo anota el opositor, tratándose de una instalación industrial como la que fue materia del contrato citado, la explotación de las minas no puede entenderse sino como una de las maneras de gozar de la cosa arrendada. La circunstancia de que Martín se hubiera obligado en dicho contrato a explotar las minas tomadas en arrenda-

miento, "como un buen padre de familia"; a mantener lo recibido en perfecto estado de conservación para restituirlo en un todo al terminarse el contrato; a mantener frentes de trabajo en posibilidad de garantizar un determinado rendimiento en la explotación; a hacerse cargo de todos los gastos de conservación, de reparación y de reemplazo de lo que viniere a ser usado todo ello por su cuenta y riesgo, son modalidades, unas, propias del contrato de arrendamiento y otras, que las partes podían pactar sin que se desnaturalizara éste y sin que, mucho menos, por ellas se hubiera estructurado en Martín la figura del contratista independiente en los términos y para los efectos de la solidaridad reclamada por el acusador, porque el art. 34 del Código que regula este fenómeno jurídico exige que la labor o la obra la realice el contratista en beneficio ajeno', y en el caso que se estudia Martín resulta un empresario que va a explotar en beneficio propio las minas de que es arrendatario, y la sociedad arrendadora sólo percibe un canon mensual fijo por el arrendamiento sin que se beneficie o perjudique por las mayores utilidades o pérdidas que arroje la explotación.

Lo que revela la escritura referida es una sustitución patronal entre "Carboneras San Vicente S. A." y Georges Martin, y a la cual se refirieron los contratantes en la cláusula décima-octava que dice: "Martín se sustituye a la sociedad en todos los contratos de empleo existentes, durante el contrato que se consigna en la presente escritura. Las indemnizaciones que lleguen a deberse al personal técnico, a los empleados y a los obreros que sean despedidos durante el mismo contrato, serán de cargo de Martín; y los que lleguen a debérseles por despido posterior, de cargo de la sociedad".

Estas consideraciones también caben si el caso se juzga no sobre la escritura 1626 de 1939 como lo hizo el Tribunal y lo propone el recurrente, sino sobre la escritura 1026 de 1947 de acuerdo con la advertencia de la Sala hecha en el aparte de este fallo distinguido con el numeral 14, porque en ambas circunstancias se trataría de explotación de minas de "Carboneras San Vicente S. A." por Martín, en virtud de contratos de arrendamiento; y sin que ni en uno ni en otro caso tenga importancia para el contrato de trabajo que Quilaguy el fenómeno de la sustitución patronal entre Martín y "Carboneras San Vicente S. A.", pues de todas maneras el actor aparece vinculándose a Martín mucho tiempo después de cualquiera de las respectivas fechas que llevan las dos escrituras mencionadas.

No incurrió el Tribunal en este tercer error que se le imputa.

18—El razonamiento y los cálculos que hace el acusador en el **cuarto error de hecho** que versa sobre la apreciación de los recibos de folios 26 y 27, para sostener que como el Tribunal dio por demostrado que Quilaguy trabajó en las minas de Sesquilé desde el 8 de enero de 1951 hasta el 26 de octubre de 1952, todavía se le debe al actor un saldo de $ 154.59 por cesantía, vacaciones y primas de servicio, sería apto para el examen de la cuestión propuesta si se hubiera logrado quebrantar la sentencia en su declaración de que Quilaguy, en todo el lapso indicado, no solamente prestó sus servicios al demandado Martín, sino también, en forma sucesiva a "G. Martín y A. Wasseige Ltda." y a "Industria Explotadora de Carbón Ltda." sociedades éstas que no fueron demandadas en el juicio. Porque mientras se mantenga, como se mantiene, esta decisión del Tribunal sobre los diversos vínculos del demandante, los argumentos del acusador, en este punto, son ineficaces pues no atacan las consideraciones que llevaron al **ad-quem** a absolver a Martín de los extremos de vacaciones, cesantía y primas de servicio, como fueron: la de que no cabía el reconocimiento a vacaciones por cuanto Martín fue sustituido antes de que el actor completara un año bajo su dependencia; la de que el auxilio de cesantía por el lapso servido a Martín no era exigible a éste, porque no había constancia de acuerdo de los trabajadores al respecto y en cambio sí se observa que "A. de Wasseige y G. Martín Ltda." liquidó esta prestación con base en los servicios prestados a partir de la fecha en que se inició el vínculo con Martín; y la de que la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1951, prestación que sí correspondía reconocer a Martín aparecía oportunamente cancelada a Quilaguy, según lo acreditaban el recibo de folios 26 y la propia confesión del actor.

19—Manteniéndose la conclusión del Tribunal sobre los diversos vínculos laborales y concretamente sobre el contrato de trabajo con "Industria Explotadora de Carbón Ltda." en la última etapa de servicios del actor, es inoficioso el examen de los otros errores de hecho que anota la parte final del cargo alegando falta de apreciación de pruebas que, en concepto del recurrente, demuestran el acaecimiento del accidente de trabajo y la negligencia al no prestársele los auxilios correspondientes al accidentado, porque aún bajo la hipótesis de que tales hechos hubieran ocurrido siempre quedaría en pie la declaración del Tribu

ral de que al tiempo del accidente alegado el actor no prestaba sus servicios a los demandados.

No prospera el cargo.

2o.—En consecuencia cabe declarar, sin necesidad de hacer más consideraciones, que el SEGUNDO CARGO tampoco prospera, porque en él se reproduce por el recurrente el mismo planteamiento del cargo anterior en cuanto a violación de normas y errores de hecho en el aspecto que toca con el accidente de trabajo y sus indemnizaciones.

Tercer cargo

Acusa interpretación errónea del artículo 36 del C. S. del T., y como consecuencia, falta de aplicación de los artículos 65, 204 y 209 del mismo Estatuto.

Afirma el impugnador que la sentencia da por demostrado que Martin fue sustituido por "G. Martin y Wasseige Ltda." como patrono de Quilaguy desde la fecha de constitución de dicha sociedad, y que hubo dos contratos de trabajo con el demandante, el último de los cuales se celebró con Industria Explotadora de Carbón Ltda.; que aún dando por ciertos estos dos hechos que sirven de soporte a la sentencia, aparece violado el artículo 36 del Código, por interpretación errónea, en cuanto el fallador considera que Martin no debe responder solidariamente con "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", de la cual es socio, por cuanto los socios de sociedades de responsabilidad limitada no son solidarios con la persona jurídica sino cuando a más del aporte han adicionado su responsabilidad con otra suma. Que la anterior interpretación del Tribunal es errónea por las siguientes razones: porque siendo absolutamente necesario considerar a las sociedades de responsabilidad limitada como sujetos de la norma jurídica contenida en el artículo 36 del C. S. del T., por cuanto en nuestro derecho, tales sociedades, salvo en lo expresamente reglamentado por la Ley 124 de 1937, en todo lo demás se regulan por las normas dadas a las sociedades de personas, según el artículo 11 de dicha Ley 124 y, además, porque si no se consideran incluidas en tal disposición, habría que concluir tristemente que el legislador no dijo absolutamente nada nuevo en relación con las sociedades de personas frente a las leyes laborales, ya que para el resto de sociedades de ese tipo, la responsabilidad de los socios es ilimitada y entonces tampoco tendría sentido la frase "hasta el límite de sus aportes"; que ya con la conclusión de que es preciso considerar que tales sociedades son sujetos del artículo 36 del C. S. del T., es imposible al intérprete entrar a hacer diferencias y distinciones en donde la ley no las hace, por lo que resulta que a todas las sociedades de responsabilidad limitada hay que aplicarles el comentado artículo; que por otra parte, la interpretación que da el Seccional a dicha norma es caótica y contradictoria, pues si sólo cabe en las sociedades de responsabilidad limitada en que a más del aporte el socio se responsabiliza por una suma adicional, precisa concluir con que sólo en el caso de una sociedad de ese tipo EN QUE TODOS LOS SOCIOS SE OBLIGUEN POR UNA SUMA ADICIONAL A SUS APORTES puede hablarse de aplicación del artículo 36, ya que en el caso de que un solo socio adicione su responsabilidad, no tendría aplicación el precepto sino fragmentariamente, es decir, en cuanto habla de solidaridad entre la sociedad y el socio que adicionó su responsabilidad, pero no en cuanto habla de solidaridad de los socios entre sí, por cuanto si uno solo adicionó su responsabilidad, con el criterio del Seccional, los demás no responderían sino con su aporte y no en forma solidaria; que es todavía más contradictoria la jurisprudencia mencionada, si se considera que precisamente hace aplicable la norma en el único caso en que quizá el mismo legislador no quiso aplicarla, pues el juzgador considera que sólo es aplicable cuando a más del aporte se ha adicionado la responsabilidad por una suma distinta y, en cambio, el artículo 36 dice expresamente que la solidaridad no opera sino "hasta el límite de la responsabilidad" que en las sociedades de tal tipo es precisamente el aporte y no la suma adicional; que, además, considerar que al constituirse la sociedad el socio se desliga por completo de la persona jurídica que contribuye a crear y pierde todo derecho sobre el aporte, es ni más ni menos, una inventada, por cuanto el legislador no ha dicho ni podía decirlo, que el socio de las sociedades de personas responda con la sociedad, solidariamente con su aporte, sino "hasta el límite de su aporte" o de su responsabilidad que es cosa bien distinta; y que la mejor prueba de la errónea interpretación que acusa, se encuentra en el análisis que del criterio contrario hizo el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia dictada en el juicio que Luis Castiblanco adelantó contra Juan de la Cruz Garzón.

Concluye el impugnador que como el Tribunal se abstuvo de condenar a las indemnizaciones por accidente de trabajo, por invalidez permanente parcial y por mora en el pago de las prestaciones, por cuanto estimó que Martin, socio de "Industria Explotadora de Carbón Ltda." no era responsable solidariamente con tal sociedad, la Corte, corri-

giendo la errónea interpretación en el sentido que indica, debe condenar por tales extremos en la cuantía que allí mismo señala.

El opositor se extiende en amplias consideraciones jurídicas para concluir que dentro del régimen de la legislación comercial colombiana, la única interpretación que puede darse al artículo 36 del Código Laboral en cuanto establece la responsabilidad solidaria en las sociedades de responsabilidad limitada, es que ella no tiene cabida sino en cuanto los socios hubieren extendido su responsabilidad a una suma mayor de lo pagado como aporte, tesis ésta que, aun cuando con otros fundamentos de derecho, coincide con el pensamiento del Tribunal.

Lo decidido por el Tribunal

21—El sentenciador, luego de hacer varias consideraciones acerca de la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, concluye:

"Vistas estas premisas procede estudiar la posible incidencia de la solidaridad contemplada en el artículo 36 del C. S. del T. Débese, ante todo, distinguir si a la sociedad le han impreso sus miembros un cariz **intuitu personae** limitando simplemente la responsabilidad a sus aportes o si, además de éstos, han adicionado su responsabilidad hasta por determinada suma, es decir, acentuando su carácter de **intuito personae**.

"En el primer evento, es obvio que no hay lugar a la solidaridad. Al perfeccionamiento del contrato social, los aportes de los socios pasan al patrimonio de una persona jurídica independiente de los asociados. El derecho de éstos se contrae a reclamar los beneficios que se obtengan durante el ejercicio de la sociedad y a su cuota en la distribución del haber social en el momento de la liquidación.

"Pues bien, la solidaridad no se concibe sino cuando la obligación es exigible a más de un deudor o por más de un acreedor. De suerte que si el socio únicamente es responsable hasta el monto de su aporte, no cabe invocar el carácter **in solidum** de la obligación contraída por la Sociedad, toda vez que el socio queda desligado de toda responsabilidad a la constitución de la sociedad ya que, conforme al art. 3º la escritura social debe contener la declaración de que las aportaciones han sido totalmente cubiertas.

"En la segunda hipótesis es cuando se percibe la modificación que entraña el artículo 36 del C. S. del T. al principio de responsabilidad consagrado en la Ley 124. Dado que el socio, además del aporte, asume una responsabilidad personal hasta por un valor determinado, el acreedor de una obligación laboral puede exigir su total cumplimiento tanto a la sociedad como al socio personalmente. Este último, al igual que un miembro de las sociedades colectivas de comercio, responde solidariamente con la sociedad hasta el monto de la suma que por ese concepto se ha indicado en la escritura social. Lo mismo los socios entre sí, siempre y cuando, sobra repetirlo, que su responsabilidad no se limite únicamente a sus aportes. La diferencia sólo estriba en que en la sociedad colectiva de comercio no hay ningún límite para la solidaridad, sunciando así lo pacten los socios (C. de Co. artículo 487), mientras que en la de responsabilidad limitada, queda reducida al valor previamente estipulado.

"Esta es la única interpretación que del artículo 36 cabe cuando habla del "límite de la responsabilidad de cada socio". Si el legislador no hubiera tenido en mientes la particular modalidad de esta sociedad, habría eliminado el aparte que ningún efecto ha de surtir en las otras especies de sociedades de personas. Mejor aún, la reforma se habría concretado únicamente a consagrar la solidaridad de los comuneros en lo que a las obligaciones emanadas del contrato de trabajo se refiere.

"En lo que hace relación al caso sub-júdice, se encuentra plenamente acreditado que Martin limitó su responsabilidad al aporte que hizo a las sociedades "Industria Explotadora de Carbón Ltda." y "A. de Wasseige & G. Martin Ltda." En las escrituras 1043 de 1946 y 5090 de 1951, otorgadas ambas en la Notaría 4ª de Bogotá, que constituyen plena prueba de la constitución de dichas sociedades, no aparece que el socio Martin se haya responsabilizado por suma alguna diferente al valor de los aportes, de manera que no hay lugar a invocar la pretendida solidaridad consagrada en el artículo 36 del C. S. del T.".

Consideraciones de la Corte

22—Las características generales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada han dificultado su clasificación integral ni como sociedad de personas ni como sociedad de capitales, porque como lo observa el tratadista argentino Ramón Castillo "difiere de la primera precisamente en lo que se aproxima a la segunda, y de ésta en los caracteres que toma de aquélla". Uno de los elementos que más la diferencia de la sociedad de personas y que más la aproxima a la sociedad de capitales es la limitación de la responsabilidad de los socios, en cam-

pio que otros factores como el espíritu de familia o amistad que ordinariamente mueve el **animus societatis**, la ingerencia activa de los socios en la administración, las restricciones a la transferencia de las cuotas sociales, indican la marcada presencia del elemento **intuitu personae** que la aleja de la sociedad de capitales y la asimila a la sociedad de personas, por esta mixtura de rasgos es por lo que la doctrina no ha logrado uniformidad en la ubicación de la sociedad de responsabilidad limitada. Para algunos autores como Fernández, Molinari y Paulero, Thunin Riedler, Von Houte, Lagarde y Hemard, se trata de sociedad de personas. Otros como Hamel, Boucard, Copper-Royer, Soprano, Malagarriga y Rivarolí y los doctrinantes germánicos, la entienden como sociedad de capitales. La mayor parte de la doctrina latina (Percerou, Ripert, Dreuets, Lepargneur, Pic y Baratin, Lescot, Dibigo, Paez, Asquini, Halperin), la concibe como un nuevo tipo de sociedad, de naturaleza mixta, que presenta al mismo tiempo caracteres de la sociedad de personas y de la sociedad de capitales.

En el sistema comercial colombiano, las sociedades de responsabilidad limitada ostentan un predominante tratamiento como sociedades de personas. Las discusiones parlamentarias y la exposición de motivos que precedieron a la expedición de su ley orgánica, la 124 de 1937, demuestran que tal tipo de sociedad se proyectó con un carácter inequivocadamente personal, como "sociedad colectiva en la que los socios limitan su responsabilidad a sus aportes", según definición que en su discurso dio el Senador Caamaño, autor de la iniciativa legal. La propia Ley orgánica fue muy explícita sobre el particular, al darle en su artículo 11 el régimen supletorio de las sociedades de personas, pues dispuso que en lo no previsto en ella y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades limitadas "se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio.

En acuerdo con el expresado criterio legislativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que tales sociedades 'pertenecen' a las sociedades de personas y no a las de capitales, por lo cual "deben gobernarse por las leyes tributarias dadas para las de su especie", conclusión que se encuentra en el fallo de 4 de diciembre de 1941 dictado para anular el artículo único del Decreto 109 de ese año, que señalaba a las sociedades limitadas el mismo régimen tributario de las sociedades anónimas (Anales del C. de E. Tomo XLVII, Nos. 308 a 310, página 1244).

En presencia de todo lo anterior, es forzoso concluir que lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo se extiende también a las sociedades de responsabilidad limitada, quedando a la Corte, en el caso **sub judice**, el encargo de fijar el alcance de este precepto en cuanto a ellas toca. La norma citada expresa: "Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, y los condueños y comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión".

El no responder los socios más que hasta cierto límite es, como ya se dijo, característica fundamental de las sociedades de responsabilidad limitada, en contraposición a la responsabilidad **ad-infinitum** de los socios que es la regla general en las sociedades de personas. En el sistema colombiano dicho límite de responsabilidad está fijado en el artículo 1º de la Ley 124 de 1937, cuando dice que en esta clase de compañías "la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de éstos se indique, principio que más adelante desarrolla la misma Ley, así: "La escritura de constitución contendrá además de las enunciaciones que expresa el artículo 467 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de éstos se indique y la de que aquéllos han sido pagados. "Cuando haya aportes en especie, la mencionada escritura contendrá así mismo la estimación que de ellos deben hacer los socios. Estos son solidariamente responsables del valor atribuído a los indicados aportes en la escritura social" (artículo 2º, incisos 2º y 3º). "El extracto de la escritura social que debe registrarse y publicarse contendrá, además de las indicaciones de que trata el artículo 469 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios se limitará a sus aportes o a éstos y a la suma que respecto de cada uno de los socios se indique y la de que las aportaciones han sido totalmente cubiertas" (art. 3º).

Se tiene entonces que de acuerdo con la Ley 124 de 1937, **el límite de la responsabilidad personal** de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, presenta las siguientes modalidades: a) Si no hay más que aportes en dinero y como éstos deben estar integramente pagados antes de quedar constituída la sociedad, la responsabilidad de cada socio se contrae a la suma que hubiere separado de su patrimonio personal para vincularla como aporte a la sociedad. Al entregar el aporte, el socio queda descargado de toda responsabilidad

por las obligaciones que llegue a adquirir la sociedad; b) Si hay aportes en especie, todos los socios son solidariamente responsables de cualquier menor precio que resulte entre el monto atribuído en el contrato a dichos aportes y su verdadero valor; y c) Si se ha pactado extensión de responsabilidad más allá de los aportes, los socios responderán, además, de la suma que respecto de cada uno de ellos y por este concepto se haya indicado en la escritura social.

El artículo 36 del C. S. del T. no desconoce este fenómeno de limitación de responsabilidad que es propio de la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, sino que, por el contrario, lo incorpora expresamente en su mandato, porque advierte que la solidaridad de los socios con la sociedad y de éstos entre sí es "sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio", es decir, que no va más allá, que no lo excede, por lo cual respecto a estas sociedades no puede afirmarse que la norma consagra una solidaridad indefinida; ni que contempla una responsabilidad duplicada, o sea, hasta por otra suma "equivalente a sus aportes" como lo expresa el salvamento de voto, porque en cualesquiera de estas dos hipótesis se estaría rebasando el límite de responsabilidad que no es otro que el previsto en la Ley 124 ya citada, en las tres modalidades que acaban de observarse.

En el caso sub-júdice aparece, según la escritura 1.043 de 1946, que la sociedad "Industria Explotadora de Carbón Ltda.", se constituyó con un capital inicial de $ 270.000.00, de los cuales el socio Fábrica de Cemento Samper aportó $ 115.000.00 en dinero efectivo y bienes que fueron avaluados en $ 50.000.00; y el socio Georges Martin aportó $ 30.000.00 en dinero efectivo y bienes que fueron avaluados en $ 75.000.00; posteriormente, por escritura pública 6.348 del mismo año, se aumentó el capital social a la suma de $ 490.000.00, mediante aporte de $ 220.000.00 que en dinero efectivo hizo el socio Fábrica de Cemento Samper. Así mismo aparece de la escritura 5.090 de 1951 que la sociedad "G. Martin y A. Wasseige Ltda." se constituyó con un capital de $ 75.000.00 que los socios Georges Martin y André Wasseige aportaron por iguales partes en dinero efectivo, advirtiéndose, además, que la sociedad recibirá todos los beneficios y correrá con todas las pérdidas que resulten de la explotación de las minas de que el socio Martin es arrendatario según la escritura pública 1.626 de 26 de mayo de 1947. Tanto el dinero como los bienes se declararon entregados a las sociedades. Los socios no extendieron su responsabilidad a ninguna suma adicional, y manifestaron que su responsabilidad quedaba limitada a sus aportes. Y no hay prueba en los autos de que el valor que le fijaron los socios a los aportes en especie sea inferior al que realmente tengan los bienes aportados.

En estas condiciones, resultaba improcedente demandar en vida de las sociedades al socio Martin invocando el carácter solidario de las obligaciones contraídas por aquéllas, porque no habiéndose responsabilizado Martin por suma mayor a sus aportes, ni estando siquiera en discusión el avalúo de los aportes en especie, el demandado, al entregar sus aportes, quedó desligado de toda responsabilidad por las obligaciones que contrajeran las sociedades mencionadas.

De lo expuesto se concluye que el Seccional interpretó correctamente el artículo 36 del C. S. del T. al absolver al demandado Martin sobre la base de que éste como socio, no aparece responsabilizándose por suma alguna diferente al valor de los aportes.

Los conceptos expresados por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en la sentencia que cita el recurrente (marzo 14 de 1956, juicio de Luis Castiblanco contra Juan de la C. Garzón), no están en pugna con la tesis sostenida por el Tribunal y acogida por la Sala en el presente estudio. Por las modalidades del pleito, en esa providencia aquella Corporación no tuvo oportunidad de adentrarse en el examen de las diversas fases que presenta el principio de la responsabilidad solidaria en las sociedades de responsabilidad limitada, y el Supremo se limitó a enunciar en forma muy general el problema, refiriéndolo a los socios de una sociedad disuelta, pero sin que desconociera el principio gobernante de la limitación de la responsabilidad.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

23—Esta solución hace inoficioso el estudio del CUARTO CARGO, en donde el recurrente con base en la acusación por interpretación errónea del artículo 36, acusa falta de aplicación de las normas consagratorias de los derechos que reclama, en busca de que la Corte haga las condenas respectivas.

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 Arámbul Durán. — Juan Benavides Patrón. — Sergio Antonio Ruano. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRORROGA DEL PLAZO PARA EXPEDIR EL LAUDO EN EL ARBITRAJE VOLUNTARIO Y EN EL OBLIGATORIO. — SENTENCIA ARBITRAL. — DECLARADO INEXEQUIBLE UN LAUDO POR EXTEMPORANEO, EL MISMO TRIBUNAL PUEDE RESOLVER DE NUEVO EL CONFLITO. — LOS ARBITROS NO PUEDEN SOLUCIONAR PROBLEMAS DE TIPO JURIDICO, PERO SI PUEDEN ESTABLECER NORMAS QUE REGULEN LAS FUTURAS RELACIONES LABORALES. — FACULTADES DE LOS ARBITROS EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS ECONOMICOS. LOS TRABAJADORES DE BUSES URBANOS SON "CHOFERES MECANICOS", EXCLUIDOS DE LA JORNADA MAXIMA LEGAL, POR LO CUAL NO TIENEN DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS.

1.—En sentencia de febrero 21 del presente año se explicó debidamente que el Tribunal de Arbitraje Obligatorio encargado de dirimir un conflicto colectivo surgido en empresas de servicio público, posee la misma misión que el organismo arbitral que resuelve las contiendas de esa clase de zonas de relaciones laborales en las que la ley permite el ejercicio del del derecho de huelga. Pero se explicó cómo el fenómeno de derogatoria de jurisdicción que el arbitraje implica tiene su fuente para el segundo, en la voluntad de las partes comprometidas en el conflicto, mientras que para el primero ella se halla en el ordenamiento insustituible de la ley, que no permite ninguna solución distinta para el correspondiente conflicto colectivo de trabajo no resuelto en las etapas de arreglo directo y de conciliación. Es pues, la distinta naturaleza de estas fuentes lo que imprime a la función arbitral diversas modalidades; y con el objeto de regularlas la ley establece maneras así mismo diferentes para la constitución de los tribunales respectivos. Estas regulaciones no han sido elaboradas de modo caprichoso o sin sentido alguno, sino que responden, como debe responder toda norma procedimental, a la naturaleza del derecho que procura realizar y a la de institución concebida para lograrlo. Entonces, y por lo que interesa al tema del plazo y de su prórroga, como el Tribunal de Arbitramento Voluntario se constituye, como lo denota su nombre, por la voluntad de las partes, esta es la fuente generadora de la competencia de los árbitros y es ella misma la que puede disponer acerca de la prórroga del término para la expedición del laudo, en el caso de que se venza el primeramente señalado por la ley; y como el tribunal de arbitraje obligatorio, como lo expresa así mismo su nombre, se constituye por mandato insustituible de la ley mediante una resolución ministerial, no puede desconocerse al Ministerio del ramo la facultad de conceder tales prórrogas para el evento en examen. Solo así, se dijo en febrero último, se guarda correspondencia entre el acto constitutivo y el acto de prórroga, que siendo voluntarios en el arbitraje de aquella clase, revisten carácter imperativo y oficial en el de la segunda.

Pero el artículo 459 del CST dispone en su última frase, al referirse al término de diez días que la ley señala para expedición del laudo, que "las partes podrán ampliar este plazo". Y como no distingue entre el arbitramento obligatorio y el voluntario, el apoderado de las empresas sostiene que el criterio jurisprudencial de la Corte lo desvertebra y aún le amputa esta manifestación final, para el caso del arbitramento obligatorio como el de autos. Sin embargo, no es contrario a la hermenéutica jurídica conformar los ordenamientos procesales a la naturaleza de los derechos que procuran realizar y a la de las instituciones concebidas para lograrlos, como se ha dicho, y ello es además claramente obligatorio cuando por otra parte no se desatiende el tenor literal de esos preceptos. Tal es lo que acontece con la interpretación de la Corte, que ahora se mantiene, que procura aquellas conformidades de manera que conviene a la condición de las dos clases de arbitramento laboral, lográndolas en su estimación jurídica y en sus aplicaciones prácticas; y que consigue todo ello sin ocasionar la amputación que se

pretende, ya que también fue explicado cómo en el arbitramento obligatorio las partes pueden prorrogar el término que señala la ley para la expedición del laudo, según lo dispone esa frase final, pero sin que en dichas partes y únicamente en ellas repose esa facultad, con carácter exclusivo, pues esto ni conviene a la naturaleza del conflicto ni coincide con lo que expresa literalmente el ordenamiento último del artículo 459.

2.—El Ministerio del Trabajo interpretó la sentencia anterior de esta Sala, que declaró inexequible, por extemporáneo, el laudo, en el sentido de que esa decisión implicaba la posibilidad jurídica de que el conflicto se resolviese por el mismo Tribunal, con sólo que lo hiciese dentro del término debido, el cual señaló efectivamente. Tal interpretación no parece conformarse con la reglamentación legal simple, para los casos de mayor ocurrencia, que supone cumplida la intervención estatal con el acto de convocatoria y con los de prórroga para la expedición del fallo, cuando esta proceda; y cumplida también la función de los árbitros con el pronunciamiento de su laudo y con los trámites consecuenciales a la interposición y concesión del recurso de homologación, salvo para definir las puntas que quedaron sin resolver conforme a la parte final del art. 143 del CPT, que prevé este último. El criterio que de esta suerte contemple el fenómeno apuntado podría invocar, además la consideración de que los Tribunales de Arbitramento no son organismos permanentes sino de atribuciones especiales para un caso concreto, las cuales desaparecen en cumpliéndose el objetivo de la convocatoria.

Con todo, lejos de repugnar a la naturaleza del conflicto colectivo la solución ministerial que se critica, la Corte estima que esa solución procuró con mayor rapidez el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, sin violentar, por otra parte, normas que regulen el asunto de modo distinto, ya que no existen como se ha dicho. Y todo se logró sin atentar contra el derecho de defensa de las partes comprometidas en el conflicto, ya que ellas concurrieron de nuevo, según las actas, a la presentación de sus puntos de vista, sin objetar siquiera la condición de los árbitros que iban a definirlo. Aunque no previsto, pues, el procedimiento adoptado, por las normas que de modo general y en forma tan deficiente reglamentan el recurso de homologación, tampoco es cierto que la función arbitral cese automáticamente con la expedición del laudo, ni que el Ministerio del Trabajo no pueda extender los términos para la misma, ni que resulte contrario a principios superiores lo que sólo persigue una definición última del conflicto en beneficio del orden público, de la economía procesal y de los intereses de los particulares. Además de que si el Ministerio tiene la facultad de prórroga reiterada en la solución del cargo anterior, también debe tener, por razones semejantes, la de enviar el asunto al mismo Tribunal y no necesariamente a uno de composición distinta, en el caso de que la invalidez del laudo haya obedecido a su expedición extemporánea.

3.—Debe recordarse la conocida clasificación de los conflictos de trabajo en económicos o de intereses y jurídicos o de derechos, propiciada por la Oficina Internacional del Trabajo y acogida por el estatuto procesal colombiano en sus artículos 2º y 3º; y repetirse que los primeros se someten, para su definición, a los trámites particulares del CST, Segunda Parte, Título II, y del CPT, Capítulo XVIII, para el recurso de homologación, mientras que de los segundos conocen los organismos judiciales de trabajo de carácter permanente, por los procedimientos establecidos por el Código de la materia. Esta clasificación ofrece entre sus corolarios el de que de la misma manera como los jueces ordinarios del trabajo carecen de competencia para resolver los conflictos económicos, los árbitros de intereses no pueden decidir los de orden jurídico, esto es, aquellos que versan sobre la interpretación y aplicación de una norma de derecho laboral preexistente, según las definiciones de que se ha hecho mérito.

Los ordenamientos del laudo a que se refiere esta acusación contienen, ciertamente, reglamentaciones de orden jurídico. Sin embargo, es necesario anotar que esos pretextos de la sentencia arbitral no resuelven controversias jurídicas entre los trabajadores y sus empresas, esto es, no interpretan reglas preexistentes de derecho para aplicarlas a litigios surgidos de sus relaciones laborales, sino que consagran las normas futuras que han de regular esas mismas relaciones. En otras palabras, esos ordenamientos no implican definición de controversia

jurídicas concretas, sino establecimiento de normas para las relaciones futuras de carácter laboral, lo que sí compete a las funciones de los árbitros. Por esto al examinar por el aspecto indicado las disposiciones de un laudo no debe confundirse el señalamiento de reglas de derecho para las relaciones laborales futuras con la definición de tipo jurídico de un pleito de trabajo. Y si lo intentado no es esto último, que corresponde propiamente a los jueces laborales sino lo primero, la inexequibilidad sólo puede configurarse cuando la regla de derecho establecida por el laudo viola la Constitución o las leyes o las normas convencionales vigentes.

4.—Los trabajadores de buses urbanos, aunque eventualmente no sean mecánicos o no estén obligados a reparar los vehículos que manejan, son "choferes mecánicos", por denominación que se opone, según los antecedentes alegados en la legislación laboral sobre la materia, y los propios términos de la letra d) del artículo 162 del CST, a la de chofer de automóvil particular, que es la otra clase de choferes asalariados; y como tales (choferes mecánicos) "se hallan excluídos de la regulación sobre jornada máxima legal, conforme al precepto que acaba de citarse. Quiere decir lo anterior que la ley no limita la duración diaria de la labor de esta categoría de trabajadores, como sí lo hace con las actividades contempladas por el artículo 161 del mismo estatuto, y no puede por ello señalarse —como no sea por acuerdo voluntario— un número determinado de horas de trabajo como jornada ordinaria, para distinguir y calificar como extraordinaria la que lo supere, con distinción, y consecuencias que la ley ni concibe ni regula de esta manera. Sobre el particular estima la Corte —acogiendo también sobre este punto la jurisdiprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que tal señalamiento implica una reducción de la jornada que autoriza la ley, modifica el régimen excepti vo del artículo 162 del CST y viola esta norma de derecho. La materia deberá regirse, pues, por sus normas legales propias, que no fijan límite para esta actividad de los choferes que prestan "sus servicios en empresas de transporte de cualquier clase, sea cual fuere la forma de su remuneración", según dice el artículo 162 del CST, ni autorizan, por lo tanto, recargo por horas extraordinarias, que lógicamente no existen lo cual —conviene advertir— no debe confundirse con el tema del trabajo nocturno y de sus recargos, por el sólo hecho de serlo.

5.— Ciertamente, algunas de las definiciones arbitrales aparecen concebidas en atención de posibles ocurrencias futuras y otras, redactadas en forma que se refiere necesariamente al futuro. Sin embargo, para la Corte esto no es violatorio de los preceptos legales que gobiernan la forma de la sentencia arbitral. Pues la solución de los conflictos de intereses requiere, por la naturaleza de éstos, modalidades de expresión diferentes de la de los conflictos jurídicos, ya que precisamente aquella debe atender a regulaciones futuras de las relaciones laborales. Por eso el art. 136 del Código Procesal del Trabajo, al ocuparse de la forma del laudo arbitral, sólo exige que se ACOMODE a la de las sentencias, en lo POSIBLE. El precepto anterior alude claramente a las particularidades de futuro que puede necesitar el fallo arbitral.

6.—El 21 de mayo de 1954 el extinguido Tribunal Supremo dijo: "No sobra advertir que en materia de conflictos puramente económicos como el contenido en el punto tercero del pliego, la competencia de los árbitros y su capacidad decisoria no tiene más límites que el cuantitativo que señalen en el pliego los trabajadores. Su fallo en este aspecto es de pura equidad, y para buscarla, tienen abierto todo el campo de la situación económica de las partes, con el objeto de buscar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. De ahí por qué están facultados para buscar soluciones que aun cuando no se encuentren expresamente determinadas en el pliego petitorio, puedan ser, sin embargo, un aceptable sustituto de las mismas, si éllas buscan como finalidad atender los intereses de las partes en forma que permita a las relaciones futuras de las mismas, un desarrollo normal dentro de los principios de la protección especial que merece el trabajo y del respeto a los fueros legales de la empresa o patrono. No carece de antecedentes en la historia de los conflictos colectivos el hecho de que a una petición de alza de salarios hecha en forma concreta y cuantía determinada, se responda por el laudo arbitral mediante fórmulas que logren

finalidad igual o semejante, aunque en realidad de verdad ellas no hubieran sido así solicitadas. Es razonable sostener que cuando, por ejemplo, se ha pedido un aumento del 30% en los salarios de todos los trabajadores de una empresa, el Tribunal Arbitral no puede decretar el 40%, porque si los propios trabajadores, conocedores de su situación económica, estiman poder atenderla de consumo con lo indicado por ellos, el Tribunal debe someterse a ese límite; pero no lo es el que frente a la misma petición, el Tribunal de Arbitramento no puede estar facultado para moverse con entera libertad en el examen de la situación económica y adoptar para las partes una fórmula que logre cabalmente su finalidad." (Homologación del Laudo Arbitral proferido en el conflicto de trabajo surgido entre el Sindicato de Empleados de la Empresa de Comunicaciones All American Cables and Radio Inc. y dicha empresa).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E. doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.)

Se va a decidir el recurso de homologación interpuesto por los representantes de las empresas de buses del transporte urbano de Barranquilla y por el de la Unión Sindical de Choferes del Atlántico contra el laudo proferido el 5 de agosto de 1957, por "el Tribunal de Arbitramento convocado por las Resoluciones números 0399 de 20 de marzo de 1956 y 000731 de 16 de mayo del presente año, expedidas ambas por el Ministerio del Trabajo", para dirimir los conflictos colectivos surgidos entre los trabajadores del sindicato gremial antedicho y las empresas de transporte 'Flota Verde Limitada', 'Compañía de Buses Urbanos, Limitada (Combusa)', y 'Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico, Limitada (Sobusa', Transportes Colón, Limitada (Transcolón)', 'Flota Angulo, Limitada', 'Empresas de Buses del Atlántico, Limitada (Embusa)' y 'Empresa de Transportes Sabbagh, Limitada', todas con domicilio en aquella ciudad.

ANTECEDENTES:

El 27 de mayo de 1955 la Unión Sindical de Choferes del Atlántico sometió a la consideración de las empresas mencionadas un pliego de pet ciones, aprobado por la Asamblea General d Sindicato el 20 del mismo mes, cuyo texto no necesario reproducir por haberse incorporado í tegramente en la sentencia de esta Corporaci de 21 de febrero del presente año, que obra a f lios 87 a 109 del cuaderno respectivo, y que fu publicada ya en la Gaceta Judicial Nos. 2177-217 páginas 167 a 178.

Cumplidos los trámites de ley, el Tribunal Arbitramento, convocado por Resolución Nº 3 de 20 de marzo de 1956, del Ministerio del Tr bajo, profirió el laudo de fecha 9 de septiemb del mismo año, cuya parte resolutiva tambi puede leerse en la dicha sentencia de 21 de febr ro de 1957.

Mas en virtud del recurso de homologación su tentado por el apoderado de las empresas, la Co te declaró inexequible en su totalidad el cita laudo de septiembre del año pasado, por haber proferido en forma extemporánea, esto es, fue del término de que disponía el Tribunal de A bitramento para resolver el conflicto.

En presencia de este fallo de la Corte, el Mini terio del Trabajo, por Resolución Nº 000731 de de mayo del año en curso, ordenó al Tribun convocado por su Resolución Nº 399 de 20 de ma zo de 1956, profiriera el laudo dentro de los té minos legales, a cuyo efecto le devolvió el exp diente señalándole, para hacerlo, los diez días guientes a la fecha de su instalación. Resoluci nes posteriores, de julio 11 y julio 31 del mi mo Ministerio, concedieron prórrogas para la d cisión arbitral, la cual se produjo, finalmen dentro de la última de ellas, el 5 de agosto 1957, en laudo cuya parte resolutiva dice así:

"Artículo 1º—El Tribunal se declara sin com petencia para conocer del pliego de peticion presentado por la Unión Sindical de Choferes d Atlántico a la sociedad denominada "Flota Ver Limitada".

"Artículo 2º—A partir de la fecha de ejecut ria de este laudo, las empresas que a continuaci se enumeran pagarán a sus conductores los sa rios de acuerdo con las siguientes cifras y con ciones:

"a) La 'Compañía de Buses Urbanos Limita (Combusa)', que cubre la línea 'María'-'Mode les pagará dos pesos con setenta y cinco centa ($ 2.75) por cada viaje completo y deberá ha un mínimo de cinco (5) viajes diarios, sin perj cio de que haga más viajes;

"b) La Sociedad de Buses Urbanos del Atl tico Limitada (Sobusa), que cubre la línea 'C das'-'Recreo', les pagará dos pesos con setenta

cinco centavos ($ 2.75) por cada viaje completo y deberá hacer un mínimo de cinco (5) viajes diarios, sin perjuicio de que haga más viajes;

"c) La 'Empresa de Transportes Sabbagh Limitada', que cubre la línea 'Prado' 'Porvenir', les pagará un peso con treinta centavos ($ 1.30) por cada viaje completo y deberá hacer un mínimo de diez (10) viajes diarios, sin perjuicio de que haga más viajes;

"d) La 'Flota Angulo Limitada', que cubre las líneas 'Boston'-'Porvenir' y 'Boston'-'Prado', les pagará un peso con treinta centavos ($ 1.30) por cada viaje completo y deberá hacer un mínimo de diez (10) viajes diarios, sin perjuicio de que haga más viajes;

"e) La 'Empresa de Buses del Atlántico Limitada (Embusa)', que cubre la línea 'Delicias'-'Olaya', les pagará un peso con cincuenta y cinco centavos ($ 1.55) por cada viaje completo y deberá hacer un mínimo de ocho (8) viajes diarios, sin perjuicio de que haga más viajes;

"f) 'Transportes Colón Limitada (Transcolón)', que cubre la línea 'Rebolo'-'Las Nieves', les pagará un peso con cincuenta y cinco centavos ($ 1.55) por cada viaje completo y deberá hacer un mínimo de ocho (8) viajes diarios, sin perjuicio de que haga más viajes.

"Parágrafo.—Queda entendido que los viajes completos o redondos son aquellos que terminen en su punto de partida después de que los buses hagan el recorrido en las líneas asignadas a cada empresa y dentro de los términos vigentes.

"**Artículo 3º**—Si las autoridades competentes aumentaren la extensión de alguna de las líneas servidas por las empresas enumeradas en el artículo anterior y dicha extensión determinare una reducción en el número de viajes diarios que la empresa interesada debe realizar, el precio de cada viaje quedará automáticamente aumentado a una cifra que, multiplicada por el número de viajes que resulten en la línea aumentada, dé por resultado el salario diario que venía devengando el conductor antes de decretarse el aumento en la extensión de la línea.

"**Artículo 4º**—Si las autoridades competentes decretaren un aumento en el precio de los pasajes hasta veinte centavos ($ 0.20) cada pasaje, los salarios de los conductores quedarán automáticamente aumentados en un diez por ciento (10%). Y si posteriormente el precio de los pasajes fuere aumentado a veinticinco centavos ($ 0.25) cada pasaje, los salarios de los conductores quedarán automáticamente aumentados en un quince por ciento (15%).

"**Artículo 5º**—La jornada ordinaria de trabajo de los conductores de buses al servicio de dichas empresas será de doce (12) horas diarias. Las empresas podrán distribuír las horas de la jornada ordinaria del modo que más convenga a las necesidades del servicio público.

"**Artículo 6º**—La jornada se iniciará a la hora en que las empresas entregan a los conductores los respectivos vehículos, y en el evento previsto en la segunda parte del artículo anterior, se entenderá que los conductores cumplen su jornada con sólo estar a disposición de las empresas durante doce (12) horas diarias.

"**Artículo 7º**—Todo trabajo exigido a los conductores de buses por las empresas después de cumplida la jornada de doce (12) horas diarias, será trabajo suplementario y, en consecuencia será remunerado con los recargos legales.

"**Artículo 8º**—Cuando un conductor cumpla su jornada de doce (12) horas mientras esté haciendo un viaje, deberá terminarlo normalmente hasta entregar a la empresa respectiva el vehículo y las sumas recaudadas por concepto de venta de pasajes. Pero si el servicio público exige que el conductor trabaje horas adicionales, deberá hacerlo con derecho a los recargos legales, siempre que el trabajo adicional se ejecute en la medida necesaria para evitar que la marcha normal del servicio sufra una perturbación grave, conforme al artículo 163 del Código del Trabajo.

"**Artículo 9º**—Queda entendido que el mínimo de viajes de trata (sic) el artículo 2º de este laudo, es sin perjuicio de fuerza mayor, caso fortuito o pérdidas de viajes por culpa del conductor.

"**Artículo 10º** Ningún conductor podrá emplear más de quince (15) minutos entre la hora en que recibe su vehículo y su presentación al empleado de la respectiva empresa encargado del despacho de dicho vehículo, ni más de veinticinco (25) entre la hora anotada al finalizar el último viaje y su presentación al empleado de la misma empresa, encargado de recibir el vehículo y las sumas recaudadas por concepto de venta de pasajes. Si de hecho empleare más tiempo, el exceso no se computará como tiempo trabajado.

"**Artículo 11º**—Los conductores de los vehículos de las empresas mencionadas, continuarán cumpliendo sus funciones de cobradores o recaudadores del valor de los pasajes y del impuesto correspondiente.

"**Artículo 12º**—Conforme al artículo 140 del Código del Trabajo, durante la vigencia del contrato de trabajo los conductores tendrán derecho a percibir su salario aunquando no hubieren prestado sus servicios a la empresa por disposición o culpa de ésta.

"**Artículo 13º** -Las empresas de que trata este laudo confeccionarán sus rollos detallada y ordenadamente, de modo que los conductores de sus vehículos puedan establecer, en un momento dado, el tiempo trabajado, la cantidad de salario devengado incluyendo los recargos legales correspondientes, los días de descanso, los descuentos hechos y los demás datos complementarios pertinentes.

"El pago del salario se hará en cubiertas que contengan una discriminación clara y completa de lo devengado durante la semana respectiva y de las sumas descontadas.

"Así mismo, las empresas entregarán todos los días, a los conductores que los soliciten, comprobantes sobre las sumas de dinero que éllos les entreguen, provenientes de las ventas de pasajes, y sobre las horas de iniciación y término de la jornada.

"**Artículo 14º**—Conforme al artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, para el efecto de liquidar las prestaciones e indemnizaciones correspondientes, se tendrá como capital de cada una de las empresas ya citadas, la cifra de su patrimonio gravable en el año inmediatamente anterior.

"**Artículo 15º**—Conforme al artículo 186 del mismo Código, los conductores que hubieren prestado sus servicios durante un año completo, tendrán derecho a quince días hábiles de vacaciones remuneradas.

"**Artículo 16º**—La sociedad denominada "Flota Angulo Limitada" continuará suministrando a sus conductores asistencia médica gratuita y pagando el cincuenta por ciento (50%) del valor de las medicinas que formule el médico de la misma. Les prestará así mismo, gratuitamente, asistencia de médicos especialistas cuando el médico de ella lo indique y designe el especialista.

"**Artículo 17º**—Las empresas a que se refiere este laudo podrán continuar ocupando los servicios de los choferes relevos. Pero en todo caso, todas las empresas estarán obligadas a tener permanentemente a su servicio un número suficiente de choferes con el fin de que éstos puedan usar del derecho a los descansos obligatorios.

"**Artículo 18º**—Las empresas no estarán obligadas a construir locales en las llamadas estaciones terminales de los buses para el servicio de sus conductores.

"**Artículo 19º**—Cada conductor tendrá derecho a que la empresa a cuyo servicio trabaja le suministre gratuitamente, cada seis (6) meses, un par de vestidos de trabajo y un impermeable para los meses de invierno, siempre que no haya tenido más de veinte (20) faltas injustificadas en el respectivo semestre. El impermeable será entregado en la primera quincena de agosto y los dos (2) vestidos, durante los últimos quince (15) días de cada semestre.

"**Parágrafo.**—Tanto el impermeable como los vestidos deberán utilizarse en los menesteres para que han sido solicitados y los vestidos deberán mantenerse limpios. Si el conductor no usa los vestidos para la ejecución de su trabajo o no los mantiene limpios, perderá el derecho a recibirlo en el semestre siguiente.

"**Artículo 20º**—Cuando un conductor sufra o provoque un accidente de tránsito mientras esté en ejercicio de sus funciones, la empresa a que pertenece le suministrará asistencia legal gratuita, a menos que de los informes y datos recogidos por la Dirección General de Circulación y Tránsito se desprenda que el accidente fue ocasionado manifiestamente por la imprudencia o temeridad del conductor, en cuyo caso éste deberá procurarse su defensa legal.

"Si por cualquier circunstancia no se produjere el informe de la Dirección General de Circulación y Tránsito por la forma, tiempo y lugar en que hubiere ocurrido el accidente, por las pruebas allegadas a la investigación podrá apreciarse si el conductor obró con manifiesta temeridad o imprudencia.

"**Artículo 21º**—Los conductores que no estén en servicio tendrán derecho a que su respectiva empresa les den pasajes de cumplimento en la línea asignada a dicha empresa, a condición de que tales conductores paguen el impuesto del centavo municipal. El mismo derecho tendrán los funcionarios o directivos sindicales cuando necesiten movilizarse para cumplir comisiones sindicales, siempre que paguen dicho impuesto.

"**Artículo 22º**—Las empresas a que se refiere este laudo y la Unión Sindical del Atántico elaborarán conjuntamente un reglamento sobre recogida y reparto de sus conductores, siguiendo las bases de la parte motiva de este laudo. El reglamento deberá comenzar a regir sesenta (60) días después de la fecha de ejecutoria de este laudo y el vencimento de dicho término se hará obligatoria la prestación.

"Si para la fecha indicada no hubiere comenzado a regir el reglamento o si en fecha posterior fuere cancelado el servicio, la respectiva empresa estará obligada a reconocer a cada conductor, a partir de ese momento, la suma de cincuenta centavos ($ 0.50) diarios por concepto de viáticos para transporte.

"Cada empresa podrá convenir su propio reglamento con la Unión Sindical.

"**Artículo 23º**—Cuando la Unión Sindical de Choferes de Atlántico encomiende a los miembros de su Junta Directiva determinadas comisiones sindicales, dos (2) de dichos miembros tendrán derecho a que la empresa en que trabajan les conceda permiso remunerado hasta por cinco (5) días cada dos (2) meses, siempre que comprueben la existencia o realidad de la comisión. La prueba consistirá en una certificación expedida por el Inspector Jefe Seccional del Trabajo del Atlántico para cada caso, con vista en el acta de la Asamblea General o de la Junta Directiva del Sindicato en copia autenticada. El certificado deberá indicar la índole de la comisión sindical, la imposibilidad de cumplirla en horas distintas de la jornada de trabajo, el tiempo aproximado en que debe cumplirse y el nombre y apellido de los dos funcionarios que requieren el permiso.

Artículo 24º—Cada una de las empresas comprendidas por este laudo colaborará al buen funcionamiento de una cooperativa de crédito y de consumo que deberá organizar la Unión Sindical de Choferes entre todos los conductores de buses al servicio de las empresas comprometidas por este laudo. La colaboración de las empresas consistirá en asistencia legal para los trabajos preparatorios si fuere necesaria y en el pago de dos pesos ($2.-) mensuales por cada vehículo que cada empresa tenga inscrito para su respectiva línea y siempre que la cooperativa se encuentre funcionando regularmente. Los conductores afiliados deberán aportar así mismo dos pesos ($ 2.00) mensuales.

"Las empresas aportantes tendrán derecho de estar representadas en el Consejo de Administración y en el Consejo de Vigilancia de la Cooperativa con dos (2) miembros en cada órgano y de nombrar un revisor especial permanente, remunerado por la misma, con atribuciones para supervisar inversiones y gastos.

"**Artículo 25º**—La "Compañía de Buses Urbanos Limitada (Combusa)', la 'Empresa de Transportes Sabbagh Limitada', la 'Flota Angulo Limitada' y Transportes Colón Limitada (Transcolón)' deberán preferir, en igualdad de circunstancias, para proveer las vacantes, a los conductores afiliados a la Unión Sindical de Choferes del Atlántico que reunan los requisitos exigidos para tal fin. La 'Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico Limitada (Sobusa)' y la 'Empresa de Buses del Atlántico Limitada (Embusa)' no están obligadas a preferir el personal sindicalizado.

"**Artículo 26º**—Conforme al artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, los contratos de trabajo celebrados entre las empresas comprendidas por este laudo y sus conductores, podrán darse por terminados a la expiración del plazo pactado o presuntivo.

"**Artículo 27º**—Conforme al artículo 115 del mismo Código, las citadas empresas no podrán aplicar sanciones disciplinarias a sus conductores sin darles oportunidad para su defensa y de oír a dos (2) representantes de la Unión Sindical de Choferes del Atlántico. Si el conductor no fuere sindicalizado ,las empresas no estarán obligadas a oir a dichos representantes.

"Si se aplicare la sanción sin la observancia del procedimiento indicado, el conductor sancionado tendrá derecho al pago de los salarios que hubiere dejado de devengar con motivo de la sanción.

"En todo caso, de los descargos del trabajador inculpado y de la asistencia o inasistencia de los dos (2) representantes de la Unión Sindical se dejará constancia en un acta que suscribirán todas las personas que hayan intervenido en el proceso de inculpación y sanción.

"**Parágrafo.**—Cuando la sanción disciplinaria vaya a ser aplicada por la "Flota Angulo Limitada", los dos (2) representantes de la Unión Sindical deberán estar presentes en la empresa al día siguiente de la notificación que se les haga.

"**Artículo 28º**—Las empresas deberán aceptar la representación que de sus afiliados ejerza la Unión Sindical por intermedio de su Directiva. Queda a salvo el derecho de los conductores no afiliados a la misma entidad para confiarle o nó, en un momento dado, su representación ante las empresas.

"**Artículo 30º**—El sistema de salarios por viajes de que tratan los artículos 2º, 3º y 4º de este laudo se ha hecho teniendo en cuenta que cada viaje en la línea 'María'-'Modelo' dura noventa y cinco (95) minutos, cada viaje en la línea 'Caldas'-'Recreo' dura noventa (90) minutos, cada viaje en las líneas 'Prado'-'Porvenir' y 'Boston' 'Porvenir' dura cuarenta y tres (43) minutos, cada viaje en las líneas 'Prado'-'Boston' y 'Boston'-'Prado' dura cuarenta y dos (42) minutos y cada viaje en las líneas 'Delicias' 'Olaya' y 'Rebolo'-'Las Nieves' dura sesenta (60) minutos.

"**Artículo 31º**—(Sic) Para los efectos del Parágrafo del Artículo 19, que (sic) entendido que las empresas deberán pasar primero por lo menos dos (2) cartas a los conductores que no usen en el trabajo los vestidos o no los mantengan en estado de limpieza, llamándoles la atención sobre el particular.

"**Artículo 32º** (Sic) Queda entendido que, para

los efectos del artículo 20, cuando el conductor deba procurarse su defensa legal y obtenga sentencia absolutoria ejecutoriada, tendrá derecho a que la empresa respectiva le reembolse la suma de dinero equitativa que haya de desembolsar o desembolse por los servicios de su abogado. Si no hubiere acuerdo sobre el particular, decidirá el Juez del Trabajo.

"Artículo 33º—(Sic) Si en virtud del recurso de homologación interpuesto contra el presente laudo por cualquiera de las partes, la Corte Suprema de Justicia declarare inexequible las decisiones sobre el sistema, forma y cuantía de los salarios, subsidiariamente regirá la siguiente norma: a partir de la ejecutoria del presente laudo, las empresas de buses pagarán a sus conductores un salario equivalente al diez y seis y medio por ciento (16½) del producto del vehículo que haya manejado.

"Artículo 34º— (sic) Todas y cada una de las normas del presente laudo se interpretarán y aplicarán con criterio de equidad, teniendo en cuenta que sus disposiciones son el resultado de un avance en las aspiraciones de los conductores de buses, que los peculiaridades de las condiciones de trabajo están impuestas por la obligación de las empresas de prestar un servicio público y, en fin, que la eficacia del laudo está sujeta en todo caso a la buena fe de conductores y empresarios."

Salvó su voto el árbitro de la Unión Sindical.

El Recurso

Contra la sentencia arbitral interpusieron el recurso de homologación los representantes de las empresas de buses y de la Unión Sindical de Choferes del Atlántico; y como el Tribunal de Arbitramento se los concedió y ha sido tramitado en legal forma por esta Superioridad, con las incidencias que registran los autos de 13 y 19 de noviembre último, se va a decidir mediante el examen de los escritos presentados por las partes y de las demás cuestiones pertinentes según las reglas de orden público que gobiernan este recurso de homologación. Por las modalidades del conflicto y de los temas jurídicos propuestos procede, en primer término, el estudio de las acusaciones elevadas contra el laudo por el apoderado de las empresas.

Ellas son las siguientes:

Primera

Insiste en la inexequibilidad de carácter general invocada por el apoderado anterior de los empresarios contra el laudo proferido por el mismo Tribunal Especial de Arbitramento, con fecha 9 de septiembre de 1966, fundada en su expedición extemporánea, por no haberse efectuado dentro del término originalmente señalado por la resolución de convocatoria ni dentro de uno de prórroga concedida por las partes. Y advierte que tal insistencia obedece a que, aunque considera respetables las razones de esta Sala expuestas en su decisión de febrero del presente año, por la cual se invalidó el laudo anterior, no en virtud de la argumentación entonces sustentada sino porque se le dictó fuera del término señalado por la última prórroga ministerial, estima que es esta la oportunidad para que se refuerce la arquitectura lógica de aquella tesis jurisprudencial o para que se modifique ésta en el sentido, que propugna el recurrente, de que el Ministerio del Trabajo no puede suplir la intervención de las partes en punto a la ampliación del plazo para proferir el fallo arbitral. Las razones de este pedimento estriban en que, aunque el conflicto colectivo que afecta un servicio público tiene la peculiaridad referente al arbitraje obligatorio y a la manera como se designa el árbitro tercero, fuera de tales características los tribunales de arbitramento, tanto obligatorios como voluntarios, se rigen por iguales normas y principios en lo que hace a su funcionamiento, jurisdicción, competencia, capacidad de los árbitros, quorum, facultades, forma de decisión, término para fallar, notificación, efecto jurídico y vigencia de los fallos que expiden, es decir, para todo lo contemplado en los artículos 452 y 456 a 461 del CST. Y la Sala de Casación Laboral de la Corte, en el fallo que comenta el recurrente y cuya publicación se ha indicado ya en la GACETA JUDICIAL números 2177 y 2178, ha interpretado el artículo 459 del CST., desvertebrándolo y "amputándole su última porción", en el sentido de que el Ministerio del Trabajo tiene la facultad de ampliar el plazo para la expedición del laudo cuando se trata de tribunales de arbitraje obligatorio, mientras que las prórrogas para este efecto solo corresponden a las partes en el arbitramento voluntario. Y el recurrente se pregunta "qué puede permitir a esa H. Sala realizar tal escisión interpretativa, cómo es posible que el texto de la norma sea uno para el arbitraje obligatorio y otro para el voluntario" cuando es principio inmutable de hermenéutica jurídica el de interpretar los preceptos como un todo lógico inseparable en sus partes o proposiciones, cualquiera que sea la forma gramatical que asuman

Por todo lo cual concluye que habiéndose proferido el laudo recurrido dentro del término de prórroga ministerial y no de prórroga concedida por las partes, existe —de nuevo extemporaneidad— aunque por motivo distinto del declarado en la ocasión anterior — lo cual determina la anulación de la sentencia arbitral proferida en tales condiciones.

Por su parte, el apoderado de la Unión Sindical se remite a las razones de la sentencia anterior de esta Sala, comentándola con argumentos que las corroboran.

Se estudia.

Sobre la observancia del plazo dentro del cual deben proferir los árbitros su decisión, como requisito del arbitraje, se ha pronunciado ya esta Sala en la providencia a que aluden los apoderados de las partes, con razones que ambos admiten y que en verdad mantienen toda su validez. Pero el de las Empresas censura el desarrollo entonces adelantado sobre ese tema y particularmente su conclusión acerca de que el Ministerio del Trabajo puede conceder prórrogas al Tribunal de Arbitramento Obligatorio para la expedición de su fallo, con el argumento de que esto "desvertebra" los términos del artículo 459 del CST., "amputándole su última porción", y preguntándose qué es lo que le permite a la Corte realizar tal escisión interpretativa.

En la sentencia de febrero 21 del presente año se explicó debidamente que el Tribunal de Arbitraje Obligatorio encargado de dirimir un conflicto colectivo surgido en empresas de servicio público, posee la misma misión que el organismo arbitral que resuelve las contiendas de esa clase en zonas de relaciones laborales en las que la ley permite el ejercicio del derecho de huelga. Pero se explicó cómo el fenómeno de derogatoria de jurisdicción que el arbitraje implica tiene su fuente, para el segundo, en la voluntad de las partes comprometidas en el conflicto, mientras que para el primero ella se halla en el ordenamiento insustituible de la ley, que no permite ninguna solución distinta para el correspondiente conflicto colectivo de trabajo no resuelto en las etapas de arreglo directo y de conciliación. Es, pues, la distinta naturaleza de estas fuentes lo que imprime a la función arbitral diversas modalidades; y con el objeto de regularlas la ley establece maneras asimismo diferentes para la constitución de los tribunales respectivos. Estas regulaciones no han sido elaboradas de modo caprichoso o sin sentido alguno, sino que responden, como debe responder toda norma procedimental, a la naturaleza del derecho que procura realizar y a la de la institución concebida para lograrlo. Entonces, y por lo que interesa al tema del plazo y de su prórroga, como el Tribunal de Arbitramento Voluntario se constituye, como lo denota su nombre, por la voluntad de las partes, ésta es la fuente generadora de la competencia de los árbitros y es ella misma la que puede disponer acerca de la prórroga del término para la expedición del laudo, en el caso de que se venza el primeramente señalado por la ley; y como el tribunal de arbitraje obligatorio, como lo expresa asimismo su nombre, se constituye por mandato insustituible de la ley mediante una resolución ministerial, no puede desconocerse al Ministerio del ramo la facultad de conceder tales prórrogas para el evento en examen. Solo así, se dijo en febrero último, se guarda correspondencia entre el acto constitutivo y el acto de prórroga, que siendo voluntarios en el arbitramento de aquella clase, revisten carácter imperativo y oficial en el de la segunda.

Pero el artículo 459 del CST., que destaca el recurrente, dispone en su última frase, al referirse al término de diez días que la ley señala para expedición del laudo, que "las partes podrán ampliar este plazo". Y como no distingue entre el arbitramento obligatorio y el voluntario, el apoderado de las empresas sostiene que el criterio jurisprudencial de la Corte lo desvertebra y aún le amputa esta manifestación final, para el caso del arbitrametno obligatorio como el de autos. Sin embargo, no es contrario a la hermenéutica jurídica conformar los ordenamientos procesales a la naturaleza de los derechos que procuran realizar y a la de las instituciones concebidas para lograrlos, como se ha dicho, y ello es además claramente obligatorio cuando por otra parte no se desatiende el tenor literal de esos preceptos. Tal es lo que acontece con la interpretación de la Corte, que ahora se mantiene, que procura aquellas conformidades de manera que conviene a la condición de las dos clases de arbitramento laboral, lográndolas en su estimación jurídica y en sus aplicaciones prácticas; y que consigue todo ello sin ocasionar la amputación que se pretende, ya que también fue explicado cómo en el arbitramento obligatorio las partes pueden prorrogar el término que señala la ley para la expedición del laudo, según lo dispone esa frase final, pero sin que en dichas partes y únicamente en ellas repose esa facultad, con carácter exclusivo, pues esto ni conviene a la naturaleza del conflicto ni coincide con lo que expresa literalmente el ordenamiento último del artículo 459.

"Por otro lado —conviene transcribir de la providencia anterior— la tesis de que solo las partes pueden prorrogar, en el arbitramento obligatorio, el plazo para dictar el fallo, (tesis que no responde siquiera a la letra de los preceptos en examen) obligaría al Ministerio, en el supuesto de que ellas no acordasen dicha prórroga, a constituir un nuevo Tribunal, ya que el conflicto ni puede quedar insoluto, ni tiene otro camino para su decisión. Y si a ello necesariamente debe llegarse, todo aconseja que, en vez de esa nueva constitución, se prorroguen, en el tiempo, las atribuciones de quienes ya vienen conociendo del asunto. Aparte de que si el Ministerio tiene la facultad para constituir el organismo arbitral —y este punto es incuestionable, por expreso mandato de la ley— o si la tendría para convocar un nuevo tribunal —y esto otro tampoco admite discusión— debe tenerla para disponer sobre la continuidad de la misión de los árbitros primeramente designados. Que esto ni repugna a la naturaleza de la institución arbitral, ni violenta precepto alguno que estatuya sobre la remoción de los árbitros por vencimiento del dicho término, y antes conviene con aquellas y con los principios de economía y pronta solución de los conflictos".

Mantiene la Corte, por todo lo expuesto, su criterio jurisprudencial sobre el tema examinado, y no puede prosperar esta primera acusación.

Segunda

Dice el recurrente: "Radica esta segunda causal en la circunstancia de que el fallo fue proferido por un Tribunal de Arbitramento cuyas funciones habían cesado legalmente con la expedición del primer laudo, en septiembre de 1958. Por lo tanto, este nuevo fallo se dictó sin que el Tribunal tuviera jurisdicción para decidir-lo (sic) y careciendo así de competencia para ello".

Para sustentar esta acusación el apoderado de las empresas refiere que al ser anulado el primer laudo por la Corte, el Ministerio del Trabajo expidió la resolución número 731 del presente año por cuyo artículo primero devolvió el expediente al Tribunal de Arbitraje Obligatorio para que fallara el conflicto colectivo de trabajo dentro de los términos legales, es decir, que el Ministerio obró como si fuera superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento ordenándole, sin nueva convocatoria, que siguiera conociendo de un conflicto que ya había dirimido mediante el fallo invalidado por esta Corporación, y no obstante que la competencia de aquel Tribunal había cesado al proferir dicho laudo. Y alega que es de la esencia de estos tribunales poseer una jurisdicción **ad-hoc** y por lo tanto **pro tempore** que cesa tan pronto como componen el conflicto colectivo sometido a su conocimiento, mediante el proferimiento del fallo respectivo; que no hay duda acerca de que las funciones de estos tribunales especiales terminan cuando expiden el laudo, salvo el caso previsto en el inciso segundo del artículo 143 del CST., que es la única excepción, muy justificable por cierto, que la ley procesal prevé a dicha cesación automática de funciones; que el Ministerio del Trabajo no está facultado para atribuir competencia a un Tribunal de Arbitraje sobre un asunto que ya salió de su conocimiento, como si se tratara del superior jerárquico de tal tribunal, ordenando simplemente "devolver el expediente"; que en este caso se está ante una peligrosa confusión de poderes y funciones que hace necesario que esta Sala, por vía de interpretación jurisprudencial, defina una vez por todas hasta dónde llegan en tales asuntos las facultades de aquel Ministerio, porque él (el recurrente) tenía el convencimiento de que a tal dependencia administrativa solo le correspondía dictar el decreto de convocatoria, nombrar el árbito tercero y las demás funciones previstas en el artículo 453 del C. S. T., resultando ahora que también puede ampliar el plazo para proferir el fallo de que habla el art. 459, conforme a lo expresado por la Corte en la sentencia de que se ocupa la causal anterior, y que puede además asignarle nueva jurisdicción a un Tribunal de Arbitramento que de hecho la había perdido, como sucede con el caso de la resolución número 731 de 1957. Agrega que, en vista de la anulación ordenada por la Corte respecto del laudo anterior, el Ministerio ha debido expedir otra resolución de convocatoria, o, al menos, solicitar a las partes que designaran de nuevo sus árbitros, a fin de evitar que la tarea de este Tribunal de hecho resultara írrita e ilegal como en efecto estima que ha sido la cumplida por el Tribunal de Barranquilla, pero no asumir, como hizo el papel de superior para remitirle otra vez el negocio como si se tratara de un tribunal de carácter permanente. Sin que valga el hecho de que la anulación decretada por la Corte se basó en la violación de una norma procedimental y no de una sustantiva, ya que cuando se trata de la anulación de un laudo, como resultado del recurso de homologación, sus consecuencias procesales son idénticas, cualquiera que sea la causal de inexequibilidad que haya prosperado. Y si todo lo anterior es así, como lo cree el recurrente, se impone la invalidación del laudo con base en esta segunda causal.

El apoderado de la Unión Sindical califica de peregrina la tesis anteriormente sintetizada y argumenta que si la corporación falladora había sido constituída exclusivamente para la solución de un problema, mientras así no lo haga no queda cumplido su mandato, y que si solamente se ha vencido un plazo, perdiéndose por ello la competencia, la manera de resolver el asunto, a fin de que puedan aplicarse las normas sustantivas, es la de renovársela al mismo Tribunal.

Se considera:

El Ministerio del Trabajo interpretó la sentencia anterior de esta Sala, de fecha 21 de febrero de 1957, que declaró inexequible, por extemporáneo, el laudo de 9 de septiembre de 1958, del Tribunal de Arbitramento convocado por su resolución número 399 del año últimamente citado, en el sentido de que esa decisión implicaba la posibilidad jurídica de que el conflicto se resolviese por el mismo Tribunal, con solo que lo hiciese dentro del término debido, el cual señaló efectivamente. Tal interpretación no parece conformarse con la reglamentación legal simple, para los casos de mayor ocurrencia, que supone cumplida la intervención estatal con el acto de convocatoria y con los de prórrogas para la expedición del fallo, cuando esto proceda; y cumplida también la función de los árbitros con el pronunciamiento de su laudo y con los trámites consecuenciales a la interposición y concesión del recurso de homologación, salvo para definir los puntos que quedaren sin resolver conforme a la parte final del artículo 143 del CPT., que prevé esto último. El criterio que de esta suerte contemple el fenómeno apuntado podría invocar, además, como lo hace el acusador, la consideración de que los Tribunales de Arbitramento no son organismos permanentes sino de atribuciones especiales para un caso concreto, las cuales desaparecen en cumpliéndose el objetivo de la convocatoria. Sin embargo, no dispone la legislación colombiana, como lo observó en su momento el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y como ha tenido que anotarlo igualmente la Corte Suprema de Justicia en las oportunidades que se le han ofrecido, de una reglamentación adecuada acerca del recurso de homologación, ya que aquella apenas contempla lo tocante a su interposición y a su decisión, y aún sin atender de modo completo a las particularidades e incidentes que pueden darse en la primera, y sin prever, respecto de la segunda, posibilidades, como la de autos, en que la invalidación del laudo acontece por un vicio **in procedendo**. Con todo, lejos de repugnar a la naturaleza del conflicto colectivo la solución ministerial que se califica, la Corte estima que esa solución procuró con mayor rapidez el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, sin violentar, por otra parte, normas que regulen el asunto de modo distinto, ya que no existen, como se ha dicho. Y todo se logró sin atentar contra el derecho de defensa de las partes comprometidas en el conflicto, ya que ellas concurrieron de nuevo, según las actas, a la presentación de sus puntos de vista, sin objetar siquiera la condición de los árbitros que iban a definirlo. Aunque no previsto, pues, el procedimiento adoptado, por las normas que de modo general y en forma tan deficiente reglamentan el recurso de homologación, tampoco es cierto que la función arbitral cese automáticamente con la expedición del laudo, ni que el Ministerio del Trabajo no pueda extender los términos para la misma, ni que resulte contrario a principios superiores lo que solo persigue una definición última del conflicto en beneficio del orden público, de la economía procesal y de los intereses de los particulares. Además de que si el Ministerio tiene la facultad de prórroga reiterada en la solución del cargo anterior, también debe tener, por razones semejantes, la de enviar el asunto al mismo Tribunal y no necesariamente a uno de composición distinta, en el caso de que la invalidez del laudo haya obedecido a su expedición extemporánea.

No prospera, por lo expuesto, esta segunda acusación.

Tercera

"Consiste esta tercera causal —según palabras del recurrente— en haber asumido el Tribunal de Arbitramento —usurpando jurisdicción— funciones y atribuciones que la ley ha otorgado exclusivamente a la jurisdicción especial del trabajo, cuales son las de conocer y decidir privativamente de "los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo", tal como lo expresa el artículo 2º del CPT. Por tanto fundamento esta causal en la violación del referido artículo, ya que el Tribunal de Arbitramento conoció y decidió cuestiones de carácter netamente jurídico, como son las contenidas en los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 19º, 20º, 23º y 30º del laudo".

En desarrollo de esta acusación el abogado de las empresas manifiesta que es sabido que el Có-

digo colombiano de procedimiento laboral acogió, para los fines relativos a la competencia de la justicia del trabajo, la clasificación de la Oficina Internacional, que distingue entre conflictos de derecho o jurídicos y conflictos de intereses o económicos, disponiendo por su artículo 3º que la tramitación de estos se adelantará de acuerdo con las leyes especiales sobre la materia, mientras que de los primeros conocen los jueces del trabajo; que en consecuencia, de acuerdo con nuestro sistema laboral los tribunales de arbitramento solo pueden conocer y decidir de los conflictos colectivos y económicos estándoles prohibido todo tratamiento o composición de conflictos de derechos o cualquier ingerencia en aspectos jurídicos del conflicto colectivo sometido a su decisión, so pena de usurpar jurisdicción y de violar, por tanto, el artículo 2º del CPT. y, por ende, el artículo 164 de la Constitución Nacional. Y como el Tribunal de Barranquilla profirió los ordenamientos ya señalados invadió zonas jurisdiccionales que no le competían, y ello es motivo para la anulación de su laudo.

Para la Unión Sindical la tesis de su contraparte es equivocada, porque en los conflictos colectivos "los asalariados no piden propiamente un pronunciamiento de terceros sino la aceptación de una obligación discutida que, al considerarse, representa una conquista económica de los peticionarios": agregando que "el concepto de jurisdicción corresponde a declaración de derechos existentes y que, en la tramitación del pliego de peticiones hay, al contrario, la creación de derechos y de obligaciones que nunca antes existieron entre las partes". Por todo lo cual las soluciones del laudo son económicas y no jurisdiccionales, ya que no se trata de la aplicación de normas sino de la creación de las mismas.

Se considera:

Para resolver convenientemente el asunto propuesto debe recordarse, en este lugar, la conocida clasificación de los conflictos de trabajo en económicos o de intereses y jurídicos o de derechos, propiciada por la Oficina Internacional del Trabajo y acogida por el estatuto procesal colombiano en sus artículos 2º y 3º; y repetirse —porque la materia ha sido ampliamente desarrollada— que los primeros se someten, para su definición, a los trámites particulares del CST., Segunda Parte, Título II, y del CPT., Capítulo XVII, para el recurso de homologación, mientras que de los segundos conocen los organismos judiciales del trabajo de carácter permanente, por los procedimientos establecidos por el Código de la materia. Esta clasificación ofrece entre sus corolarios el de que de la misma manera como los jueces ordinarios del trabajo carecen de competencia para resolver los conflictos económicos, los árbitros de intereses no pueden decidir los de orden jurídico, esto es, aquellos que versan sobre la interpretación y aplicación de una norma de derecho laboral preexistente, según las definiciones de que se ha hecho mérito.

Los ordenamientos del laudo a que se refiere esta acusación contienen, ciertamente, reglamentaciones de orden jurídico. Sin embargo, es necesario anotar que esos pretextos de la sentencia arbitral no resuelven controversias jurídicas entre los trabajadores y sus empresas, esto es, no interpretan reglas preexistentes de derecho para aplicarlas a litigios surgidos de sus relaciones laborales, sino que consagran las normas futuras que han de regular esas mismas relaciones. En otras palabras, esos ordenamientos no implican definición de controversias jurídicas concretas, sino establecimiento de normas para las relaciones futuras de carácter laboral, lo que sí compete a las funciones de los árbitros. Por esto, al examinar por el aspecto indicado las disposiciones de un laudo no debe confundirse el señalamiento de reglas de derecho para las relaciones laborales futuras con la definición de tipo jurídico de un pleito de trabajo. Y si lo intentado no es esto último, que corresponde propiamente a los jueces laborales, sino lo primero, como lo hacen los árbitros de Barranquilla, la inexequibilidad solo puede configurarse cuando la regla de derecho establecida por el laudo viola la Constitución o las leyes o las normas convencionales vigentes. De aquí que la Corte no pueda producir la invalidación de todos los ordenamientos de aquel carácter. Y solo declarará la que corresponda, cuando la regla de derecho establecida por el laudo infrinja las superiores indicadas, mas no en virtud del motivo que ahora se invoca.

No prospera, por lo expuesto, esta acusación.

Cuarta

Acusa interpretación errónea del artículo 162 del CST. y aplicación indebida del artículo 161 de la misma obra, al decidirse en los puntos 5º, 6º, 7º, 8º y 10º del laudo recurrido sobre la jornada de trabajo de los choferes mecánicos al servicio de las empresas de buses de Barranquilla.

Para el impugnador "aunque el hecho que es-

tructura esta causal está de un modo general incluído en la anteriormente planteada", la violación consiste concretamente en que el Tribunal decidió que los choferes de los buses urbanos de Barranquilla solo están obligados a trabajar una jornada máxima de doce horas (artículo 5º de la parte resolutiva) estableciendo al efecto reglamentaciones complementarias (artículos 6º a 10º) que desarrollan esa conclusión suya en una forma tan difícil y complicada que en la práctica resultarán casi imposibles de cumplir. Agrega que el Tribunal consideró que los choferes mencionados no están comprendidos en lo dispuesto por el artículo 162, inciso 1º, ordinal d) del CST., según el cual quedan excluídos de las normas sobre jornada máxima legal de trabajo los choferes mecánicos que prestan sus servicios en empresas de transporte de cualquier clase, sea cual fuere la forma de su remuneración, estimando al respecto que los de los buses de Barranquilla no son choferes mecánicos para los efectos de aquel artículo y resolviendo que les es aplicable el ordinal b) del artículo 161 del mismo código. Que para justificar tan errónea decisión el Tribunal ensayó, en la parte motiva del laudo, una serie de argumentos que no resiste el menor análisis, pues en primer lugar expresó que la limitación de la jornada de trabajo es una reivindicación de carácter económico, para curarse en salud ante una posible impugnación del fallo por contener decisiones jurídicas, y por otra parte anotó que los tales choferes no están obligados a reparar el vehículo que manejan, olvidando que de acuerdo con los antecedentes de la legislación respectiva por chofer mecánico se entiende el verdadero chofer profesional, en oposición al chofer aficionado, según las leyes 57 de 1942 y 6ª de 1945, el actual Código del Trabajo y el Decreto 57 de 1940 reglamentario de la Ley 60 de 1939, sobre tránsito. Agrega que tan errónea es esa opinión que la del Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 13 de junio de 1940, cuyo criterio fue recogido por la Comisión Redactora del Código Laboral, había definido el punto en el sentido de que los choferes mecánicos que prestan servicio público en empresas urbanas de transporte están excluídos de la jornada máxima, en virtud de la índole de sus labores, y, por tanto, en ellas no puede existir actividad suplementaria.

Por su parte el apoderado de la Unión Sindical estima que los árbitros en este punto, "no llegaron a una función jurisdiccional, como habría sido al desentrañar el sentido de los artículos que necesariamente estudiaron, hubieran creado la obligación patronal de pagar sobrerremuneración por las horas que, aplicando la nueva jornada máxima con retroactividad, resultara de trabajo suplementario". Agrega que el considerando correspondiente del laudo habla de razones de equidad y abunda en consideraciones de orden económico, e insiste "en que los falladores estuvieron en su terreno al determinar una jornada máxima inferior a la que los choferes vienen cumpliendo y en que, pese a la extraña mezcla de consideraciones de abogados, lo que debe determinarse es si los artículos 5, 6, 7, 8 y 10 son jurisdiccionales o si, como aparece a simple vista, se limitan a crear una situación nueva en concordancia con la petición formulada por el Sindicato y sobre la cual tenía que haber pronunciamiento definitivo".

Se considera:

Como se explicó al estudiar el cargo anterior, la declaración de invalidez en un tema como el propuesto, no puede obedecer propiamente a que los ordenamientos del laudo contengan reglamentaciones de derecho, sino a que contrarien la Constitución o las leyes o las normas convencionales vigentes. Desde este punto de vista, y no por virtud de lo primero, debe concederse razón al apoderado de las empresas. Pues estos, trabajadores de buses urbanos, aunque eventualmente no sean mecánicos o no estén obligados a reparar los vehículos que manejan, son "choferes mecánicos", por denominación que se opone, según los antecedentes alegados de la legislación laboral sobre la materia, y los propios términos de la letra d) del artículo 162 del CST., a la de chofer de automóvil particular, que es la otra clase de choferes asalariados; y como tales (choferes mecánicos) se hallan excluídos de la regulación sobre jornada máxima legal, conforme al precepto que acaba de citarse. Quiere decir lo anterior que la ley no limita la duración diaria de la labor de esta categoría de trabajadores, como sí lo hace con las actividades contempladas por el artículo 161 del mismo estatuto, y no puede por ello señalarse —como no sea por acuerdo voluntario— un número determinado de horas de trabajo como jornada ordinaria, para distinguir y calificar como extraordinaria la que lo supere, con distinción, calificación y consecuencias que la ley ni concibe ni regula de esta manera. Sobre el particular estima la Corte —acogiendo también sobre este punto la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo— que tal señalamiento implica una reducción de la jornada que autoriza la

ley, modifica el régimen exceptivo del artículo 162 del CST. y viola esta norma de derecho. Debe por ello declarar inexequibles los artículos del laudo que estatuyen en contrariedad con lo expuesto, esto es, sus ordenamientos 5º, 6º, 7º y 8º. La materia deberá regirse, pues, por sus normas legales propias, que no fijan límite para esta actividad de los choferes que prestan "sus servicios en empresas de transporte de cualquier clase, sea cual fuere la forma de su remuneración", según dice el artículo 162 del CST., ni autorizan, por lo tanto, recargo por horas extraordinarias, que lógicamente no existen, lo cual —conviene advertir— no debe confundirse con el tema del trabajo nocturno y de sus recargos, por el solo hecho de serlo (artículo 168 del CST.).

El artículo 10º del laudo seguramente fue concebido en armonía con la jornada establecida por los árbitros y para algunos de sus efectos; sin embargo, la Corte considera que aun invalidados los dichos ordenamientos 5º, 6º, 7º y 8º, la regulación que contiene este artículo 10º conserva operancia para otras situaciones reglamentarias, ya que su finalidad no es exclusivamente la del cómputo de horas extras, y por ello ha de conferírsele firmeza pues él no resulta, respecto de esas otras posibles situaciones, violatorio de la ley.

Prospera este cargo en los términos expuestos.

Quinto

Alega violación del principio de derecho procesal según el cual los fallos judiciales o arbitrales deben contener declaraciones claras, incondicionadas y actuales en relación con el objeto de la litis —en los asuntos contenciosos— o sobre las cuestiones sometidas a decisión, si se trata de arbitrajes. E invoca el artículo 466 del C. J., que estatuye acerca de que las sentencias son resoluciones judiciales que deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste. Todo para concluir que la sentencia judicial o arbitral no debe dejar cuestiones pendientes, ni resolver solo una parte de la controversia, ni dejar a la reglamentación futura de las partes el derecho declarado, ni mucho menos hacer declaraciones para el futuro que no puedan tener ejecución inmediata salvo la condena en abstracto en los casos en que ella proceda, ni condicionar la decisión al acaecimiento de un hecho futuro, ni hacer declaraciones de carácter subsidiario para el caso de que no pueda cumplirse la principal. Y si se profiere en tales condiciones, se viola el citado artículo del Código Judicial, aplicable a los juicios del trabajo y a los arbitrales en virtud de los artículos 143 y 136 del CPT., y se infringen además el artículo 471 del C. J., especialmente en su inciso final, que ordena que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes, y el 481 del mismo código que expresa que los jueces y tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito.

Para el recurrente, el Tribunal de Barranquilla hizo declaraciones que contrarían todas esas normas procesales. Así, "falló dejando cuestiones para futura reglamentación, como es lo referente al reparto y recogida de los choferes (punto 22º del laudo); decidió materias que quedan condicionadas a un hecho futuro (puntos 3º y 4º); y, por último, incurrió en la inconcebible anomalía de hacer declaraciones de carácter subsidiario, como es la contenida en el punto 33º del laudo".

Por todo lo cual solicita la anulación de "todos los pronunciamientos proferidos con violación de la ley y de los derechos de mis representados a obtener un fallo claro y preciso como lo manda la norma procesal aludida".

La contraparte replica que la opinión anterior del apoderado de las empresas confunde la función del tribunal de arbitraje con la de los jueces y magistrados jurisdiccionales, y explica cómo, respecto de la reglamentación subsidiaria sobre salarios, ella obedeció a la previsión de que el reglamento principal fuera declarado inexequible.

Se considera:

Ciertamente, algunas de las definiciones arbitrales aparecen concebidas en atención a posibles ocurrencias futuras (artículos 3º y 4º del laudo) y otras, redactadas en forma que se refiere necesariamente al futuro (artículo 22º citado por el impugnador, y aun varias más, que éste no menciona, como las de los artículos 13º, 17º, 19º, etc.) Sin embargo, para la Corte esto no es violatorio de los preceptos legales que gobiernan la forma de la sentencia arbitral. Pues la solución de los conflictos de intereses requiere, por la naturaleza de estos, modalidades de expresión diferentes de la de los conflictos jurídicos, ya que precisamente aquella debe atender a regulaciones futuras de las relaciones laborales. Por eso el artículo 136 del Código Procesal del Trabajo, al ocuparse de la forma del laudo arbitral, solo exige que se acomode a la de las sentencias, en lo posible. El precepto anterior alude claramente a las partes

laridades de futuro que puede necesitar el fallo arbitral y a él se conforman las regulaciones mencionadas del laudo de Barranquilla. Por lo demás, esto no se opone a los principios generales que esgrime el acusador, y que en realidad aparecen aprovechados para una materia que no le está sujeta con la exactitud que pretende.

En lo que toca con el punto 33º del laudo, su carácter subsidiario obliga a estudio solo cuando se haya definido acerca de la reglamentación principal, y siempre que ésta resulte inexequible.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

Sexta

Acusa la violación del artículo 458 del CST., que inhibe a los tribunales de arbitraje para proferir decisiones que afecten derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución Nacional, o por las leyes o por normas convencionales vigentes. La acusación la hace consistir en que el laudo impuso a las empresas de buses de Barranquilla prestaciones y obligaciones muy superiores a las consagradas en la ley laboral, como las establecidas por sus ordenamientos 19º, 20º, 22º, 24º y 32 de su parte resolutiva.

Además, el apoderado de las empresas critica, por antitécnica y francamente desconsiderada, la fijación del valor de los viajes para los choferes de cada empresa sin tener en cuenta las condiciones peculiares de cada una de ellas y en especial sus respectivas capacidades económicas. Agrega que el sistema de pago por viajes, del que se pensó sería la solución del problema, se ha convertido de ese modo en un inequitativo, desmesurado, desigual y oneroso medio de gravar a unas empresas más que a otras y de pagar a unos trabajadores salarios más altos que a otros. Aparte de que el señalamiento de un mínimo de viajes para cada chofer —sostiene— no está dentro de las facultades de la empresa sino de las reglamentaciones de la dirección de tránsito de Barranquilla.

El abogado de la Unión Sindical observa que de aceptarse la tesis de las empresa no podría haber modificación de las condiciones económicas de los trabajadores, pues precisamente lo que estos piden tiene que afectar a los patronos. En cuanto a las apreciaciones finales de la acusación replica que ellas no toman en cuenta que los buses tienen que mantenerse en funcionamiento todo el día ni en caso de que nuevas disposiciones oficiales impidieran ocupar al conductor en la forma indicada por el laudo, "la fuerza que significaría ese reglamento dejaría sin valor la estipulación". Agrega el dicho apoderado, que el Tribunal de Arbitramento no tiene limitaciones en cuanto a la concesión de nuevas ventajas en favor de los trabajadores, pero que como él sostiene que el artículo 2º debe ser declarado inexequible por razones que se sintetizarán al estudiar los capítulos de acusación de esta parte, por el momento debe manifestar que el precepto 458 del CST. no puede interpretarse en el sentido que pretende el apoderado de las empresas.

Se considera:

Los artículos acusados no son violatorios de la ley, ya que las prestaciones extralegales que ellos consagran fueron establecidas para el futuro, como conquistas que respondan a los objetivos de los conflictos de intereses. A ellos no cabe oponer el artículo 458 del CST., como lo hace el acusador con criterio que no se aviene con la naturaleza del derecho laboral, por cuanto las disposiciones del Código de Trabajo solo consagran un mínimo de derecho y garantías; y el concepto de derecho adquirido, que también trata de oponérsele, no existe en función negativa e inhibitoria del establecimiento futuro de prestaciones sociales. Por lo demás, los autos tampoco ostentan que las prestaciones establecidas por el laudo impliquen una exacción ruinosa, ni las leyes o las normas convencionales vigentes, no concretadas siquiera por el acusador, contienen reglamentaciones inmutables cuyos beneficios no puedan superarse, para solucionar un conflicto colectivo, por nuevas disposiciones de mejoramiento social.

Respecto de la crítica relativa a la forma antitécnica y francamente desconsiderada como el Tribunal fijó el valor de los viajes para los choferes de cada empresa, hecho que propiamente no se señala como contrario a precepto alguno, basta observar que tal fijación obedeció a consideraciones de equidad propias del ámbito arbitral, sin que la materia sea susceptible de revisión en este recurso. Lo mismo cabe decir de la posible intervención de la Oficina de Tránsito de Barranquilla. Finalmente no aparece demostrada la afirmación de que el Tribunal estableció las remuneraciones de los choferes sin tener en cuenta las condiciones peculiares de cada una de las empresas y sus respectivas capacidades económicas, ni la alusión a unos salarios más altos que otros para significar acaso que labores iguales quedaron retribuidas de modo distinto. Sobre los temas anteriores lo único que aparece es que los

árbitros atendieron a los distintos factores que consideraron estimables conforme a su criterio de equidad, y que los salarios se calcularon con referencia también a los diversos recorridos de los buses, en cada línea, precisamente para que la retribución de los choferes correspondiera a la misma labor efectuada. Tampoco por estos aspectos puede invalidarse el laudo.

Aunque no ha sido propuesto por el recurrente, y por reclamarlo así los principios que gobiernan este recurso, es necesario anotar que el asunto de la remuneración por viajes por donde debe examinarse es desde el punto de vista del cambio de sistema adoptado por el laudo. Pues aunque esta materia de salarios escapa a revisión en el presente recurso, podría pensarse que la variación efectuada por los árbitros sobre el sistema de pago anteDicho, extralimita, no por lo que toca al cuantum sino por lo que se refiere a la forma, el pliego de peticiones, ya que éste lo que demandó fue un tanto por ciento de aumentos. Sobre el particular debe decirse que tal modificación correspondía al poder decisorio de los árbitros, pues por una parte su función en este punto, solo consulta motivos de equidad, y por otra, la decisión adoptada también se produce o es susceptible de estimarse por el sistema de porcentaje en un aumento, como se había solicitado y como lo entendieron los juzgadores del conflicto colectivo. Si el tanto por ciento que resulte no corresponde al inicialmente pedido, ello no impone la inexequibilidad del laudo, ya que lo que significa es que, estudiadas las conveniencias de las partes, los árbitros no estimaron aconsejable disponer remuneraciones mayores. Por razones semejantes el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo había aceptado, en sentencia de 30 de abril de 1949, citada por el laudo que se examina, una modificación del pliego petitorio cuando dijo: "El Tribunal de Arbitramento encargado de decidir sobre el pliego de peticiones en que se solicita para los trabajadores aumento de salarios puede, en vez de aumentar estos directamente, aumentar las bonificaciones existentes, porque estas forman parte del salario. Así la finalidad perseguida por aquellos sobre aumento de sus remuneraciones se llena lo mismo elevando el salario fijo que uno de sus accesorios".

Y en 21 de mayo de 1954: "No sobra advertir que en materia de conflictos puramente económicos como el contenido en el punto tercero del pliego, la competencia de los árbitros y su capacidad decisoria no tiene más límites que el cuantitativo que señalen en el pliego los trabajadores. Su fallo en este aspecto es de pura equidad, y para buscarla, tienen abierto todo el campo de la situación económica de las partes, con el objeto de buscar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. De ahí por qué estén facultados para buscar soluciones que, aun cuando no se encuentren expresamente determinadas en el pliego petitorio puedan ser, sin embargo, un aceptable sustituto de las mismas, si ellas buscan como finalidad atender los intereses de las partes en forma que permita a las relaciones futuras de las mismas, un desarrollo normal dentro de los principios de la protección especial que merece el trabajo y de respeto a los fueros legales de la empresa o patrono. No carece de antecedentes en la historia de los conflictos colectivos el hecho de que a una petición de alza de salarios hecha en forma concreta y cuantía determinada, se responda por el laudo arbitral mediante fórmulas que logren finalidad igual o semejante, aunque en realidad de verdad ellas no hubieran sido así solicitadas. Es razonable sostener que cuando, por ejemplo, se ha pedido un aumento del 30% en los salarios de todos los trabajadores de una empresa, el Tribunal Arbitral no puede decretar el 40%, porque si los propios trabajadores, conocedores de su situación económica, estiman poder atenderlo decorosamente con lo indicado por ellos, el Tribunal debe someterse a ese límite: pero no lo es el que frente a la misma petición, el Tribunal de Arbitramento no pueda estar facultado para moverse con entera libertad en el examen de la situación económica y adoptar para las partes una fórmula que logre cabalmente su finalidad". (Homologación del Laudo Arbitral proferido en el conflicto de trabajo surgido entre el Sindicato de Empleados de la Empresa de Comunicaciones All American Cubl and Radio Inc. y dicha empresa).

El punto se ha estudiado aquí, porque la acusación de la Unión Sindical en torno a esta materia de salarios, no la contempla por el aspecto que acaba de examinarse, sino por otras consideraciones que se definirán en su momento.

No prospera, por lo expuesto, esta última causal alegada por las empresas.

El escrito del representante de la Unión Sindic

Dedicado en su mayor parte a oponerse a las acusaciones del apoderado de las empresas, en forma de que se ha hecho mérito al estudiar cada una de ellas, solicita en sus dos últimas páginas se declare inexequible el artículo 2º del laudo y se reemplace el ordenamiento que él contiene por el del artículo 33 de la misma senten-

arbitral, anunciando, además, la existencia de una acción futura, todo por las razones siguientes:

Para lo primero manifiesta el apoderado de esta parte que el salario no tiene finalidad diferente de la de facilitar al trabajador la adquisición de los bienes y de los servicios necesarios para su subsistencia y la de su familia; que la razón del trabajo desde el punto de vista de quien empeña su capacidad laboral es la remuneración, pero la moneda es cambiante y el salario que alguna vez fue suficiente para subvenir a las necesidades vitales, si es que alguno lo ha sido, con el tiempo se desvaloriza y no alcanza para satisfacer ese objeto; que los choferes de Barranquilla estaban fuera de semejante condición porque por convenio de 1939 se estableció un sistema de pago del salario sobre el producido bruto del vehículo, lo que constituye un privilegio especialísimo, consistente en la movilidad del salario nominal. Y agrega el recurrente: "no debe olvidarse que los aumentos en el costo de la vida no han cesado y que los empresarios del transporte vienen dando una batalla para obtener que les sea permitido subir el pasaje a veinte centavos. Si esto sucede, que tiene que ocurrir, los choferes habrían perdido la ventaja del aumento automático de la remuneración nominal, porque se les ha privado de la movilidad. Siendo indiscutible que la movilidad del salario es una gran ventaja para los trabajadores, no puede suprimirse ella sin violación del artículo 458 mencionado. Y esta es una razón para declarar inexequible el artículo, aun en el caso, que no existe, de que se les hubiera otorgado una compensación asignándoles un ingreso mayor, por el momento, a lo que recibirían con el antiguo y tradicional sistema". En seguida dice que estando vigente la convención de 1939, según consta de autos, en virtud de la cual los trabajadores cobran el quince por ciento, las facultades arbitrales se encontraban limitadas, en esta materia, por ese porcentaje aumentado con otro igual, impuesto por el Decreto 0718 del presente año. Sostiene, además, que el artículo 2º del laudo infringe el precepto 143 del CST. que obliga a igual remuneración por trabajo igual, por lo que debe sustituírsele por el 33 del laudo. Sobre este último tema insiste en que el artículo 33 no es inexequible, como lo sostiene el apoderado de las empresas, ya que él es más técnico y más justo y se halla dentro de las facultades arbitrales.

Finalmente anuncia que el Sindicato está en capacidad de probar que el sistema de pago por viajes es lesivo de los intereses de los trabajadores y que si la Corte le diera validez al artículo 2º del laudo ellos todavía podrían hacerse pagar el 15% consuetudinario, porque de acuerdo con el artículo 13 del CST. aquella sería una estipulación ineficaz, y esta es una nueva razón por la que conviene adoptar la fórmula subsidiaria.

Se considera:

El artículo 458 del CST., a que se refiere en primer término esta acusación, estatuye que "los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes".

Ahora bien: del ordenamiento 2º del laudo, que establece la remuneración que deberán pagar las empresas a los choferes, a partir de la fecha de su ejecutoria, no cabe decir, ni nadie ha pretendido hacerlo, que versa sobre tema que hubiese quedado definido en las etapas anteriores al arbitramento. Debe prescindirse, por lo tanto, de este primer aspecto contemplado por el precepto en cuestión.

Lo que se pretende es que la fijación de los salarios hecha por el Tribunal de Barranquilla es menos favorable por su forma y por su cuantía, que la de la convención colectiva de 1939, que se dice vigente, infringiendo por ello la parte final del artículo 458 citado. Sin embargo, el apoderado de la Unión Sindical se limitó a afirmar la vigencia de esa convención, sin indicar siquiera la pieza que la registre, y olvidando que el laudo estudió concretamente este punto y declaró de modo expreso que por ningún medio legal se había demostrado la obligación de los actuales empresarios de cumplir la expresada convención de 1939, suscrita por otros, ni el hecho de que tal convención estuviese en vigor (pág. 13 del laudo). Necesariamente ello imponía al acusador el esfuerzo de rebatir las dos consideraciones indicadas y aún el de comprobar cómo y por qué la nueva reglamentación es violatoria de un derecho ya conquistado por los trabajadores. Y es que las apreciaciones acerca de que la movilidad del salario es más favorable que el sistema adoptado por los árbitros, apenas constituyen opiniones que pueden compartirse o no —y el Tribunal no solo no las comparte sino que invoca en contrario argumentos de tratadistas de economía y de derecho laboral, según dice a pág. 19 de su fallo— pero que mantienen el asunto en el campo

conceptual de la equidad, propio del arbitraje y extraño al recurso de homologación. Aparte de que se los cabeza para la hipótesis de que los empresarios consigan autorización para aumentar el valor de los pasajes, hecho que agrega a la objeción formulada un nuevo elemento condicional que se opone, también adicionalmente, a la conclusión de que se ha violado el convenio en vigor, si es que tal vigencia puede suponerse. Y aparte, además de que el laudo contiene una reglamentación para la ocurrencia de esa posibilidad de aumento de tarifas, en forma que tampoco autoriza dar por establecido el perjuicio o desmejoramiento que se alega, y todo en el plano de equidad a que no puede penetrarse en el presente recurso. Fundamentalmente lo que acontece, en el punto en estudio, es que él pertenece al ámbito de la estimación arbitral, y que no puede desplazársele al jurídico de la homologación, ni por el cambio de sistema, como ya se vio al decidir el recurso de las empresas, ni por su cuantía, que no es revisable aquí, ni por contrariedad con norma vigente, que ni está demostrada ni se ostenta como fenómeno de hecho. Conviene agregar que sobre esta última cuestión son numerosas las consideraciones del laudo —págs. 113 a 130—, que atienden a todos los factores que determinaron el señalamiento de salarios acusado y que contempla inclusive la incidencia del decreto 0118 de 21 de junio del presente año sobre la remuneración de los trabajadores. Por todo ello no es posible concluir en la declaración de inexequibilidad que persigue este ataque.

En lo que se relaciona con el artículo 143 del CST. es necesario anotar que los árbitros atendieron a las distancias y número de viajes posibles en cada línea de buses, por lo cual no aparece violación de la norma que ordena remunerar el trabajo igual con salario igual. Además de que la remuneración por viaje completo es distinta, precisamente por haberse atendido a las distancias, en las empresas de los literales a) y b), de la establecido para los choferes de los parte c) y d) y ambas diferentes de la de los literales e) y f), calculándose para todos un mismo salario.

Finalmente la apreciación del apoderado de la Unión Sindical acerca de que, si la Corte le confiere validez al artículo 2º del laudo, los trabajadores tienen todavía acción para hacerse pagar "el quince por ciento consuetudinario", no modifica las conclusiones anteriores ya que el presente recurso tiene que definirse por lo que resulte del proceso de confrontación jurídica a que él se contrae, y no por posibilidades como la anunciada. Pues no cabe aquí declaración alguna acerca de la subsistencia de una norma convencional que disponga cosa distinta de lo de un laudo homologado, ni, en este supuesto, la definición de un futuro conflicto jurídico sobre el particular, ni la referente siquiera a la existencia o inexistencia de la acción de que habla el mencionado apoderado. Y la imposibilidad para definir ahora un tema como el sugerido no impone, como es obvio, la anulación que se pretende, ni la conveniencia aducida constituye argumento válido para una inexequibilidad que solo puede producirse por razones legales.

De la petición para que se reemplace el artículo 2º del laudo por el 33 del mismo, basta apuntar que se la pretende con simples apreciaciones sobre técnica y equidad, ineficaces en este recurso, aparte de que por la condición subsidiaria de ese segundo ordenamiento solo procedería su calificación legal en el caso, que no ha ocurrido, de la inexequibilidad del primero. Con todo, para la Corte es incongruente dicho precepto 33º, por las razones expresadas por dos de los árbitros que suscribieron el fallo arbitral y que pueden leerse en el acta respectiva. Mas como no ha acontecido el evento cuprichosamente previsto por el árbitro de los trabajadores e inexplicablemente aceptado por los dos restantes, esta cláusula resulta inoperante de modo absoluto y nada debe disponerse acerca de ella.

Por las razones anteriores no prospera el recurso de la Unión Sindical de Choferes del Atlántico.

Consideración adicional

El artículo 25 del laudo impone a la "Compañía de Buses Urbanos Limitada (Combusa)", a la "Empresa de Tarrsportes Salibagh Limitada", la "Flota Angulo Limitada" y a "Transportes Colón Limitada (Transcolón)" la obligación de "preferir, en igualdad de circunstancias, para proveer las vacantes, a los conductores afiliados a la Unión Sindical de Choferes del Atlántico que reúnan los requisitos exigidos para tal fin". En cambio, declara que la "Sociedad de Buses Urbanos del Atlántico Limitada (Sobusa)" y la "Empresa de Buses del Atlántico Limitada (Embusa) no tienen esa obligación. Las disposiciones anteriores implican un tratamiento diferente, en punto a la materia que regulan, y podrían, además, sugerir preocupaciones de inconstitucionalidad o ilegalidad al relacionárselas con los principios superiores sobre libertad de trabajo, libertad de a

ciación y extensión, en determinadas circunstancias, a todos los trabajadores de la empresa, sean sindicalizados o nó.

Mas conviene observar que, como lo relatan los árbitros en el capítulo respectivo del laudo (punto octavo, letra a) de la parte motiva), aquello obedeció a que las empresas primeramente mencionadas aceptaron, en las conversaciones de arreglo directo, esa petición de los trabajadores, mientras que las otras no produjeron igual aceptación. Se trata, entonces, no de una obligación impuesta por el Tribunal de Arbitramento, sino del registro de un punto convenido en la etapa mencionada del conflicto, en la forma y respecto de las personas que así lo decidieron voluntariamente, y no resulta por ello violación de la ley ni de la Carta Fundamental.

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,

DECLARA:

1º—Son inexequibles los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del laudo de 5 de agosto de 1957, materia del presente recurso de homologación.

2º—Son exequibles sus demás ordenamientos, transcritos en esta providencia, y se les confiere firmeza y validez.

3º—En el Ministerio del Trabajo se depositará con el correspondiente ejemplar del fallo arbitral una copia de esta decisión.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y remítase el expediente al Ministerio del Trabajo.

Miguel Antonio Constain — Enrique Arámbula Durán — Juan Benavides Patrón — Sergio Antonio Ruano — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CUANDO EXISTE CONTRATO DE TRABAJO EN LAS RELACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES. — CASOS EN QUE EL TRABAJADOR DESPEDIDO TIENE DERECHO AL REINTEGRO.

Tanto en las disposiciones pertinentes anteriores al Código, como en la respectiva actual, toda relación de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo, norma general que sólo tiene excepción en el precepto en cita (artículo 4º del Decreto Nº 2.127 de 1945), para las relaciones entre los empleados públicos y la administración pública que no constituyan contrato de trabajo y se rigen por leyes especiales, siempre y cuando no 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, porque estas relaciones sí constituyen contratos de trabajo.

El contenido del precepto anotado, habla sólo de los empleados públicos y no de los obreros, cuando existía vigente de conformidad con la Ley 10 de 1934 esta clasificación, lo que bien explica el pensamiento de legislador en el sentido de excluir a los obreros y dejar sus relaciones con la administración regidas por contratos de trabajo en la misma forma que las relaciones de carácter particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diez y séis de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Sergio Antonio Ruano.)

Rosa Silva de Camargo, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Sexto del Trabajo de esta ciudad al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo se le condenara a reconocer y pagar a la demandante, las prestaciones correspondientes a reanudación del contrato de trabajo, reintegro, "salarios caídos", preaviso, aumento de jornal, salarios faltantes de contrato presuntivo de trabajo e intereses.

Según los hechos del libelo la demandante permaneció al servicio de la Entidad demandada, desde el 11 de agosto de 1935, hasta el 16 de febrero de 1951, fecha ésta en la cual fue retirada del servicio sin justa causa, después de haber trabajado en forma continua durante el lapso indicado, como obrera en el ramo del aseo.

En plazos de mercado y cuando devengaba un jornal diario de $ 3.93, sin que en el momento de su retiro, ni dentro de los noventa días siguientes al mismo, se le hubieran cubierto los haberes correspondientes a su auxilio de cesantía y al preaviso; que el despido se operó no obstante faltarle ciento setenta y cinco días para el vencimiento de su período semestral de trabajo.

El representante legal del Municipio contestó el libelo para negar los hechos y el derecho invocado por la actora, y pedir, en consecuencia, la absolución total del demandado y la condena en costas para la demandante. Estimó que entre actora y demandado jamás existió contrato de trabajo al tenor del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 sino una relación de derecho público; que el Juez del Trabajo es incompetente para conocer litigios de esta naturaleza, porque la Ley 2ª de 1947 está derogada por los artículos 2º y 155 del C. de P. L. estando en cambio vigente el Código Contencioso Administrativo, que sí la fija.

Que en cuanto a las peticiones de reanudación del contrato y el reintegro, son contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo que estableció en la interpretación del Decreto 797 de 1949, la excepción NON ADIMPLIET CONTRACTUS, porque el precepto no consagra ni reanudación, ni reintegro. Además, el Acuerdo Municipal Nº 37 de 1949, citado por el demandante, fue suspendido por el Decreto Municipal 47 de 1949. En cuanto a "salarios caídos, invoca el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo que expresamente impide la aplicación del artículo 85 de la misma obra, cuando existan estatutos especiales dictados con posterioridad al 1º de enero de 1951, pues, el Municipio tiene dictados nor

mas al respecto, ninguna de las cuales los consagra.

Refiriéndose al preaviso y contrato presuntivo sostiene que según la jurisprudencia laboral son prestaciones exclusivas y excluyentes, y como en el caso sub-lite no hay contrato de trabajo, no pueden prosperar estas solicitudes.

Por último, en cuanto a la solicitud de aumento, declara que el Municipio cumplió en su oportunidad con las disposiciones sobre aumento de salarios contenidas en los Decretos 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950, y por cuanto esta petición se hizo exigible hace más de tres años propuso la excepción de prescripción. De los intereses, manifestó que el Municipio nada debe y por tanto carecen de objeto.

Por impedimento declarado para actuar en la audiencia de juzgamiento del Juez Sexto del Trabajo, correspondió desatar la controversia al Juez Séptimo, que al hacerlo negó las declaraciones y condenas solicitadas. Condenó en costas.

La parte demandante apeló de la anterior providencia y subido el expediente al Tribunal Seccional del Trabajo de esta ciudad, en fallo de 2 de marzo de 1955 la revocó y condenó al Municipio de Bogotá a pagar a la actora la suma de setenta y tres pesos con cuarenta centavos ($ 73.40), correspondientes a aumento de salarios, declaró probada la excepción de prescripción propuesta en lo que respecta al aumento automático en el lapso comprendido entre el 1º de enero y el 14 de febrero de 1950, condenó al mismo Municipio a pagar a la actora, la cantidad de seiscientos noventa y un pesos, con veinticinco centavos ($ 691,25) valor del faltante correspondiente para el cumplimiento del término presuntivo de trabajo, y lo absolvió de las demás peticiones. Sin costas. Uno de los Magistrados integrantes de la Sala, salvó su voto.

Ambas partes interpusieron recurso de casación, que al serles concedido y luego admitido, se pasa a decidir, previo el estudio de las correspondientes demandas y de los respectivos escritos de oposición.

Por razones técnicas y para las consecuencias del juicio mismo, se estudiará primero la demanda que a nombre del Municipio presenta el Procurador General de la Nación, Delegado en lo Civil.

El recurso

Persigue la infirmación de los puntos I, II y IV del fallo acusado, en cuanto por ellos se revoca la sentencia del a-quo y se condena al Municipio de Bogotá a pagar las sumas de $ 73.40, como aumento de salarios, y de $ 691.25, como valor faltante para el cumplimiento del término presuntivo del contrato de trabajo, y para que en su lugar se confirme la sentencia de primer grado y se absuelva al Municipio nombrado de dichas condenas.

Presenta tres cargos, los dos últimos como subsidiarios del primero.

Primer cargo.—Acusa el fallo recurrido por errónea interpretación de los artículos 24 del C. S. del T., y 4º del Decreto 2127 de 1945, y por aplicación indebida de los artículos 43 y 51 del mismo Decreto, y 1º del Decreto 3871 de 1949, que son normas sustantivas del trabajo.

Para sustentarlo dice que, de conformidad con la primera de las disposiciones "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo", en tratándose de relaciones de derecho individual del trabajo entre particulares, mas no cuando interviene una entidad de derecho público, porque en tales casos se invierte la presunción, o sea que las relaciones de derecho individual del trabajo existentes entre la administración pública y un trabajador particular se presumen de derecho público y sólo excepcionalmente se entienden regidas por un contrato de trabajo. El aserto anterior lo confirma el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, según el cual, por regla general, las relaciones entre la Administración y los trabajadores públicos no constituyen contrato de trabajo, "a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma", porque en tales eventos, como en el caso sub-judice, es necesario que el actor acredite que su vínculo laboral con la persona de derecho público a quien demanda, encuadra dentro de los extremos excepcionales previstos en la norma, a efecto de destruir la presunción de que antes se hizo mérito. "Con todo la Procuraduría no desuerta la posibilidad de que en casos como el que aquí se trata, pueda tenerse como cierta la existencia del contrato de trabajo, en forma indirecta, con apoyo en una presunción simple. Pero a este efecto, es preciso que el actor ofrezca a la contraparte en su demanda, y pruebe en el debate, los hechos generadores de aquella (cosa que no ha ocurrido en autos) pues en tal evento la dispensa de la prueba, no es total".

Y concluye: Si hubiera procedido así, el Tri-

bunal Seccional habría encontrado que en el caso presente no existió o nó se demostró la existencia de contrato laboral y como consecuencia habría absuelto a la parte demandada de las súplicas de la demanda.

El representante de la trabajadora, como opositor responde, que resuelto el problema de jurisdicción, caen las argumentaciones de los cargos formulados en la demanda y que por este aspecto la sentencia no puede ser casada, pues, la competencia de la Justicia Laboral para conocer del negocio no admite discusión.

Se considera:

El Procurador General, Delegado en lo Civil, plantea la misma argumentación del a-quo, o sea, que la parte actora afirma en su libelo la existencia de un contrato de trabajo con la Administración Municipal, sin que esta aseveración hubiera sido probada, porque frente a la Administración pública no cabe la presunción del art. 24 del C. S., puesto que tal presunción obra apenas en las relaciones entre personas privadas y no cuando una de ellas es de derecho público, porque en tal evento se invierte la presunción ya que excepcionalmente pueden constituir contrato de trabajo. Estos argumentos fueron rebatidos por el ad-quem, al considerar que lo anterior sería tanto como afirmar que la norma general es, que el contrato de trabajo constituya la excepción, así se configure la prueba de prestación del servicio personal por el trabajador en favor de la entidad que lo recibe y aprovecha, lo que es totalmente errado.

Y agrega: porque los empleados públicos quedan vinculados al Estado mediante un "acto condición", es decir, que desempeñan ciertas funciones en determinado servicio público, mas no todo el que presta un servicio a la Administración Pública lo hace en función directa e inmediata de un servicio público, pues de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, existen casos de excepción. Mas en este precepto, el legislador se refirió en forma expresa únicamente a los empleados públicos sin incluír a los obreros particulares vinculados a la Administración Pública, y teniendo en cuenta la clasificación existente en la legislación con anterioridad al Código y que de conformidad con el artículo 492 de esta obra, sigue vigente para los casos de relación individual de trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales.

La Corte encuentra que, el planteamiento inicial aceptado en la litis por las partes, se hace para sostener la existencia de una relación de servicios prestados por una obrera para el aseo de las plazas públicas, que prestó sus servicios a la Administración Municipal mediante remuneración y en el curso del debate no se ha negado la prestación del servicio, ni la remuneración menos la naturaleza de la prestación que aparece debidamente aprobada por el representante legal del Municipio, sin aceptarse sí, la existencia de una relación contractual de carácter laboral que sin embargo, el ad-quem estimó definida como tal según se vió, con base en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, aplicable de conformidad con el 492 del C. S. del T.

Y no es acertada la argumentación del Personero legal de la Entidad Pública Municipal, por cuanto tanto en las disposiciones pertinentes anteriores al Código, como en la respectiva actual toda relación de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo, norma general que sólo tiene excepción en el precepto en cita (artículo 4º Decreto 3127 de 1945), para las relaciones entre los empleados públicos y la administración pública que no constituyen contrato de trabajo y se rigen por leyes especiales, siempre y cuando no 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 estos en la misma forma, porque estas relaciones sí constituyen contratos de trabajo.

El ad-quem tiene razón cuando observa, que el contenido del precepto anotado, habla sólo de los empleados públicos y no de los obreros, cuando existía vigente de conformidad con la Ley 10ª de 1934 esta clasificación, lo que bien explica el pensamiento del legislador en el sentido de excluír a los obreros y dejar sus relaciones con la administración regidas por contratos de trabajo en la misma forma que las relaciones de carácter particular. Pero es que, además, el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, contempla el caso sub-judice, aún sin tener en cuenta la clasificación de empleados y obreros, dentro del género trabajadores, si se estima que las plazas de mercado, son actividades susceptibles de ser fundadas y manejadas en la misma forma por particulares, y los obreros que desempeñan funciones de aseo, ejecutan actividades iguales en uno y otro caso, amén de que tales funciones en ninguna forma pueden tomarse como actividades de administración pública en su recto sentido.

No puede existir, en consecuencia la interpretación errónea acusada, de los artículos 24 del Código y 4º del Decreto 2127 de 1945, y si no se tr

ta de contrato a término fijo, resulta correcta la aplicación de los demás artículos citados de este mismo Decreto.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Acusa la indebida aplicación de los artículos 51 y 48 (numeral 2º) del Decreto 2127, a consecuencia de error de hecho, consistente en no haber apreciado en su valor probatorio legal correspondiente y de conformidad con lo establecido por los artículos 632 y 649 del C. J., los documentos que obran a los folios 28 y 28 del cuaderno principal.

Efectivamente, continúa, el Tribunal Seccional para condenar al demandado por los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplir el último período presuntivo, partió de la base de que la demandante fue despedida injustamente, porque la mala conducta alegada por la parte demandada no se comprobó, "ya que no es suficiente la transcripción de la nota Nº 20 dirigida por el Administrador General de las Plazas de Mercado al señor Secretario de Hacienda que aparece a los folios 28 y 29 del informativo". Mas olvidó el Tribunal que, según lo dispuesto por el artículo 632 del C. J., hacen plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, como es el caso de las copias de la Resolución número 19 de 1951, que obra al folio 26 del cuaderno principal, dictada por el Secretario de Hacienda de Bogotá, y del Oficio número 20 de 1º de febrero de 1951, dirigido por el Administrador de las Plazas de Mercado, que aparece al folio 28 del mismo cuaderno.

Si no hubiera sido por este error evidente, que llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los artículos 51 y 48 (numeral 2º), del Decreto 2127 de 1945, habría tenido necesariamente que absolver al demandado en cuanto a que probada la mala conducta no existe el derecho a reclamar los salarios del tiempo faltante para el término presuntivo.

Se considera:

El ad-quem, comprobado como encontró el servicio por la obrera, de un contrato verbal sin término de duración, que debía vencerse en su segundo período, el 11 de agosto de 1951, y comprobado, también, que fue despedida el 15 de febrero anterior del mismo año, condenó al pago de dicho faltante, al estimar que la Entidad demandada no comprobó la justa causa para dar por terminado el contrato en forma intempestiva, "ya que no es suficiente la transcripción de la nota Nº 20 dirigida por el Administrador de las Plazas de Mercado al señor Secretario de Hacienda".

Además del documento a que hace referencia el ad-quem, consta de autos, según lo ha constatado la Corporación, la copia de la Resolución número 19 de 6 de febrero de 1951, (folio 26 del primer cuaderno), aludida por la Procuraduría, por la cual "se declaró insubsistente con nota de mala conducta" el nombramiento de Rosa Silva de Camargo, Resolución dictada como consecuencia del informe que contiene el oficio número 20 de 1º de febrero de 1951, dirigido a la Secretaría de hacienda del Municipio de Bogotá, por el Administrador de las Plazas de Mercado.

Es verdad como lo sostiene la Procuraduría, que los documentos aportados a los autos son inobjetables en cuanto al hecho de haberse producido el despido, según los preceptos que cita, y su autenticidad se presume "ab-initio" según expresión de los tratadistas, pero tales documentos que afirman sólo la mala conducta de la obrera no son prueba para demostrar la justa causa del retiro, porque lo que se debió comprobar es que, esa mala conducta sí se produjo, y ella dió como causa el proceder del Administrador de las Plazas. Es decir, que los hechos relatados por el Administrador en su nota y que dieron base a la Resolución de la Secretaría de Hacienda, debieron ser demostrados por la parte que en su favor los alega. Fue acertada la decisión del ad-quem, cuando no aceptó comprobada la "justa causa del despido", y en consecuencia, su decisión habrá de mantenerse: el cargo no prospera.

Tercer cargo.—"También como subsidiario del primero. Acuso la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá por ser violatoria, por aplicación indebida, del artículo 1º del Decreto 3871 de 1949, motivada por un error de hecho manifiesto en los autos, consistente en haber estimado que el valor del aumento correspondiente al término trancurrido entre el 14 de febrero de 1950 hasta el 16 de febrero de 1951, a razón de dos centavos ($ 0.02) diarios daba un total de setenta y tres pesos con cuarenta centavos ($ 73.40), siendo un total de siete pesos con treinta y cuatro centavos ($ 7.34).

"La equivocación del Tribunal fue una equivocación matemática, pues si el aumento se refiere a 367 días, y es de dos centavos por día, da un total de siete pesos con treinta y cuatro centavos, y no de setenta y tres pesos con cuarenta centavos. La equivocación consistió en la colocación de la coma en la cantidad total".

En realidad, como lo afirma el recurrente, el ad-quem aceptó que a partir del 14 de febrero

de 1950 hasta la fecha del despido el 16 de febrero de 1951, correspondía a la obrera, de conformidad con el Decreto Ejecutivo número 3871 de 1949, un doce (12%) por ciento de aumento sobre un jornal diario de $ 3.53, vale decir, que ese aumento debió ser de 0,42 centavos, lo que da un jornal de $ 3,95, y no como se le venía pagando de $ 3,93, luego se le adeudan 0,02 centavos por cada día que siendo un total de 367 días, su valor es de $ 7,34 y no de $ 73,40 como se dijo en la sentencia acusada. El cargo prospera y habrá de producirse la rectificación en el fallo que se dicte.

Recurso de la parte demandante

Persigue a través de tres cargos la infirmación del fallo, para que en su lugar se dicte el que acoja en su integridad las súplicas del libelo inicial.

Primer cargo. Reintegro. — Reanudación del Contrato.

Dice 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 a Rosa Silva de Camargo su auxilio de retiro (folio 43), no lo condenó ni a la reanudación del contrato ni al reintegro, siendo las disposiciones claras, terminantes, en el sentido de sancionar la mora patronal.

Que hubo aplicación indebida de las disposiciones antes citadas, por los mismos efectos de condenación.

Sostiene la interpretación errónea de los mismos textos legales, por cuanto ellos son determinantes 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 salarios prestaciones e indemnizaciones que les adeuden.

Por último, insiste en que hubo error de hecho al dejar de condenar al Municipio a la reanudación del contrato y al reintegro de la Silva de Camargo, porque no apreció o apreció mal los documentos de folios 3, 5, 6, 7, 11, 43, y 45, que indican que la obrera fue despedida y que el Municipio le pagó con mora la indemnización de cesantía, y que ni los aumentos de salario, ni los de preaviso le han sido cubiertos aún.

Se considera:

Sobre idéntico negocio, la Corte en sentencia de esta Sala, de 17 de junio del año en curso, ha dicho lo siguiente que se transcribe para reafirmar sus conceptos:

"Para declarar infundado el cargo basta observar que ninguno de los preceptos que se pretenden violados consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido. En la legislación colombiana tal derecho sólo existe para los trabajadores que 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 193 y 241 del C. S. del T., y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador prestar servicio militar obligatorio (numeral 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 51 del C. S. del T., o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 194 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 194 y 9º del Decreto 2541 del mismo año, como el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 194 habla 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 había decidido 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 de la Ley reglamentada, ya 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 el 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 art. 47 del Decreto 2127 de 1945); el mutuo consentimiento de las partes (numeral d) ibídem); la muerte del trabajador, por tratarse de un contrato intuitu personae (numeral c) ibídem); la imposibilidad

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".

En consecuencia el cargo no prospera.

Tercer cargo.—Preaviso.

Por razones de orden lógico, se estudiará este cargo antes que el segundo.

Para sustentarlo sostiene el recurrente que el sentenciador violó el artículo 50 del Decreto 2127 de 1945 en **forma** directa porque "la facultad de despedir sin desahucio no la tiene el patrono sino consta por escrito", y "en el caso de autos no consta esa facultad en escrito alguno".

Que hubo **interpretación errónea** del precepto, "porque el despido está acreditado suficientemente en los autos, a la vuelta del folio 3º".

Sostiene la **aplicación indebida**, porque la Alcaldía reconoce el despido, porque esta misma supone que no estaba en la obligación de pagar salarios de preaviso, en atención a que la Silva de Camargo fue obrera de mala conducta, condición que se afirma pero no está demostrada en autos, y, porque la obrera "fue despedida de un tajo". Finalmente acusa el **error de hecho** manifiesto, en cuanto a los salarios de preavise, porque "apreció mal los documentos de los folios 3º, 5º, 6º; 7º; 10º, 11º, 26º, 43 y 45 vuelto sobre suspensión; jornal devengado periodos de pago etc."

El recurrente hace algunas consideraciones sobre el alcance del Decreto 797 de 1949, que la Corte estima fuera de lugar en el presente cargo, para concluir qu 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 la trabajadora no puede demandar a la Caja porque su contrato no ha sido con ésta sino con la Entidad Municipal. 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:

El Tribunal Seccional, al referirse a este extremo de la litis, expresa:

"De acuerdo con las normas generales vigentes y aplicables a los trabajadores oficiales, (artículo 50 Decreto 2127 de 1945 y 492 del C. S. del T.), la cláusula de reserva que permite dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo dando aviso con antelación al tiempo en que se regulan los pagos o en su efecto, pagando al trabajador los salarios correspondientes a ese tiempo, deben consignarse por escrito, bien en el contrato de trabajo o en el reglamento interno de la empresa, de lo contrario no opera el preaviso, sino más bien, el cumplimiento del término legal presuntivo de seis meses implícito en todo contrato en que no se haya estipulado término o éste no se deduzca de la naturaleza de la obra tal como lo disponen los artículos 43 y 51 del Decreto 2327 de 1945.

"En el caso de autos no se ha demostrado que entre las partes se hubiere celebrado contrato escrito, ni se ha acreditado la existencia de un reglamento interno de trabajo en que aparezca estipulada la cláusula de reserva, de suerte, que ha de concluirse que estamos en presencia de un contrato verbal donde no cabe el preaviso de que se viene tratando.

"Por otra parte, si bien se ha acreditado cuál fue el valor del salario devengado por la obrera mediante la certificación que obra a folio 5 a 7 de los autos, no se ha establecido cuál era el período que regulaba los pagos del salario, ya que la referida certificación da razón de pagos hechos en períodos variables; lo que no permite establecer cuál podría ser el valor del preaviso correspondiente en el caso de haberse causado, ya que no basta la afirmación de la parte actora hecha al respecto. Por esta razón no puede prosperar el pedimento de que se trata y debe negarse lo solicitado".

Como puede observarse, el razonamiento del sentenciador, parte de la base de que de autos no se ha demostrado que entre las partes se hubiera celebrado contrato escrito, ni se ha acreditado que en alguna forma se hubiera estipulado la cláusula de reserva. Que tampoco se ha establecido cuál fuera el período que regulara los pagos de salarios, todas, cuestiones esencialmente de hecho que dentro de lo perseguido llevan a la

Corte a desechar las impugnaciones al artículo 50 del Decreto 2127 de 1945, por las diversas vías que señala el ataque; y en cuanto al error de hecho tampoco puede estudiarse porque se limita la acusación a enumerar pruebas que no fueron las tenidas en cuenta por el Tribunal para tomar su decisión. 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 Rosa Silva de Camargo 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 01078, de 26 de julio de 1954 (folio 45) da cuenta de que no se le han pagado los jornales de preaviso. Obsérvese también que en ninguna parte de los autos consta que a Rosa Silva de Camargo le haya pagado el Municipio el aumento de jornal. 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 Rosa Silva de Camargo.

"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 todos los salarios caídos a Rosa Silva de Camargo. 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 Rosa Silva de Camargo. 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 adeudan .Consta de autos que hasta la fecha los salarios de aumentos y los de preaviso de Rosa Silva de Camargo están insolutos. Por consiguiente, con la misma lógica del H .Tribunal Seccional, se deben liquidar los salarios caídos de Rosa Silva de Camargo 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 debitoria con Rosa Silva de Camargo.

"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 Rosa Silva de Camargo la indemnización de cesantía mucho más allá de los noventa (90) días subsiguientes al despido de Silva de Camargo: Rosa Silva de Camargo fue despedida el 6 de febrero de 1951, y la cesantía no le fue cubierta sino el 24 de octubre de 1951".

Se estudia:

La presentación del cargo es defectuosa, porque, como tantas veces lo ha repetido esta Sala de Casación, "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".

El Tribunal en su fallo al decidir este extremo, ha dicho lo siguiente:

"Se observa que en el pedimento el demandante solicita el pago de salarios caídos desde la fecha del despido hasta el momento en que la trabajadora sea reintegrada a su antiguo cargo; como atrás hemos dejado establecido, la pretendida acción de reintegro de existir no prosperaría respec

to de los obreros, así que no es posible acceder al pedimento en la forma propuesta.

"Pero además para efecto de poder dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que deduce a cargo del patrono una indemnización que se produce a favor del trabajador, en el caso de que aquél no ponga a disposición del último, a la terminación del contrato, el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, se requiere de acuerdo con jurisprudencia permanente del H. Tribunal Supremo del Trabajo que aparezca ostensible la mala fe del patrono; basta citar al respecto lo dicho por el referido Tribunal en sentencia de 4 de marzo de 1948, de que fue ponente el Magistrado Cástor Jaramillo Arrubla:

"El precepto contenido en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, tiene un claro carácter de sanción para el patrono renuente a pagar las prestaciones que le deba al trabajador. Pero es claro que debe entenderse que haya un derecho cierto indiscutible, a las prestaciones e indemnizaciones, porque de lo contrario se podría incurrir en notoria injusticia. Por lo tanto la disposición en referencia no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho, pues cuando así ocurra corresponde a la Jurisdicción Especial del Trabajo decidir esa controversia, y sólo cuando haya fallo definitivo que declare la existencia del derecho puede decirse que surge la duda correspondiente.

"De consiguiente, el citado artículo 52, sólo puede aplicarse en aquellos casos que no presenten dudas, mas no en los que se controvierta la existencia de la obligación por haber incertidumbre de buena fe del patrono acerca de ella.

"Este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrono niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta aparece clara al respecto".

"En el caso de autos no aparece comprobado que haya existido por parte de la entidad demandada mala fe, lo cual se evidencia si se toma en cuenta la discutida interpretación que hasta hoy se había venido dando al Decreto 2127 de 1945, y que este Tribunal ha modificado a partir del fallo producido en el juicio ordinario seguido por José del Carmen Bernal contra el Municipio de Bogotá en fecha 26 de enero de 1955. Por esta razón el Tribunal niega lo solicitado por la parte demandante en el pedimento de la referencia".

La Corte, de acuerdo con lo anterior encuentra, que el recurrente simplemente sostiene, el no pago oportuno de los aumentos de jornal y de los salarios de preaviso (de esto último, que como se vió al decidir el tercer cargo, carece de derecho la obrera), sin atacar el soporte que sirvió al Tribunal para su decisión, que fue no encontrar comprobada la mala fe del Municipio.

Porque dos aspectos son los fundamentales para negar los 'salarios caídos' en la decisión recurrida.

En el primero, sostiene el fallo, que la pretendida acción de reintegro de existir no prosperaría respecto de los obreros; y esta afirmación debió combatirla el recurrente con argumentos capaces de convencer que tal acción no es como lo sostiene la providencia, exclusivamente para los casos de determinados empleados públicos al tenor del parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949.

El otro aspecto, que consiste en que para el Tribunal no se comprobó la mala fe del Municipio tampoco aparece impugnado en el cargo. Porque el fallo sostiene que el concepto de sanción que el precepto consagra, es incompatible con la noción de buena fe, y en su razonamiento el recurrente no dice por qué considera que hubo mala fe de la Entidad en el no pago de salarios y prestaciones. Además, el documento que cita (folio 45, como no apreciado sólo informa que el Municipio cumplió con el ordenamiento de los Decretos sobre reajuste de salarios y sobre la existencia de comprobantes respecto del pago de preaviso, todo lo cual en nada destruye lo que el fallo afirma.

Estas breves consideraciones, hacen que el cargo sea inestimable.

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 2º, condena al Municipio de Bogotá a pagar a Rosa Silva de Camargo, la cantidad de setenta y tres pesos con cuarenta centavos ($ 73.40), y en su lugar, reformándolo, condena a la misma Entidad a pagar a la demandante Rosa Silva de Camargo, la suma de siete pesos con treinta y cuatro centavos ($ 7.34) M|cte. por concepto del aumento de salarios ordenado por el Decreto Nº 3871 de 1949.

No la casa en lo demás.

Costas a cargo de la demandante recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la

GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Miguel Antonio Cornejo. — Enrique Arámbula Durán. — Juan Benavides Patrón, con salvamento de voto. — Sergio Antonio Ruano. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JUAN BENAVIDES PATRON

La salvedad anunciada al suscribir la sentencia anterior obedece a que mantengo, respecto del artículo 4º del Decreto 2127 de 1946 el criterio expuesto en el salvamento de voto de 23 de abril de 1957, publicado en los números 2181 y 2182 de la Gaceta Judicial a páginas 239 a 242; y respecto del decreto 797 de 1949, el que he desarrollado en los salvamentos de 17 de junio de 1957 y 13 y 23 de septiembre de este mismo año, en los juicios de Abraham Muñoz Parra, de José Gregorio Martínez, de Manuel García y de Carlos Julio Ramírez contra el Municipio de Bogotá.

Bogotá, 16 de diciembre de 1957.

Juan Benavides Patrón. — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS, ORIGINADA EN LA OPOSICION A UNA PROPUESTA DE CONTRATO. EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO. — LA PROPIEDAD PARTICULAR DE LOS BIENES LLAMADOS DE TEMPORALIDADES SOLO SE PRUEBA CON LA ESCRITURA PUBLICA DE TRASPASO DE LA PROPIEDAD QUE LAS AUTORIDADES COMPETENTES DE LA COLONIA OTORGABAN A LOS ADJUDICATARIOS DE LOS REMATES QUE HABIAN CUMPLIDO TODAS LAS OBLIGACIONES PREVISTAS EN LOS MISMOS. — DETERMINACION DE LOS TERRENOS. PRUEBA DE LA PERSONERIA DEL DEMANDANTE EN ESTA CLASE DE ACCIONES.

1.—La acción establecida en el artículo 34 del C. de Petróleos, se ha consagrado solamente a favor de quienes por no haber hecho oposición oportuna a una propuesta de contrato admitida por el Gobierno para la exploración y explotación de determinados terrenos petrolíferos quieran demandar a la Nación a fin de evitar que ésta contrate sobre el petróleo que, a pesar de hallarse en terrenos cobijados por la propuesta, se reputen por el demandante como de su propiedad particular. Lo que significa que quienes se pretendan propietarios de terrenos petrolíferos que no hayan sido objeto de contrato o de propuesta de contrato de exploración y explotación por parte del Gobierno, no pueden ampararse en la norma citada con el fin de obtener una declaración judicial contra la Nación, sobre propiedad privada del petróleo. Esto es natural porque mientras el Gobierno no haya hecho manifestación alguna de que considera como de propiedad nacional determinados terrenos petrolíferos —manifestación que puede expresarse por medio de un contrato de exploración, o por la aceptación de una propuesta para contratar esos terrenos, los propietarios particulares no tienen porqué sentirse perturbados en sus derechos, ni podrían afirmar que aquellos que les reconoce el artículo 5º del Código de Petróleos no le han sido reconocidos o respetados, como lo establece la Constitución Nacional. En apoyo de esta interpretación acude lo dispuesto en los artículos 35 y 36 ibidem que consagran, a favor de toda persona natural o jurídica, el derecho de explorar y explotar cualquier petróleo que se repute como de propiedad privada, con el solo requisito de que se avise al Ministerio y ante éste se presenten las pruebas requeridas por los numerales a), b) y c) del artículo últimamente mencionado. Una situación diferente se presentaría cuando el Ministerio respectivo, con vista en las pruebas de que acaba de hablarse, estimara que es de propiedad del Estado el petróleo de que se trate, evento en el cual se enviaría la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia y se iniciaría el juicio de que tratan las disposiciones mencionadas.

2.—Sobre el particular dijo la Sala en sentencia de marzo 31 de 1955 (G. J. 2151, pág. 1055):

"Cuando la demanda ordinaria sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos se origina en la oposición a una propuesta de contrato, hay lugar a declarar demostrada la excepción de petición antes de tiempo respecto de las declaraciones que se invoquen en relación con el subsuelo petrolífero de terrenos que no queden comprendidos dentro de la zona a que se refiere la propuesta; porque el objeto de la litis en el evento dicho no puede ser otro que el de definir lo relativo al dominio petrolífero de los terrenos mencionados en la demanda, en cuanto resulten comprendidos dentro de la zona de la propuesta, y no cuestiones relativas a la propiedad del suelo".

3.—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 solo un antecedente previo de 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. Como el 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. Solamente cumplidas tales formalidades podía solicitarse que se procediera al otorgamiento de la escritura. 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.

4.—La Corte ha dicho que "la determinación de los terrenos sobre los cuales se alega la propiedad privada del petróleo 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, corresponden 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".

5.—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 que señala el período de la prescripción extraordinaria, constituye requisito indispensable para acreditar el interés jurídico del demandante en estas acciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, nueve (9) de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Bienahora)

En demanda de fecha 18 de octubre de 1956 el señor Benjamín Rocha Gómez, por intermedio de apoderado, solicita que se hagan las declaraciones principales y subsidiarias que se copian a continuación:

"**Primera principal.** Que es propiedad particular de mi mandante Benjamín Rocha Gómez, de acuerdo con los títulos de propiedad que presento, el petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse en el globo de terreno denominado Hacienda de "El Aceituno", ubicado en los Municipios de Ibagué y Coello del Departamento del Tolima, compuesto por los lotes de terreno denominados "El Aceituno" propiamente dicho, y "La Laja", tal como aparecen alinderados en los hechos 31 y 34 respectivamente de esta demanda, y que en conjunto forman la actual hacienda de "El Aceituno", alinderada así: "Desde la boca de la quebrada llamada El Arrayanal (13), en la quebrada de 'Doima', quebrada de El Arrayanal arriba, buscando el frente del cerro nombrado Bermejo (12), y de aquí mirando en línea recta a la boca de la quebrada llamado Perico o Perina (9), que entra en la quebrada de Aguacari (8); ésta arriba hasta encontrar el paso del camino que atraviesa el potrero de El Boquerón (19), que es el mismo que hoy conduce a Doima, del Alto de Gualanday; y de aquí se sigue la quebrada de Aguacari arriba hasta llegar al frente de El Boquerón llamado de En Medio (20), volviendo la cerca de piedra que encierra el mismo potrero de El Boquerón, hacia la izquierda, hasta el punto donde se halla una piedra marcada con estas cifras: C. L.; de aquí, tomando la cordillera hasta donde hace ángulo, y mirando frente (18) del cerro donde hay una piedra herrada con las mismas letras (21); de esta piedra tomando a la izquierda la cordillera del cerro para abajo hasta llegar al lindero que divide el potrero llamado de Los Caballos; de este punto tomando la misma cordillera hacia la izquierda, hasta donde cruza a la derecha, toda la cordillera abajo hasta donde se fenece esta línea y estrecha la quebrada de Aguacari entre los cerros de La Laja y Santana

(22) tomando la cima de éste y siguiendo todo el filo hasta encontrarse con el primer picacho de Las Tetas de Doima (7); de aquí mirando a escuadra al filo denominado La Balsa (23); este filo abajo hasta encontrar con el último picacho (24), en el cual se toma el origen de una quebrada pequeña nombrada La Coloradita (11); ésta abajo hasta su embocadura en el Río de Doima (10); de este punto y río arriba hasta dar en la embocadura de una quebrada llamada El Arrayanal (13), primer lindero citado". (Ver plano Nº 5).

"**Segunda principal.**—Que es de propiedad particular de mi mandante Benjamín Rocha Gómez 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 en poder o puedan encontrarse en el globo de terreno denominado hacienda de 'El Aceituno', ubicado en jurisdicción de los Municipios de Ibagué y Coello del Departamento del Tolima, tal como aparece alinderado en la petición Primera Principal de esta demanda y compuesto por los lotes de terreno denominados 'El Aceituno' propiamente dicho, y 'La Laja', tal como aparecen alinderados en los hechos 31 y 34 respectivamente, de la presente demanda.

"**Tercera principal.** — Que en consecuencia, el Gobierno Nacional no puede aceptar propuesta alguna de contrato o contratar la exploración y explotación del petróleo y sus derivados, que se encuentren o puedan encontrarse dentro de los terrenos antes alinderados; y que por tanto el Gobierno Nacional debe excluir de la propuesta número 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 el subsuelo de la Hacienda de 'El Aceituno', atrás alinderada y compuesta por los lotes de 'El Aceituno' propiamente dicho y 'La Laja' alinderados en los hechos 31 y 34 respectivamente, de la presente demanda.

En subsidio y para el caso de que las anteriores declaraciones no llegaren a prosperar solicito se declare:

"**Primera subsidiaria.**—Que es propiedad particular de mi mandante Benjamín Rocha Gómez, de acuerdo con los títulos de propiedad que presento, el petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse, en un globo de terreno, denominado 'La Doima' y la 'Colorada' ubicado en los Municipios de Ibagué y Coello del Departamento del Tolima, que hace parte en menor extensión, del globo de terreno denominado hacienda 'El Aceituno', ubicada en jurisdicción de los mismos Municipios y anteriormente alinderada: dicho globo parcial denominado 'La Doima' y 'La Colorada', se encuentra cubierto totalmente por la propuesta número 510, y sus linderos especiales son: "Se toma como punto de partida la Estación Geodésica de Doima que es vértice de la triangulación Bogotá-Cartago, distinguido con el número 114 y cuyas coordenadas son:

Latitud Norte 4º 21' 08" 24.

Longitud al W. de Greenwich 74º 58' 20" 45.

Altitud s. n. m. 1.089 metros.

Desde este punto se sigue con rumbo Norte veintiseis grados Oeste (26º 00' 00" W.) por una distancia de dos mil setecientos cincuenta metros (2.750 metros), hasta encontrar la quebrada de La Doima; por esta quebrada aguas abajo hasta su confluencia con la quebrada de La Coloradita (10); por esta quebrada aguas arriba hasta su nacimiento cerca del último picacho de las Tetas de Doima (contando de sur a norte) en el sitio llamado El Volcán (11); de este punto se sigue con rumbo Este un grado, veintiocho minutos Sur (E. 1º 28' 00" S.) por una distancia de mil seiscientos veinticinco metros (1.625 metros), hasta encontrar el mojón número 24 en la cuchilla de La Balsa; de este punto por dicha cuchilla abajo con rumbo Sur diecinueve grados veinticinco minutos Oeste (19º 25' 00" W.) por una distancia de tres mil trescientos metros (3.300 metros); de este punto, con rumbo Norte cincuenta y cinco grados, veintinueve minutos, cuarenta y nueve segundos, ochenta y cinco Oeste (N. 55º 29' 49" 85 W.) por una distancia de mil quinientos cincuenta y dos metros (1.552 metros) hasta volver al vértice 'Doima' tomado como punto de partida". (Ver plano número 5).

"**Segunda subsidiaria.**—Que es propiedad de mi mandante Benjamín Rocha Gómez 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 el globo de terreno denominado 'La Doima' y 'La Colorada' ubicado en jurisdicción de los Mu-

nicipios de Ibagué y Coello del Departamento del Tolima que hace parte en menor extensión, del globo de terreno denominado hacienda de 'El Aceituno' ubicada en jurisdicción de los mismos Municipios y alinderado en la **Petición primera principal** de la presente demanda: dicho globo parcial denominado 'La Doima' y 'La Colorada', se encuentra alinderado en la petición **Primera subsidiaria** de la presente demanda.

"Tercera subsidiaria.—Que en consecuencia el Gobierno Nacional no puede aceptar propuesta alguna de contrato o contratar la exploración o explotación del petróleo y sus derivados, que se encuentren o puedan encontrarse dentro del terreno atrás alinderado, y por tanto el Gobierno Nacional debe excluir de la propuesta número 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 del globo de terreno denominado 'La Doima' y 'La Colorada', cuyos linderos parciales dimos anteriormente y que hace parte en menor extensión de la hacienda de 'El Aceituno'.

En 47 hechos funda el actor las peticiones anteriores.

Según ellos el globo de terreno conocido hoy con el nombre de hacienda de "El Aceituno" está integrado por dos lotes denominados uno "El Aceituno" propiamente dicho y otro "Laja", que forman hoy un solo cuerpo, y que se hallan ubicados en el Municipio de Ibagué y en el de Coello, en el Departamento del Tolima.

En síntesis afirma el actor:

a) Que es propietario del subsuelo del terreno anteriormente nombrado y descrito por haberle sido adjudicado en la sucesión de su padre Benjamín Rocha Caicedo según consta en la respectiva hijuela protocolizada por escritura pública número 1.930 de 6 de diciembre de 1926, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, registrada legalmente;

b) Que según se desprende de la cadena ininterrumpida de títulos que acompaña a la demanda, los referidos terrenos formaban parte de la que antiguamente integraban la Gran Hacienda de "Doima" de propiedad de los Regulares de la Compañía de Jesús, la que al serles expropiada a estos conforme al real decreto de 27 de febrero de 1767, expedido por el Rey de España don Carlos III (hecho 14), fue dividida en 14 hatos menores entre los cuales se encontraban el llamado "Hato del Aceituno" (hecho 15) y el denominado "Hato de Buenavista de la Vega (hecho 28).

c) Que los lotes que integran la hacienda conocida hoy con el nombre de "El Aceituno" llamados El Aceituno propiamente dicho y "La Laja" formaban parte el primero del llamado "Hato del Aceituno" y **EL SEGUNDO** del llamado "Hato de Buenavista de la Vega".

d) Que los dos Hatos últimamente mencionados salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 así: el denominado "Hato del Aceituno" conforme al contrato que consta en escritura pública sin número, de fecha 16 de febrero de 1785, conforme al cual la Junta Provincial de Temporalidades, representada por don Estanislao Joaquín de Andino, en nombre de la Corona Española, traspasó dicho Hato a Juan Ignacio Calindo; y el llamado "Hato de Buenavista de la Vega" por haberse adjudicado a don José Antonio Olaya en el remate celebrado ante la Junta Provincial de Temporalidades de Santa Fe el día 20 de septiembre de 1806.

e) Afirma igualmente el actor que los terrenos mencionados salieron también del patrimonio del Estado por haberlos adquirido por justa prescripción, ya que han sido objeto de intensa explotación desde tiempo inmemorial.

f) Que por medio de la Resolución número 585 de septiembre de 1950, proferida por el Ministerio de Minas y Petróleos, cuyo extracto se publicó en el Diario Oficial número 27.486 de 29 de diciembre de 1950, dicho Ministerio aceptó la propuesta número 510, presentada por el señor Carlos Gámez Macías para la exploración y explotación de un lote de terreno ubicado en los Municipios de Ibagué, Alvarado, Piedras y Coello, en el Departamento del Tolima, y en los de Girardot, Nariño, Cataquí y posiblemente Jerusalén, en el Departamento de Cundinamarca.

g) Que la propuesta número 510 que acaba de mencionarse fue luego traspasada a la Compañía de Petróleos El Vichada S. A. por Resolución número 10 de abril de 1951 (Diario Oficial 27.656), y más tarde a la International Petroleum (Colombia) Limited por Resolución número 139 bis de febrero de 1953 (Diario Oficial 28.199).

h) Que de acuerdo con los linderos de los terrenos comprendidos dentro de la propuesta número 510 mencionada y los que corresponden a la Hacienda "El Aceituno", de propiedad del actor, el lote objeto de la propuesta se superpone en parte (subraya la Sala) sobre la finca de El Aceituno.

i) Que la demanda se presenta dentro del término legal que para hacerlo otorga el artículo 34 del Código de Petróleos.

En derecho fundó el actor su demanda en las disposiciones de los artículos 5º y 34 del Decreto 1056 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, 1863 y 1886.

De la demanda se dio traslado al señor Procurador General de la Nación quien, por intermedio de su Delegado en lo Civil, se opuso a ella negando el derecho invocado y manifestando atenerse a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda o que se produjeran con posterioridad.

Pruebas

Un gran número de documentos encaminados todos a demostrar los hechos relatados presentó el actor junto con su demanda. Para acreditar que el Hato del Aceituno y el de "Buenavista de la Vega" salieron del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873 se presentó: a) En copia auténtica expedida por el Archivo Histórico Nacional un legajo de documentos denominado "Testimonio de los autos de la Hacienda de Doyma" que contiene, muy pormenorizados, todos los antecedentes de la partición de que fue objeto esta gran Hacienda expropiada a la Compañía de Jesús, así como también los avalúos y mensuras de los diversos lotes en que fue dividida, entre los cuales se hallan los anteriormente nombrados (fls. 13 a 64, cuaderno número 1).

b) En copia auténtica expedida por el Archivero Histórico Nacional, la escritura sin número de fecha 16 de febrero de 1785 y que contiene las diligencias del remate de que fue objeto el Hato del Aceituno y el contrato posterior de venta del mismo Hato a favor de don Juan Ignacio Galindo que adelante se transcribirá (fls. 65 a 80, cuaderno número 1).

c) En copia auténtica expedida por el Archivo Histórico Nacional la escritura de 3 de febrero de 1807, otorgada en Santa Fe conforme a la cual José Antonio Olaya aseguró a la Junta de Temporalidades el pago de la cantidad de $ 8.000.00 por razón del remate que de la Hacienda "Buenavista de la Vega" se había hecho a su favor (fls. 213 a 216).

d) Copia auténtica, expedida en la misma forma que la anterior, de la escritura de 22 de diciembre de 1808, por la cual José Antonio Olaya transfiere a José Cornelio Lozano la hacienda "Buenavista de la Vega" (fls. 217 a 224, cuaderno 1). Aparece de esta escritura el permiso que para vender solicitó Olaya del Virrey y el asentimiento dado por éste para la realización de tal acto.

Presentó igualmente el demandante una larga serie de instrumentos públicos relacionados con la tradición de los terrenos objeto del litigio, inclusive el marcado con el número 1.930 de 6 de diciembre de 1926, extendido ante el Notario 3º de Bogotá y que contiene la adjudicación que de las mismas tierras se le hizo en la sucesión de su padre don Benjamín Rocha C. y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acredita la vigencia del título últimamente mencionado.

Para la localización, determinación e identificación de las tierras se trajeron al juicio los siguientes planos: uno que muestra los terrenos que comprende la propuesta número 510 hecha al Gobierno Nacional por Carlos Gómez Macías (fls. 155); otro marcado con los números 1 y 2, elaborado por el Instituto Geográfico Militar y Catastral en donde se señalan los terrenos comprendidos por las antiguas haciendas denominadas "Hato del Aceituno" y "Hato de Buenavista de la Vega" (fls. 1) y otro marcado con el número 5 elaborado por el mismo Instituto que señala la actual Hacienda del Aceituno, los terrenos del lote denominado "La Loja" y los relacionados en las peticiones subsidiarias llamados "La Doima" y "La Colorada" (fls. 2).

Con este mismo objeto y por comisión de la Sala, se llevó a cabo por el Tribunal Superior de Ibagué una inspección ocular sobre todos los terrenos mencionados y se produjo un dictamen pericial.

Concepto de la Procuraduría General de la Nación

Hace el señor Procurador Delegado en lo Civil un amplio estudio de los elementos axiológicos de la acción propuesta. Después de referirse a la inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Ibagué y al dictamen de los expertos, se expresa así:

"No se puede pues, remitir a duda, que los terrenos a que alude el juicio y que se hallan descritos en la demanda, detallados en el memorial de pruebas, y determinados en los documentos que como títulos originarios del Estado se han allegado al proceso, se identificaron sobre el terreno juntamente con los límites de la propuesta de contrato a que alude la concesión distinguida con el número 510, la que no se superpone sino en relación con los lotes denominados 'La Doima'

y 'La Colorada', y que hacen parte del globo general llamado 'Hato del Aceituno', lotes que inciden en las pretensiones de dominio a que alude la primera petición subsidiaria de la demanda.

"El dictamen de los peritos..... corrobora la exactitud de la identificación.....".

Con relación a la validez de los títulos que con la calidad de originarios o emanados del Estado se han presentado por el actor dice lo siguiente:

"En cuanto a la validez del título relacionado con el 'Hato del Aceituno' en el cual se halla comprendido el potrero 'El Aceituno' que engloba en mayor extensión los lotes denominados 'La Doima' y 'La Colorada', nada tiene que objetar la Procuraduría de conformidad con los documentos allegados al proceso. Instrumentos idénticos, fueron aportados al juicio de la señora Manuela Rocha de Fonnegra contra la Nación, los que fueron objeto de minucioso y detenido examen por parte de esa Honorable Corte y con ponencia del ilustrado Magistrado doctor Buenahora, en la sentencia que le puso fin a aquel proceso, que lleva fecha cinco (5) de julio del corriente año.

"Corrobora, pues, en este negocio la Procuraduría su concepto ya emitido en el juicio aludido, de que no se puede remitir a duda que 'El Hato del Aceituno', y en consecuencia, los potreros en él comprendidos y a que se refiere concretamente este negocio, salieron del patrimonio del Estado, con anterioridad a la expedición del Código Fiscal de 1873.

"Por lo que respecta a la propiedad del 'Aceituno', que comprende en mayor extensión los lotes de 'La Doima' y 'La Colorada', y en cabeza de su actual dueño, doctor Benjamín Rocha Gómez, nada tiene que objetar el suscrito, pues la cadena de títulos complementada por el certificado de registro en un período mayor de treinta años, cumple con las exigencias requeridas por la ley para la plena demostración de tan fundamental circunstancia".

No es de la misma opinión respecto a la validez del título aportado para demostrar que el Hato "Buenavista de la Vega" salió del patrimonio del Estado antes de 1873, es decir, con relación el remate verificado por la Junta de Temporalidades a favor de José Antonio Olaya y a la venta posterior de éste a José Cornelio Lozano.

Se expresa así sobre este particular:

"En el título aportado al juicio para demostrar que el 'Hato de Buenavista de la Vega' salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, se relacionan en síntesis, los siguientes actos:

a) Certificación del Abogado de la Real Audiencia de que en septiembre de 1806, se remató a favor de José Antonio Olaya la hacienda de 'Buenavista de la Vega', por $ 10.300.00 para satisfacer de contado $ 2.100.00 y el resto ser garantizado con fianza; b) La escritura de fianza, verificada en tres de febrero de 1807 para garantizar el resto del precio del remate; c) Inventario y formal entrega del 'Hato de Buenavista de la Vega'; d) Escritura de traspaso de la hacienda de 'Buenavista' a favor de José Cornelio Lozano, con la obligación de que éste se subrogase por el principal de cinco mil pesos que se restan del remate y sus réditos; e) Poder otorgado por Lozano a uno de los Procuradores de la Real Audiencia para que representando su propia persona, derechos y acciones, se subrogue en los ocho mil pesos que se deben sobre la Hacienda de 'Buenavista de la Vega' a favor de las Temporalidades; f) Redención de parte de la deuda y obligación de recurrir al Superior Gobierno para el otorgamiento de la escritura de reconocimiento por el restante de cinco mil pesos; y g) Reconocimiento por parte del Virrey de la venta hecha por Olaya a Lozano y facultad para que se proceda al otorgamiento de la escritura de reconocimiento del principal o capital debido a favor del Ramo de Temporalidades.

"Pero en este último título el comprador subrogado, José Cornelio Lozano, por intermedio de su apoderado, hipotecó a más de dos haciendas contiguas, la de 'Buenavista de la Vega', a favor del Ramo, obligándose a que durante este reconocimiento 'no las hipotecará, dividirá, ni en modalguna enajenará —subraya la Procuraduría—, hasta no quedar íntegramente solvente con el Ramo de Temporalidades por el principal de los cinco mil pesos y sus réditos, y lo contrario haciendo sea nulo, ni en tercero adquiera derecho, como asimismo el que a los plazos cumplidos de su cuenta, costo y riesgo y sin la menor demora pondrá en la contaduría del ramo los réditos que se venciesen..." (pág. 229, cuaderno número 19).

"Luego, si de las certificaciones y títulos relacionados pudiera deducirse que el 'Hato de Buenavista de la Vega', salió en principio del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873, es no menos evidente, que la falta de la prueba de la cancelación total del principal de cinco mil pesos que se quedó debiendo al Ramo de Temporalidades por razón del remate, hace que el título se incompleto y no demuestre en forma firme y perpetua la salida del bien de poder del Estado, y que la escritura de reconocimiento en la que s

constituyó hipoteca a favor del ramo de la citada hacienda, hace nula cualquier transferencia posterior sin la constancia de la cancelación total del precio del remate en las Oficinas de la Contaduría del Ramo.

"Por tanto, en concepto de la Procuraduría, los documentos allegados al proceso tendientes a demostrar título emanado del Estado con relación al 'Hato de Buenavista de la Vega', no cumplen con todos los requisitos exigidos por la Corona española para dar plena validez al acto que implicaba el desprendimiento del bien a favor de particulares en forma firme, perpetua y segura.

"Por otra parte, y como se deduce de la inspección ocular y dictamen pericial verificado y producido en el término de prueba del juicio, la superposición de la propuesta de contrato número 510, no comprende, ni en todo ni en parte el 'Hato de Buenavista de la Vega', que en consecuencia, nada tiene que ver con la correspondiente tramitación.

"Consiguientemente, la declaración de dominio no puede abarcar tal predio, pues el juicio ordinario previsto en el artículo 34 del Código de Petróleos, no es otra cosa, que la oposición que el presunto dueño de terrenos petrolíferos hace ante la justicia ordinaria a una propuesta de contrato que presupone como elementos previos los términos precisos de la respectiva concesión y los antecedentes del trámite administrativo. Por eso, entre los elementos axiológicos de la acción de petróleos, se encuentra la superposición de la propuesta o concesión en los terrenos materia de la litis.

CONCLUSION

"De conformidad con los motivos que me he permitido exponer en este alegato, solicito muy comedidamente de la Honorable Corte Suprema, que se acceda a las pretensiones del Actor, pero solamente en relación con la petición **Primera subsidiaria** de su demanda, que se refiere a la declaratoria de dominio a favor del doctor Benjamín Rocha Gómez de los terrenos denominados 'La Doima' y 'La Colorada' que hacen parte en menor extensión, del globo de terreno denominado 'Hacienda de El Aceituno' y de conformidad con sus respectivos linderos, ya que con respecto a estos globos se ha demostrado que salieron del patrimonio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1873; que son de propiedad del demandante, con título suficiente, según la Ley; que la propuesta de contrato 510 se superpone totalmente sobre ellos, y que la acción ha sido intentada dentro del plazo a que alude el Código de Petróleos".

Consideraciones de la Sala

Antes de entrar al fondo de la cuestión subjudice quiere la Sala recordar que, como lo tiene aceptado la jurisprudencia, la acción consagrada en el artículo 34 del C. de Petróleos, invocado por el demandante en este juicio, se ha consagrado solamente a favor de quienes por no haber hecho oposición oportuna a una propuesta de contrato admitida por el Gobierno para la exploración y explotación de determinados terrenos petrolíferos, quieran demandar a la Nación a fin de evitar que ésta contrate sobre el petróleo que, a pesar de hallarse en terrenos cobijados por la propuesta, se reputen por el demandante como de su propiedad particular. Lo que significa que quienes se pretendan propietarios de terrenos petrolíferos que no hayan sido objeto de contrato o de propuesta de contrato de exploración y explotación por parte del Gobierno, no pueden ampararse en la norma citada con el fin de obtener una declaración judicial contra la Nación, sobre propiedad privada del petróleo. Esto es natural porque mientras el Gobierno no haya hecho manifestación alguna de que considera como de propiedad nacional determinados terrenos petrolíferos —manifestación que puede expresarse por medio de un contrato de exploración, o por la aceptación de una propuesta para contratar esos terrenos—, los propietarios particulares no tienen porqué sentirse perturbados en sus derechos, ni podrían afirmar que aquellos que les reconoce el artículo 5º del Código de Petróleos no le han sido reconocidos o respetados, como lo establece la Constitución Nacional. En apoyo de esta interpretación acude lo dispuesto en los artículos 35 y 36 ibidem que consagran a favor de toda persona natural o jurídica el derecho de explorar y explotar cualquier petróleo que se repute como de propiedad privada, con el solo requisito de que se avise al Ministerio y ante éste se presenten las pruebas requeridas por los numerales a), b) y c) del artículo últimamente mencionado. Una situación diferente se presentaría cuando el Ministerio respectivo, con vista en las pruebas de que acaba de hablarse, estima que es de propiedad del Estado el petróleo de que se trate evento en el cual se enviaría la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia y se

iniciaría el juicio de que tratan las disposiciones mencionadas.

Sobre el particular dijo la Sala en sentencia de marzo 31 de 1955 (G. J. 2150 pág. 1055):

"Cuando la demanda ordinaria sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos se origina en la oposición a una propuesta de contrato, hay lugar a declarar demostrada la excepción de petición antes de tiempo respecto de las declaraciones que se invoquen en relación con el subsuelo petrolífero de terrenos que no queden comprendidos dentro de la zona a que se refiere la propuesta; porque el objeto de la litis en el evento dicho no puede ser otro que el de definir lo relativo al dominio petrolífero de los terrenos mencionados en la demanda, en cuanto resulten comprendidos dentro de la zona de la propuesta, y no cuestiones relativas a la propiedad del suelo".

Se observa en el caso de autos: 1º Que el propio demandante confiesa en el hecho número 44 de su demanda que la propuesta número 510 solamente se superpone en parte sobre la finca de El Aceituno; 2º Que este hecho fue corroborado por el H. Tribunal Superior que llevó a cabo la diligencia de inspección ocular, según puede leerse en la conclusión marcada con la letra e), que dice: 'Partiendo de la estación geodésica de Doima, que es vértice de la triangulación Bogotá-Cartago del Instituto Geográfico Militar y Catastral, distinguido con el número 114, y que se encuentra colocado en el pico más alto de la Teta de Doima, cerros estos que se hallan dentro de los linderos generales de la hacienda El Aceituno, se sigue en línea recta en dirección al puente del ferrocarril Ambalema-Ibagué sobre la quebrada de las seis palmas que es el punto identificado como mojón B. de la propuesta, en el punto en que dicha línea corta la quebrada de Doima —donde se colocó una bandera para localizarlo— se toma por la quebrada de La Doima, aguas abajo, hasta encontrar la boca de la quebrada La Coloradita (punto 10 del plano): de este punto por la quebrada de La Coloradita arriba hasta su nacimiento en el sitio llamado El Volcán (punto 11 del plano): de este punto siguiendo los linderos de la hacienda de El Aceituno hasta encontrar el que en la cuchilla de La Balsa se halla anotado en el plano con el número 24; por dicha cuchilla de La Balsa abajo atravesando la quebrada de La Colorada y tomando los cerros de Vallecito, continuación de los de La Balsa, hasta el punto en donde la línea trazada entre la estación geodésica de Doima y la boca del río Coello en el Magdalena cortan a dicha cuchilla, lindero de la hacienda de El Aceituno, lugar en donde se colocó otra bandera para determinarlo; y de aquí siguiendo la línea que une los puntos mencionados —la boca del río Coello en el Magdalena con la estación geodésica de Doima—, a llegar en línea recta a esta estación, en el cerro más alto de Las Tetas de Doima, punto de partida".

"La hacienda El Aceituno tal como se encuentra alinderado en la petición primera principal de la demanda.....' se encuentra parcialmente comprendida en la alinderación general de la propuesta 510 atrás mencionada"; 3º Que a igual conclusión llegaron los expertos designados para la identificación y determinación de los terrenos, quienes dicen: "La Hacienda de El Aceituno se halla parcialmente cubierta por los linderos de la propuesta número 510 y la parte de dicha hacienda cubierta por dicha propuesta es precisamente el potrero denominado La Doima y La Colorada por los linderos que figuran en la Petición Primera Subsidiaria"; y 4º Que tal cosa se observa claramente de los planos presentados.

Por lo expuesto considera la Sala innecesario detenerse en el estudio de los títulos y demás pruebas presentadas por el actor con relación a los terrenos ubicados por fuera del área delimitada por la propuesta número 510, es decir, los relativos al lote "La Laja" que se afirma hizo parte del antiguo "Hato de Buenavista de la Vega" que conforme a la demanda salió del patrimonio del Estado en virtud del remate que de él hizo don José Antonio Olaya el 20 de septiembre de 1896.

Como consecuencia natural, la Sala se referirá únicamente a los títulos y pruebas relacionados con los lotes denominados "Doima" y "La Colorada", que forman parte de la actual hacienda El Aceituno, parte también del antiguo "Hato del Aceituno", únicos superpuestos por los linderos de la propuesta 510 aceptada por el Ministerio de Minas y Petróleos según las resoluciones ya mencionadas, o lo que es igual, a los terrenos de que tratan las peticiones subsidiarias de la demanda.

II

TÍTULO EMANADO DEL ESTADO CON ANTERIORIDAD AL 28 DE OCTUBRE DE 1873

Como tal y para amparar la propiedad del "Hato del Aceituno" se presentó por el actor una prueba muy completa en sentir de la Sala y que como lo recuerda el señor Procurador, ya fue estudiada en la sentencia de fecha julio 5 de este año, en el juicio que, con relación a otra parte

de los terrenos que formaron el Hato nombrado, se profirió en el juicio promovido contra la Nación por doña Manuela Rocha de Fonnegra.

Dicha prueba consiste: 1º en la diligencia de remate que, sujeta a capitulaciones, se hizo el 12 de diciembre de 1783 de las tierras que componían el "Hato del Aceituno", con todos los antecedentes exigidos para la validez de tales actos por la Corona española, tales como el avalúo, la mensura y "la vista de tierras"; y 2º la escritura de venta propiamente dicha que se otorgaba a favor del favorecido con el remate una vez que éste hubiera cumplido las capitulaciones a que el remate se sometía y que en el caso del "Hato del Aceituno" se extendió en Santa Fe el 18 de febrero de 1785, a favor de don Juan Ignacio Galindo, por don Estanislao Joaquín de Andino, ante el Escribano Público de Su Majestad y a nombre de la Junta Provisional de Temporalidades.

De estos documentos, traídos al juicio en copias auténticas expedidas por el Archivero Histórico Nacional, se desprende no solamente que el Hato del Aceituno formaba parte de la antigua y Gran Hacienda "Doyma", de propiedad de los Padres Jesuitas, sino que acreditan lo siguiente:

Antecedentes del remate

Con fecha 16 de mayo de 1770 y con arreglo a la facultad 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 debía 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 solo 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) (fl. 16); inmediatamente y por medio de edictos don Ignacio hizo saber a todos los vecinos y moradores de Ibagué que van a ser "reducidas" a partes "moderadas" y "vendidas" las haciendas mencionadas (fls. 17), al tiempo que se dirige al Procurador y al Vicario de la misma ciudad, doctor Ignacio de Salazar, para lo de su cargo (fls. 6 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 dirigió al Juez comisionado doctor Moreno, informándolo 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 Esmeregildo, arrendatario de cierto pedazo de tierra perteneciente a' 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; 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 mencionado, 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" (fls. 22); el nombramiento hecho en Joseph de Villalobos y Tomás Vásquez Guarnicio como avaluadores; la posesión de estos y la constancia de que el 4 de diciembre de 1770, ante el Escribano respectivo y con asistencia de todo el personal an-

teriormente mencionado, se avaluaron los bienes raíces, muebles, herramientas, libros, y esclavos, dando el nombre edad y sexo de cada uno de estos (fls. 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 estos, principiando por los llamados Buenavista del Castillo, Hato de Guatanday, Buenavista de la Vega, Agua Sucia, etc., diligencias en las cuales los comisionados trabajaron desde el 27 de agosto hasta el 6 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 Maestro 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 referido Tafur tenía la recogida que se contó y se 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 fe—Quijano—Díaz Rueda—Toribio de Argüelles—Manuel Urueña - Joseph Antonio de Villalobos—Joseph Ignacio López—Por Ignacio Tafur — Lorenzo de Argüelles ante mi, Juan Félix Ramírez de Arellano...".

"AVALUO. En el Hato del Aceituno a nueve de octubre de mil setecientos setenta, el maestro de campo don Ignacio Quijano comisionado para estas diligencias con los sujetos citados en la que antecede, salió para el rodeo del Llano a este 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 corrientes 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 que doy fe. — Ignacio Quijano—Fray Manuel Díaz—Joseph de Rueda—Toribio de Argüelles — Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos — Joseph Ignacio López—Por Ignacio Tafur, Lorenzo de Argüello—Ante mí Juan Félix Ramírez de Arellano...".

"AVALUO. En el Hato del Aceituno a diez de Octubre de mil setecientos setenta, el Maestro de campo don Ignacio Quijano, comisionado para estas diligencias con los sujetos mencionados en la que antecede y de don Francisco Méndez, administrador, pasó a la manga del Pulgar en la que el mayordomo tenía el ganado que se contó y avaluó en la forma siguiente: Por trescientas 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 este 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 fe. — Ignacio Quijano — Fray Manuel Díaz—Joseph de Rueda—Toribio de Argüelles—Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos — Joseph Ignacio López—Francisco Méndez. -Ante mí que doy fe, Juan Félix Ramírez de Arellano...".

"AVALUO. En el Hato del Aceituno a once de octubre de mil setecientos setenta, el maestro 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 doscientas veintiseis reses a que se agregan noventa y seis que quedaron fuera inclusa seis novillos, que rebajados quedan trescientos 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 de canoyes 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 hierras y habiéndole preguntado al administrador de Francisco Méndez si estaba la contaduría hecha a su satisfacción, respondió estar bien contado, que sospechaba faltase alguno del que conside

raba debía haber por ser ganado tan cerrero y que con dificultad se trae al corral y lo firmaron ante mí de que doy fe.—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 de El 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 maestro de campo don Ignacio Quijano comisionado para estas diligencias, salió con el muy reverendo padre Fray Manuel Díaz, por el doctor don 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 linderos 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 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 casi 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 esta siguiendo la escuadra al cerro que llaman el Colorado inmediato al hato del Madroñal cuyas cuchillas seguidas hasta el cerro de las Totas de Doyma 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 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 al potrero de Aguacarí y juntas de la quebrada de la Loja 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 en 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 fe. — Ignacio Quijano—Fray Manuel Díaz Joseph de Rueda—Toribio de Argüelles—Manuel Urueña — Joseph Antonio de Villalobos.— Ante mí Juan Féliz 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 maestro 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 comprende los linderos— es el de un mil y doscientos pesos, a que se agregan trescientos y cincuenta en que separadamente avaluaban el potrero de Santa a este hato perteneciente, y lo firmaron ante mí, de que doy fe.—Ignacio Quijano, Fray Manuel Díaz—Joseph de Rueda—Toribio de Argüelles—Manuel Urueña.—Ante mí Juan Félix Ramírez de Arellano". Terminan 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 Doyma noventa y nueve mil doscientos veinte y un pesos real y medio (fls. 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 concluidas, 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 hechos ya debidamente separados (fls. 63 vto.).

Escritura de venta

Se copia a continuación y en su integridad la escritura de venta hecha a favor de Juan Ignacio Galindo el 13 de diciembre de 1783, porque desea la Sala hacer ver no solamente que los remates a que se sometieron los bienes de la Compañía de Jesús en aquel 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 dicho, se haría 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:

"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 setenta 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 establecimientos 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 fe y palabra real, con declaración de que aprobados 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 pagar 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 con 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 que 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 DEL HATO, CABALLOS. Por seiscientas catorce yeguas a veinte reales, hacen mil quinientos treinta y cinco pesos. 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 seis 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 canoyes, veinte pesos... Por una mesa, dos pesos. Por dos cujas, dos pesos... Por dos sillas viejas de sonturse, 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 reale. . 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 graboron 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 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 de el Yesal, y de allí siguiendo la escuadra a un picacho del cerro pedroso 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 dar en la punta del cerro donde confina el potrero de la Aguacarí (8) siguiente esta quebrada 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 los 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 pertenecientes, 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 maestro 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 Ibogué, 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 cabuyes dejando tres piedras herradas con las letras A. B., y que hoy 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 fe. 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 Santafe, 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 Josef Groot de Vargas, Regidor, Fiel Ejecutor del Ilustre Cabildo y Diputado de él, doctor 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 fieron los autos actuados sobre la hacienda del Hato nombrado el Aceituno que fue de los regulares expropiados, 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 fue don Juan Félix Ramírez de Arellano habiendo precedido para ello todas las diligencias previos y requisitos necesarios de pregones y citaciones y con la calidad de rebajársele 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 restantes y pagar inter su redención el rédito correspondiente de un cinco por ciento. Y habiendo cumplido con estos 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 fue concedido con cargo de hacer constar el abono de las fianzas que se debían dar para la seguridad de los 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 transcurrido 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 aumento 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 fue requerido el dicho teniente de Ibagué, quien en su cumplimiento practicó el inventario de los bienes existentes que halló en esta hacienda, lo 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 sub-

sanar 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 pidiesen 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 Liévano, 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 don 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 desmembrarse alguna parte de ellas se le haya de rebajar y devolver en prorrata la cantidad en que se avaluaren.

3ª Tercero. Que interin la redención de los ocho mil pesos restantes, pagará mi parte el rédito correspondiente a un cinco por ciento, y que las redenciones que hubieren le sean admisibles de mil o más pesos según la oportunidad le ocurriere.

4ª Cuarta. Que mi parte se hallana por evitar costas y dilaciones a recibir y tomar la hacienda en el pie en que se halla, de más o de menos de lo que resulte 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 estos 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 SR. FISCAL. Muy poderoso señor. El fiscal dice: que vuestra alteza se ha servido 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 los pare perjuicios se proceda al remate citándose igualmente al Dr. don Miguel Galindo como apoderado del otro postor don Miguel de Liévano, declarando cuanto a la cuarta capitulación lo que estimase vuestra alteza por útil, pues aunque se ignora si tenga aumento después del último inventario no solo 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 a reclamar perjuicio Francisco Javier Melo y sus fiadores en el descubierto y lasto 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.

"PROVEÍDO. 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-jesuita 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 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 bajo su redención, con lo cual se mandaron pasar los autos a la Junta Provincial para que con su ascenso se pudiese proceder al señalamiento del 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 estos 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 le habían retraído, y por esta razón serle imposible el cumplimiento de lo ofrecido, por lo que fue necesario practicarse nuevas diligencias en solicitud del antecedente postor don Miguel de Luévano, 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 fue 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 quisieren 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 estos a la Junta Municipal para que por ella se proceda conforme a derecho en el remate de la hacienda del hato de 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.—Aróstegui. 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 más 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 aquel 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 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 fue 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 Señor y una señal de cruz de cumplir con el tenor de este 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 fe.—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 infrascrito 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 fe 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 fue 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 haila 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 enunciado 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 hecha 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 entiende contra su persona y bienes y no contra la de el comunado 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 fe. 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 6.400 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 Acituno perteneciente a las Temporalidades de la Compañía extinguida, como parece de la certificación que se halla en el legajo tercero de Temporalidades, a fojas quinientos ochenta y dos, y lo firmamos. — Don Manuel Revilla—Rafael Vicente García.—Así parece del citado libro y fojas. 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 la Vega como apoderado del enunciado don Juan Ignacio Galindo prometiendo de abonar de ellas a don Juan de Lis. De que se mandó que informasen los señores oficiales reales sobre el abono y seguridad de la firma 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 DEL ENTERO DE LOS OTROS 6.000 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 Acituno 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 aparece del mencionado libro y foja.—Santafé, nueve de junio de mil novecientos ochenta y cuatro. Don Manuel Revilla. — 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 Acituno perteneciente a las Temporalidades con lo cual 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 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 José 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 Afán, 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 el 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 la 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 ochocientos treinta y seis yeguas, chico y grande, las que apreciaron dichos avaluadores a tres pesos cabeza, lo que monta 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 dicho alcalde ordinario con los avaluadores y contadores y testigos con quienes actuó por enfermedad del escribano. Josef de Góngora—José Manuel Calderón — 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—José 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 dicha 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 fueron su precio 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 Micaela, 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 apreciaron 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 huido, 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 actuo con el defecto dicho de escribano.—Josef de Góngora—Josef Manuel Calderón de la Barca Toribio Segovia—Juan Ignacion Galindo.—Testigo, Miguel Ignacio Cortés.—Testigo, Marcos de Vela.—Testigo, Francisco Terreros.

"PROSIGUE. En la hacienda de el 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, dijo: 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 caberecue, 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 reale. Con lo cual se fenecio 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 solo 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 avalúos 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 Calerón.— Testigo, Toribio Segovia. — Testigo, Marcos de Vela. Y dada vista al señor Fiscal por lo 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 a 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 de número de esta Real Audiencia y apoderado de don Juan Ignacio Galindo en los autos sobre el remate de la hacienda del Aceituno que fue de los regulares expatriados, ante vuestras señorías con el debido respecto y como mejor proceda en derecho, digo: que habiéndoseme 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 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 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 presentes y futuros, la citada Hacienda del Hato del Aceituno con todas sus entradas, salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres cuanto ha, tienen 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 cuatrocientos 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 ni en caso de 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 derecho 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 Corte 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 padeciere engaño y demás leyes que con ella concuerden; y desde hoy en adelante según el referido remate y entrega que de 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 ha-

cienda y sus bienes, y todo lo cede, renuncia y traspasa en el referido comprador don Juan 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 o indirecta hayan tenido o tengan, se entenderá traspasado en las Temporalidades entendiéndose 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 de Temporalidades se vendiere y lo que en contrario se hiciere no ha de valer ni permanecer sin embargo de que hayan sidos habidos y adquiridos con sus propios dineros y con justo título cual lo es el de dicho remate y el tenor de esta escritura por la que ha de continuarse el comprador en la tenencia y posesión de la susbtunda hacienda y sus bienes. Y por la presente ob'iga 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 lo intente no ha de ser admitido ni oído en juicio ni fuera de él, sobre cuyo particular se ha de observar y aguardar 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 que no se ha de permitir poner mala voz ni reconvención que turbe ni altere lo capitulado, ni admitirse en tiempo alguno demanda sobre la 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, juntas ni juez de cualquier calidad que sea con lo demás que en dicha Real Cédula se contiene, y si aún contraviniendo en lo resuelto en ella se ofreciere o moviere acerca de la expresada hacienda algún pleito o diferencia, así al dicho Galindo como a sus herederos y subcesores, tomará sobre sí la voz y defensa y la seguirá, fenecerá y acabará a costa de las Temporalidades hasta dejarlos en quieta 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 así mismo doy fé y conozco, enterado de esta escritura de venta a favor de su parte la aceptó por estar a su satisfacción y confesó estar entregado don 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 Sancoval, vecinos presentes en esta ciudad por ante mí de que doy fé. — Don Estanislao de Andino. — Blas de Valenzuela. Ante mí, Josef de Rozas, escribano de su Majestad." (Rúbricas).

"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 1775, tomo 2º del escribano José de Rojas y Francisco Vélez, a la que en caso necesario me remito. — Bogotá, veintiocho 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 sos teniendo 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 y de tales bienes se hacía, constituía tan sólo un antecedente previo de 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, fueron insuficientes para convencer que dichos remates o entregas, por sí solos, no trasmitían 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 aclarecido este punto. Dice así la Cédula:

"....Pero habiendo entendido los Fiscales de mi Audiencia 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 separarlos de esta adquisición, les ha parecido que conviene tomar las precauciones oportunas para cortar este inconveniente, y facilitar prontamente las ventas. A este fin entienden los Fiscales, y en caso necesario piden que el Consejo 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 Ardino, 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 celebrados 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."

DETERMINACION 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, corresponden 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 el demandante que son de su propiedad los petróleos que puedan encontrarse en la hacienda de El Aceituno, formada por los lotes 'El Aceituno' propiamente dicho y 'La Laja' conforme a los linderos de la petición primera principal de la demanda; que estos terrenos se hallan totalmente comprendidos dentro de los antiguos 'Hato del Aceituno' y 'Hato de Buenavista de la Vega' y parcialmente comprendidos dentro de los terrenos de la Propuesta 510.

Inspección ocular

Para esta determinación la parte actora solicitó y la Corte decretó una inspección ocular a fin de que, en asocio de peritos, se constatara: 1º Si son o nó determinables los linderos de los llamados antiguamente 'Hato del Aceituno' y 'Hato de Buenavista de Vega', conforme a los títulos antiguos aducidos por ella, es decir, de acuerdo con la alinderación que para el primero se dió en el remate de 12 de diciembre de 1783 y en la escritura sin número de 16 de febrero de 1785; y para el segundo de acuerdo con la alinderación que aparece en los documentos que figuran en el llamado 'Testimonio de los autos de la Hacienda de Doyma'; 2º Si son o nó determinables los linderos de la actual hacienda 'El Aceituno', de propiedad del demandante, tal como aparecen descritos en la petición primera principal de la demanda; 3º Si es o nó cierto que los linderos del actual Aceituno se hallan íntegramente comprendidos dentro de los antiguos hatos y especialmente si los terrenos denominados 'La Doima y La Colorada' están comprendidos dentro del viejo Hato del Aceituno y 4º Si las tierras anteriormente nombradas se hallan o nó comprendidas dentro de los linderos de la Propuesta 510, traspasada hoy a la International Petroleum (Colombia) Limited.

Sobre el resultado de esta diligencia se trata a continuación, con la advertencia de que el estudio comprenderá únicamente lo relativo a las tierras comprendidas dentro de la Propuesta 510 por las razones anteriormente expuestas.

Consta en esta inspección (fs. 9 a 19 Cdo. Nº 4 que el Tribunal en asocio de los peritos principales y del tercero designado para el caso de discordia, recorrió en primer término, los linderos de la Propuesta Nº 510 formulada por Carlos Gómez Medina y traspasada luego en la forma ya dicha. De acuerdo con lo expresado, por el Tribunal, los linderos de esta propuesta corresponden exactamente a los señalados para ésta en la demanda.

El personal de la diligencia procedió luego a identificar el antiguo Hato del Aceituno y a la determinación de los linderos que para dicho Hato se consignan en la escritura sin número de 17 de diciembre de 1785. Para ello recibió los testimonios de Roberto Varón Galindo, Sotero Murillo Trujillo, y Rafael Barreto, quienes bajo juramento corroboraron la identificación hecha por el Tribunal de la quebrada llamada Bermeja, o La Pedregosa, o el Arroyanal, así como también los sitios llamados en los títulos 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, el potrero de San Ana, las Tetas del Doimá, la quebrada la Coloradita, la quebrada de La Laja, y , en general, todos aquellos sitios señalados en la alinderación del 'Hato de Aceituno.'

Procedió luego a identificar el globo actual 'Aceituno', y especialmente los terrenos denominados 'La Doima' y 'La Colorada', tal como aparecen determinados en la petición primera subsidiaria. Interrogó sobre el particular a los mismos testigos y después de dejar constancia 'de que l

diferentes puntos o mojones a que se ha hecho referencia en las alinderaciones anteriores fueron directamente reconocidos sobre el terreno por el personal de la diligencia, el cual recorrió los linderos que circunscriben y determinan los diferentes predios' llegó, entre otras conclusiones que no se mencionan por innecesarias, a las siguientes: 1ª) Que los linderos del Hato del Aceituno, tal como se describen en el remate de 1783 y en la escritura de 1785 son determinables sobre el terreno; 2ª) Que el predio actualmente denominado 'El Aceituno', tiene linderos también determinables y que se encuentra totalmente comprendido dentro de los linderos del 'Hato del Aceituno'; 3ª) Que la hacienda actual El Aceituno apenas se halla parcialmente comprendida dentro de la alinderación general de la propuesta Nº 510.

En asocio de los peritos, el Tribunal recorrió los linderos de la porción de terreno comprendida por la propuesta y los señala en la siguiente forma:

"Partiendo de la estación geodésica de Doima, que es vértice de la triangulación Bogotá-Cartago del Instituto Geográfico Militar y Catastral, distinguido con el número 114, y que se encuentra colocado en el pico más alto de las Tetas de Doima, cerros estos que se hallan dentro de los linderos generales de la hacienda El Aceituno, se sigue en línea recta en dirección al puente del ferrocarril Ambalema-Ibagué sobre la quebrada de las seis palmas que es el punto indicado como mojón B. de la propuesta, en el punto en que dicha línea corta la quebrada de Doima —donde se colocó una bandera para localizarlo— se toma por la quebrada de La Doima, aguas abajo, hasta encontrar la boca de la quebrada La Coloradita (punto 9 del plano); de este punto por la quebrada de la Coloradita arriba hasta su nacimiento en el sitio llamado El Volcán (punto 11 del plano); de este punto siguiendo los linderos de la hacienda de El Aceituno hasta encontrar el que en la cuchilla de la Balsa se halla anotado en el plano con número 24; por dicha cuchilla de La Balsa abajo atravesando la quebrada de la Colorada y trepando los cerros de Vallecito, continuación de los de La Balsa, hasta el punto en donde la línea trazada entre la estación geodésica de Doima y la boca del río Coello en el Magdalena cortan a dicha cuchilla, lindero de la hacienda de El Aceituno, lugar en donde se colocó otra bandera para terminarlo; y de aquí, siguiendo la línea que une los puntos mencionados —la boca del río Coello en el Magdalena con la estación geodésica de Doima—, a llegar en línea recta a esta estación, en el cerro más alto de las Tetas de Doima, punto de partida".

Después de hacer este recorrido el Tribunal explica lo siguiente:

"Para la determinación de esta zona el personal de la diligencia hizo el reconocimiento aéreo de las siguientes líneas: La que une la estación geodésica de Doima en el cerro más alto de las Tetas de Doima, y el punto en que la que se dirige al mojón B. de la propuesta corta la quebrada de La Doima, lindero de la hacienda El Aceituno; y la que une la misma estación geodésica de Doima y el punto en que la que se dirige al mojón I. de la propuesta (boca del río Coello en el Magdalena), corta los cerros de Vallecito, continuación de la cuchilla de La Balsa, y lindero de la actual hacienda de El Aceituno; y una vez localizados los puntos que se acaban de mencionar y recorridas las líneas expresadas, se siguió, a partir de los puntos de intersección de esas líneas con las que son linderos generales de la hacienda de El Aceituno, y que ya han quedado descritas, cerrando el perímetro, en forma que la zona comprendida entre las líneas imaginarias que constituyen el lindero de la propuesta 510 entre la estación geodésica de Doima y los puntos que se han mencionado, y la alinderación general de El Aceituno a que se ha hecho referencia, o sea la zona descrita en la petición primera subsidiaria de la demanda, quedo cobijada o comprendida en su totalidad por la referida propuesta 510, en la misma forma como lo muestra el plano número 5 que obra en autos. La alinderación que de esta porción de la hacienda de El Aceituno o zona territorial de dicha hacienda se ha especificado aquí, y que corresponde al recorrido que realizó el Tribunal con el resto del personal que integra la diligencia, coincide exactamente, según se estableció mediante el reconocimiento de las líneas respectivas, con la que describe la petición primera subsidiaria de la demanda como correspondiente en común a los lotes denominados La Doima y La Colorada, los cuales lotes son en realidad la zona que cubre la propuesta, perteneciente a la hacienda de El Aceituno."

Obsérvese cómo el Tribunal, en esta parte de la diligencia, deja constancia de que los terrenos que se acaban de describir corresponden exactamente a los descritos en la petición primera subsidiaria de la demanda.

Dictamen pericial. También los expertos, que recorrieron íntegramente los terrenos, hicieron la

determinación de 'El Hato del Aceituno', del de 'Buenavista de la Vega', del llamado 'Potrero de Aguacarí', del Aceituno propiamente dicho, del 'Lote de La Laja', de la 'Hacienda del Aceituno' y de los lotes de 'La Doima' y 'La Colorada'.

Las partes pertinentes de dicho dictamen dicen así:

"EL HATO DE EL ACEITUNO.———

. . . . . .

"Con base en los linderos descritos en el hecho 29 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 Segunda de Bogotá, folio.... 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 de El 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, 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 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 32º Este, se llega a la quebrada llamada de la Opia ,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 quel y en una piedra grande redonda que está en su medio se puso la letra A. y la D. como lindero de Doima...." 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 Javier en la carta del Instituto, sitio que fue 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 fue volada cuando se construyó una acequia que toma sus aguas de una represa que se encuentra aproximadamente a 100 metros d sitio indicado por los testigos como lugar donde hallaba la piedra. Se localizó igualmente la zan que desemboca en la Vuelta de la quebrada 'a Opia y cuyo curso general tiene dirección Su 56º Este. La relación de linderos sigue así: "...s guiendo esta zanja arriba mirando al Yesal, y el llano se grabaron las letras A. D. en una pi dra que está en frente a un boquerón, que hac abajo del boquerón grande de la entrada al Y sal, y de esta piedra por ser chica, a corto trech en la orilla del monte, en una piedra grande q está cuasi en el todo enterrada, se volvieron a gra bar las mismas letras A. D., y de ésta piedra escuadra a la loma gorda que está dentro de l tierras del Yesal, y de allí siguiendo la escuadr a un picacho de Cerro peñoso en la loma que l man de 'El Potrerito' y de éste siguiendo la e cuadra al cerro que llaman 'El Colorado', inm diato al Hato de 'El Madroñal', cuya cuchilla s guida...." Se siguió la zanja arriba por cuyo p hasta su cabecera se encuentra una cerca antigu de piedra que continúa después en dirección g neral Sur 54º Este, hasta llegar a un boquerón c nocido con el nombre de 'Boquerón de la Rusi según los testigos antes nombrados. A más de qu dar inmediato al Caserío de la Rusia y abajo d la desembocadura de la Quebrada de la Rusia a la de Doima. A media ladera de la parte Orient de este boquerón se aprecia claramente un cer de pendiente suave que los testigos identificaro como 'Cerro Gordo' y detrás de éste un cerro m alto y escarpado que fue identificado como la lom de 'El Potrerito' e inmediatamente detrás se apr cia una serranía que en los planos del Instituto denomina 'Cuchilla de la Balsa', que los testig identificaron como el mismo cerro de 'El Color do' y que tiene a su pie una finca que hoy es c nocida con el nombre de 'El Madroñal', cerro és que tiene un visible color rojizo. Los tres últim puntos mencionados están en línea recta, en misma dirección Sur 56º Este. Y continúa el li dero así: "....cuya cuchilla seguida hasta el rro de Las Tetas de Doima todas sus aguas ve tientes al Yesal...." La única cuchilla que pa tiendo del cerro que se identificó como El Col rado, va a Las Tetas de Doima y divide las agu es la que en la carta del Instituto tiene el no bre de cuchilla de La Balsa. Las Tetas de Doi es nombre que figura en la carta del Instituto punto arcifinio inconfundible por su forma tura...."....y de dicha cuchilla por toda la cu bre, aguas vertientes al 'Aceituno' y 'Rincón

"El Pulgar" hasta el potrero de Santana, hasta dar en la punta del cerro donde confina el potrero de Aguacari siguiendo ésta quebrada para arriba hasta la punta del cerro y entrada de dicho potrero Aguacari, 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 Aguila, 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 reune claramente todas las condiciones descritas en los linderos, que es obviamente apreciable y apreciados 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 o Guacarí 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" 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 cerros escarpados 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 fue completa y por tanto conceptuamos que los linderos de El Hato de El Aceituno, que figuran en el hecho 29 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 DE EL ACEITUNO.

"Para localizar y determinar la actual Hacienda de El Aceituno, tomamos los linderos descritos en la petición: Primera Principal de la demanda y en el documento número 39 que acompaña a la misma: Sucesión de Benjamín Rocha Caicedo, hijuela de Benjamín Rocha Gómez, escritura número 1930 de 6 de diciembre de 1926 de la Notaría Tercera de Bogotá, descritos así:

"Desde la boca de la quebrada llamada El Arrayanal, en la quebrada de Doima, quebrada de El Arrayanal arriba, buscando el frente del cerro nombrado Bermejo, y de aquí mirando en línea recta a la boca de la quebrada llamada Perico o Perica, que entra en la quebrada de Aguacarí; ésta arriba hasta encontrar el paso del camino que atraviesa el potrero de El Boquerón, que es el mismo que hoy conduce a Doima, del Alto de Gualanday; y de aquí se sigue la quebrada de Aguacarí arriba hasta llegar al frente de El Boquerón llamado de En Medio, volviendo la cerca de piedra que encierra el mismo potrero de El Boquerón ,hacia la izquierda, hasta el punto donde se halla una piedra marcada con las cifras: C. L.; de aquí, tomando la cordillera hasta donde hace ángulo, y mirando frente del cerro donde hay una piedra herrada con las mismas letras; de esta piedra tomando a la izquierda la cordillera del cerro para abajo, hasta llegar al lindero que divide el potrero llamado de Los Caballos; de este punto tomando la misma cordillera hacia la izquierda, hasta donde cruza a la derecha, toda la cordillera abajo hasta donde se fenece esta línea y estrecha la quebrada Aguacarí entre los cerros de La Laja y Santana; tomando la cima de éste y siguiendo todo el filo hasta encontrarse con el primer picacho de Las Tetas de Doima; de aquí mirando a escuadra al filo denominado La Baisa; este filo abajo hasta enfrentar con el último picacho, en el cual se toma el origen de una quebrada pequeña nombrada La Coloradita; ésta abajo hasta su embocadura en el río de Doima; de este punto y río arriba hasta dar en la embocadura de una quebrada llamada El Arrayanal, primer lindero citado."

Para la identificación de esta Hacienda empezamos por hacer la siguiente enumeración: La confluencia de la quebrada Bermeja, Arrayanal o Pedregosa con la de Doima; el punto donde ésta quebrada de Arrayanal toca el extremo Sur del cerro del Bermejo; la línea trazada entre este punto y la confluencia de la quebrada de la Perica con la de Guacarí o entrada al potrero del mismo nombre, fueron localizados al identificar los linderos del "Lote del Aceituno propiamente dicho",

El punto por donde el camino que atraviesa el potrero del Boquerón pasa por la Quebrada de Guacarí; la cerca de piedra que encierra dicho potrero y que arranca de la orilla de la Guacarí en dirección al Boquerón de En Medio; la piedra de arenisca blanda en donde dicha cerca termina y en la cual por la clase de su material debieron borrarse las letras con que se ha marcado en diversas épocas (E. C. primero y después C. L.), fueron localizados al identificar el 'Lote de La Laja'. La cuchilla de el cerro de los Puños que se inicia desde el lugar donde está la piedra arenisca y que va hasta el Boquerón Grande, cerrado por una cerca de piedra antigua y formado entre el cerro de los Puños y la cordillera de La Lajita, y la continuación de dicha cuchilla en semicírculo lindando con el potrero de Los Caballos hasta donde ella 'cruza a la derecha' como reza el título, fueron localizados al reconocer y determinar los linderos del Hato de Buenavista de Vega y de el potrero de Aguacarí parte integrante del mismo; en este último punto, es decir donde reza que la cuchilla 'cruza a la derecha', empiezan ya los linderos reconocidos como de El Hato de El Acituno, y 'Acituno propiamente dicho'. Efectivamente, en este lugar llamado hoy cerro de El Aguilar (carta del Instituto), la cuchilla desciende dividida en dos partes: una siguiendo hasta la quebrada de Guacarí en el punto donde desemboca la Quebrada de La Laja, punto que de acuerdo con los linderos que vamos reconociendo queda ya adentro del perímetro, y otra que desciende en curva a encontrarse con los cerros y cuchilla de Santana, por donde va el lindero, y que muere en la quebrada de Guacarí en el punto llamado Boquerón del Apretadero, por donde ésta última quebrada pasa estrechada entre los cerros de La Laja y Santana; pudimos apreciar que este último punto, se menciona solamente como mojón intermedio; para determinar más exactamente la única cuchilla que va sin solución de continuidad desde este sitio hasta tocar con el extremo Sur de Las Tetas de Doima, como se reconoció al determinar los linderos del 'Hato de El Acituno' y luego los de 'El Acituno propiamente dicho'. De este punto siguiendo por los mismos linderos descritos para éstos, con los cuales coinciden exactamente los que vamos localizando continúa el lindero por la cuchilla de la 'Brisa' hasta enfrentar con el último picacho de Las Tetas de Doima", es decir, el situado más al Norte de acuerdo con el recorrido que hicimos y que se indica en los títulos; de aquí línea recta 'al origen de una quebrada llamada La Coloradita', punto que es como se verificó en anteriores recorridos el llamado El Volcán de aquí por La Coloradita abajo hasta su confluencia con la Doima, punto que se había identificado como el Boquerón que queda enfrente de las casas de El Acituno, y de aquí por la quebrada de la Doima arriba hasta la represa que existe hoy en la boca de la quebrada Arrayanal Bermejo o Pedregosa, primer punto citado en esta alinderación.

'De acuerdo con el exacto conocimiento de todos y cada uno de estos puntos, que varias veces recorrimos e identificamos en el curso de las inspecciones oculares sucesivas que realizamos, tanto del presente juicio, como del de la señora Manuela de Fonnegra, por tratarse de terrenos amparados por iguales títulos antiguos ,podemos afirmar que la actual Hacienda de El Acituno, formada por los lotes de 'El Acituno propiamente dicho y 'La Laja', tal como aparece alindada en la petición primera principal de la demanda, se halla íntegramente cubierta por los linderos de los Hatos de El Acituno y de Buenavista de Vega.

"LA DOIMA Y LA COLORADA

"Para la localización y determinación de éste lote tomamos como base los linderos descritos en la petición primera subsidiaria de la demanda. El lindero dice:

"Se toma como punto de partida la Estación Geodésica de DOIMA" que es vértice de la triangulación Bogotá-Cartago del Instituto Geográfico Militar y Catastral, distinguido con el número 1 y cuyas coordenadas son: Latitud al Norte 4º 2 08", 24; Longitud al W. de Greenwich 74º 58' 20 45; Altitud s. n. m. 1,089 metros. Desde este punto se sigue con rumbo Norte veintiseis grados Oes (N. 26º 00' 00" W) por una distancia de dos m setecientos cincuenta metros (2.750), hasta encontrar la quebrada de la Doima... ." Se comprobó en el terreno, que la estación Geodésica de Doima situada en la punta más alta de los cerros Las Tetas de Doima queda dentro de los linderos de Hacienda de El Acituno, hecho que gengráficamente queda establecido sobre los planos que acompañamos. También se estableció sobre el terreno, que la línea que partiendo de la estación Geodésica de Doima con un rumbo de N. 26º 00" W. corta la quebrada de la Doima a una distancia de 2.750 metros, sitio que se localizó por medio de un tránsito y en el cual se colocó una bandera. Este sitio está aproximadamente a 7

metros en línea recta, aguas arriba de la confluencia de la quebrada de La Coloradita por la Doima y por tanto es un punto sobre los linderos de la Hacienda de El Aceituno. Continúa el lindero: "... por ésta quebrada aguas abajo hasta su confluencia con la quebrada de La Coloradita; por esta quebrada aguas arriba hasta su nacimiento cerca del último picacho de las Tetas de Doima (contando de Sur a Norte) en el sitio llamado El Volcán". Este tramo del lindero coincide en su descripción y por tanto en su localización con el lindero de la Hacienda de El Aceituno. Continúa el lindero: "... de este punto se sigue con rumbo Este un grado, veintiocho minutos Sur (E. 1° 28' 00" S), por una distancia de mil seiscientos veinticinco metros (1.625 metros), hasta encontrar el mojón número 24 en la cuchilla de La Balsa; de este punto por dicha cuchilla abajo con rumbo Sur diez y nueve grados veinticinco minutos Oeste (19° 25' 00" W) por una distancia de tres mil trescientos metros (3.300 metros); de este punto, con rumbo Norte cincuenta y cinco grados, veintinueve minutos, cuarenta y nueve segundos, ochenta y cinco Oeste (N. 55° 29' 49", 85 W) por una distancia de mil quinientos cincuenta y dos metros (1.552 metros) hasta volver al vértice 'DOIMA' llamado como punto de partida".

"A partir de El Volcán, punto ya localizado sobre la carta del Instituto y utilizando los rumbos y las distancias indicados en esta descripción llegamos hasta el punto en que la línea que partiendo de la estación Geodésica de Doima con un rumbo de N. 55° 29' 49", 85 W. y una distancia de 1.552 metros intercepta la cuchilla de La Balsa. Se constató que el tramo de lindero anteriormente localizado sobre la carta del Instituto, coincide con el lindero descrito de la Hacienda de El Aceituno o sea que es la interpretación en datos Geográficos de los linderos ya localizados de dicha Hacienda.

"De conformidad con el análisis anterior concluímos que el terreno denominado 'La Doima y La Colorada' alinderado en la Petición Primera Subsidiaria, se halla cobijado y hace parte del globo de terreno denominado "Hacienda de El Aceituno" alinderado en la Petición Primera Principal de la demanda.

"C). Que la Hacienda 'El Aceituno' tal como aparece determinada 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 y traspasada a la Compañía de Petróleo del Vichada y por ésta a la INTERNATIONAL PETROLEUM COLOMBIA LIMITED; y que el terreno denominado 'La Doima y La Colorada' tal como aparece alinderado en la petición Primera Subsidiaria, se halla íntegramente comprendido dentro de los linderos de la citada propuesta Nº 510".

Por último, los peritos, después de localizar y recorrer los linderos de la propuesta número 510 y de expresar que 'El terreno denominado La Doima y La Colorada', alinderado en la petición primera subsidiaria de la demanda, es precisamente la parte de la Hacienda de El Aceituno cubierta por la propuesta Nº 510, dan el siguiente resumen de su dictamen:

"Resumimos nuestras conclusiones así:

"PRIMERA. — Los linderos generales de EL HATO DE EL ACEITUNO y de EL HATO DE BUENAVISTA DE VEGA son determinables y fueron reconocidos y localizados en el terreno y en el plano que acompañamos.

"SEGUNDA.—La Hacienda de El Aceituno formada por los lotes 'El Aceituno' propiamente dicho y 'La Loja' se halla relacionada con los títulos antiguos localizados sobre el terreno así: El Aceituno propiamente dicho se halla íntegramente comprendido dentro de los linderos generales de El Hato de El Aceituno y el lote de La Loja se halla íntegramente comprendido dentro de los linderos de el Hato de Buenavista de Vega.

"TERCERA.—El terreno denominado La Doima y La Colorada hace parte de la Hacienda El Aceituno y está íntegramente dentro de los linderos del antiguo Hato de El Aceituno.

"CUARTA.— La Hacienda de El Aceituno se halla parcialmente cubierta por los linderos de la propuesta nmero 510 y la parte de dicha Hacienda cubierta por dicha propuesta es precisamente el potrero denominado La Doima y La Colorada, por los linderos que figuran en la Petición Primera Subsidiaria.

"QUINTA.—La Hacienda de El Aceituno se halla actualmente explotada en su totalidad con cultivos de arroz y con ganados."

Como puede verse de las transcripciones hechas, los expertos y el Tribunal concuerdan en sus afirmaciones y especialmente: 1º) En que el lote denominado Aceituno propiamente dicho, que forma parte de la actual Hacienda El Aceituno, formaba también parte del antiguo Hato del Aceituno; 2º) que este lote está cubierto en parte por los linderos de la propuesta número 510, y 3º) que la parte de dicho lote cubierta por la propuesta es la que corresponde a los terrenos conocidos con los nombres de 'La Doima y La Colorada".

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 fue completa y no deja lugar a dudas. Al recorrer los linderos los peritos y el Tribunal siguieron las líneas señaladas en los respectivos títulos y, en su dictamen, los primeros 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 pericial con lo observado por el Tribunal, 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, conforme a los arts. 723 y 730 del C. Judicial.

Propiedad actual

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 que señala el período de la prescripción extraordinaria, constituye requisito indispensable para acreditar el interés jurídico del demandante en estas acciones.

Dentro de la serie de escrituras y documentos presentados por el actor con el fin de comprobar la tradición de 'El Aceituno' desde la presentación de la demanda hasta las fechas en que según se vió anteriormente los terrenos de que el mencionado globo formaba parte salieron del patrimonio del Estado y que no se hace necesario estudiar en su integridad, figuran los siguientes que acreditan la propiedad actual:

a) Escritura Nº 1930 de diciembre 6 de 1926, Notaría 3ª de Bogotá, legalmente registrada en Ibagué y el El Espinal, en la que consta que en el juicio de sucesión de Benjamín Rocha C., también registrado en forma legal, se adjudicó al doctor Benjamín Rocha Gómez, demandante en este juicio, la Hacienda El Aceituno de que tratan estas diligencias, por los linderos descritos en la petición primera principal de la demanda, y dentro de los cuales se encuentran los terrenos denominados La Doima y La Colorada de que tratan las peticiones subsidiarias.

b) Escritura pública Nº 1288 de julio 9 de 1919, Notaría 2ª de Bogotá, legalmente registrada, de la cual aparece que Benjamín Rocha C. adquirió la hacienda El Aceituno, tal como aparece descrita en la escritura 1.930 atrás relacionada, por adjudicación que se le hizo en la liquidación de la Sociedad Comercial 'Rocha Hermanos' constituida por instrumento público número 1127 de 15 de mayo de 1903, otorgada también en la Notaría 2ª de Bogotá.

c) El certificado Nº 1449 expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ibagué el 18 de septiembre de 1955, en el cual consta que revisados los libros respectivos desde el año de 1903, 'Benjamín Rocha Gómez es el actual propietario de la hacienda 'El Aceituno', alinderada como atrás se dijo; que su título de adquisición está vigente; que tal finca está libre de censo, antiresis, prendas embargos y condiciones resolutorias del dominio y que solamente la afectan el arrendamiento constituído por escritura pública 3916 de 25 de agosto de 1948, Notaría 4ª de Bogotá y la hipoteca que a favor del Banco de los Andes consta en la escritura 1290 de julio 6 de 1953, Notaría 6ª de Bogotá.

El Sr. Procurador Delegado en lo Civil encuentra que los títulos anteriores son suficientes para considerar acreditado este extremo de la acción propuesta.

La Sala comparte el anterior concepto porque en efecto con los títulos presentados se acredita en legal forma la propiedad actual de los terrenos objeto de este juicio en cabeza de Benjamín Rocha Gómez, ya que de conformidad con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que se deja relacionado, tales títulos se hallan vigentes y cubren un período superior al requerido para la prescripción extraordinaria.

Justa prescripción

Habiéndose aceptado la validez del título presentado por el actor para acreditar que los terrenos Doima y La Colorada salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 29 de octubre de 1873, no hay necesidad de estudiar la 'justa prescripción' alegada en la demanda en relación con tales terrenos. Tampoco es pertinente dicho estudio en lo referente a las tierras de la Hacienda El Aceituno no abarcadas por la propuesta porque ya se vió que, con relación a éstas la demanda es improcedente.

Conclusión

Satisfechos como se hallan todos los requisitos esenciales de la acción intentada, la demanda debe prosperar en relación con aquella porción de

terreno que como anteriormente se dijo, se halla superpuesta por los linderos de la propuesta Nº 510 ya que, de otro lado, fue presentada con anterioridad al 20 de octubre de 1955, fecha en que según el certificado del Ministerio de Minas y Petróleos que obra al folio 12 Cdno. Nº 2, se vencía el término legal de que trata el art. 34 del Código de Petróleos.

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, FALLA:

1º) Es de propiedad particular del doctor Benjamín Rocha Gómez el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en los terrenos denominados LA DOIMA y LA COLORADA, ubicados en jurisdicción del departamento del Tolima, comprendidos dentro de los linderos que se expresan en la petición primera subsidiaria de la demanda con que se inició este juicio y que aparecen determinados en el plano número 5 que obra en el expediente.

2º) Declárase probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo en relación con el dominio petrolífero de los terrenos no comprendidos dentro de los límites de la propuesta Nº 510.

Quedan así resueltas las peticiones principales y subsidiarias de la demanda y se niegan en todo lo demás.

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 M., Secretario.

TITULO EMANADO DEL ESTADO CONSISTENTE EN ADJUDICACIONES DE TIERRAS HECHAS POR LA CORONA ESPAÑOLA A LAS ENTIDADES MUNICIPALES. — PARA LA PLENA VALIDEZ DE ESTOS TITULOS ES INDISPENSABLE QUE LAS TIERRAS SE HAYAN DISTRIBUIDO EN LA FORMA Y TERMINOS SEÑALADOS ENTRE LA ENTIDAD MUNICIPAL Y LOS POBLADORES, DE ACUERDO CON LA LEGISLACION ESPAÑOLA VIGENTE AL TIEMPO DE LA ADJUDICACION. — DETERMINACION DEL INMUEBLE OBJETO DE LA DECLARACION DE DOMINIO.

1.—La simple y escueta referencia de la existencia del título, no basta para la prosperidad de la acción sobre propiedad del subsuelo petrolífero, porque la prueba de la existencia del título originario no ha de limitarse a la demostración simple y única de que fue expedido realmente, sino que debe dar fe de su propio contenido. Esto se explica fácilmente si se toma en cuenta que para juzgar acerca de la validez del título emanado del Estado, es preciso conocer su naturaleza, establecer si quien lo expidió tenía facultades para ello, si para su expedición se cumplieron los preceptos vigentes en la época sobre la materia y, por otra parte, si recibió la confirmación y si al beneficiario se le dió posesión de las tierras adjudicadas, acto éste que servía para verificar el traspaso del dominio de la Corona a favor del particular.

Para dar por sentada que el Gobierno de la Colonia hizo la adjudicación a la entidad municipal del terreno en que hoy se afirma existe un yacimiento petrolífero, y que tal título, del cual pretende derivar derechos el demandante, tiene validez suficiente para declarar con fundamento en él la propiedad privada del subsuelo petrolífero de las tierras en litigio, sería necesario que las probanzas adujeran no solamente se limitaran a establecer que el referido título existió realmente y que desapareció en un incendio o por otra causa cualquiera, sino que la adjudicación se hizo por autoridad competente y con arreglo a las prescripciones legales imperantes en materia de provisión de tierras para la fundación de nuevas poblaciones.

2.—Conforme al art. 7º de la Ley 160 de 1936 (ordi. a) a falta del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, se pueden aceptar como pruebas en esta clase de juicios, documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia; pero es claro que esa prueba documental tiene que contener por lo menos los datos relativos a la ubicación de las tierras materia del litigio y los linderos precisos que las determinen, porque de no ser así, no podría verificarse la confrontación de los linderos del primitivo título con los que rezan los títulos actuales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y seis de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor. Abelardo Gómez Naranjo.)

En demanda presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el día 9 de mayo de 1946, pidió el apoderado del Municipio de Salamina que, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con citación del Fiscal del Tribunal como representante legal de la Nación, se hiciesen contra ésta las siguientes declaraciones:

"1ª—Las tierras situadas en jurisdicción del Municipio de Salamina comprendidas por los linderos que se dirán más adelante, salieron del patrimonio del Estado y pasaron al particular del hoy municipio de Salamina, antes del 28 de octubre de 1873.

"2ª—El Municipio de Salamina, en cabeza de entidades de quienes hoy deriva su título, recibió la posesión real y material de tales terrenos, también antes del citado 28 de octubre de 1873.

"3ª—El Municipio de Salamina tiene mayor de-

recho que la Nación para explorar con taladro y explotar el petróleo y demás sustancias que puedan encontrarse en el subsuelo de los mismos terrenos de que se trata, salvo en lo tocante a minas de 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)."

La alindación de los terrenos cuya propiedad particular pide la parte actora que sea declarada, es la siguiente:

"Partiendo de la orilla oriental del río Magdalena, donde desagua o desemboca el caño Renegado, que es probablemente donde existió el caño de Castro, se sigue con rumbo Sur 88 grados 57 minutos Este midiendo 19.672.90 metros con lo cual se llega al Caño del Mico, lindando por esta parte con tierras de Remolino; de aquí se sigue con rumbo Sur 77 grados 6 minutos Oeste midiendo 14.350.18 metros, con lo cual se llega al Paso de Cayetano, lindando por esta parte con tierras de Candelaria o Condueños; de paso de Cayetano, con rumbo Sur 1 grado 25 minutos Oeste y 10.743.-08 metros se llega a la Ceiba de los linderos deslindando también con tierras de Candelaria; de la Ceiba de los linderos se sigue con rumbo Sur 81 grados cincuenta y cinco minutos Oeste y midiendo 7.402.28 metros se llega a un mojón antiguo de cal y canto, deslindando por esta parte con tierras del Municipio del Piñón llamadas de Matadero y Coposo; de este punto con rumbo Norte 81 grados 40 minutos Oeste midiendo 3.881.07 metros se llega a otro mojón antiguo de cal y canto de aquí con rumbo Norte 56 grados 3 minutos Oeste y midiendo 4.161.05 metros se llega a un punto situado a 160 metros de la orilla oriental del río Magdalena, identificado durante la diligencia como el Limón de Tío Menco, donde también existen vestigios de otro mojón antiguo. De aquí sigue el lindero por toda la orilla oriental del río Magdalena hasta el caño Renegado, punto de partida. La recta que une el mojón del Tío Menco con el caño Renegado tiene 15.569.39 metros y rumbo Norte 36 grados 44 minutos Este. Todos los rumbos aquí indicados son verdaderos, o sea, referidos al meridiano astronómico o verdadero".

La demanda aparece sustentada en los hechos siguientes:

a) Por medio de la Resolución de fecha 22 de diciembre de 1943, publicada en el Diario Oficial Nº 25.450 de 21 de enero de 1944, el Ministerio de Minas y Petróleos aceptó una propuesta de contrato para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, sobre un globo de terreno determinado en la expresada resolución, propuesta que fue formulada por el Sindicato Ganadero Colombiano S. A. y fue distinguida con el número 133. El área de la propuesta se superpone sobre los terrenos del Municipio de Salamina.

b) El término legal para formular oposiciones a la referida propuesta transcurrió sin que el Municipio de Salamina hubiese formulado la suya. De otro lado, el término de cos años para ejercitar las acciones derecho común en relación con el dominio petrolífero afectado por la propuesta 138 expiró el 22 de mayo de 1946.

c) Al vecindario de Nueva Victoria de Nuestra Señora del Rosario de Castro, llamado también El Guáimaro, se le asignaron cuatro leguas de tierra antes de 1.773.

d) Los vecinos del Guáimaro ocuparon las tierras en referencia 'deslindadas en la petición primero' antes de 1873.

e) "Los vecinos del Guáimaro, en nombre del vecindario o del común, poseyeron materialmente las mismas tierras, desde antes del año de 1773, ejecutando para el vecindario o común, en calidad éste de señor y dueño ,actos de explotación económica del suelo y hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, posesión que duró hasta cuando el sitio o verindario del Guáimaro, ya bajo el régimen republicano, se convirtió en parroquia o distrito parroquial.

f) Mientras existió el Guáimaro ya como municipio, parroquia o distrito municipal, continuó, bajo el régimen republicano, ejecutando actos de dominio y explotación económica del suelo. Al desaparecer el Guáimaro como entidad municipal o distrital, fue agregado al distrito municipal o municipio de Salamina.

g) De esa manera, el Municipio de Salamina se convirtió en sucesor, en el dominio de los terrenos de que trata la demanda.

h) "El municipio de Salamina, por medio de sus vecinos, con ánimo de señor y dueño, ha poseído y posee actualmente los terrenos de que trata la demanda, ejecutando actos de explotación económica de, suelo y hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio. Esos vecinos han reconocido el derecho del Municipio en los actos de transferencia de posesiones o mejoras establecidas dentro de esos terrenos.

i) "La posesión del municipio de Salamina y de sus antecesores ha sido pública, quieta y pacífica desde antes del año de 1773, hasta la fecha".

En derecho, la demanda está apoyada en el art. 669 del C. Civil Capítulos I, III, título VI, Libro 2º del C. Civil y disposiciones concordantes; Tí-

tulo VI del mismo libro u artículos concordantes. Artículos 2517, 2518, 2522, 2528, 2531, 2532, 2534 y sus concordantes del mismo Código. Artículo 198 de la Carta Fundamental; artículos 1º, 3º y 4º del Código de Minas y art. 4º del Código Fiscal; Artículo 4º de la Ley 37 de 1931. Artículo 10 de la Ley 160 de 1936, Ley 106 de 1873, Código Civil del Estado Soberano del Magdalena expedido el 17 de diciembre de 1857. Las reales Cédulas de San Ildefonso, de San Lorenzo del Real y demás actos sobre régimen de tierras y minas de la legislación española y de la República. Y finalmente se invoca el Artículo 737 y siguientes del C. Judicial.

No dice el actor en el libelo que con éste hubiese acompañado uno solo de los documentos o títulos relacionados con los hechos fundamentales. La nota secretarial dice que con la demanda se acompañaron unos documentos en 8 fojas útiles. Estos documentos consisten: a) en el memorial de sustitución del poder conferido por el alcalde de Salamina al doctor Marcos T. Amarís, el 22 de junio de 1943, sustitución que hace dicho abogado en la persona del doctor Lázaro Díaz Granados, "para demandar en juicio ordinario a la Nación o Estado Colombiano, y, si fuere el caso, a otras personas naturales o jurídicas, para que se declare principalmente que pertenece al citado municipio de Salamina desde antes del 28 de octubre de 1873, un globo de tierra y las materias de su subsuelo....." b) El poder materia de la sustitución mencionada, conferido por el Alcalde de Salamina al Dr. Amaris, en desarrollo del Acuerdo número 7 de 22 de junio de 1943 del Concejo Municipal del mismo lugar, que obra anexo a dicho poder; c) Copia del acta de posesión del Alcalde que otorgó dicho poder.

Todos estos documentos fueron desglosados por orden del Tribunal Superior de Santa Marta, del juicio 'ordinario' propuesto por el Municipio de Salamina contra la Nación 'sobre propiedad de unos terrenos y su subsuelo'.

Admitida la demanda, se dió traslado al Fiscal del Tribunal, quien se abstuvo de contestarla y en cambio propuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del apoderado que formuló la demanda. El incidente fue fallado por el Tribunal declarerando que la excepción había sido presentada fuera del término legal.

Posteriormente el Tribunal dispuso correr nuevo traslado de la demanda al Fiscal de la corporación para que la contestara; pero habiéndose reclamado por el actor la providencia respectiva, ésta fue revocada. Fue así como el negocio continuó su trámite regular sin la contestación del libelo por parte del representante legal de la Nación.

Concluídas las ritualidades propias de la primera instancia, el Tribunal Superior de Santa Marta pronunció sentencia con fecha 15 de octubre de 1955, en la cual declaró probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, con fundamento en el hecho de que la parte demandante no aportó al proceso la prueba relativa a la admisión de la Propuesta número 138 formulada al Ministerio de Minas y Petróleos por el Sindicato Ganadero Colombiano S. A., a que se refiere el hecho primero de la demanda.

La aludida sentencia fue apelada oportunamente por el apoderado del Municipio demandante, y en esa virtud los autos fueron remitidos a esta Sala.

Cumplida la tramitación del recurso, y no observándose causal alguna de nulidad, se pasa a resolver en definitiva, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

a) **La excepción declarada por el Tribunal.** La excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo que declaró probada el Tribunal en el fallo recurrido, por cuanto efectivamente el actor no adujo en la primera instancia del juicio el documento adecuado para demostrar la existencia de la Propuesta Número 138 y su admisión por el Ministerio de Minas y Petróleos, virtualmente ha desaparecido, pues dentro del término probatorio de esta segunda instancia, el apoderado del Municipio de Salamina trajo a los autos un ejemplar autenticado del Diario Oficial Nº 25450 de 21 de enero de 1944, donde aparece publicado el AVISO correspondiente a la propuesta número 138 de que se ha hecho referencia cuyos límites allí se transcriben. (Fol. 1 del cuaderno Nº 8).

Como en las presentes circunstancias, se impone la revocatoria de la sentencia de primer grado, la Sala debe entrar a estudiar las cuestiones de fondo de la presente controversia, mediante el estudio de las probanzas a ella aducidas, y siguiendo el orden que corresponde con arreglo a la pauta que al respecto establece el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, vigente en la época de la presentación del libelo que dio origen al presente negocio.

Título emanado del Estado

b) En la demanda no se cita concretamente el título emanado del Estado en virtud del cual se pretende que el hoy Municipio de Salamina es dueño titular no solamente de la superficie, sino,

especialmente, del subsuelo petrolífero del globo de terreno alindado en la petición 4ª del libelo.

Allí sólo se dice que dicho Municipio hubo esa propiedad, como sucesor del antiguo sitio o Parroquia del Guáimaro, llamado también Nueva Victoria de Nuestra Señora del Rosario de Castro, al cual se adjudicó por la Corona Española 'cuatro leguas de tierra, antes del año de 1773.' (hecho 4º)

Se dice también (hecho 6º) que los vecinos del antiguo Guáimaro 'poseyeron materialmente las mismas tierras, desde antes del año de 1773, ejecutando para el vecindario o común, en calidad éste de señor y dueño, actos de explotación económica del suelo y hechos positivos de aquellos a que dá derecho el dominio....' actos de posesión que dicho vecindario o común ejerció hasta que dejó de existir 'por haber sido agregado al distrito municipal o municipio de Salamina".

Por tanto, la demanda apenas dá una noticia vaga e imprecisa del título de adjudicación al común o vecindario del Guáimaro, ni siquiera se expresa en qué año se produjo tal acto de la soberanía real, cuál fue la autoridad representativa de esa soberanía que emanó de las diligencias de adjudicación, y si ésta se hizo con arreglo a las normas de rigurosa aplicación sobre fundación de nuevas poblaciones, contenidas en las Leyes de Indias.

En el alegato de conclusión, el señor apoderado del municipio demandante expresa que el título de adjudicación al común o vecindario de Nueva Victoria de Nuestra Señora del Rosario de Castro no ha sido hallado, pero que al expediente se han allegado documentos expedidos por autoridades competentes que dan fe de su existencia.

Los documentos aludidos son, según se hallan detallados en el escrito en referencia presentado ante el Tribunal por el apoderado del Municipio de Salamina, los siguientes:

"1º—El título expedido en 1774, por el Virrey Guirior, a favor de los condueños de Candelaria.

"2º) El título expedido por la Audiencia de Santafé en 1794, a favor de los vecinos de Remolino.

"3º) El título de Matadero y Coposo, otorgado en 1776, por el Juez Subdelegado de tierras de Santa María, a favor de D. José Rafael del Villar y traspasado al Municipio del Piñón.

"4º) Sendos certificados de don Antonio José Vélez, en 1784 y Francisco de Paula Romo en 1785, ambos jueces de la Colonia, que dan testimonio de la existencia del título."

Se procede, por tanto, al estudio de los documentos expresados, trasladados en copia del juicio ordinario promovido por el mismo Municipio de Salamina contra la Nación sobre propiedad de unas tierras, ya fallado, según se afirma, por la citada Corporación.

1º—**Título de 'Candelaria y Condueños.'** En esta pieza probatoria, constituida por la protocolización hecha por medio de la escritura sin número pasada ante el Notario de Santa Marta el 15 de marzo de 1876, de varios documentos relacionados con la adjudicación de 33 caballerías de tierras a un grupo de vecinos del sitio de Guáimaro, encabezados por don Josef Flórez Longoria, consta lo siguiente:

(Fol. 66 v. del C. Segundo) "**Testimonio del título de treinta y tres caballerías veinte y nueve fanegas y once almudes de tierra que en los terrenos de este sitio posee D. Antonio Sánchez en consorcio de otros nueve compañeros el cual fue sacado por el Capitán Aguerra Justicia mayor de este partido y su jurisdicción.**" Este testimonio se compone de la solicitud elevada en el mes de enero de 1773 al Virrey don Manuel de Guirior, a su paso por la ciudad de Cartagena, por Matías Carrasco, Procurador del Número de la Real Audiencia, como apoderado de don Josef Flórez Longaria, "vecino y administrador de la Real renta de Correo de Cartagena", de Antonio Sánchez y Julián Balera, "vecino del sitio de Nueva Victoria de Nuestra Señora del Rosario de Castro de la Providencia de Santa Marta", "todos tres pobladores de este sitio", para que se le adjudicase a dichos poderdantes "unas tierras y sabanas incultas aunque traficadas por los indios bárbaros de la nación Chimila" que los peticionarios habían descubierto en sus correrías contra dichos naturales. Los peticionarios ofrecen cultivar esas tierras, de lo cual vendrían a beneficiarse las ciudades de Santa Marta, Riohacha y Cartagena, "a la que no hera difícil el transporte de los frutos que produjeran sino también establecer en el centro de las susodichas tierras **otra nueva población agregada a la de Victoria** con el objeto igualmente no menos importante y recomendable de impedir las hostilidades de dichos bárbaros Chimilas....". Los peticionarios calculan que el área de las tierras solicitadas es de treinta y ocho caballerías.

Se oyó el concepto del Fiscal, quien considera conveniente la adjudicación por las razones que se dán en el pedimento, y agrega que puede dispensarse la formalidad del remate, bastando para la venta de las tierras la medida y deslinde de las tierras y su avalúo, para el cual habrá de tomarse

como base el valor de las adjudicaciones de tierras circunvecinas.

De acuerdo con este concepto, se ordenó la práctica de la mensura y justiprecio de las tierras solicitadas, y se comisionó para ello al Teniente de Milicias de Riohacha, don Luis Guerrero, quien como primera medida procedió a citar a los interesados y vecinos, entre ellos el Juez ordinario del sitio de la Victoria don Julián Valera, **"y a ninguno se le ofreció el menor reparo que oponer por ser los únicos interesados los mismos pretendientes pobladores del nombrado sitio."**

Con asistencia del Juez Valera y de los interesados se dió comienzo a la medida el 10 de septiembre de 1773 clavando una estaca "a las márgenes del Arroyo Salado y paso que nombran de Cayetano se tendió y fue siguiendo por ángulo de setenta y seis grados de norte para el este por cuyo rumbo directo y según reglas del arte se midieron diez y nueve mil ochocientas cincuenta varas que terminaron en el paraje que nombran Caño Ciego desde donde siguió por el mismo rumbo midiendo veinte y siete mil trescientas y cincuenta varas que remataron en un árbol grande y copioso de jobo, el que se destinó para que los interesados pusieran un perpetuo lindero como mojón y para su conocimiento se puso la marca en el expresado árbol de dos cruces grandes desde cuyo lindero se midió el rumbo del sur directamente y se midieron once mil varas que terminaron en un árbol de majagua y se les previno a los interesados por mi tuvieron presente esta marca para segundo lindero del terreno y siguiendo por el rumbo Oeste directamente se midieron catorce mil ochocientas diez varas que se concluyeron en un palo de Ubero que por no internar la mensura a los límites de las tierras del maestre de Campo d. José Fernando fue preciso traer el rumbo que llevó dicho desde cuio paraje del ubero en donde se pusieron varias marcas y cruces para conocimiento del paraje, se mudó el rumbo de sesenta y seis grados por el que se midieron directamente siete mil varas que finalizaron en el hato y casa de Soledad y en un palo que nombran de Narangito, se puso la marca como en los antecedentes, y desde cuio paraje siguiendo la medida por ángulo de treinta y cinco grados del Norte para el Oeste, se midieron nueve mil varas que terminaron en el paraje en el que se dió principio a esta mensura...." La medida arrojó un total de treinta y tres caballerías veinte y nueve fanegas y once almudes.

Aprobadas estas diligencias y el avalúo correspondiente, se expidió el título de merced, previa la certificación de pago del precio fijado y de los derechos respectivos, con fecha 27 de julio de 1774, el cual debía ser materia de posterior confirmación. Esta fue despachada por el Virrey con fecha 11 de agosto de 1774 (folio 75 vuelto).

De este documento, como bien se observa, no aparece una mención concreta del título de adjudicación que se dice fue hecha al común o vecindario del sitio de Nueva Victoria de Nuestra Señora del Rosario de Castro. No se dijo allí que el Juez Valera, quien asistió a la medida como representante de la referida población, hubiese exhibido título alguno, y de que los linderos señalados para las tierras de Candelaria o Condueños coincidieran con los del Común del Guáimaro. Se reconoce, cuando más, la fundación de este sitio cuando se habla de que la adjudicación de las 33 caballerías 29 fanegas y 11 almudes tiende a la creación de una nueva población "agregada a la de la Victoria", y también, cuando el agrimensor nombrado para la mensura transcrita, reconoció como interesado al sitio del Guáimaro, cuyo Juez Ordinario fue citado para que presenciara la diligencia.

En el año de 1837 se suscitó ante el Juez Letrado de la Provincia de Santa Marta un litigio "entre Ildefonso Orozco, Gabino Arévalo y el fisco sobre tierras", en el cual se hizo necesario verificar una diligencia de 'vista de ojos' por medio de peritos, para establecer los verdaderos linderos entre las tierras del fisco de Pivijay y las de Candelaria y Condueños. Se comisionó para ello al Juez Letrado del Circuito de Ciénaga. Este funcionario dispuso en primer término dirigir oficio al Presidente del Cabildo de la Parroquia del Guáimaro, en la cual expresa que "estando comisionado por el señor Juez Letrado de Hacienda para dar vista de ojos al lindero de las tierras de 'Candueños' **que colinda con las tierras de esta parroquia"** (Guáimaro), participo a Ud. que mañana se dará principio a esta diligencia para que se sirva concurrir a ella como Personero Parroquial ..." A este oficio contestó el Presidente del Cabildo del Guáimaro excusándose de asistir, por estar imposibilitado por enfermedad que le aqueja, así como también le es imposible delegar tal representación. (folios 14 v. a 16 del C. Nº 3).

En desarrollo de la misma comisión el Juez Letrado de Ciénaga procedió a recibir varias declaraciones de vecinos para establecer los linderos que debían ser materia del reconocimiento ordenado. Uno de tales testigos, Marcos García, declaró: "Que con motivo de que su difunto padre Marcelo García fue uno de los que trabajaron en

la pica cuando se midieron las tierras que compraron los diez Condueños de esta Parroquia (José Longoria y compañeros) sabe desde que tiene uso de razón que el lugar nombrado paso del 'Cayetano' está a orillas del arroyo Salado que pasa por detrás de esta parroquia: Que allí comienza la pica y que fue camino real desde entonces: Que como hace un bajo se hizo como a media cabuya para arriba un puente..... que entonces no se atravesaba por el paso de 'Cayetano'; pero siempre se conservó la pica y se conserva aún como lindero, el cual podrá manifestar prácticamente..... y en su dirección se hallan en sus mismos lugares los antiguos corrales con sus mismos nombre y son del paso de Cayetano a la yuca, corral de Marciano Avendaño, Similiano corral fundado por Eduardo de la Guerra, Martinete fundado por Antonio Sánchez siguiendo la pica desde Martinete y por lo que llaman la costa de la Salada se encuentra el caño del Mico al salir al Playón del Fraile; que de Martinete al caño del mico no es camino real sino la antigua vereda que se conserva como parte del lindero; que Mariano Avendaño uno de los condueños hizo adelante de Martinete un corral que llaman La Danta y por esta dirección es que anda la gente; la pica se conserva limpia y queda a la izquierda de La Danta; que por ser camino real el camino de Martinete a La Danta para llevar al caño de el Mico se movió pleito con los vecinos de Remolino, y se declaró como ha manifestado que la Danta está en las tierras de 'Condueños'; que del caño del Mico sigue el lindero a caño Ciego. . . ."

De muy semejante tenor son las restantes declaraciones.

En la diligencia de vista de ojos, iniciada el 20 de abril de 1849, mediante el examen de los títulos de "Candelaria o Condueños" y el reconocimiento del terreno, que la línea recorrida correspondía exactamente a la fijada en la diligencia de deslinde practicada por Luis Guerrero en el año de 1773. Las conclusiones de los peritos fueron estas: "1º Que partiendo de la Parroquia de Guáimaro la línea comienza en el paso de Cayetano, por el grado de setenta y seis al Nordeste es el lindero de las tierras de 'Condueños'. 2ª Que desde el paso de Cayetano las tierras de 'Condueños' quedan a la derecha en toda la prolongación de línea, sin que en toda la extensión referida, se hallen terrenos intermedios, que no tegnan dueños. 3ª Que desde el caño del Mico siguiendo el mismo lindero y en la misma dirección quedan a la izquierda las tierras de la parroquia de Remolino. 4º Que estando el corral de San Roque a la derecha de la línea y a más de media legua de distancia de ella, están también las tierras de 'Condueños'.

En esta pieza probatoria que contribuye sin duda a la determinación teórica de los linderos de las tierras de 'Candelaria y Condueños', no se sigue ninguna conclusión relativa a la existencia del título de adjudicación al común o vecindario del Guáimaro, ni en relación con el contenido de dicho título. Solamente se deduce que el Juez comisionado reconoció al distrito parroquial de aquel nombre que podía tener interés en la diligencia de vista de ojos que se iba a practicar, sin que se sepa, por otra parte, qué fundamentos tuvo para ello el funcionario citado. Como se ha visto, el representante de la parroquia mencionada se abstuvo de concurrir a la diligencia, así como de designar una persona que hiciera sus veces durante el acto de que se trata.

2º— **Documentos relativos a las tierras del común de Remolino.** Estos documentos fueron protocolizados en la escritura Número 149 de 4 de agosto de 1943, pasada en la Notaría primera de Santa Marta (folios 45 v. y ss. 1er C. Segundo). Según consta en esta escritura tales documentos habían sido ya objeto de una primera protocolización en la Notaría de Remolino, por medio de la escritura Nº 1 de 28 de marzo de 1865, cuyo original desapareció del archivo de dicha Notaría de Remolino. Así que esta nueva protocolización trató de la segunda copia de la primera escritura de 1865.

El título originario de Remolino materia de la protocolización de que se trata contiene lo siguiente:

En primer término una atestación del Notario de Remolino sobre la relación de los documentos presentados para ser protocolizados en 1865 (Escritura Nº 1) que dice así:

"1º—En una foja escrita el Acuerdo de la Corporación Municipal de 22 de los corrientes "sobre protocolización de títulos de tierras y otros documentos. 2º—En treinta y cinco fojas escritas el título de las tierras del Común de Remolino. 3º—En treinta fojas escritas el título de las tierras del Común del Guáimaro, hoy común de Remolino por la ley del Estado de veintinueve de diciembre del pasado año sobre división territorial.... Doy fe que el título de las tierras del Común del Guáimaro tiene la fecha del año de mil setecientos setenta y siete y escrita su primera foja en papel sellado de mil ochocientos cinco, que fue el año en

que se expidió el testimonio de los expresados títulos, testimonio que está suscrito y signado por el escribano público Francisco Antonio Limero; doy fé que las diligencias de confirmación de la concesión hecha por el Virrey al Común del Guáimaro están fechadas el año de mil setecientos setenta y siete, escritas en papel sellado del mismo año y suscritas por Antonio de Narváez y la Torre, Vicente Cataño y Francisco Javier Manjarrés; doy fé de que ambos títulos los del común de Remolino y Guáimaro, están escritos en letra española, clara e inteligible, el papel tiene algunos rotos y polillas y está monusco por la acción del tiempo. Se advierte que no se han protocolizado las diligencias de demarcación del terreno del común del Guáimaro de que trata el inciso cuarto del artículo primero del Acuerdo de la Corporación Municipal ya citado, porque no están suscritas por nadie, les falta autenticidad y no merecen fé, considerándose como una simple apuntación que se devuelve al señor Procurador Municipal, para que haga de ellas el uso que le convenga...."

El título de Remolino propiamente dicho, está constituido por la solicitud que elevó el apoderado de "todos los vecinos" del sitio de la Purísima Convepción del Remolino para que se les expidiera título de propiedad de las tierras "que poseemos desde la Cabecera del Caño de Tuntún, hasta los linderos de nuestro vecindario, y hacendados del Guáimaro, siguiendo dichos linderos para adentro hasta la costa de los Cañaverales tierra firme de San Nicolás.... inclusas que son Islita de la Para, Posa de Macimiliano y Playones todo de la yuca...." En el despacho librado para que se procediera a la medida y deslinde de las tierras pedidas se hace referencia a la solicitud formulada por Nicolás Martínez "como apoderado de José de Llanos, vecino del sitio de Soledad" para 'comprar a mi real erario unas tierras realengas citas en el paraje que llaman Mochilas de Sabanita lindando con las de don Antonio de Cepeda, y con las que tienen compradas los vecinos de San José, Sabanas del Queso, Caño de Buenavista, arriba con sus manglares y anegadizos, tanto salados como de agua dulce. "

Consta a continuación que el cinco de marzo de 1776 se comenzó la diligencia de medida en el paraje de la Cabecera del caño Tuntún. Al llegar la medida al caño de La Danta, el agrimensor ordenó, para continuar desde allí que asistiera el Personero 'que destinaron los vecinos del sitio del Guáimaro'. No obstante, quien aparece interviniendo allí, previamente requerido, es Domingo Castañeda como representante de los condueños de las tierras de Candelaria y San Nicolás 'para presenciar las presentes medidas en la frente que linda con dichas sus tierras.' Así se continuó la medida por el Caño del Mico, Playón del Fraile, Caño de Caballo, Caño del Ubero, hasta la Rinconada de Cantagallo, sitio que se reconoció como el último de la línea divisoria con las tierras de Candelaria y Condueños. A todo lo largo de esta diligencia no se hace alusión alguna a las tierras que se dice habían sido adjudicadas al común del Guáimaro.

Aparece inserta una solicitud de varios vecinos de Remolino dirigida al Capitán Aguerra, Juez Ordinario del Distrito de Remolino, para que, con base en el Decreto de Tenerife, expedido el 11 de marzo de 1775, se les adjudiquen las tierras y montaños y playones 'que se hallan a sus espaldas colindantes con las otras dos nuevas poblaciones de Santa Cruz de Sitio Nuevo, de Nuestra Señora del Rosario del Guáimaro y hacendados de éste, siguiendo aguas del playón nombrado El Fraile...." (subrayó la Sala).

En virtud de esta petición se dispuso suspender la tramitación de la petición anteriormente presentada por don José de Llano, y otorgar una escritura de "responsabilidad" a favor de los vecinos de Remolino. Las diligencias fueron remitidas al Gobierno de Santa Fé, donde se oyó el concepto del Fiscal, favorable a la adjudicación al común de Remolino, y con fundamento en ello, se concedió la merced de tierras solicitadas en extensión de 18 caballerías, y por los linderos ya fijados en la diligencia de medida y avalúo verificada en las diligencias promovidas por el primer peticionario señor de Llano. Se ordenó expedir el correspondiente título de propiedad. El decreto lleva fecha 5 de septiembre de 1794, y allí se dispuso, igualmente, dar posesión a los vecinos de Remolino con citación de colindantes. (folio 54 del C. Segundo).

Durante las diligencias de posesión ordenadas, el Juez comisionado dispuso citar a los vecinos del Guáimaro y a los condueños de los Playones de Candelaria para que se hiciesen presentes en ellas, citación que se hizo para el día 21 de mayo de 1776 en el lugar llamado La Danta. El representante del sitio del Guáimaro, Miguel de Orozco, al recibir la citación expuso que 'por la citación que se hace del caño de La Danta, comprende que en esta parte no tiene que hacerse con este vecindario; respecto de que dicho caño de La Danta está en las tierras de los diez condueños, que poseen las de los Playones de Candelaria, y que únicamente el vecindario junto con los expresados

comuneros tienen acción en las tierras Altas de Cañaverales, de tierra firme, que corren desde el río San Sebastián de Sierra Nevada, y sus derramaderos, playones de dicha Candelaria de que se hallan en posesión, desde el veinte y seis de septiembre de mil setecientos setenta y seis, en virtud del superior decreto, expedido en la Villa de Tenerife a once de marzo de dicho año por el Excelentísimo señor Virrey don Manuel Guirior la que fue dada por don Julián Valera...." (folio 57 C. Segundo).

Hasta aquí lo que interesa a las tierras que se pretende haber sido adjudicadas al común del Guáimaro.

De todo lo anterior se establece:

De la atestación del Notario de Remolino en la escritura de protocolización Nº 1 de 1865 resulta que a dicho acto se llevó un testimonio debidamente expedido del título de adjudicación de las tierras del Común del Guáimaro, y de la confirmación de dicho título, hechas en el año de 1777. La diligencia de posesión no se aceptó para dicha protocolización por no llevar firma responsable.

Cuando se trató de dar posesión a los vecinos de Remolino de sus tierras, el representante de la población del Guáimaro expresó claramente que las tierras que se iban a entregar no tenían puntos de colindancia con dichas del Guáimaro pues el título de este último vecindario sólo daba acción "en las tierras Altas de Cañaverales, de tierra firme, que corren desde el río San Sebastián de Sierra Nevada, y sus derramaderos, playones de dicha Candelaria", tierras estas que no se mencionan en la demanda de este juicio.

Por último, de la manifestación hecha por el representante del Común del Guáimaro en la referida oportunidad, se alude a que las tierras de dicho Común fueron adjudicadas de acuerdo con lo establecido en el Decreto de 11 de octubre de 1776 expedido en Tenerife por el Virrey Guirior, cuyo texto no obra en los autos.

3º—Igualmente la parte demandante ha aducido como documento anexo con el título del antiguo Guáimaro, que habla de la existencia de éste y que contribuye a establecer los límites de las 18 caballerías de tierra que según el vocero don Miguel de Orozco estaban amparadas por esa adjudicación, la copia de las diligencias relativas a las tierras del hoy Municipio del Piñón, antiguamente llamadas de 'Matadero y Coposo'. Los documentos respectivos también fueron objeto de la prueba trasladada de que se ha venido haciendo mérito, y están visibles a folios 23 a 42 del cuaderno segundo de pruebas del actor. Allí aparece:

a) El título de adjudicación obtenido en subasta pública por Rafael de Villar el 1º de agosto de 1776, sobre "cuatro caballerías de tierra, veintinueve fanegas y trece cuartos de almud", situadas en el paraje 'que llaman el Matadero y Coposo, Distrito y Jurisdicción de esta ciudad y Provincia' (Santa Marta), remate practicado ante el señor Félix de Almarza, abogado de las Reales Audiencias de Santa Fé, Teniente Auditor de Guerra de Santa Marta y Juez subdelegado privativo de tierras, y comprendas por estos linderos: 'distantes como de tres leguas del Río de la Magdalena que linda con los Caños de Colador y Ciego con el playón nombrado de los cantillos y tierras de la Ciénaga de Soledad." En la mensura previa al remate, se indicó que estas tierras son 'colindantes con las posesiones de los hacendados del Guáimaro hasta la orilla en rectitud del río Magdalena, lugar de la boca de Caño hondo, cuyo frente de éste, queda en la del Caño del Rosario que mira a la provincia de Cartagena, a la que se puso una cruz y un gran socolado en una Seza de él para señalamiento del cuarto lindero...."

b) La diligencia de posesión dada al adjudicatario Rafael de Villar por don Juan Valera el 23 de diciembre de 1776, para la cual no se hizo citación de colindantes.

c) Las escrituras públicas por medio de las cuales Rafael de Villar transfirió la propiedad del predio 'Matadero y Coposo' a favor de José Munive y Mozo en 1780, y la que contiene la venta hecha por este último a favor del sitio del Piñón, de fecha 20 de abril de 1797.

Como se observa, este documento no contiene referencia alguna concreta a la adjudicación de las tierras del Común del Guáimaro, ni a los linderos de la misma; por el contrario, al decirse allí que las tierras rematadas por Villar colindaban con 'las posesiones de los hacendados del Guáimaro', se está haciendo referencia a terrenos distintos de los del Común de dicho lugar, posiblemente a las llamadas de Candelaria y Condueños.

4º—Finalmente, dentro del término probatorio de este juicio, se allegó copia de los certificados expedidos el 6 de octubre de 1784 por don Antonio José de Vélez, Capitán a Guerra de San Antonio (pieza esta tomada del juicio ordinario ya fallado del Municipio de Salamina contra la Nación), a solicitud de Januario Camacho, y que dice textualmente así, en lo pertinente:

"Certificación del capitán aguerra, de que San

Antonio se fundó hace 27 años, y Guáimaro doce años, con suficientes tierras; que las denunciadas son descubiertas y trajinadas por los de San Antonio y que le son de mucha utilidad. —Don Antonio Josef Vélez, capitán de milias, aguerra, justicia mayor, juez ordinario y de remisos de los sitios del Guáimaro y San Antonio, por el Excelentísimo señor Virrey del Reino &— Certifico: en la más bastante forma que puedo, debo y el derecho me franquea, para que ante los señores que la presente vieren.... Y también conozco desde doce años a esta parte a el sitio del Guáimaro, por ser moderna su fundación, y con el motivo de haber más de cuatro años que como capitán aguerra lo gobierno, me consta, por lo que he visto y me han comunicado varios hacendados y prácticos de aquellos parajes, que dicho sitio tiene cuantas tierras necesita para la labranza y crías de ganados, así en los veranos como en los inviernos, y también retiros cómodos para las mayores crecientes del río, y asimismo sobrantes con las que su Majestad les donó para su fundación, y después han comprado, que sin perjudicarse los unos a los otros criadores y hacendados, se manejan e introduzen en sus abrevaderos y potreros novilladas del Valle, Chiriguaná y otras partes, para conducir a la ciudad de Cartagena, y sin duda alguna se puede inferir que la pacificación de los Chimilas ha nacido de la eficacia con que los vecinos de este dicho sitio los combatían sin temor alguno....»

El segundo certificado, fue expedido con fecha 7 de julio de 1785 por Francisco de Paula Romo, Juez Ordinario Fundador de "esta Nueva Población de San Pedro Mártir del Piñón", y en lo pertinente dice así:

"CERTIFICO que conozco de vista, trato y comunicación al que se presenta, hace el término de treinta años.....así mismo es constante que en tiempos pasados se me confirió comisión por el señor Gobernador de esta Provincia para darles posesión a los vecinos del Guáimaro de treinta y tres o treinta y cuatro caballerías de tierra como así lo practiqué, y habiendo sido para apastaderos de ganados, y parte de lomas altas a **excepción de las que ya tenían adjudicadas por merced y gracia** concedida a los fundadores de cuatro leguas que componen diez y seis caballerías, y al frente de esta se renovó otra mensura que no tengo presente su extensión...."

De estas certificaciones se establece una nueva afirmación de la merced de tierras para la fundación del Guáimaro, no ya de 18 caballerías de tierras, sino de 16, como se expresa en el certificado del Juez ordinario del Piñón.

Acerca de la desaparición del título originario del Común del Guáimaro de que se viene tratando, existe al folio 20 vuelto del mismo cuaderno segundo, un oficio dirigido por el Alcalde del Distrito del Guáimaro, fechado el 3 de septiembre de 1838, dentro de la documentación formada para la erección del Distrito Parroquial de Puntagorda (hoy Salamina) oficio en el cual se expresa lo siguiente:

"Al señor Jefe Político de la Capital. Es bien notorio que esta parroquia en el principio de la guerra para nuestra emancipación, fue la primera que por su notorio patriotismo, y que en su seno tenía varios hijos que cualluvaron (sic) a ella, sufrió los desastres que son consiguientes de aquella, entre los cuales fue uno el incendio por el que sus archivos fueron unos devorados por el fuego, y otros perdidos; entre los que como era regular reposaban custodiados los documentos fehacientes que de tiempo inmemorial acreditaban sus linderos, los que fueron respetados por las parroquias circunvecinas....."

Pasa luego a expresar cuáles eran los linderos del vecindario del Guáimaro, y dice:

"Esta parroquia por la parte de abajo colinda con la Parroquia Remolino, hacia el norte en el primero con el corral o Caño de Julio, siguiendo hacia el Oriente segundo a la Horqueta del Caño Condaso; Tercero palo de brujas en donde se encuentra un perno; cuarto playón de Candelaria siguiendo siempre al sol: quinto playón de San Marcos, hasta los derramaderos del río de San Sebastián de Sierra Nevada."

Luego alude el oficio a la mensura que se practicó de dichas tierras en el año 'de noventa y dos' (1792) por Andrés Ortega y Francisco Garavito, en la cual, dice el informante, se hizo la siguiente determinación: "de los que resultan la división territorial entre esta Parroquia con la colindante de Remolino, y volviéndose por la misma pica de donde se principió, se halla el corral o Caño de Julio al margen del río Magdalena línea recta hacia el frente de la Isla o punta de Mellizos) por el Torín Caño o puerto Mira-Dama Provincia de Cartagena, siguiendo por la parte de arriba, se encuentra la Isla de Pacheco; de esta, a distancia de una legua, el Caño de las Garzas; de aquí a otra legua, la boca que llaman el Brazuelo, subiendo siempre por la misma costa: se hallan las playas que llaman de los Indios, y a dos leguas de este lugar se encuentra el retiro de Puntagorda, [illegible] dado a más de treinta años por los vecinos de esta Parroquia Guáymaro. Siempre siguiendo costa arriba a una corta legua hacia el frente de la Pro-

vincia de Cartagena, está caño Puerto de Candelaria, y a su frente en esta provincia se halla situado el primer mojón de material en el lugar nombrado fundación de los Chinilas o Limón del Tío Manco, lo cual es la división de lo perteneciente al Guáymaro, y de donde principian las tierras pertenecientes al Piñón de San Pedro Mártir. Siguiendo tierra adentro y por regla al naciente del sol, se encuentra existente, el segundo mojón de material situado en la Loma del Tío Sayas, del que internándose tierra adentro, está el paraje llamado Copozo; de este punto, al matadero; de aquí a Colador siempre tierra adentro a la Ciénaga de Soledad; de esta a la Quemada; de aquí al Bongo de la Angostura, en donde se ve hasta el presente un perno; y confina este con las tierras de la Marquesa, cuya demarcación fue practicada en el año de mil setecientos noventa y tres por el señor comisionado Andrés Ortega y agrimensor Dn. Francisco Garabito, la cual medida fue subsitada a pedimiento de Dn. Eduardo de la Guerra como apoderado del vecindario del Guáimaro, para contener a un fulano Romo vecino del Piñón, que pretendía traspasar los límites de las tierras del vecindario Guáimaro. De la Angostura tierra adentro línea recta, siguen los Cañaverales de San Nicolás, y de estos siguiendo a la Nevada, están los límites de los derramaderos del Río San Sebastián, concluyendo con esto por esta parte los linderos de esta Parroquia Guáimaro."

De todo lo transcrito hasta aquí se deduce lo siguiente:

a) Al expediente se han aducido documentos que establecen la posibilidad de haberse expedido un título de adjudicación de tierras al común del Guáimaro. Entre ellos, el más expresivo viene a ser la escritura de protocolización No 1 de 1865, pasada en la Notaría de Remolino, en la cual el Notario ante quien se llevó a efecto dicho acto a favor del Municipio del mismo nombre, dejó constancia expresa de que uno de los títulos materia de la protocolización fue el del Común del Guáimaro, constante de treinta fojas escritas, con la debida autenticación, y del testimonio de la confirmación de esa misma adjudicación real, todo ello cumplido en el año de 1777.

b) Este título, según se ha visto ya, desapareció. En la escritura No 149 de 4 de agosto de 1943 (folio 45 del C. Segundo) de la Notaría Primera de Santa Marta, por la cual se hizo protocolización de varios documentos relativos a las tierras del común de Remolino, se dice lo siguiente: "Tercero: que presenta también un certificado del Notario de Remolino en que consta que el protocolo del año de mil ochocientos sesenta y cinco (1865) **no existe en su archivo.**" (subraya la Sala).

c) De las certificaciones expedidas por el Capitán a Guerra don Antonio José de Vélez (1784) y por el Juez Ordinario Francisco de P. Romo en 1785, no se establece dato alguno concreto sobre el desaparecido título, apenas se dice en ellas que hubo una adjudicación de tierras para la fundación del Guáimaro, en extensión suficiente, y que esas tierras tenían una área de 16 caballerías, o cuatro leguas.

c) En cuanto hace al informe rendido por el Alcalde del Guáimaro, suscrito en 1838, se ha de observar, primero, que en él se confirma la desaparición de los documentos originales contentivos del título del Común del Guáimaro en la época de la guerra de emancipación; y segundo, que este informe tuvo origen en las diligencias encaminadas a la erección de la Parroquia o Distrito Parroquial de Funtagorda (hoy Salamina), de acuerdo con la legislación que sobre la materia imperaba a raíz del establecimiento del gobierno republicano.

En tales circunstancias, tanto la referencia sobre la existencia del título mismo como en lo que respecta a los linderos que dicho funcionario le señala a las tierras del Común del Guáimaro no tiene otro valor que el de simple referencia.

d) A todos los documentos analizados cabe hacer esta última observación de fondo:

Como se ha demostrado por la transcripción de lo pertinente de cada uno de ellos, podría decirse considerando tales documentos con un criterio de amplitud que las autoridades de la Colonia sí otorgaron la merced de tierras para la fundación de la población del Guáimaro en el año de 1777.

Sin embargo, esta simple y escueta referencia no basta para la prosperidad de la acción de propiedad del subsuelo petrolífero ejercitada en este juicio por el Municipio de Salamina, porque la prueba de la existencia del título originario no ha de limitarse a la demostración simple y única de que el título fue expedido realmente, sino que debe dar fé de su propio contenido. Esto se explica fácilmente si se toma en cuenta que para juzgar acerca de la validez del título emanado del Estado, es preciso conocer su naturaleza, establecer si quien lo expidió tenía facultades para ello, si para su expedición se cumplieron los preceptos vigentes en la época sobre la materia y, por otra parte, si recibió la confirmación y si al beneficiario se le dió posesión de las tierras adjudicadas, acto este que servía para verificar el traspaso del

dominio de la Corona a favor del particular.

En el caso que se estudia se trata de un título en que se dice ha sucedido el municipio demandante, expedido con el fin concreto de la fundación de una población, la de Nueva Victoria de Nuestra Señora del Rosario de Castro, posteriormente llamada El Guáimaro.

En tales condiciones, y como más adelante habrá de exponerse con la amplitud requerida, para dar por sentado que el Gobierno de la Colonia hizo la adjudicación al común del Guáimaro, y que tal tal título, del cual pretende derivar derechos el Municipio demandante, tiene validez suficiente para declarar con fundamento en él la propiedad privada del subsuelo petrolífero de las tierras en litigio, sería necesario que las probanzas adjuntas no solamente se limitaran a establecer que el referido título existió realmente y que desapareció en un incendio o por otra causa cualquiera, sino que la adjudicación se hizo por autoridad competente y con arreglo a las prescripciones legales imperantes en materia de provisión de tierras para la fundación de nuevas poblaciones.

Acerca de este punto vital para juzgar de la validez del título alegado, conviene transcribir aquí los siguientes apartes de la sentencia proferida por esta Sala en negocio similar al presente sentencia que lleva fecha 19 de diciembre de 1946:

"De conformidad con los preceptos copiados, la fundación de poblaciones se hacía, o en virtud de capitulación que celebraba la persona que tomaba a su cargo el establecimiento en proyecto, con la autoridad competente que lo autorizaba al efecto, o bien en virtud de un acuerdo de personas particulares, no menos de diez, las que directamente obtenían la licencia y la adjudicación de las tierras para formar la población (Leyes VII y X, Título V). En la primera categoría de las leyes relacionadas se comprende el sistema llamado aristocrático por los tratadistas, en que la persona que se obligaba en capitulación obtenía, si cumplía sus obligaciones, "cuatro leguas de término y territorio en cuadro, o prolongado" que debía aplicarse así: sacar lo necesario para solares del Pueblo, Ejido y Dehesas "en que pueda pastar abundantemente el ganado que han de tener los vecinos y otro tanto para los propios del lugar; "el resto del territorio y término se haga cuatro partes: "la una de ellas, que escogiere, sea para el que está obligado a hacer el pueblo" y las otras tres se debían repartir en suertes a los pobladores. Es decir, que al fundador de la población según ese sistema le correspondía una buena parte de la extensión territorial destinada a la fundación. (Ley VII, título VII). Aquel fundador debía reunir treinta vecinos o a lo menos diez, en las circunstancias ya explicadas. En el otro sistema los vecinos de un lugar, directamente obtenían para ese sitio el terreno necesario al objeto de fundar y organizar debidamente la población. En este caso todo el territorio se aplicaba y distribuía según las reglas de la ley, sin lugar a la entrega en propiedad de la parte que en el primero de los sistemas había de darse al fundador de la población. Pero en ambos debían cumplirse tierras para la fundación de poblaciones y su aplicación a tal fin.

"Esas reglas, ya enunciadas en términos generales, tienen su desarrollo particularmente en cuanto al modo de aplicación de las tierras, en las leyes XIII y XIV del título séptimo. La primera de éstas manda que los ejidos estén de acuerdo con el crecimiento de la población y que haya espacio bastante para que 'la gente se pueda recrear y salir los ganados sin hacer daño'.

La segunda dispone que habiéndose señalado la tierra para ejidos de la población, se señalen dehesas, que confinen con los ejidos 'en pastar los bueyes de labor, caballos y ganados que los pobladores por Ordenanza han de tener'. Luego agrega la disposición que ha de aplicarse 'alguna buena cantidad más' para propios del Concejo; la segunda ley VII ha de ser de 'otro tanto para los propios del lugar o sea una extensión igual a la de los solares del pueblo, los ejidos de dehesa. Lo restante en tierras de labor debía aplicarse en suertes para los pobladores correspondiendo a la suerte de los solares del pueblo; pero que en todo caso debía ser, la tierra de repartimiento a pobladores de tres cuartas partes, si había capitulación, o si no la había de la totalidad del resto del territorio", después de sacado lo necesario para solares del pueblo, ejidos, dehesas, pastos y propios.

"Conviene fijar la atención en el contenido de esta norma. Conforme a ella, **habría de dotarse al pueblo de solares, ejidos, dehesas y pastos y de propias para el Concejo,** y repartirse al mismo tiempo una parte del territorio directa o individualmente a los pobladores, y asignarse una porción al fundador en los casos de capitulación, que al parecer fueron los más frecuentes. Este derecho consagrado por las leyes en favor de la persona que establecía una población, está indicando que, para que él no fuese ilusorio y se le respetase siempre las reglas consignadas en esas normas, especialmente en la Ley VII, debían tener cumpli-

miento en todos los casos y en su totalidad, es decir, que no tan sólo había de separarse tierras para solares, ejidos, dehesas y propios, sino también junto con aquellas aplicaciones tenía que hacerse de las porciones que habían de ir a particulares, uno de ellos el fundador, y los pobladores los demás. O sea: que la entrega de tierras los pobladores hoy que entenderla establecida en las leyes que se comentan, no como subsidiarias de la entrega de tierras para objetos de aprovechamiento común, sino al propio tiempo con las que se destinaban a estos fines. Este comentario tiene interés para juzgar acerca de la validez de los títulos de tierras para poblaciones que hoy pueden aducirse, por el cumplimiento que en cada caso se haya dado a aquellos ordenamientos." (Subrayó ahora la Sala) (G. J. Tomo LXIII, págs. 895 a 896). Esta doctrina ha venido siendo mantenida invariablemente por esta Sala de la Corte, como puede verse —para citar un caso más reciente— en la sentencia pronunciada con fecha 28 de noviembre de 1956, por la cual se decidió definitivamente del juicio ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero promovido por el Municipio de Cerro de San Antonio contra la Nación, fallo publicado en la Gaceta Judicial, Tomo LXXXIII páginas 1196 a 1206, donde se dijo sobre el particular:

"Era, pues indispensable para cumplir plenamente esa especial regimentación de la propiedad correspondiente a Sitios, Pueblos, Villas, etc. que el terreno adjudicado se distribuyera conforme a los ordenamiento legales que se vienen comentando; es decir, señalando partes de él para solares, ejidos, dehesas y propios del Concejo, y al mismo tiempo determinando lo que debía repartirse individualmente a los pobladores. De ahí que siendo la destinación dual, no puede entenderse que la entrega a estos últimos se estableciera como subsidiaria de la determinación de tierras para aprovechamiento común.

"Estos razonamientos, desde luego incontrovertibles, demuestran que para la plena validez del título por el cual se adjudicaban tierras para aprovechamiento comunales, o sea para entidades de las que hoy se denominan de derecho público, se requería el cabal y fiel cumplimiento de los preceptos legales vigentes al expedirse el título; de manera que al incumplirlos, omitiendo la distribución en la forma y términos señalados, dejaba de llenarse un requisito esencial para la eficacia jurídica de dicho título. De ahí que, en fuerza de todos estos razonamientos, haya considerado la Corte, en juicios que si bien han tenido otro origen y distinto procedimiento, plantean, en el fondo, la misma cuestión jurídica que se contempla en el presente negocio, que los actos de que dá cuenta la titulación "no son bastantes para producir por sí solos la comprobación de haberse adjudicado válida y jurídicamente las tierras al objeto contemplado. . . . porque a tal deducción se opone el imperativo ordenamiento de las leyes vigentes en la época. . . . . que hacía obligatoria la distribución de las tierras en forma de beneficiar tanto a los pobladores en particular como a las poblaciones consideradas como personas de derecho público".

Como ya se ha analizado, en el presente negocio, solamente existen fragmentarias y vagas referencias de la expedición del título del Común del Guáimaro, que se invoca en la demanda; la primera, es lo que suministra la escritura de protocolización número 1 de la Notaría de Remolino, extendida en el año de 1865, en la cual se afirma que uno de los documentos presentados para dicho acto fue el contentivo de la adjudicación de tierras al Común ya mencionado, y de la confirmación del mismo, hechas por el Gobierno de la Colonia en el año de 1777, según testimonio dado en el año de 1805; la segunda, es la que contiene la certificación expedida en 1784 por el Capitán don Antonio Josef de Vélez, según la cual el sitio del Guáimaro tenía adjudicadas tierras suficientes "para la labranza y cría de ganados" y asimismo sobrantes con las que su Majestad les dotó para su fundación'; la tercera, se halla en la certificación del Juez Ordinario Francisco de Paula Romo, de fecha 7 de julio de 1785, según la cual los vecinos del Guáimaro habían recibido para la fundación de dicho sitio una merced "de cuatro leguas que componen diez y seis caballerías. .": y, la cuarta, la contenida en el informe del Alcalde del Guáimaro, fechado en 1838, donde se afirma que el título de la fundación del Guáimaro fue destruido al quemarse los archivos que se custodiaban en dicho lugar, durante la guerra de la independencia.

No permiten estas tan breves referencias establecer la ubicación de los terrenos, el deslinde de los mismos y la correspondiente posesión. Mucho menos se puede saber si la adjudicación invocada, cuya finalidad fue indudablemente para la fundación de la población de Nueva Victoria de Nuestra Señora del Rosario de Castro llamado después El Guáimaro, se hizo a un particular con carácter de fundador del sitio, o si se hizo a un grupo de vecinos; y, lo que es muy importante, si se hizo, y en qué forma, la distribución de las tierras, de acuerdo con las prescripciones de las Leyes de la

Recopilación de Indias a que se refieren los fallos anteriormente transcritos.

Conforme al Art. 7º de la Ley 160 de 1936 (ordinal a) a falta del título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, se pueden aceptar como pruebas en esta clase de juicios, documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia; pero es claro que esa prueba documental tiene que contener por lo menos los datos relativos a la ubicación de las tierras materia del litigio y los linderos precisos que las determinen, porque de no ser así, no podría verificarse la confrontación de los linderos del primitivo título con los que rezan los títulos actuales.

No aparece, por tanto, la demostración indispensable para establecer jurídicamente la validez del título en referencia, de que en la adjudicación de que se trata se hubiesen cumplido las normas imperantes en la época de su expedición, en materia de concesión de tierras para la fundación de nuevas poblaciones, entre las cuales está, como se ha visto, la que ordenaba dividir el terreno adjudicado para ejidos, dehesas, propios del Consejo y para suertes.

Y si los documentos allegados a la presente litis no arrojan, como así ocurre efectivamente, dato alguno sobre tan importante particular, es claro que el título del Común del Guáimaro, invocado por el Municipio de Salamina para que se declare a su favor la pertenencia privada del subsuelo petrolífero de los terrenos alindados en su demanda, de ningún modo es posible atribuirle valor o eficacia legal a dicho título para los fines expresados.

TITULO DE LA JUSTA PRESCRIPCION

En la demanda se invoca, además, el título de la justa prescripción, en los siguientes términos:

"La parroquia, distrito parroquial, municipio o distrito municipal del Guáimaro, o las entidades equivalentes dentro de los varios regímenes de la república, continuaron la posesión del antiguo Guáimaro, con ánimo de señores y dueños, ejecutando actos de explotación económica del suelo y hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, hasta cuando el municipio del Guáimaro dejó de existir por haber sido agregado al distrito municipal o municipio de Salamina." (hecho 7º de la demanda).

"El Municipio de Salamina (hecho 9º), por medio de sus vecinos, con ánimo de señor y dueño, ha poseído y posee actualmente los terrenos de que trata la demanda, ejecutando actos de explotación económica del suelo y hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio. Esos vecinos han reconocido el derecho del municipio en los actos de transferencia de posesiones o mejoras establecidas dentro de esos terrenos.

"La posesión del Municipio de Salamina (hecho 10º) y de sus antecesores ha sido pública, quieta y pacífica desde antes del año de 1773 (sic) hasta la fecha."

Para que la acción subsidiaria de pertenencia particular del subsuelo petrolífero pueda ser declarada judicialmente, con base en el fenómeno de la justa prescripción, es indispensable, según doctrina constante de la Corte, que los actos constitutivos de la explotación económica de tiempo inmemorial, se hayan ejecutado dentro de un terreno clara y precisamente determinado.

En el presente caso, no solamente no existe documento alguno anterior a la reserva de 1873 que demuestre haberse dado a los vecinos o pobladores del Guáimaro la posesión de las tierras que se dice le fueron adjudicadas por merced real para su beneficio común, mediante el respectivo reconocimiento de linderos, sino que el único documento que sobre el particular se quiso llevar a la protocolización de que habla la escritura pública marcada con el número 1 de 1865 de la Notaría de Remolino, fue rechazado por el Notario, porque, como éste hubo de hacerlo notar, "no se han protocolizado las diligencias de demarcación del terreno del común del Guáimaro de que trata el inciso cuarto del artículo primero del Acuerdo de la Corporación Municipal ya citado, porque no están suscritas por nadie, les falta autenticidad y no merecen fe, considerándose como una simple apuntación...." (Subrayó la Sala.)

En las diligencias de deslinde de las tierras aledañas, o sea las de Candelaria y Codueños y de Remolino, traídas al debate, no se expresó en forma nítida y clara, que los linderos de las dos extensiones territoriales ya mencionadas llegaran a coincidir en todo en parte, con los de la adjudicación del Común del Guáimaro. Por el contrario, según se expresa en las piezas que sobre el particular obran en autos, cuantas veces se trató de establecer los verdaderos límites de Candelaria y Codueños y de Remolino, los representantes del Guáimaro, al recibir la citación para concurrir a tales deslindes, hicieron manifestación de que las alindaciones que iban a verificarse no iban en su perjuicio, y de ahí que invariablemente se abstuvieran de asistir a tales diligencias.

Por otra parte, ya se ha dicho anteriormente

que la alindación dada por el Alcalde del Guáimaro en el informe de 3 de septiembre de 1838, de las tierras de dicho lugar, no puede ser tenida en cuenta por la circunstancia de que en dicho informe no se cita ningún documento que hubiese dado fe a dicho funcionario de la autenticidad de tal alindación, y, por tanto, sólo puede considerarse aquello como un simple concepto personal del citado Alcalde. Además esa alindación fue dada en una época muy posterior a la que se señala como pertinente a la expedición de la primitiva adjudicación del Guáimaro y a la posesión material subsiguiente.

Cabe afirmar igual cosa de las declaraciones recibidas por el mismo Alcalde del Guáimaro en el año de 1938, con el fin de aparejar la documentación que se le exigió para hacer la erección del Distrito Parroquial de Puntagorda (hoy Salamina). Los testigos afirman haber asistido al deslinde de las tierras del Guáimaro practicada años antes por Andrés Ortega y Francisco Garavito; mas por tratarse de testimonios rendidos por vecinos del Guáimaro, no puede atribuírseles el valor de plena prueba mientras no existan otros elementos de juicio que confirmen sus afirmaciones.

De lo dicho se concluye que no es posible aceptar la alindación teórica de las tierras del Guáimaro que se inserta en la demanda; y si ello es así, como efectivamente se deduce del examen de de los documentos aportados, tampoco es posible saber en qué parte de los terrenos a que el mismo libelo se refiere, se ejercitaron los actos de explotación económica que configuran el título de la justa prescripción que se ha alegado.

De lo cual resulta que la acción de pertenencia particular del subsuelo petrolífero fundada en el título de la justa prescripción de que se viene tratando, tampoco está llamada a prosperar.

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:

1º—Revócase la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta con fecha 15 de octubre de 1955, materia del recurso.

2º—Niégase las peticiones de la demanda ordinaria propuesta por el Municipio de Salamina contra la Nación transcritas al comienzo de la presente sentencia, y, en consecuencia, se ABSUELVE a la entidad demandada de todos los cargos formulados en el libelo en referencia.

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

Manuel Buenahora. — Abelardo Gómez Nazanjo. José Jaramillo Giraldo. — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano, Secretario.

INTERPRETACION DEL ART. 253 DE LA LEY 167 DE 1941. — LA FACULTAD DE REVISION QUE TIENE EL CONSEJO DE ESTADO EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS O DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS, ES PURAMENTE ADMINISTRATIVA, Y LAS CUESTIONES QUE SE SUSCITEN EN TORNO A LOS MISMOS A SU INTERPRETACION, A LA VALIDEZ Y LOS EFECTOS DE CADA UNA DE LAS DECLARACIONES DE LA VOLUNTAD CONSIGNADAS EN ELLOS, SE RIGEN POR LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL Y SON DEL CONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA ORDINARIA. — LA CLAUSULA DE CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS ALUDIDOS ES OBLIGATORIA PARA EL GOBIERNO, QUIEN NO PUEDE SUSTITUIRLA POR UNA DECISION ARBITRAL, NI RENUNCIAR A ELLA EN NINGUNA FORMA, PORQUE ESTA A MAS DE INEFICAZ SERIA ILEGAL.

1.—Según el art. 253 de la Ley 167 de 1941, "el dictamen del Consejo que declara AUTORIZADO al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional. Por consiguiente, no podrá alegarse FALTA DE AUTORIZACION, si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones". En otros términos: no puede discutirse en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, LA FALTA DE AUTORIZACION por parte del Consejo, cuando éste ha decidido declarar autorizado al Gobierno para celebrarlo. No puede alegarse tampoco "FALTA DE AUTORIZACION" para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones.

Comentando esta disposición, en su tratado de "Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano", dice el Doctor Julio Enrique Tascón:

"Esta disposición se funda en que la declaración del Consejo hace tránsito a cosa juzgada, y en que si fuera lícito impugnar el dictamen del Consejo sobre la sujeción del contrato a las autorizaciones legales, vendría un Tribunal distinto de él a fallar sobre cuestiones administrativas que son privativas del Consejo. PODRA, SI, SER IMPUGNADO EL CONTRATO POR CARENCIA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LAS LEYES CIVILES, como lo expresamos en el comentario al artículo 248". El comentario a esta última disposición es del tenor siguiente: "La declaración hecha por el Consejo de que el contrato revisado reune los requisitos de que trata el artículo 246, ES UN ACTO MERAMENTE ADMINISTRATIVO, una formalidad legal indispensable para la existencia de los contratos de que hablan los artículos 242 y 243, y por lo mismo, NO IMPIDE QUE ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA PUEDA DISCUTIRSE LA VALIDEZ DEL CONTRATO EN CUANTO A LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 1502 DEL CODIGO CIVIL. Pero no se podrá atacar la firmeza del contrato impugnado la declaración del Consejo sobre la autorización legal para celebrarlo, como lo dice el artículo 253" (Cuarta Edición 1954).

2.—Si, pues, la facultad de revisión que tiene el Consejo de Estado es puramente administrativa, como se desprende del régimen del Código de la materia, las cuestiones que se susciten en torno al contrato, o su interpretación, a la validez y los efectos de cada una de las declaraciones de la voluntad consignadas en él, se rigen por las disposiciones del Código Civil y son del conocimiento de la justicia ordinaria.

3.—Si en un contrato de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, de un lado se consigna la cláusula compromisoria, y de otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluida por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el dere-

cho de la Administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable (artículo 254 C. C. A.); es de orden público y tiene por objeto impedir que se afecte una obra o un servicio, que son de interés público superior, por culpa del contratista, por su quiebra o por su fallecimiento. La cláusula de caducidad es pues obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal.

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

(Magistrado Ponente: Doctor José Jaramillo Giraldo.)

El cuatro de septiembre último, el señor Procurador Delegado en lo Civil devolvió el expediente que se le había entregado para que formulara su alegato de conclusión en este negocio, con un escrito en el que pide se declare la nulidad de todo lo actuado por incompetencia de la Corte para conocer del litigio.

Funda el señor Procurador su solicitud en la circunstancia de que en el contrato que ha dado origen a este juicio, celebrado entre la Nación y el señor Ezequiel Sánchez para la construcción de una carretera, se estipuló que todos los desacuerdos que surgieran entre los contratantes en la ejecución del contrato, deberían ser dirimidos por un tribunal arbitral, y que; por consiguiente, el ámbito judicial quedó sustraído a la jurisdicción de la justicia ordinaria.

Contestado el traslado de la solicitud anterior, se abrió a prueba el incidente, y en tiempo hábil se adujo un certificado del señor Abogado Jefe de la Sección Jurídica del Ministerio de Obras Públicas, en el que expresa que el Ministerio se negó a aceptar el avenimiento propuesto por el apoderado del señor Ezequiel Sánchez, porque consideraba nula la cláusula compromisoria, conforme a la doctrina de la Corte, y porque el Ministro carecía de facultades constitucionales y legales para comprometer.

Tanto el señor representante de la Nación como el abogado del demandante, hacen en sus respectivos escritos muy interesantes razonamientos en torno a la validez de la cláusula arbitral o compromisoria, que la Sala entra a examinar.

Se destaca en la solicitud del Procurador como fundamental el siguiente argumento: "Al haber sido aprobado el contrato por el Gobierno y sometido al dictamen del Consejo de Estado, están fuera de toda discusión o controversia, los puntos que tiendan a impugnar su validez y efectos y con el fin de abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones, como puede ser la de la obligatoriedad de la cláusula compromisoria, al tenor de lo claramente expuesto por el Artículo 253 de la Ley 167 de 1941 sobre organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."

Examinando con atención la disposición citada por el señor Procurador, se observa que la interpretación por él dada no se ajusta a los términos en que está concebida. Dice así el artículo 253: "El dictamen del Consejo que declara **autorizado** al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional. Por consiguiente, no podrá alegarse **falta de autorización**, si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones." En otros términos: no puede discutirse en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, la **falta de autorización** por parte del Consejo, cuando éste ha decidido declarar autorizado al Gobierno para celebrarlo. No puede alegarse tampoco "falta **de autorización**" para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones.

Comentando esta disposición, en su tratado de "Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano", dice el doctor Tulio Enrique Tascón:

"Esta disposición se funda en que la declaración del Consejo hace tránsito a cosa juzgada, y en que si fuera lícito impugnar el dictamen del Consejo sobre la sujeción del contrato a las autorizaciones legales, vendría un Tribunal distinto de él a fallar sobre cuestiones administrativas que son privativas del Consejo. **Podrá, sí, ser impugnado el contrato por carencia de los requisitos exigidos por las leyes civiles**, como lo expresamos en el comentario al artículo 248". El comentario a esta última disposición es del tenor siguiente: "La declaración hecha por el Consejo de que el contrato revisado reúne los requisitos de que trata el artículo 246, es **un acto meramente administrativo**, una formalidad legal indispensable para la existencia de los contratos de que hablan los artículos 242 y 243, y por lo mismo, **no impide que ante la justicia ordinaria pueda discutirse la validez del**

contrato en cuanto a los requisitos exigidos por el artículo 1502 del Código Civil. Pero no se podrá atacar la firmeza del contrato impugnando la declaración del Consejo sobre la autorización legal para celebrarlo, como lo dice el artículo 253." (Cuarta Edición 1954).

Si, pues, la facultad de revisión que tiene el Consejo de Estado es puramente administrativa, como se desprende del régimen del código de la materia, las cuestiones que se susciten en torno al contrato, a su interpretación, a la validez y los efectos de cada una de las declaraciones de la voluntad consignadas en él, se rigen por las disposiciones del Código Civil y son del conocimiento de la justicia ordinaria.

Otro de los argumentos de la Procuraduría es el de que en el contrato que origina este pleito se previó "que para toda clase de desacuerdos que surjan entre el Gobierno y el Contratista en la ejecución del contrato.... se ha establecido en la cláusula vigésima cuarta la competencia exclusiva de un Tribunal Arbitral que de decidir con fallo definitivo y con autoridad de cosa juzgada las controversias al respecto...." "El arbitramento en sí mismo —dice luego— no adolece de vicios que lo hagan nulo o inoperante, pues ha sido acordado entre personas capaces de transigir y sujeto a los requisitos externos a que hace referencia el artículo 1216 del Código de Procedimiento Civil".

Esta última consideración es impugnada por el apoderado de la parte demandante, en los siguientes términos: "Según el artículo 1214 del C. J., para someter una controversia a la decisión de arbitradores, se requiere que las partes sean capaces de transigir en los casos en que la ley permite la transacción. Según el artículo 2470, C. C., no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos materia de la transacción. Según el artículo 2483, misma obra, la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, o sea que, al sustraerse a la jurisdicción de la justicia común.....para someterse a la decisión de arbitradores, se pacta un régimen de excepción que culmina en un fallo con autoridad de cosa juzgada..... Tratándose del Gobierno Nacional, tal facultad debe emanar de legislador (artículos 76 y ords. de la Constitución). Luego un Ministro no puede, en un contrato, por carecer de facultad legal, pactar la cláusula compromisoria. Así lo ha resuelto la Corte en fallos del 1º dic. 1923 y del 5 de nov. 1925 (XXXII, 6)."

La Sala no puede menos de ratificar, en tesis general, tales conceptos, porque ellos se basan en los ordenamientos de los propios textos constitucionales y legales. Pero no considera indispensable, ni procedente para las conclusiones a que ha de llegar en esta providencia, examinar si existe o nó la facultad legislativa en virtud de la cual el Gobierno hubiera podido transigir y comprometer, y por lo mismo, someter a arbitramento todas las divergencias que se presentaran entre los contratantes con motivo de la ejecución de la obra a que se refiere el contrato.

Lo importante para la Sala es dejar establecido su criterio —con la consecuencias que adelante se verán— de que en un contrato de la naturaleza del que se estudia, si por un lado se consigna la cláusula compromisoria y por el otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa, como aparece del contrato materia de la litis, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluída por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el derecho de la Administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable (artículo 254 C. C. A.); es de orden público y tiene por objeto impedir que se afecte una obra o un servicio, que son de interés público superior, por culpa del contratista, por su quiebra o por su fallecimiento. La cláusula de caducidad es pues obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal.

Concretando al caso presente las anteriores observaciones, se tiene: entre el Ministerio de Obras Públicas y el contratista se presentaron desacuerdos acerca de la organización y avance de los trabajos, porque según la resolución de caducidad "por culpa del contratista se realizan (los trabajos) en forma lenta y desordenada, a tal punto que la ejecución de la obra corre grave peligro" y "a pesar de las continuas concesiones y colaboración del Ministerio" no fueron zanjados por el contratista. Con esas consideraciones decretó, pues, el Ministerio la caducidad, y no podía —por impedírselo su obligación legal de proferirla— recurrir al arbitraje, por esas mismas causas. Si la obra corría 'grave peligro', el procedimiento arbitral posiblemente dilataría esa situación de gravedad para la correcta ejecución de la obra y se quebrantaría una norma de orden público. En estas condicio-

nes, la cláusula del arbitramento se destaca en el contrato como realmente inoperante e ineficaz.

Si el propio gobierno, por una parte, no podía legalmente deferir al arbitraje, ya que la obra, según él corría 'grave peligro', ni el contratista por otra parte podía unilateralmente provocarlo, es apenas natural que ante esa situación jurídica, planteada por el propio Ministerio con la negativa a recurrir al arbitraje y su resolución de caducidad, el ingeniero Ezequiel Sánchez no tenía otra vía distinta de la jurisdiccional para hacer efectivos sus derechos en el contrato. De acuerdo con el principio de que los contratos deben entenderse celebrados de buena fe, sería ilógico e inequitativo aceptar, en esas condiciones, que el acto del Ministerio pudiera luego invocarse por él mismo como fuente de obligaciones no cumplidas (cláusula de arbitraje) por parte del contratista, y en apoyo de tal aserto lo inhibiera para el ejercicio de la acción judicial, so pretexto de que ella resultaría procesalmente nula.

En síntesis, si el arbitraje no fue posible por las circunstancias de orden legal y jurídico anotadas, hay que concluir que la acción del demandante fue bien encaminada en cuanto a la autoridad competente para conocer de ella se refiere, y por consiguiente, no se presenta en este juicio la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil. Así lo declara la Sala, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta **Judicial.**

Manuel Buenahora. — Abelardo Gómez Naranjo. José Jaramillo Giraldo. — Camilo Rincón Lara. Jorge García Merlano. Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS CON TRABAJOS PUBLICOS. — LUCRO CESANTE.

El pago de perjuicios provenientes del lucro cesante que haya podido sufrir el actor con la ocupación material de la zona de terreno de su propiedad por parte de la entidad pública, está condicionado a que en los autos aparezcan debidamente probados los hechos determinantes del lucro cesante, y que su monto se halle así mismo establecido por medio de las pruebas adecuadas. Así lo ha sostenido la Sala en numerosas ocasiones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Abelardo Gómez Naranjo.)

En demanda presentada ante el Consejo de Estado el 24 de septiembre de 1954, pidió la sociedad "Gómez Jácome & Cía. Ltda." domiciliada en Bogotá y constituída por escritura pública número 1.604 de 3 de agosto de 1953, de la Notaría 5ª de este Circuito, que, previos los trámites del juicio ordinario y con citación y audiencia del respectivo representante legal de la Nación, se condene a ésta a pagar a la expresada sociedad, "la suma de dinero que se demuestre en el juicio que valen los perjuicios que le ocasionó por haber tomado con motivo de los trabajos públicos de apertura y canalización de las aguas de la calle 5ª a la Avenida de los Comuneros la zona de terreno perteneciente a la sociedad referida que forma parte de los inmuebles que formaron parte de la finca denominada Santa Ana ubicada entre el río San Francisco y la calle 7ª, distinguidos con los Nos. 6-02 y 6-03 de la carrera 28 de esta ciudad."

Como hechos de donde se deduce la acción, se enuncian los siguientes en la demanda en referencia:

"1º) Por escritura pública Nº 1.606 de 3 de agosto de 1953 de la Notaría 5ª de Bogotá Jorge Gouffray vendió a la sociedad 'Gómez Jácome & Ltda.' un lote de terreno situado en la ciudad de Bogotá, Barrio Ricaurte, que formó parte de la finca de mayor extensión denominada 'Santa Ana' el cual lote tiene una extensión de 5.407.42 v² y está comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el Norte en una extensión de 65 mts. partiendo del punto marcado con la letra 'H' del plano que se protocoliza con la presente escritura, en dirección oriente-occidente, hasta llegar al punto marcado con la letra 'F', linda con terrenos que se reserva el vendedor Jorge Gouffray, sobre los cuales está proyectada la llamada 'Avenida de los Comuneros'; por el occidente, partiendo del punto marcado con la letra 'E' en dirección norte-sur, en una extensión de 54.50 mts. hasta llegar al punto marcado con la letra 'F'; linda con terrenos de la señora Ana Forero de Gouffray, que por este mismo instrumento adquiere también la sociedad compradora; por el sur, en una extensión de 65 mts. hasta llegar al punto marcado con la letra 'G', linda con terrenos de la señora Ana Forero de Gouffray, que por este mismo instrumento adquiere también la sociedad compradora; y por el oriente, partiendo del punto marcado con la letra 'G' en dirección sur-norte, en una extensión de 54.50 mts. hasta llegar al punto marcado con la letra 'H', punto de partida, linda con terrenos de la señora Ana Forero de Gouffray que por esta misma escritura adquiere la sociedad compradora."

"2º— Por la misma escritura los señores Enrique Gouffray y Ana Forero de Gouffray vendieron a la mencionada sociedad un globo de terreno en el Barrio Ricaurte de esta ciudad que formó parte de la finca de mayor extensión denominada "Santa Ana" ubicada entre el río San Francisco y la calle 6ª, marcado con los números 6-02 y 6-03 de la carrera 28 con una extensión de 114.199,9[illegible] v. c. y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el sur, partiendo del punto marcado con la letra 'A' del plano que se protocoliza con la presente escritura, siguiendo en dirección oriente-occidente bordeando el río San Francisco, hasta llegar al punto marcado con la letra 'B' en el lindero con terrenos de propiedad de los doctores Alfredo Pabón Peláez y Néstor Pineda, linda con propiedad de la sociedad 'Ospinas y Cía.'; por occidente, partiendo del punto marcado con la letra 'B' en dirección sur-norte, hasta el punto mar

cado con la letra 'C', linda con terrenos de los doctores Alfredo Pabón Peláez y Néstor Pineda, sobre los cuales está proyectada y en construcción la llamada 'Avenida Cundinamarca' siguiendo del punto marcado con la letra 'C' en dirección noroeste hasta el punto marcado con la letra 'D' linda en esta parte con terrenos que se reservan los vendedores; por el norte, partiendo del punto marcado en el plano con la letra 'D' en dirección occidente-oriente hasta el punto marcado con la letra 'E', linda con terrenos que se reservan los vendedores y sobre los cuales está proyectada la llamada Avenida de los Comuneros; de este punto marcado con la letra 'E' en ángulo recto, en dirección norte-sur, en extensión de 54,50 mts. hasta el punto marcado en el mismo plano con la letra 'F', con terrenos que por este mismo instrumento adquiere la sociedad compradora por venta que le ha hecho el señor Jorge Gouffray; siguiendo el punto marcado en el plano con la letra 'F', en dirección occidente-oriente en extensión de 65 mts. hasta el punto marcado en el plano con la letra 'G', linda también con los mismos terrenos que por medio de esta escritura adquiere la sociedad compradora por venta que le ha hecho el señor Jorge Gouffray siguiendo el punto marcado en el plano con la letra 'G' en dirección sur-norte, en una extensión de 54.50 mts. hasta dar al punto marcado en el plano con la letra 'H', linda también con los mismos terrenos que por medio de esta escritura adquiere la sociedad compradora por venta que le ha hecho el señor Jorge Gouffray. Siguiendo de este mismo punto marcado con la letra 'H' en dirección occidente-oriente, hasta dar con el punto marcado en el plano con la letra 'I', linda con terrenos que se reservan los vendedores, sobre los cuales está proyectada la llamada 'Avenida de los Comuneros'. Y por el oriente, partiendo del punto anterior, marcado en el plano con la letra 'I' en dirección Norte-Sur, hasta dar con el punto marcado con la letra 'A', punto de partida, linda con terrenos que son o fueron de la Urbanización 'El Progreso' de Samper y Cía."

"3º) Los dos inmuebles citados se reunieron materialmente por la sociedad propietaria, de modo que vienen a constituir prácticamente un solo inmueble;

"4º) Los citados inmuebles están poseídos por la sociedad 'Gómez Jácome & Cía. Ltda.';

"5º) Para las obras de canalización de las aguas la Nación contrató con el señor Felice Leonardi la construcción de un canal que ocupó una zona de terreno de los inmuebles citados anteriormente, zona que tiene una extensión de 220 metros de longitud por 11 metros de ancho y que viene hasta encontrar la Avenida de Los Comuneros;

"6º) Las obras a que se refiere el punto anterior fueron autorizadas por Resolución Número 1084 de 19 de septiembre de 1952 y por contrato de destajo de fecha 2 de octubre del mismo año con el mencionado señor Leonardi;

"7º) Como consecuencia de tales obras la compañía que represento no ha podido poseer la referida zona de terreno de su propiedad, de acuerdo con el plano que se acompaña a esta demanda;

"8º) La Nación no ha pagado a mi poderdante el valor de la indicada zona de terreno destinada para trabajos públicos ni le ha indemnizado los perjuicios derivados de la mencionada ocupación".

Los fundamentos de derecho invocados en el libelo consisten en el artículo 30 de la Constitución Nacional y las disposiciones del Capítulo 22 de la Ley 167 de 1941.

Con la demanda fueron presentados: Certificado de la Cámara de Comercio de esta Capital con fecha 18 de junio de 1954, sobre registro del extracto de la escritura de constitución de la sociedad demandante, citada al principio, y del extracto de la escritura número 1.463, de 31 de mayo del mismo año, de la Notaría 5ª de Bogotá, por la cual se reformó el primer contrato de sociedad de que se ha hecho referencia; y, por último se expresa en dicho documento, que de los libros de la Cámara "no aparece registro posterior al últimamente mencionado, de documentos de reforma de la sociedad denominada 'Gómez Jácome & Compañía Limitada'. "La escritura por medio de la cual esta sociedad adquirió de Jorge Gouffray y Ana Forero de Gouffray, los dos lotes de terreno anteriormente alindados ,en copia debidamente registrada; y, finalmente, una carta suscrita por Felice Leonardi, fechada el 11 de junio de 1954, donde expresa que fue contratista del Ministerio de Obras Públicas para construir 'el canal que va de la calle 3 a la Avenida de los Comuneros (Calle 6ª) en una extensión de 200 metros', obra ésta que se ordenó ejecutar por resolución número 1.084 de 19 de septiembre de 1952 del Ministerio ya nombrado.

Admitida la demanda por auto de 27 de septiembre de 1954, se corrió de ella el correspondiente traslado al Fiscal 1º del Consejo de Estado, quien la contestó en el sentido de oponerse a que se hagan las declaraciones impetradas y atendiéndose, en cuanto a los hechos, a lo que llegase a probar el actor en el juicio.

Hallándose aún la causa en el período de pruebas, se dictó con fecha 13 de diciembre de 1955,

el auto que corre al folio 52 del Cuaderno Principal, donde el H. Consejo de Estado, teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte en sentencia de 20 de junio de dicho año, por la cual se declararon inexequibles las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, dispuso enviar, por competencia, los autos al Tribunal Superior de Bogotá para que continuase en el conocimiento del negocio. El Tribunal, a su vez, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto número 0293 de 15 de febrero de 1956, dispuso, en auto de 13 de marzo siguiente, remitir el expediente a esta Sala de la Corte, por competencia.

Perfeccionados los trámites del negocio y hallándose en estado de proferir el correspondiente fallo, a ello se procede mediante las motivaciones siguientes:

Además de las pruebas que fueron allegadas al escrito de demanda, dentro del término probatorio el actor adujo las que en seguida se relacionan:

a) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, fechado el 12 de noviembre de 1954, sobre propiedad y libertad de la finca materia de la demanda, a favor de la sociedad actora;

b) Declaraciones juradas, recibidas ante el Magistrado sustanciador del H. Consejo de Estado, de los señores Alvaro Vega Bernal y Tito Escobar Motta, sobre la identidad de los lotes de terreno de que trata la demanda, y acerca de la ejecución de las obras de canalización y desviación del cauce del río San Francisco sobre el terreno en referencia.

c) Un plano o croquis sin firma responsable que titula "Urbanización Ricaurte-Río San Francisco-Canal de Desvío."

d) Diligencia de inspección ocular sobre el predio materia de la litis, verificada por el Consejero sustanciador con fecha 24 de enero de 1955, en asocio de peritos ingenieros, cuya acta, visible al folio 33 del cuaderno principal dice textualmente:

"En Bogotá, a los veinticuatro (24) días del mes de enero de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), siendo el día y hora señalados para esta diligencia, según auto de fecha veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), el suscrito Consejero, en asocio del Fiscal, doctor Torres Niño, del doctor Hernando Morales, apoderado de Gómez Jácome & Cía. Ltda., y de los peritos, doctores Roberto Avila Blanco y Hernando Posada Cuéllar, se trasladó a la calle 6ª con carrera 28 de esta ciudad. El Consejero dictó las siguientes resoluciones: 1—Nombró Secretaria ad hoc a la señora Olga de Durán, por no haber concurrido el Secretario de esta Sala. 2—Le dió posesión a la señora de Durán y al perito de los demandantes, doctor Hernando Posada Cuéllar, con las formalidades legales. Acto seguido el Consejero, en asocio de los peritos y de los demás asistentes a la diligencia, identificó el inmueble materia de este juicio, en el cual se encontró muy escaso material de excavación del cauce.. El Fiscal de la Corporación solicitó a los peritos que dictaminaran, además de lo pedido por la parte demandante, sobre los siguientes puntos: a) Si el río San Francisco antiguamente colindaba o nó con el inmueble por el lado sur, en toda la extensión de este lindero, o por lo menos en parte; y b) En caso afirmativo qué valorización obtuvo la propiedad al desaparecer el cauce del río por este lindero y su compensación por los daños sufridos con el nuevo cauce. También pidió que como elemento de juicio se traiga a los autos el avalúo catastral de la finca en el año de 1953, "solicitud que fue despachada favorablemente por el Consejero sustanciador." El Consejero advirtió a los peritos que el avalúo del inmueble, en la forma solicitada por la parte demandante debe referirse a la fecha de su ocupación por el trabajo público de que trata la demanda...."

Al pedir la diligencia de inspección ocular, la parte demandante formuló el siguiente cuestionario:

"a) Cuáles son, sobre el terreno los linderos de los inmuebles adquiridos por la Compañía "Gómez Jácome y Cía. Ltda." de Jorge Gouffray y Ana Forero de Gouffray según escritura número 1. 606 de 3 de agosto de 1953 de la Notaría 5ª de Bogotá;

"b) Si los dos inmuebles comprados por dicha Compañía mediante tal instrumento son contiguos y constituyen hoy día uno solo;

"c) Si por dichos inmuebles pasa un canal de desagüe que comienza en la calle 5ª y llega hasta la Avenida de los Comuneros, especificando la dirección y medidas de él;

"d Si por razón de la obra del mencionado canal se ha ocupado en forma permanente una zona de terreno perteneciente a los aludidos inmuebles y en caso afirmativo, cuál es la extensión de dicha zona;

"e) Que los señores peritos se sirvan avaluar comercialmente tanto la zona de terreno ocupada por el canal en referencia, como las zonas aledañas a dicho canal que han quedado inutilizadas para ser aprovechadas con cualquier finalidad económica, en virtud de la tierra y demás elementos

con que están ocupadas y que provienen de la apertura del canal y por las emanaciones que las aguas que corren por el mismo determinan sobre ellas, para lo cual se servirán también especificar la extensión y ubicación de aquellas zonas aledañas;

"f) Si en virtud de las obras del canal a que me vengo refiriendo no será posible utilizar las zonas aledañas a que se refiere el punto anterior, para ninguna finalidad económica, o, en caso contrario, para qué fin podrían utilizarse;

"g) Los demás puntos que el Consejero y las partes tengan a bien proponer y que sean pertinentes."

En su dictamen, (fols. 41 a 43 cuaderno principal), los señores peritos hacen notar en primer término que además de reconocimiento hecho en la inspección ocular, realizaron ellos "una nueva inspección ocular el día veintisiete (27) del mes en curso", y hacen notar que "de acuerdo con el certificado expedido por el Departamento de Catastro de Bogotá, que acompañamos al presente dictamen, el predio materia de la demanda no figura en dicho Departamento con la nomenclatura indicada en el expediente, sino como en dicho documento lo indica, a saber: "Nomenclatura: Avenida 6ª número 28-51 Cédula Catastral: A6-21-29. Propietario: Gómez Jácome & Cía. Ltda." Avalúo Catastral: $ 383.000.00"

En seguida expresan que los linderos del inmueble de la demanda, son los mismos que aparecen del plano protocolizado en la escritura por medio de la cual la sociedad actora adquirió el inmueble mencionado y en el plano que acompañan al dictamen, linderos que copian a continuación, resultando ser los mismos de la demanda y de la escritura en referencia.

Al contestar al punto b) conceptúan que los dos lotes de terreno materia de la compraventa citada en la demanda, son contiguos, y forman un solo globo.

Respecto al punto c) dicen:

"Por dichos inmuebles y de acuerdo con el plano que acompañamos, pasa un canal de desagüe que comienza en el lindero Sur y llega hasta la proyectada Avenida de los Comuneros en dirección Sur-Norte, con las siguientes especificaciones generales: Largo: 196,50 metros; ancho promedio: 11 metros; profundidad promedio: 2,80 metros".

Al punto d) conceptúan:

"Desde luego, por la obra del referido canal, se ha ocupado en forma permanente una zona de terreno perteneciente a los inmuebles en cuestión, cuya superficie aproximada de acuerdo con los datos del plano que acompañamos, y mencionados en el punto anterior, es de 196,50 metros por 11 metros, o sean 2.161.50 m2."

Al punto e) exponen:

"Los suscritos peritos consideramos que una zona de terreno de treinta (30) metros de anchura, o sean quince (15) de cada lado a partir del eje del canal, y de una longitud igual a la de éste, ha quedado inutilizada para cualquier finalidad económica por concepto de la misma obra del canal y de sus emanaciones ya que solamente acarrea aguas negras pestilentes. Esta zona tiene una superficie de (196.50 x 11.00) = 58.950 metros cuadrados o 92.100 varas cuadradas aproximadamente, y la marcamos en rojo sobre el plano que se acompaña. En cuanto al avalúo comercial para la época que se solicita, lo fijamos en la suma de ciento un mil, trescientos diecinueve pesos, con noventa centavos ($ 101.319.90) o sea a razón de once pesos ($ 11.00) la vara cuadrada, que es exactamente igual al valor de compra por parte de la Cía. Gómez Jácome, acreditado en la tantas veces mencionada escritura 1.606 de 1953, Notaría 5ª de Bogotá. Consideramos, para responder al aparte f) que la zona citada, como se indica en el punto anterior, no es posible utilizarla para ninguna finalidad económica."

Con relación a los puntos propuestos a los peritos por el Fiscal del Consejo de Estado, conceptuaron:

"a) El río San Francisco colindaba antiguamente por todo su lindero sur y en dirección oriente-occidente. Pero tuvo una desvalorización sensiblemente igual al abrirse el nuevo canal en dirección sur-norte, atravesando el predio. El antiguo cauce era lindero y tenía una zona de mala influencia sobre la propiedad en toda su longitud pero sobre una sola orilla; el nuevo, aunando su longitud sea menor, como atraviesa el inmueble lo perjudica con sus dos orillas en forma que conceptuamos muy igual a la que pudo valorizarse al suprimir el otro. c) Se acompañan los siguientes documentos: 1) Certificado del Departamento de Catastro de Bogotá.....2) Plano del mismo con indicación de superficies y zona demeritada por el canal nuevo".

e) Copias de la Resolución Nº 1084 de 1952 del Ministerio de Obras Públicas y del contrato celebrado por dicha entidad con Felice Leonardi el 2 de octubre de 1952, para la ejecución de la obra pública a que se refiere el hecho 6º de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

Al discutirse por la Sala el proyecto formulado por el ponente en este negocio, surgieron varias dudas particularmente relativas a la determina-

ción del globo de terreno descrito en la demanda, y de la zona objeto de la ocupación, dudas que provenían de la redacción por extremo sintética del acta de inspección ocular practicada por el H. Consejo de Estado, circunstancia que, como es obvio, incidía en la apreciación del valor probatorio del dictamen pericial concurrente a dicha diligencia.

Por ello hubo de optarse en tal oportunidad por dictar el auto para mejor proveer de fecha 24 de mayo del año en curso, en el cual se dispuso practicar una nueva diligencia de inspección ocular con intervención de peritos ingenieros designados por las partes, a fin de que se establecieran en ella los siguientes puntos:

"a).....1º La identidad del predio adquirido por los demandantes, con expresión de su cabida y linderos precisos; 2º La zona que según la demanda fue objeto de la ocupación;

"b) Determinar si la construcción del canal se hizo sobre el cauce del río o si ocupó terrenos de los demandantes;

"c) Determinar qué área fue la que realmente se ocupó con la obra pública." (fol. 22 Cdno. 3)

Designados los peritos en la forma legal, la diligencia de inspección ocular se llevó a efecto el día 3 de julio siguiente, en la cual se lee lo siguiente:

"En primer término, y en vista de que no compareció el perito principal Doctor Alfonso Ordúz Duarte el señor Magistrado, con fundamento en lo dispuesto para el caso en el artículo 700 del C. Judicial, designó en su reemplazo al doctor Rafael Lezaca Ron, mayor de edad, vecino de Bogotá, ingeniero civil, portador de la cédula de ciudadanía número 14383 expedida en esta ciudad y quien por estar presente en la diligencia, prometió ante el señor Magistrado, bajo juramento, cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo de perito, quedando así debidamente posesionado. Acto continuo el personal inspector se trasladó al barrio o urbanización "Ricaurte" de esta ciudad, situándose en un predio ubicado en el sector comprendido entre las calles 5ª y 6ª, la carrera 27 y y la Avenida Cundinamarca, a efecto de identificar por sus linderos el inmueble materia de este juicio. Para este fin se tuvo a la vista la escritura pública número 1606 de 3 de agosto de 1953, de la Notaría 5ª de Bogotá, que en copia auténtica obra a los folios 5 a 10 del cuaderno número 1 de este expediente, y conforme a la cual, el terreno de que se trata formó parte de la finca de mayor extensión denominada 'Santa Ana', ubicada entre el río San Francisco y la calle 6ª, marcado según la respectiva nomenclatura municipal con los números 6-02 y 6-03 de la carrera 28, manzana número A 6-21-6 y A 6-21-7. El personal de la diligencia localizó sobre el terreno los puntos de referencia consignados en la alinderación que en dicha escritura se asigna al inmueble en mención, entre los cuales cabe destacar el río San Francisco, para el lindero Sur; la Avenida Cundinamarca, para el lindero occidental; la Avenida de los Comuneros, para el lindero Norte; y la Urbanización 'El Progreso', de Samper y Cía. para el lindero oriental. Por lo que hace a la cabida del mismo inmueble, el señor Magistrado dispuso que por tratarse de un punto técnico, deben ser los señores peritos quienes se pronuncien sobre el particular al rendir su dictamen. A continuación se procedió a localizar e identificar la zona que según la demanda fue objeto de la ocupación; y a este respecto el personal inspector pudo observar que se trata de una zona en la cual existe un canal que acarrea aguas negras y pestilentes, que lleva dirección sur-norte, y que está ubicado paralelamente a la carrera 27, por su costado oriental, entre las calles 5ª, 5ª-A, 5ª-B, 5ª-C y 6ª de esta ciudad. Finalmente, el señor Magistrado dispuso que por los señores peritos se dictamine sobre las cuestiones técnicas propuestas bajo las letras b) y c) del auto para mejor proveer, o sea: (aquí los puntos en referencia copiados anteriormente).

Dictamen de los peritos. Los peritos, ingenieros doctores Rafael Lezaca y Hernando Bazzani, rindieron dentro del término que les fue señalado, el siguiente dictamen que, puesto en conocimiento de las partes, no fue objeto de reparo alguno por las partes litigantes:

Al contestar al punto a) del auto para mejor proveer conceptúan:

"1º—Los predios adquiridos por la Sociedad Gómez Jácome & Cía., según la escritura pública número 1606 de agosto 3 de 1953 de la Notaría Quinta (5ª) de Bogotá, que hoy forman una sola propiedad, fueron plenamente identificados sobre el terreno, de acuerdo con los linderos establecidos para cada uno de ellos, según consta en el acta de inspección ocular verificada el día tres (3) de julio de 1957.

"El predio comprado al señor Jorge Gouffray tiene una extensión superficiaria de cinco mil cuatrocientas siete varas cuadradas con cuarenta y dos centésimos de vara cuadrada (5.407.42) y está comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, en una extensión de sesenta y cin-

co metros (65 mts.), partiendo del punto marcado con la letra -H- del plano que se protocoliza con la presente escritura, en dirección Oriente Occidente, hasta llegar al punto marcado con la letra -E-, linda con terrenos que se reserva el vendedor Jorge Gouffray, sobre los cuales está proyectada la Avenida de los Comuneros; por el Occidente, partiendo del punto marcado con la letra -E- en dirección Norte-Sur, en una extensión de cincuenta y cuatro metros con cincuenta centímetros (54,50 mts.) hasta llegar al punto marcado con la letra -F-, linda con terrenos de la señora Ana Forero de Gouffray, que por este mismo instrumento adquiere también la sociedad compradora; por el Sur, partiendo del punto marcado con la letra -F- en dirección Occidente-Oriente, en una extensión de sesenta y cinco metros (65,00 mts.) hasta llegar al punto marcado con la letra -G-, linda con terreno de la señora Ana Forero de Gouffray, que por este mismo instrumento adquiere también la Sociedad compradora; y por el Oriente, partiendo del punto marcado con la letra -G- en dirección Sur-Norte en una extensión de cincuenta y cuatro metros con cincuenta centímetros (54.50 mts.), hasta llegar al punto marcado con la letra -H-, punto de partida, linda con terrenos de la señora Ana Forero de Gouffray que por esta misma escritura adquiere también la sociedad compradora." La propiedad alinderada anteriormente está indicada en el plano por el polígono H-G-F-E-H.

"El predio comprado, según la misma escritura, a la señora Ana Forero de Gouffray tiene una extensión superficiaria de ciento catorce mil ciento noventa y nueve varas cuadradas con noventa y ocho centésimos de vara cuadrada (114,199.98 vs. cds.), y está comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Por el Sur, partiendo del punto marcado con la letra -A- del plano que se protocoliza con la presente escritura, siguiendo en dirección Oriente-Occidente bordeando el Río San Francisco, hasta llegar al punto marcado con la letra -B- en el lindero con terrenos de propiedad de los doctores Alfredo Pabón Peláez y Néstor Pineda, linda con propiedad de la Sociedad Ospinas & Cía.; por el Occidente, partiendo del punto marcado con la letra -B- en dirección Sur-Norte, hasta el punto marcado con la letra -C-, linda con terrenos de los doctores Alfredo Pabón Peláez y Néstor Pineda, sobre los cuales está proyectada y en construcción la llamada Avenida Cundinamarca; siguiendo del punto marcado con la letra -C- en dirección Noreste hasta el punto marcado con la letra -D-, linda en esta parte con terrenos que se reservan los vendedores; por el Norte, partiendo del punto marcado en el plano con la letra -D- en dirección Occidente-Oriente hasta el punto marcado con la letra -E-, linda con terrenos que se reservan los vendedores y sobre los cuales está proyectada la llamada Avenida de Los Comuneros; de este punto marcado con la letra -F- en ángulo recto, en dirección Norte-Sur, en extensión de cincuenta y cuatro metros cincuenta centímetros (54.50 mts.) hasta el punto marcado en el mismo plano con la letra -F-, con terrenos que por este mismo instrumento adquiere la Sociedad compradora por venta que, le ha hecho el señor Jorge Gouffray; siguiendo el punto marcado en el plano con la letra -F-, en dirección Occidente-Oriente, en extensión de sesenta y cinco metros (65.00 mts.) hasta el punto marcado en el plano con la letra -G- linda también con los mismos terrenos que por medio de esta escritura adquiere la Sociedad compradora por venta que le ha hecho el señor Jorge Gouffray; siguiendo el punto marcado en el plano con la letra -G- en dirección Sur-Norte, en una extensión de cincuenta y cuatro metros con cincuenta centímetros (54,50 mts.), hasta dar el punto marcado en el plano con la letra -H-, linda también con los mismos terrenos que por medio de esta escritura adquiera la Sociedad compradora por venta que le ha hecho el señor Jorge Gouffray. Siguiendo de este mismo punto marcado con la letra -H- en dirección Occidente-Oriente, hasta dar con el punto marcado en el plano con la letra -I-, linda con terrenos que se reservan los vendedores, sobre los cuales está proyectada la llamada Avenida de Los Comuneros. Y por el Oriente, partiendo del punto anterior, marcado en el plano con la letra -I- en dirección Norte-Sur, hasta dar con el punto marcado con la letra -A-, punto de partida, linda con terrenos que son o fueron de la Urbanización "El Progreso", de Samper & Cía." La propiedad anteriormente alinderada está indicada en el plano con el polígono A B C D E F G H I A.

"Los dos predios antes mencionados, forman hoy una sola propiedad, con una área total de ciento diez y nueve mil seiscientos siete varas cuadradas con cuarenta centésimos de vara cuadrada (119.607.40 vs. cds.)

2v—La zona de propiedad de Gómez Jácome y & Cía. ocupada con la construcción de un canal artificial, por el cual fluyen en la actualidad las aguas negras el Río San Francisco, es la indicada en el plano con líneas rojas, o sea el polígono J K L M J.

"Punto b) Tanto en el curso de la inspección

ocular como después, por los estudios que hemos verificado sobre el terreno, hemos llegado a la conclusión, sin lugar a dudas, de que las aguas del Río San Francisco fueron desviadas de su cauce natural (en el punto de cruce con la carrera veintisiete) (27) hacia el Norte, atravesando y por consiguiente ocupando los terrenos de propiedad de Gómez Jácome y & Cía., como se muestra claramente en el plano que acompañamos a este escrito.

"Punto c) La zona de terreno ocupada por el canal artificial a que nos referimos en el punto anterior, tiene una longitud de ciento noventa y un metros con cincuenta centímetros (191.50 mts.) y un ancho promedio de once metros (11 mts.). Estas medidas dan una área ocupada de dos mil ciento seis metros cuadrados con cincuenta centésimos de metro cuadrado (2.106.50 mts. cds.). o sean tres mil doscientas noventa y una varas cuadradas con cuarenta centésimos de vara cuadrada. (3.291.40 vs. cds.).

En el plano adjunto elaborado por los peritos (fol. 27 del C. Nº 3) aparece la descripción del globo de terreno que fue objeto de la inspección ocular, y de la zona que ocupa el canal artificial por donde actualmente fluyen las aguas negras del Río San Francisco; se indica el punto desde donde se inició la construcción de dicho canal para desviar en dirección de sur a norte las aguas en referencia, y el punto donde dicho canal es interceptado por el límite norte del globo de terreno alindado en la demanda; también se indican en dicho plano las medidas del ancho (11 metros) y de longitud (191.50 metros) del canal artificial que determinó la ocupación, y el área de la zona, que es, tal como se expresa en el anterior dictamen, de 3.291.40 varas cuadradas.

Se ha comprobado satisfactoriamente que la parte demandante cubrió a los peritos el valor de los honorarios que fueron materia de regulación tramitada en la forma legal.

Para resolver se CONSIDERA:

a) Está suficientemente acreditada la propiedad que tiene actualmente la sociedad demandante Gómez Jácome & Cía. Ltda. sobre el globo de terreno descrito en la demanda, con la presentación de la copia debidamente registrada de la escritura pública Nº 1.606 de 3 de agosto de 1953 de la Notaría 5ª de esta ciudad (folios 5 a 10 del C. Nº 1), en la cual consta que Gómez Jácome & Cía., compró a Jorge Gouffray y a la señora Ana Forero de Gouffray dos lotes de terreno contiguos, que vinieron a formar en virtud de dicha adquisición, un solo globo tal como lo refiere el demandante en los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda;

b) A folios 20 a 22 del mismo cuaderno, obra el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y privados de este Circuito, fechado el 4 de noviembre de 1954, y ampliado el 14 del mismo mes, en el cual consta que la sociedad Gómez Jácome & Cía. es propietaria actual de los dos lotes de terreno descritos en la escritura pública 1.606 de 3 de agosto de 1953 ya citada, cuyo registro está vigente.

c) Certificado expedido por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la cual consta que por escritura pública 1.604 de 3 de agosto de 1953, de la Notaría 5ª de esta ciudad, cuyo extracto fue registrado en dicha Cámara el 12 de los mismos mes y año bajo el Nº 27.5[illegible] a las páginas 417 a 421 del libro respectivo; que el contrato de sociedad en referencia fue reformado según escritura Nº 1.483 de 31 de mayo de 1954, cuyo extracto igualmente fue registrado en la expresada Cámara de Comercio; y, finalmente, que el Gerente actual de la nombrada Sociedad es el señor Félix Gómez Jácome. (folios 1 a 3 del mismo cuaderno).

Con esta certificación se prueba satisfactoriamente la personería de la Sociedad demandante con arreglo a las leyes vigentes sobre la materia.

d) Con las declaraciones de los señores Alvaro Vega Bernal y Tito Escobar Motta (folios 28 a 31 del C. Nº 1, respectivamente), rendidas ante el Magistrado sustanciador del H. Consejo de Estado dentro del término probatorio del juicio, se establece que dentro del globo de terreno de que trata la demanda se ejecutaron los trabajos de construcción del canal de desviación de las aguas del río San Francisco. El primero de dichos testigos afirma, en efecto, que esos trabajos consistieron en la apertura de "un zanjón abierto entre el antiguo cauce del río San Agustín (sic) hacia un gran cauce que construyeron por la Avenida 6ª abajo, hacia el Occidente, en una extensión de unos 500 metros, dentro de esa misma finca... La obra arrancó del cauce del río San Agustín (sic) a la Avenida 6ª sin poder precisar si el sitio de donde partieron es calle 4ª o calle 5ª... Antes de efectuarse la obra a que me vengo refiriendo las aguas del río San Agustín (sic) corría por su cauce natural sin desviación ninguna hacia la Avenida 6ª, puesto que por allí no existe cauce alguno por donde pudieran correr las aguas. Estas informaciones las comenté varias veces con el señor Luis Patiño Galvis, Jefe de la Oficina de Administración de Inmuebles del Municipio de Bogotá. De esto estoy muy enterado, pues yo in

tervino directamente con dicho funcionario para la negociación de la Avenida Cundinamarca." Más adelante, al responder a una pregunta formulada por el Magistrado sustanciador, dice: "....los trabajos efectuados por el Ministerio de Obras Públicas se hicieron en una finca de las personas mencionadas anteriormente (los esposos Gouffray y Gómez Jácome & Cía.") y está alinderada así: "....por el sur, con el río San Agustín (sic), en una extensión de 500 metros, aproximadamente; por el Occidente con terrenos de los doctores Néstor Pineda y Alfredo Pabón Peláez, hoy día Avenida Cundinamarca; por el Norte, con la Avenida de los Comuneros, en la misma extensión de 500 metros y por el Oriente con la carrera 26."

Por su parte el declarante Escobar Motta dice:

"Hace unos tres años más o menos, estando de Ministro el doctor Leyva el Ministerio de Obras Públicas realizó unos trabajos en la calle 6ª con la carrera 30. Primero hicieron un puente y un cauce artificial por el cual pasaron posteriormente el río que iba por la calle 3ª. Los trabajos que he descrito dividieron la finca de los señores Gómez Jácome & Cía. Ltda. que se halla ubicada entre la carrera 26 y la carrera 30 y entre la calle 6ª y la calle 3ª. Estos trabajos afectaron la finca referida cerca de unos 600 metros aproximadamente, es decir, desde la carrera 30 a la carrera 26 o 27. Antes de la construcción de las obras públicas antes dichas el río sólo era límite de esa finca por la calle 3ª y por el costado sur, y por lo tanto no atravesaba la propiedad. Las obras se adelantaron así: con la construcción de la Avenida Cundinamarca suprimieron un puente que había en la calle 3ª y pasaron las aguas por el canal ya descrito, atravesando la finca de los señores Gómez Jácome & Cía. Ltda."

Como se observa en esta prueba testimonial, el río San Francisco (o San Agustín como lo designan los declarantes), corría antes por la calle 3ª de oriente a occidente; los trabajos de desviación, ejecutados por el Ministerio de Obras Públicas, consistieron en abrir un zanjón, atravesando de sur a norte el predio adquirido por la sociedad demandante, para hacer desembocar dicha corriente de aguas negras en el canal ya abierto que sigue la dirección de la calle 6ª, llamada Avenida de los Comuneros, a la altura de la carrera 27.

Quedan así, pues, establecidos los hechos que constituyeron la ocupación de la propiedad particular de que habla la demanda, con el trabajo público de desviación del río San Francisco.

e) Mediante la copia auténtica del contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas, doctor Jorge Leyva, en nombre del Gobierno Nacional, y el señor Felice Leonardi, con fecha 2 de octubre de 1952, para ejecutar el movimiento de tierras requerido para abrir los canales del río San Francisco, del K 3+00 hasta la Avenida Cundinamarca y otros Canales que le serán indicados (cláusula 1ª) (folio 44 del C. número 1) se comprueba que los trabajos públicos en referencia fueron ejecutados por orden del Ministerio mencionado.

Este documento, además, demuestra que la demanda fue promovida dentro del término de los dos años de que trata el artículo 263 del C .C. Administrativo; puesto que habiéndose firmado el contrato el 2 de octubre de 1952, el término indicado debió vencer el 3 de octubre de 1954; y de acuerdo con la constancia procesal respectiva, la demanda fue presentada el 15 de septiembre del año últimamente citado.

f) De la diligencia de inspección ocular practicada por esta Sala y del dictamen pericial anexo a dicha diligencia, se comprueba la identidad del predio afectado por la obra pública de que trata la demanda, y la determinación técnica de la zona que fue materia de la ocupación.

Como hubo de verse al transcribir lo pertinente del dictamen pericial en referencia, el área de dicha zona es de 3.291.40 varas cuadradas.

g) Respecto del avalúo de la zona ocupada, la Sala acoge el precio unitario fijado por los peritos que actuaron en la diligencia de inspección ocular practicada por el H. Consejo de Estado, por considerar que ese justiprecio está debidamente fundamentado.

Allí se estimó que el valor de cada vara cuadrada en la zona objeto de la indemnización, es el de "once pesos ($ 11.00) la vara cuadrada, que es exactamente igual al valor de compra por parte de la Cía. Gómez Jácome, acreditado en la tantas veces mencionada escritura 1.606 de 1953, Notaría 3ª de Bogotá."

Como en el dictamen pericial rendido ante esta Sala se estableció, como se dijo antes, que el área ocupada es de 3.291.40 varas cuadradas, el valor de la referida zona resulta de multiplicar esa área por $ 11.00, lo cual dá como producto la cantidad de $ 36.205.40, que es la que debe reconocerse a favor de la sociedad demandante.

h) Otro de los puntos que cabe considerar en el presente caso es el que se relaciona con la deducción del 20% del monto de la indemnización, establecida en el art. 268 del C. C. Administrativo.

Sobre el particular se concluye del estudio hecho de este proceso, que en el presente caso no es

procedente la deducción por concepto de valorización, debido a que por las características de la obra de desviación del cauce del río San Francisco, por donde, como se reconoció en la inspección ocular practicada por esta Sala, corren "aguas negras y pestilentes", ningún beneficio reporta tal obra a los terrenos afectados con ella.

Por esta razón, no habrá de hacerse ninguna deducción por el expresado concepto.

j) Como la demanda contiene implícitamente la acción de pago de perjuicios provenientes del lucro cesante que haya podido sufrir la sociedad demandante con la ocupación material de la zona anteriormente especificada, se debe definir también si es el caso de decretar el pago de tales perjuicios.

Para que tal cosa proceda, es indispensable, como lo ha venido sosteniendo insistentemente esta Sala, que en los autos aparezcan debidamente probados los hechos determinantes del lucro cesante, y que su monto se halla así mismo establecido por medio de las pruebas adecuadas.

En el presente proceso no existe un solo documento que acredite la existencia del perjuicio de que se trata. Cierto es que en el dictamen pericial rendido ante el H. Consejo de Estado se dice que "una zona de terreno de treinta (30) metros de anchura, o sean quince (15) metros de cada lado a partir del eje del canal, y de una longitud igual a la de éste, ha quedado inutilizada para cualquier finalidad económica, por concepto de la misma obra del canal y de sus emanaciones ya que solamente acarrea aguas negras pestilentes."

Mas en tal oportunidad los peritos no se detuvieron en determinar la desvalorización causada dentro de esa "zona de influencia" perjudicial, sino que consideraron debía sumarse a la ocupación propiamente dicha, esto es, el área del canal, procedimiento este último a todas luces inaceptable.

Carece, pues, la Sala de suficientes elementos de juicio para decidir si efectivamente se ha causado a la sociedad demandante el perjuicio proveniente del lucro cesante, que en este caso habría podido derivarse del hecho de la congelación de la venta de lotes dentro de la "zona de influencia" de que hablan los peritos del primer dictamen, y el monto a que haya ascendido tal perjuicio, en razón de las utilidades de que hipotéticamente hubiera podido privarse la sociedad demandante en el negocio de la llamada "Urbanización Ricaurte".

De ahí que lo procedente sea absolver a la Nación de este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º—Declárase que con los trabajos públicos ejecutados por el Ministerio de Obras Públicas en el globo de terreno descritos en los hechos 1º, 2º y 3º de la demanda que originó este juicio, para desviar el cauce del río San Francisco en el sector comprendido entre la calle 3ª y la Avenida 6ª de esta ciudad, fue ocupada materialmente a la Sociedad Gómez Jácome & Cía. Ltda., domiciliada en esta capital, una zona de terreno que tiene un área total de 3.291.40 varas cuadradas.

2ª—En consecuencia, la Nación colombiana está obligada a pagar a la expresada sociedad comercial, a título de indemnización, la cantidad de TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS con CUARENTA CENTAVOS ($ 36.205.40) m. l., en que ha sido avaluada la zona en referencia.

Parágrafo. — Simultáneamente con el pago de la suma determinada en el punto anterior, la sociedad "Gómez Jácome & Cía. Ltda." otorgará la correspondiente escritura pública a favor de la Nación, para la transferencia de la propiedad de la zona de terreno descrita en la parte motiva de esta sentencia.

3ª—Absuélvese a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda.

4ª—No hay lugar a deducir el 20% por valorización.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.

Deniega la mayoría de la Sala, en el fallo precedente, el pago de los perjuicios provenientes del lucro cesante, reclamados por la parte actora, por considerar que para ello es indispensable "que en los autos aparezcan debidamente probados los hechos determinantes" de dicho lucro, y "que su monto se halle asimismo establecido por medio de las pruebas adecuadas"; y "en el presente proceso —se dice— no existe un solo documento que acredite la existencia del perjuicio de que se trata.."

Con todo respeto he disentido en otros casos similares al de autos de la tesis así planteada y sostenida por mis distinguidos colegas. Y las razones de mi disentimiento han quedado consignadas en varios salvamentos de voto, como el de fecha 23 septiembre último dentro del juicio de Jorge Echeverry Vargas contra la Nación, en el cual una vez más expresé lo siguiente:

"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 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 éstos 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 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 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, (Artículo 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, 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, página 332) y en el de Silena Sardi de Tenorio contra la Nación, G. J. número 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 inmuebl ocupado."

Camilo Rincón Lara.

Fecha ut supra.

RESOLUCIONES JUDICIALES. — CARACTERISTICAS DE ESTAS. — EL AUTO QUE DECRETA ACUMULACION DE PROCESOS, ES UNA PROVIDENCIA INTERLOCUTORIA.—CONTRA LOS AUTOS INTERLOCUTORIOS NO ESTABLECE LA LEY RECURSO DE ACLARACION, SALVO EN LOS CASOS EN QUE SE HAYA INCURRIDO EN ERROR PURAMENTE ARITMETICO.

1.—Según el artículo 466 del C. J., las resoluciones de carácter judicial se denominan autos y sentencias y son de tres clases: autos de sustanciación, autos interlocutorios y sentencias propiamente dichas. Estas se caracterizan por decidir lo principal del pleito, definiéndolo o terminándolo. Los autos de sustanciación son aquellas providencias que tienen la exclusiva finalidad de disponer simples trámites para darle curso progresivo a la actuación. Como autos interlocutorios señala el numeral 2º del citado artículo 466 otras providencias que sin tener el alcance y efectos de las sentencias son trascendentales en el juicio, como las que resuelven algún incidente del mismo. Ninguna otra definición de las resoluciones judiciales ha hecho nuestra ley procesal civil. No están por tanto, incluídos en clasificación alguna los autos ilegales, por ejemplo. En cuanto a los autos interlocutorios, la Comisión que elaboró el proyecto que es hoy Código de Procedimiento Civil expresó que no había hallado fórmula precisa para definirlos, por lo cual hizo una enumeración de ellos; y advirtió, en consecuencia, que tal enumeración "no tiene el carácter de limitativa, de suerte que corresponde a los Jueces resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las enumeradas, y por razón de analogía, deben calificarse como interlocutorias".

2.—La acumulación de autos es un incidente puesto que de estos trata el Título XII, Libro II del C. J. y la acumulación se regula por las disposiciones del Cap. III de dicho Título. Luego el auto por el cual se decreta la acumulación de procesos es una providencia interlocutoria.

3.— Solo las sentencias, en cuanto a los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, pueden ser aclaradas de oficio, dentro del día hábil siguiente al de su notificación, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes a la misma notificación (artículo 482 del C. J.). Contra los autos interlocutorios no establece la ley ese recurso de aclaración, salvo los casos en que se haya incurrido en error puramente aritmético, casos en los cuales toda resolución judicial "es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio, o a solicitud de parte, en cuanto al error numérico cometido". (Art. 483 ibidem).

El procedimiento consistente en aclarar mediante providencia la parte motiva del auto que decretó la acumulación de procesos, no es aceptable. Muy al contrario, esa actuación implica una alteración irregular de los ordenamientos legales en el trámite del juicio, que es forzoso enmendar en guarda de esos mismos ordenamientos, puesto que toda actuación que sea extraña a las disposiciones que regulan los debates judiciales, que se aparte de las normas determinadas por la ley con ese fin, no puede tener vigencia alguna.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintiocho (28) de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara)

Por auto fechado el 26 de agosto último se decretó la acumulación del juicio ordinario promovido por la Compañía Empresaria del Camino del Carare contra la Nación y la Texas Petroleum Company, a los juicios ya acumulados en los cuales son partes los mismos litigantes.

Después de haber quedado debidamente notificada dicha providencia, presentó el señor apoderado del demandante su memorial de 2 de septiembre en el que expresa su conformidad con la parte resolutiva de aquel auto, pero aclara que esa conformidad "no puede extenderse, en su integridad al menos, a la parte motiva de la misma

providencia", porque existen allí "apreciaciones sobre puntos de hecho y de derecho acerca de los cuales estoy en el deber de manifestar, respetuosamente repito, mi discrepancia personal". Y seguidamente consigna el señor apoderado sus observaciones a varios puntos del auto de acumulación, para que de esa manera quedara constancia de ellas.

Con motivo de esas constancias el señor apoderado, profirió el señor Magistrado Sustanciador el auto de 12 del mismo septiembre, en el cual acepta las observaciones de aquel. Contra ese auto interpusieron el señor Procurador Delegado en lo Civil y el apoderado de la Texas Petroleum Company el recurso de súplica. Alega el señor Procurador que "no son oportunas y antes sí extemporáneas y perjudiciales las aclaraciones estampadas en la providencia que reclamo, porque ellas se reflejan en los conceptos muy respetables, pero muy personales del distinguido apoderado de la parte actora y en cuanto ellas dicen relación a las postulaciones mismas de sus demandas"; y que "existiendo como aspecto esencial a toda controversia, divergencias y polos opuestos en la interpretación de los problemas jurídicos sub judice, es por lo menos peligroso el examen y definición de ellos mediante manifestación firme y obligatoria por parte del juzgador, en oportunidades diferentes a la sentencia que le ponga fin al litigio, o en los eventos permitidos por la ley expresamente y que impliquen un previo y especial pronunciamiento". El señor apoderado de la Texas sostiene que el auto recurrido carece de fundamento legal, porque no ha sido reclamado "ni su contenido puede ser modificado por el hecho de que una de las partes deje determinadas constancias en un memorial en el que no se interpuso recurso alguno".

Al recurso se le dio el trámite legal (artículos 488 y 512 del C. J.) y dentro del término que fija la primera de estas disposiciones objetó el demandante la solicitud suplicatoria argumentando que no se trata de conceptos muy personales suyos, "sino de hechos o realidades que aparecen de los autos mismos". "Negar que a esos hechos cumplidos, claros y protuberantes, por lo demás, no puede referirse el juzgador en una providencia sobre acumulación de autos, equivale —dice textualmente— a desconocer el contenido de los artículos 397 y 398 del Código Judicial; y las disposiciones ulteriores del mismo Código que reglamentan el trámite de la acumulación misma". Agrega que el recurso no tiene "base jurídica para su interposición, toda vez que existe la más absoluta ausencia de una determinación de la Corte, es decir, de una parte resolutiva, o materia decisoria, que justifique la querella del recurrente al dirigirse en súplica a los demás Honorables Magistrados de la Sala, y pudiendo adquirir ellos, así, jurisdicción en concreto en relación con el asunto; o sea el grado de jurisdicción que menciona el artículo 485 del Código Judicial".

El señor Magistrado a quien, por seguir en turno, pasó el negocio, presentó su ponencia sobre la decisión del recurso de súplica, la que no fue acogida por la mayoría de la Sala por discrepancia en puntos fundamentales de las cuestiones debatidas. En consecuencia para resolverlas se considera:

El primer aspecto que debe estudiar y definir la Sala es el relativo al carácter del proveído recurrido, a fin de saber si es o no procedente la súplica impetrada, pues esta solo prospera contra los autos interlocutorios "que dicte un Magistrado cuando no procede como Juez ad quem". (Artículo 511 del C. J.).

Según el artículo 466 ibidem, las resoluciones de carácter judicial se denominan autos y sentencias y son de tres clases: autos de sustanciación, autos interlocutorios y sentencias propiamente dichas. Estas se caracterizan por decidir lo principal del pleito, definiéndolo o terminándolo. Los autos de sustanciación son aquellas providencias que tienen la exclusiva finalidad de disponer simples trámites para darle curso progresivo a la actuación. Como autos interlocutorios señala el numeral 2º del citado artículo 466 otras providencias que sin tener el alcance y efectos de las sentencias son trascendentales en el juicio, como las que resuelven algún incidente del mismo. Ninguna otra definición de las resoluciones judiciales ha hecho nuestra ley procesal civil. No están, por tanto, incluídos en clasificación alguna los autos ilegales, por ejemplo. En cuanto a los autos interlocutorios, la Comisión que elaboró el proyecto que es hoy Código de Procedimiento Civil expresó que no había hallado fórmula precisa para definirlos, por lo cual hizo una enumeración de ellos, y advirtió, en consecuencia, que tal enumeración "no tiene el carácter de limitativa, de suerte que corresponda a los jueces resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las enumeradas, y por razón de analogía, deben calificarse como interlocutorias".

La acumulación de autos es un incidente puesto que de estos trata el Título XII, Libro II, C. J. y la acumulación se regula por las disposiciones del Capítulo III de dicho Título. Luego

el auto de fecha 26 de agosto último —por el cual se decretó la acumulación del juicio ordinario propuesto por la Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A. contra la Nación y la Texas Petroleum Company o los juicios acumulados promovidos por la misma Compañía Empresaria contra la Nación, el primero, y contra ésta y la Florida Petroleum Company (hoy Texas Petroleum Company como cesionaria), el segundo— es una providencia interlocutoria.

Sentadas estas bases jurídicas, pasa la Sala a considerar el carácter de la providencia materia de la súplica.

No es ella, desde luego, una simple constancia dejada por el señor Magistrado Sustanciador con la exclusiva finalidad —que por lo demás hubiera sido innecesaria por lo inocua—, de responder a las que el señor apoderado de la parte actora consignó en su memorial del dos de septiembre; constancia que, por otra parte, hubiera sido completamente extraña a la legal tramitación del juicio. Los términos mismos de la pieza en mención; sus antecedentes y motivos; los puntos de que ella trata y especialmente la orden de notificarla a las partes, demuestran inequívocamente que es algo más que una mera constancia, es decir es una resolución importante que se profirió como actuación correspondiente al trámite del juicio. Así lo estimó el señor Magistrado que la suscribió al decir en auto de 24 de septiembre: "Este Despacho estima que el auto reclamado, por ser complementario del de fecha 26 de agosto último que decretó la acumulación de autos, tiene carácter interlocutorio, y por tanto el recurso que ha de tramitarse es el de súplica...".

Ahora bien: al proferir el señor Magistrado Sustanciador el auto al cual se refiere la súplica, es obvio que pretendió, mediante él, aclarar el de acumulación, en vista de las constancias del demandante. Entonces, lógicamente se deduce una inmediata relación entre esas dos providencias que hace de la última, es decir del auto suplicado, un complemento del auto que decretó la acumulación y por lo mismo aquel tiene las características de dicho auto de acumulación, tanto más cuanto que la providencia recurrida toca aspectos esenciales de los juicios acumulados.

En efecto: la inconformidad del señor apoderado de la parte actora se relaciona, como él expresamente lo manifiesta, con "apreciaciones sobre puntos de hecho y de derecho" consignadas en la parte motiva del auto de acumulación. Así se observa que, como en dicho auto se dijo que "el Gobierno Nacional —Ministerio de Obras Públicas— por medio de la Resolución número 6 de 17 de febrero de 1932, declaró la resolución de los contratos celebrados para la construcción del Camino del Carare (el primitivo de 1890 y los de prórroga y modificatorios de aquel)", el señor apoderado advierte que tal Resolución "no declaró la **resolución** de los contratos celebrados para la construcción del Camino del Carare..." sino que "el Gobierno **optó** por esa resolución disponiendo al propio tiempo que para lograr la resolución misma fuera entablada la correspondiente demanda judicial, la cual demanda nunca llegó a entablarse en realidad". Y en el auto suplicado, refiriéndose a esta observación, se dice: "No existe inconveniente en aceptar la aclaración en referencia, pues ella estriba en el contexto mismo de la Resolución Ejecutiva citada". Y de la misma manera que se acepta esta observación del señor apoderado se admiten las otras dos, relativas a la causa petendi y al hecho de no haberse mencionado en parte alguna del auto de acumulación las reformas que la parte actora hizo a la primera demanda dirigida contra la Nación.

Por todas estas razones, esto es, por la clara relación que sobre cuestiones "de hecho y de derecho" tienen entre sí los dos autos en referencia, que hace del último un complemento del primero, se concluye que el impugnado, de fecha 12 de septiembre, conlleva el carácter interlocutorio de la providencia que dispuso la acumulación y por tanto es procedente el recurso de súplica contra él interpuesto.

Se ha visto ya cómo y por qué el auto suplicado es una aclaración del que decretó la acumulación. Mas si todavía esta conclusión fuera dudosa, el mismo auto desvanecería la duda pues textualmente en él se dice: "Pero es oportuno declarar aquí que, además de que el escrito a que se hace referencia no incluye el ejercicio de recurso legal alguno contra la providencia de 26 de agosto último, **las aclaraciones que se han dejado expuestas** en manera alguna modifican la parte resolutiva de dicho proveído ni las conclusiones en que ella se apoya, acerca de las cuales manifiesta su conformidad el señor apoderado". (Subraya la Sala).

Solo las sentencias, en cuanto a los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, pueden ser aclaradas de oficio, dentro del día hábil siguiente al de su notificación, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes a la misma notificación. (Artículo 482 del C. J.). Contra los autos interlocutorios no establece la ley ese recurso de aclaración, salvo los casos en

que se haya incurrido en error puramente aritmético, casos en los cuales toda resolución judicial "es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio o a solicitud de parte, en cuanto al error numérico cometido". (Art. 498 ibidem). Por esto, quizás, el señor apoderado no pidió aclaración del auto de 26 de agosto último, que decretó la acumulación, y se limitó a formular algunas observaciones a manera de constancias, por considerarlas convenientes en el ejercicio de los derechos de su poderdante.

No es, pues, aceptable el procedimiento adoptado, consistente en aclarar, mediante el auto de doce de septiembre, la parte motiva del auto de acumulación. Muy al contrario, esa actuación implica una alteración irregular de los ordenamientos legales en el trámite del juicio que es forzoso enmendar en guarda de esos mismos ordenamientos, puesto que toda actuación que sea extraña a las disposiciones que regulan los debates judiciales, que se aparte de las normas determinadas por la ley con ese fin, no puede tener vigencia alguna. El auto que decretó la acumulación quedó en firme porque ninguna de las partes interpuso contra él el recurso correspondiente. Por tanto ese auto de acumulación debe conservar totalmente su fisonomía jurídica, para lo cual se impone la revocatoria del auto suplicado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto de doce de septiembre último, objeto del recurso de súplica, y en su lugar dispone que el memorial del señor apoderado de la parte actora, del dos del mismo mes, contentivo de las constancias referidas en esta providencia, continúe agregado al expediente para que sea considerado en su oportunidad legal.

Notifíquese.

Manuel Buenahora — Camilo Rincón Lara — Con salvedad, José Jaramillo Giraldo — Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE JARAMILLO GIRALDO

Por auto de 26 de agosto del presente año fue decretada la acumulación del juicio ordinario que adelanta la Compañía Empresaria del Camino del Carare contra la Nación y la Texas Petroleum Company —de que conoce el suscrito Magistrado— a los juicios acumulados que sigue la misma Compañía Empresaria del Camino del Carare contra la Nación, el uno, y contra la Nación y la Florida Petroleum Company —hoy Texas Petroleum Company— el otro.

El señor apoderado de la Compañía demandante, refiriéndose a dicho auto de acumulación, dijo en memorial de 2 de septiembre siguiente: "me conformo con la parte resolutiva de dicha providencia. Deseo, por lo demás, declarar que esa conformidad, dicho sea con todo respeto al señor Magistrado, no puede extenderse, en su integridad al menos, a la parte motiva de la misma providencia... De manera que aparte de otros aspectos que conciernen a lo que se acaba de expresar, considero aconsejable **dejar aquí constancia** de lo siguiente:..." y termina su memorial en los siguientes términos: "Por lo demás, el suscrito bien comprende que la complejidad misma de los asuntos, y especialmente el gran número de pliegos que integran el expediente contribuyen a explicar las causas de los errores de que se acaba de hablar, y que con todo el comedimiento he mencionado" (subraya el suscrito).

La constancia dejada por el doctor Cock y sus observaciones, fueron causa para una nueva actuación del Magistrado ponente, doctor Gómez Naranjo, fechada el 12 de septiembre, en el cual hace algunas consideraciones que estima necesarias, y finalmente declara: "Pero es oportuno declarar aquí que, además de que el escrito a que se hace referencia no incluye el ejercicio de recurso legal alguno contra la providencia de 26 de agosto último, las aclaraciones que se han dejado expuestas **en manera alguna modifican** la parte resolutiva de dicho proveído ni las conclusiones en que ella se apoya, acerca de las cuales manifiesta su conformidad el señor apoderado".

En el bien entendido de que el doctor Cock no interpuso ningún recurso contra el auto que decretó la acumulación, y de que no pidió, en consecuencia, la aclaración de él, sino que consideró aconsejable para los intereses de la parte que representa dejar algunas constancias, la actuación del Magistrado que es objeto del recurso de súplica, es simplemente una referencia a tales constancias, que no modifica en manera alguna el decreto de acumulación de autos. En otros términos: **tal pieza no tiene carácter decisorio alguno**, ni su texto implica un acto judicial que determine al juzgador a acogerlo en el fallo que haya de ponerle fin al litigio.

No es, pues, un auto interlocutorio, porque estos, de acuerdo con el texto del artículo 466 del Código Judicial son los que "RESUELVEN algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de los partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que **contengan** RESOLUCIONES **análogas**". Lo que caracteriza pues el auto interlocutorio, es que contenga alguna RESOLUCION o decisión dentro del juicio.

Si el criterio que informó la pieza recurrida no fue el de volver a resolver lo ya resuelto, puesto que eso no es posible, hay que convenir en que tal actuación tiene el estricto significado de una oficiosa referencia a las constancias dejadas por el doctor Cock, o sea, que al margen de ellas, hizo el Magistrado sustanciador las suyas propias. Esa actuación, en sí misma, no puede calificarse de parte integrante o complementaria del auto anterior, para de ahí deducir su carácter interlocutorio, pues sería tanto como admitir que la ley de procedimiento civil autoriza dictar autos que complementen o integren los anteriormente proferidos, sin que medie contra ellos recurso alguno.

Por tanto, esa actuación, considerada en la realidad del proceso, no tiene los efectos que se le atribuyen; ella no incide en las cuestiones de fondo que han de contemplarse en el fallo, ni tan siquiera en las de la acumulación antes decretada. Es por esto que, a juicio del suscrito Magistrado, contra ella no proceden los recursos establecidos contra los autos interlocutorios, y por consiguiente, el interpuesto por el señor Procurador y por el señor abogado de la Texas Petroleum Company, ha debido ser denegado.

La esencia de una providencia judicial es una declaración de voluntad del juez. Esta caracte-

rística diferencia las "providencias judiciales" de otros actos del juzgador, como las comunicaciones (despachos, exhortos, oficios), o como las diligencias (recepción de testimonios, audiencias, práctica de inspecciones oculares, etc.). De allí que cuando en el curso de una de tales diligencias el juez tome una resolución, esto es, exprese su voluntad de decidir o determinar lo que deba hacerse procesalmente o lo que sea justo o legal, profiera una providencia en el curso mismo de la respectiva diligencia y abra a las partes los recursos que la ley ha establecido contra las decisiones judiciales. No sucedería lo mismo si, en el cuerpo de la diligencia, el juez dejara una mera constancia, porque ello podría dar lugar a que las partes, a su vez, dejaran sus propias constancias, pero no les sería lícito interponer recurso alguno contra la constancia del juez.

En el sentido indicado dice el Profesor Hernando Morales, en su obra sobre "Derecho Procesal Civil": "El punto central de los actos judiciales son las resoluciones (subrayo). Estas son declaraciones de voluntad emitidas por el Juez con el fin de determinar lo que se estima como justo... Las resoluciones judiciales toman el nombre de sentencias, si deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio, o sobre lo principal de este, sea que se pronuncien en primero o en segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario. Los autos son todas las demás resoluciones que no son sentencias y que se pronuncian a lo largo del proceso". (He subrayado. O. c. p. 351).

La actividad judicial se fundamenta en la idea de jurisdicción, esto es, de facultad emanada del Estado para dictar decisiones con fuerza obligatoria. Los jueces no proceden como consejeros o como teorizantes. Su función se resume en una providencia que decide u ordena y que, si resuelve sobre lo principal del pleito, se llamará sentencia; y auto, en los demás casos.

Las providencias del juez se presentan así como el ejercicio de una función derivada del poder público y conllevan su potestad decisoria. Como lo ha expresado Calamandrei: "La doctrina ha adoptado actualmente para los actos jurídicos consistentes en el ejercicio del poder, la denominación de providencias" (Instituciones de Derecho Procesal Civil número 27).

Rocco, en su célebre obra sobre el "Derecho Procesal Civil", dice de manera muy brillante: "El derecho procesal civil regula una función del Estado: la realización, a través de los órganos estatales, de los intereses privados protegidos por el derecho objetivo. Al ejercitar tal función, el Estado debe proceder con las mayores precauciones. Debe evitar no solo el satisfacer intereses no efectivamente protegidos, sino también el negar la satisfacción a intereses realmente amparados. De aquí la necesidad de normas rigurosas y bien determinadas. Y tales son las normas procesales". Y nuestra Corte ha dicho:

"Las providencias judiciales no son discusiones académicas o exposiciones de carácter doctrinario y didáctico y, por consiguiente, las doctrinas que en ellas se sustenten o los considerandos jurídicos que en las mismas se hagan, solo deben servir de base para fundar las decisiones de la parte resolutiva, es decir, esas doctrinas y consideraciones deben ser tan solo parte integrante de la motivación del auto o sentencia, y nada más". (Auto, 27 septiembre 1948, G. J. Tomo LXV, página 235).

Si una providencia judicial se limita a las solas consideraciones que la motivan y se omite en ellas toda decisión, le falta una condición esencial para ser verdaderamente tal, la emisión de voluntad del juez, sin la cual el poder jurisdiccional de este no se ha expresado.

Menos aún sería comprensible que pudiera proferirse una providencia judicial teórica, sin parte decisoria, encaminada únicamente a interpretar el sentido de la parte motiva de una decisión anterior, ya ejecutoriada. Como ya lo ha dicho también la Corte, "las providencias judiciales no deben ser objeto de interpretación por parte de quienes se hallen encargados de cumplirlas; sino preciso es que en ellas se exprese la voluntad del juzgador y los motivos que él tuvo para adoptar determinada decisión; esto, por lo demás, es lo que quiere significar el precepto constitucional cuando ordena que toda sentencia debe ser motivada". (N. G., 22 octubre 1948, LXV, p. 279).

Los recursos —afirma Kisch en sus "Elementos de Derecho Procesal Civil"— no solo sirven al interés de las partes litigantes, sino también el bien general, ya que ofrecen una garantía mayor de exactitud de las resoluciones judiciales y acrecientan la confianza del pueblo en la justicia de los tribunales superiores, de la uniformidad en la aplicación del derecho. Por estas razones, no deben ser excluídos absolutamente por el legislador, aunque es de necesidad no permitirlos más que en los casos indispensables, pues si se dieran por cualquiera motivo, fácilmente y en gran número, se prestarían al abuso y las partes los utilizarían para alargar los procesos hasta la in-

conveniencia y producir molestias, dispendios antieconómicos y pérdida de tiempo".

Es bien conocida la tesis de Couture sobre la manera de concebir el juicio. Según él, el proceso divídico en etapas sucesivas, que van articulándose una luego de otra, es conocido en doctrina con el nombre de "proceso de ordenación legal". En sentido opuesto, pudo concebirse el juicio, en determinado momento histórico, como un conjunto de formas sin orden preestablecido, siempre abierto a nuevas alegaciones, a nuevas pruebas, y a nuevos recursos. A este tipo particular, se le distingue con el nombre de "proceso de desenvolvimiento discrecional".

Dentro de la primera forma de procedimiento, que es la que rige en los códigos actuales, es necesario asegurar el pasaje de una etapa a la otra, en forma tal que el juicio no se detenga. Tal cosa se obtiene indistintamente a **petición de parte** o por **disposición de la ley.**

A los actos que tienden a asegurar el pasaje de una etapa a otra, por ejemplo, de la sustanciación a la prueba, de la prueba a la conclusión, de la conclusión a la sentencia, se les llama actos de **impulso procesal.** El impulso procura conducir el procedimiento desde la demanda hasta la conclusión. En la doctrina francesa se habla de "remontar" (en el sentido particular que en francés tiene ese vocablo) el proceso; de ponerlo "en état de être jugée".

El impulso procesal se obtiene, en consecuencia, mediante una serie de situaciones jurídicas que unas veces afectan a las partes, otras al tribunal y otras al mismo procedimiento.

Las partes están gravadas frecuentemente con **cargas** procesales, que son situaciones jurídicas que conminan al litigante a realizar determinados actos, bajo amenaza de continuar adelante prescindiendo del mismo. El Tribunal coopera al desenvolvimiento del juicio, señalando, por propia decisión o dentro de los términos de la ley, **plazos** para realizar los actos procesales. La estructura misma del juicio contribuye, por su lado, a que agotados los plazos que se conceden para realizar los actos, se considere caducada la posibilidad de realizarlos ("preclusión") pasándose a los actos subsiguientes. El conjunto de estas situaciones asegura el impulso procesal de tal manera, que es el propio interés de las partes el que les mueve a realizar los actos dentro del término que se les señala. El juicio marcha, incesantemente, impulsado por las partes o por el tribunal, hacia su destino, sin detenerse (salvo por acuerdo expreso o tácito de las partes) y sin regresar jamás.

En este caso concreto, nos encontramos con la situación muy especial de que ni hubo **"petición de parte"** ni providencia decisoria **"por disposición de la ley".** La actuación recurrida puede ser cualquier cosa, menos un auto interlocutorio. En un juicio que tiene forma de desenvolvimiento previsto de antemano por la ley, lo natural y lo jurídico es que se desarrolle en la medida de lo previsto. Nada se pidió; no se RESOLVIO nada. A medida que pasa el tiempo y el Estado va asumiendo en una forma más intensa el control sobre la actividad de la justicia, se va restringiendo la posibilidad de recurrir. De lo contrario, estaríamos suplantando las normas rigurosas del procedimiento y estimulando, contra los principios de la economía procesal, la tendencia a concederles categoría que no tienen, a las actuaciones de un juez y la costumbre de recurrir ilegalmente contra ellas.

Octubre 28 de 1957.

José Jaramillo Giraldo

PRESUPUESTOS DE LA ACCION DE PROPIEDAD SOBRE EL PETROLEO QUE PUEDA ENCONTRARSE EN DETERMINADOS TERRENOS. — TITULO EMANADO DEL ESTADO CON ANTERIORIDAD AL 28 DE OCTUBRE DE 1873, PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD PARTICULAR DEL PETROLEO QUE SE ENCUENTRE EN TERRENOS QUE SALIERON LEGALMENTE DEL PATRIMONIO NACIONAL ANTES DE AQUELLA FECHA.

1.—Los presupuestos de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos, son, en su orden:

a) Propiedad actual de los actores en el período de la prescripción extraordinaria, relativa a las tierras cuyo subsuelo petrolífero se reclama;

b) Título proveniente del Estado que acredite que las tierras salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

c) Determinación precisa del terreno en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa;

d) Determinación de las tierras comprendidas por el título proveniente del Estado; y

e) 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.

2.—Para pretender el dominio del subsuelo petrolífero alegando una "posesión firme e ininterrumpida" es indispensable que dicha posesión u ocupación se haya consumado sobre un determinado predio durante el tiempo exigido por las reales cédulas para que los terrenos salieran del patrimonio nacional al privado, ya que las tierras pertenecieron a la Corona Española y luego al Estado Colombiano y una y otro dispusieron y condicionaron la transferencia de ellas a los particulares por composición, remate, merced, venta, etc. No podían éstos, por tanto, adquirirlas válidamente por vías de hecho, pues "los ocupantes de hecho, sin título, debían alcanzarlo por medio de composición, siempre que hubiesen ocupado las tierras en la forma prevista por un término de diez años" (G. J. número 1987, página 866), y las tierras ocupadas sin título, y los excesos de las ocupadas con título, podían ser denunciadas como realengas por los particulares. De ahí que, teniendo en cuenta la reserva de que trata el Código Fiscal de 1873, haya dispuesto la ley el reconocimiento de la propiedad particular del petróleo "que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional" antes de la fecha de aquella reserva. Y para demostrar ese desplazamiento legal de la propiedad nacional a los particulares se exige "el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Doctor Camilo Rincón Lara.)

El Dr. José P. Esmeral, actuando como Administrador y condueño de las tierras de 'El Limón' ubicadas en el Municipio de Sabanalarga del Departamento del Atlántico, demandó a la Nación, en escrito presentado en la Secretaría del Tribunal Superior de Barranquilla el veintiocho (28) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946), a fin de que, mediante el procedimiento ordinario y con audiencia del señor Fiscal como representante legal de la entidad demandada, se hagan en sentencia definitiva estas declaraciones:

"PRIMERA. — Que son de propiedad de la Comunidad que represento, y no de la Nación, los terrenos de 'El Limón' constantes de ocho (8) caballerías o sean cuatro mil (4.000) hectáreas, situados en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga, en este Departamento y cuyos linderos son los siguientes: 'Arroyo Salado', 'Camino de Turipana'; de éste a 'Sabanaculebras' hasta el mismo plano

de 'Piñuela' corriendo por el camino de Arroyo de Piedras y buscando al norte al paso del camino de Molinero contra el arroyo de este nombre, aguas arriba, hasta encontrar la Poza de Tomasa, corriendo de ésta al Paso de Isabel López, donde estaba el primer lindero un palo de Guacamayo y un doncello y siguiendo la línea por todo el arroyo a los Chorros de Luisa, buscando a Loma de Los Indios, y de ésta por los vientos al sur, a los tres palos de Caracolí y que estaban en el lugar nombrado 'El Cucurucho' a salir a 'Sabana Trejo' y 'Sabana Cruz', donde estaban los bohíos de los cuales corriendo hacia el arroyo de Talanquera hasta lindar con tierras de Turipana, siguiendo por todo el arroyo que se llama de Arena que cierra el círculo con el primer lindero de 'Arroyo Salado.'

"SEGUNDA.—Que la Comunidad de las tierras de 'El Limón' tiene la propiedad exclusiva del subsuelo y de los petróleos y sus derivados que se encuentran en el globo de terreno llamado 'El Limón', comprendido por los linderos señalados, por no haber pertenecido nunca al Estado Colombiano o porque, en todo caso, salieron legalmente del patrimonio de la Nación, con anterioridad al veintiocho (28) de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873) y que no han sido recuperadas por la Nación por ninguna causa.

"Para el caso de que no se acceda a las peticiones principales de la demanda, —expresa el actor—, pido a ustedes que, subsidiariamente, hagan las siguientes:

"1ª—Que son de propiedad de la Comunidad que represento, los terrenos de 'El Limón', constantes de ocho caballerías o sean cuatro mil hectáreas, situadas en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga en este Departamento, y cuyos linderos y demás especificaciones se describen en la primera de las peticiones principales, en virtud de haberse consumado la prescripción en favor de la Comunidad, por actos sucesivos de explotación económica del suelo durante un lapso suficiente para que se consumara la prescripción, y en época en que la posesión y explotación del suelo corrían contra el Estado.

"2ª.- Que la Comunidad de las tierras de 'El Limón', en su condición de propietaria tanto del suelo como del subsuelo, tiene derecho a explotar y explorar el petróleo y derivados de éste, que se encuentren en el subsuelo de dichos terrenos, bien directamente o mediante contrato con personas naturales o jurídicas."

El libelo puntualiza como fundamento de la acción, los hechos que seguidamente se resumen:

El demandante es Administrador de la Comunidad del Globo de tierra denominado 'El Limón', constituída el primero de junio de 1942 y cuya acta fue protocolizada en la escritura número 589 de 16 del mes y año citados, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla. Además es condueño de las mismas tierras.

Los dichos terrenos están ocupados totalmente por los respectivos condueños, con cultivos de toda clase, y la tradición escrita de su dominio tiene más de cien años. "La constitución de la Capellanía de las tierras de 'El Limón', —dice textualmente el actor—, encabezada en la persona del señor José Domingo Baloco, cuyo proceso acompaño, eleva hasta la sentencia de fecha doce (12) de noviembre de mil ochocientos treinta y nueve (1839) el título de las referidas tierras, título al cual hay que agregar el de los antecesores de Balera Baloco, en la Capellanía que mandó fundar Francisco de Asís González."

Por escritura Nº 6 de 25 de febrero de 1854, José Domingo Balera Baloco trasmitió el dominio de las tierras de 'El Limón' al señor Maximiliano Salazar quien a su vez las vendió, el 5 de junio de 1856 a los señores Migue María Zapata, Salvador del Castillo, Julián José Pertuz, Pedro del Castillo, Julián Castillo, Dolores Castellanos, Jacinto Consuegra, Manuel Flórez, Nicolás, Manuel Esteba y Carmen Fernández, Casimiro Arteta, Basilio Molina, Presbítero Asunción Cervantes y Manuel Albor, reservándose el vendedor una acción. Por tanto, los actuales dueños de las tierras en referencia tienen una posesión inscrita de más de cien años.

"Con fecha siete de enero de 1944, —dice el punto 8º—, el Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento del artículo 5º de la Ley 160 de 1936 y del Decreto Ejecutivo número 1270 de 1931, dio el aviso a que se refieren aquellas disposiciones, anunciando que por Resolución de fecha 21 de diciembre de 1943, se admitió la propuesta de contrato, sobre exploración con taladros y explotación de petróleos de propiedad nacional, formulada el 29 de enero de 1943 por el doctor León Cruz Santos, en su carácter de Gerente de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleo y en la cual el expresado señor León Cruz Santos propone una concesión de 49.880 hectáreas de extensión superficiaria, ubicada en jurisdicción de los municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela, en este Departamento, y en la que se advierte, asimismo, que en el lote de terreno propuesto están los corregimientos de Moline-

ro, Isabel López, Colombia, Martillo, Caseajal, La María y Leña, esto es nada menos que la sexta parte del territorio del Atlántico, el más pequeño del país cuya área total es de 300.000 hectáreas..." Expresa a continuación el demandante los linderos de la mencionada concesión según el aviso del Ministerio, y agrega: "Dentro de ese globo de tierra, materia de la citada solicitud de concesión, están comprendidas las tierras de 'El Limón', de propiedad de la Comunidad del mismo nombre, cuyos linderos, ubicación y extensión se han especificado en la petición PRIMERA de este libelo de demanda."

Finalmente afirma el demandante:

"DECIMO.—Con fecha 15 de junio de 1944 y considerando que estaba dentro del término señalado para hacer oposición, formulé la demanda respectiva ante el Ministerio de Minas y Petróleos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del ya citado artículo 3º de la Ley 160 de 1936, con el fin de que por ese conducto pasara la oposición a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Pero el Ministerio se absuvo de tramitar mi demanda alegando que había transcurrido el término angustioso de los 60 días a que se refiere la mencionada disposición o sea el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 160 de 1936, que reemplazó el 26 de la Ley 37 de 1931.

"UNDECIMO. Estoy dentro del término legal para proponer la respectiva demanda ordinaria, según el artículo 5º de la Ley 160 de 1936".

Enumeró el actor los documentos que presentaba con la demanda, y como fundamentos de derecho citó los artículos 5º y 10 de la Ley 160 de 1936; los demás concordantes y pertinentes de esa Ley y de la 37 de 1931; los decretos reglamentarios de ellas; los Títulos VI y VII del Libro II del C. C., y las disposiciones correspondientes del Título XVIII, Capítulos I y II del Libro II del C. Judicial.

Admitida la demanda se dió traslado de ella al señor Fiscal, quien negó los hechos así como los fundamentos de derecho invocados, y propuso "las excepciones de Carencia de Acción y la genérica de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió."

Recogidas las pruebas pedidas por la parte actora y surtidos los demás ordenamientos legales, se profirió el fallo de primer grado el 25 de junio de 1952, mediante el cual se negaron todas las peticiones de la demanda y en consecuencia se absolvió a la Nación de los cargos formulados contra ella.

Ese fallo fue declarado nulo por esta Sala el 23 de septiembre de 1952, por haberlo firmado solamente tres de los seis Magistrados que integraban el Tribunal. Por tanto el 5 de abril de 1954 fue resuelto por segunda vez el negocio, negando de nuevo las peticiones de la demanda y absolviendo a la Nación.

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los actores contra el citado fallo del Tribunal de 5 de abril de 1954, se remitió el juicio a esta superioridad. Aquí se le dió el trámite legal abriéndolo a prueba, recibiendo las que pidió el demandante así como los alegatos de éste y del señor Procurador Delegado, citando para sentencia y señalando fecha para la audiencia pública, que no se verificó por no haber concurrido las partes. En ese estado profirió la Sala el auto para mejor proveer de fecha 16 de agosto último, a fin de pedir al Ministerio de Minas y Petróleos un informe sobre las fechas en que principió y terminó el término legal de sesenta días para hacer oposiciones a la Propuesta número 131 de la Compañía Anglo Colombiana de Petróleo, informe que fue suministrado, como aparece a folios 43 y 44 del C. número 7. De manera que es tiempo de resolver lo que se estime legal. Con tal fin conviene compendiar las razones por las cuales el fallador de primera instancia absolvió a la entidad demandada, resumir las que expone el señor Procurador Delegado en solicitud de la confirmación de la sentencia recurrida, y así mismo ver las que alega el señor apoderado de la parte actora.

El Fallo del Tribunal

Estudia el Tribunal, en primer término, la excepción de ilegitimidad de la personería del demandante, propuesta con el carácter de perentoria por el señor Fiscal quien para sustentarla afirma que el nombramiento del doctor Esmeral como Administrador de la Comunidad no se hizo de acuerdo con los artículos 16 y 17 de la Ley 95 de 1890. Efectivamente así lo considera el Tribunal, pues observa que las personas que se reunieron con el fin de constituir dicha comunidad y hacer el nombramiento en referencia no demostraron su calidad de comuneros ni la proporción de sus derechos, por lo cual el Doctor Esmeral no tiene legalmente la representación que ha asumido en este juicio. Pero como el demandante invoca también su carácter de comunero y tal situación se en-

cuentra plenamente establecida en autos según el Tribunal, procede éste a analizar a fondo el negocio. En consecuencia anota que con respecto a la titulación anterior de la cual pretende derivar su derecho de dominio el doctor Esmeral, sólo en la hijuela que a éste se le formó en la sucesión de Nicolás Esmeral aparecen por primera vez los linderos del globo de tierras de 'El Limón' sin que se sepa el origen y antecedentes de esa alinderación. Por este motivo concluye así el Tribunal el fallo que ahora revisa la Sala:

"En sentir del Tribunal la omisión de linderos en la escritura de venta otorgada por el señor Salazar en 1856 en virtud de la cual se formó la Comunidad denominada 'El Limón' y en la cadena de títulos con los cuales se pretende vincular a dicha Comunidad los derechos adjudicados al actor en el juicio sucesorio del finado Nicolás Esmeral obliga a la absolución de la Nación de los cargos formulados en el libelo de demanda. Razones obvias imponen esta conclusión. El actor pide que se declare que pertenecen a la Comunidad 'El Limón' el suelo y el subsuelo petrolífero de los terrenos que individualiza en la demanda por haber salido legalmente del dominio de la Nación con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de títulos que se derivan del título otorgado por el señor Valera Baloco al señor Salazar en el año de 1854. Tratándose de esta petición, forzoso es aceptar que la prosperidad de ella depende de la comprobación en el juicio de que el globo de tierras a que se refiere el título del señor Salazar es el mismo globo en el que la nombrada Comunidad 'El Limón' exige se le reconozca derecho de dominio frente a la Nación en el suelo y el subsuelo petrolífero de dichas tierras, toda vez que es en virtud de ese título antiguo y de los títulos derivados de él que el actor demanda tal declaración de dominio. Siendo esto así, nada más lógico y puesto en razón que denegar dicha petición por la omisión de los linderos de las tierras a que se refieren esos títulos, ya que por tal omisión resulta imposible establecer identidad tan necesaria para verificar si, en verdad, los referidos títulos acreditan el dominio privado de la Comunidad 'El Limón' en el inmueble descrito en las súplicas de la demanda.

"En lo atañadero a la súplica subsidiaria de la demanda el Tribunal estima que debe llegarse, por razones distintas, a la misma conclusión. En esas súplicas el actor pide que se declare que dichas tierras pertenecen a la nombrada Comunidad 'El Limón' por haber ganado el dominio de ellas por explotación económica del suelo. Sobre esto de la adquisición del dominio por prescripción no aparecen de autos pruebas demostrativas del hecho de la explotación económica del suelo por comuneros en la nombrada Comunidad y en época y por el tiempo requerido por la ley para que se produzca ese fenómeno. Para verificar la verdad de tal afirmación basta observar, en primer lugar, que en la demanda no se determinó la época en que se cumplieron los actos de explotación para poder establecer si de acuerdo con la ley que regía podía adquirirse por prescripción del dominio en el suelo y el subsuelo petrolíferos de las mencionadas tierras; y, en segundo lugar, los testigos que hablan de la explotación económica de esas tierras, señores Alberto San Juan y Marcial Ariza, no dicen quiénes las explotaron y en qué época las explotaron y de nada valdría que lo dijeran, ya que esa prueba no puede ser estimada por no haber sido traída al proceso con intervención de la contraparte. (Artículos 593 y 597 del C. J.)

"Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

"Deniéganse las peticiones principales y subsidiarias hechas en el libelo de demanda de fecha veintiocho (28) de marzo de 1946. En consecuencia, absuélvase a la Nación de los cargos formulados en dicho libelo."

Los alegatos de las partes

En primer lugar sostiene el apoderado de la parte actora que las observaciones del fallador de primera instancia, relativas al nombramiento del doctor Esmeral como Administrador de la Comunidad, dejan de tener valor con la presentación hecha ante la Corte de la escritura 1.291 por la cual, mediante la observancia de las formalidades legales respectivas, la junta de comuneros ratificó al doctor Esmeral el mencionado nombramiento, aunque, por lo demás, —dice— basta para la prosperidad de la acción el hecho de haberla instaurado el doctor Esmeral también como comunero.

Por otra parte asevera el señor apoderado, que de varios documentos antiguos como son los que se protocolizaron por escritura pública número 8 de 24 de febrero de 1897, aparece el alindamiento que echó de menos el juzgador de primer grado, y que por lo mismo, confirman aquellos documentos el concepto pericial en cuanto a identificación y localización de las tierras de la comunidad.

Finalmente dice el representante judicial del

actor, que están comprobadas la posesión ininterrumpida y la explotación económica de las aludidas tierras desde una época muy anterior a 1818 y hasta la fecha, con lo cual se establece el fenómeno jurídico de la prescripción, que en su concepto debe reconocer la Corte si deniega las peticiones principales de la demanda, ya que está igualmente demostrado que el globo de terreno perteneciente a la Comunidad se halla comprendido íntegramente dentro de la zona solicitada en concesión por la Compañía Anglo Colombiana de Petróleo.

El señor Procurador, —después de comentar las disposiciones según las cuales en juicios como el presente se establece un término perentorio de dos años para el ejercicio de la acción, contado, para el opositor vencido en el juicio breve y sumario, desde la ejecutoria del fallo de dicho juicio, y para quien no hizo oposición, desde el día en que venció el plazo para formularla—, observa que la parte actora se reduce simplemente a afirmar en el hecho undécimo del libelo que estaba dentro del término legal para proponer la demanda, pero no cumplió con el deber de traer a los autos la prueba respectiva.

Fuera de esto expresa el señor Procurador que, como lo tiene dicho la Corte, una de las cuestiones primordiales en estos juicios es la identificación precisa del inmueble en cuyo subsuelo se halle el petróleo pretendido; que en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por el Tribunal se transcriben los linderos de 'El Limón' tomándolos literalmente de la petición primera de la demanda, y literalmente también se copia el hecho octavo que señala los linderos de la Propuesta; y que, sobre esos antecedentes se procedió al examen de las mencionadas tierras y por tanto ese examen es muy poco satisfactorio, pues no se localizaron ni determinaron todos los puntos o parajes fundamentales para establecer con claridad los linderos del terreno, y el reconocimiento que se hizo de algunos de esos puntos se apoyó exclusivamente en los testimonios rendidos dentro de la diligencia de inspección ocular, los cuales carecen de valor probatorio porque los testigos no dan las razones de sus dichos, ni fueron examinados separadamente, ni firmaron todos ellos sus exposiciones, puesto que algunos dejaron de suscribir el acta de la inspección, violándose así el artículo 684 del C. Judicial.

En cuanto al dictamen pericial lo desestima la Procuraduría porque la individualización que de los terrenos de la Propuesta presentan los expertos ha debido hacerse —afirma— y no se hizo, en la inspección ocular, y es además oscura y vaga; y porque para la determinación del inmueble de 'El Limón' los peritos se atienen al reconocimiento hecho en tal inspección, que carece de mérito probatorio, según lo antes dicho.

Por último anota el señor Procurador que el demandante, al afirmar que el globo de tierras de 'El Limón' salió del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, no indica la manera o el modo como ese hecho ocurrió, es decir, no determina el título mediante el cual el Estado cedió la propiedad de esas tierras. Hace luego la Procuraduría un resumen de lo que expresan los documentos anteriores a la citada fecha, allegados al proceso, para deducir que "en este caso no aparece título alguno emanado del Estado de aquellos reconocidos por la jurisprudencia, como venta, composición, remate, merced etc.....", y que, en cuanto a la justa prescripción, no se encuentra acreditada en forma alguna la explotación económica de la tierra. Por todas estas razones el señor Procurador termina solicitando la confirmación del fallo recurrido.

Consideraciones de la Sala

Expuestas como quedan las alegaciones de las partes, pasa la Sala a estudiar, frente a los elementos de juicio traídos al proceso, los presupuestos de la acción, a saber:

1º—Propiedad actual de los actores en el período de la prescripción extraordinaria, relativa a las tierras cuyo subsuelo petrolífero se reclama;

2º—Título proveniente del Estado que acredite que las tierras salieron legalmente del patrimonio nacional 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.

Mas antes de hacer el estudio de estos presupuestos es preciso considerar lo concerniente al término fijado por la ley para incoar la acción que en el caso de autos es de dos años contados a partir del vencimiento de los sesenta días concedidos para formular oposiciones. (Art. 34, inc. 3º, Código de Petróleos).

La certificación del Ministerio de Minas y Petróleos, expedida en virtud de auto para mejor proveer de que antes se ha hablado, dice que "e

término de sesenta (60) días establecido por el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 para formular oposiciones a la propuesta para contratar exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional registrada con el número 131, venció el día dos (2) de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944)". Como la presentación de la demanda se hizo el 28 de marzo de 1946, claramente se ve que la acción se ejercitó dentro del término legal.

Volviendo a los elementos axiológicos atrás enumerados encuentra la Sala que con respecto al primero, obran en autos los títulos de propiedad así como varias certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados referentes a dichos títulos, quedando de tal manera satisfechas las exigencias de la ley a ese respecto.

En cuanto al título proveniente del Estado se observa:

A folios 1 a 6 del legajo anexo al cuaderno Nº 1º obra un documento original suscrito por el señor Obispo de Cartagena el 8 de abril de 1842. Contiene ese documento las providencias proferidas por las autoridades eclesiásticas para determinar la persona a quien correspondía el Patronato y propiedad de la Capellanía fundada por el Pbro. Francisco de Asís González, por haber fallecido el Pbro. Leandro Valera, último Patrono de dicha Capellanía. De tales proveídos aparece que por fallo de la Curia de Cartagena, del mes de octubre de 1836 "se declara corresponder al Pbro. José Angel Serrano la Capellanía mencionada..."; pero apelado ese fallo, el Provisor Vicario General del Arzobispado lo reformó en noviembre de 1839 "declarando por Patrono y Capellán de la fundación de Francisco de Asís González a José Domingo Valera Balcco...". No contiene el documento en referencia datos que precisen la ubicación de los bienes constitutivos de la Capellanía, pues apenas se dice que ésta era, originariamente, de dos mil quinientos pesos, pero que había quedado reducida a mil doscientos pesos divididos en dos 'ramos', uno de ochocientos pesos "en ocho Caballerías de tierra llamadas del Limón...." y otro de cuatrocientos pesos "sobre las de Punta de Polonia...".

Fuera de este documento obra en el proceso la escritura pública Nº 3, pasada ante el Notario de Sabanalarga el 24 de febrero de 1897. En ella se dice que compareció el señor Pedro Salazar M. y expuso: "que presenta con nueve fojas escritas un testimonio autorizado por el Secretario del Juzgado Primero Municipal de este distrito, expedido por orden judicial y a pedimento del exponente, cuyo testimonio desea se protocolice en esta Notaría, por contener los documentos que justifican la extensión y los linderos del globo de terreno conocido con el nombre de 'El Limón', situado en jurisdicción de este Municipio...." Seguidamente expresa el señor Salazar esos linderos y luego se inserta el 'testimonio' objeto de la protocolización, el cual contiene:

El memorial del citado Pedro Salazar M., de fecha 5 de octubre de 1896, dirigido al Juez Municipal de Sabanalarga, en el que le manifiesta que en poder de Dn. Maximiliano Salazar "reposan unos documentos que comprueban la extensión y los linderos del terreno conocido con el nombre de El Limón...." y que como al peticionario le interesa "tener conocimiento cierto de los linderos y de la extensión de ese terreno...." solicita del Juzgado tomar copia de aquellos documentos si el señor Maximiliano Salazar se aviene a exhibirlos.

El Juzgado atendió la petición en referencia y en tal virtud don Maximiliano presentó voluntariamente ante ese Despacho, el 7 del mismo mes de octubre de 1896 "una escritura pública otorgada ante don Marceliano José del Castillo, Alcalde pedáneo de este sitio de Sabanalarga, en el año de mil ochocientos diez y seis, constante de dos fojas escritas; y una información de testigos levantada en el mes de noviembre del año de mil ochocientos diez y ocho ante el Alcalde (en blanco) don Francisco González y Terán...."

La escritura en mención, de fecha 7 de agosto de 1816, dice que ante el dicho Alcalde Pedáneo se presentó el Pbro. don Leandro Valera y expuso: "que en las inmediaciones de este sitio tiene ocho caballerías de tierra con su posesión de corral situadas en el paraje nombrado 'Limón', bajo los linderos siguientes: "Paso de Arroyo Molinero, por todo este arroyo al paso del mismo en Isabel López, donde estaba un donrello y un guacamallo; Chorros de Caño Luisa, loma de los Indios, Cucurucho, Sabana Arjona o Sabana Alta, paredón de Cascabel raberas del Salbajo, talanquera, loma del yuzo o María Tomasa y camino real de Molinero, gravados con el principal de ochocientos pesos ramo de capellanía a su favor como capellán propietario de ella, las cuales poseía bajo este reconocimiento y a pagarle anualmente el rédito de cuarenta pesos el doctor José María Real que salió de la Plaza de Cartagena.....por lo cual ha carecido hasta ahora de superavit, y para remediar este perjuicio.... ha deliberado otorgar como por la presente otorga que vende real y verdaderamente a don Fancisco González Terán de

este vecindario, las referidas ocho caballerías de tierra en la cantidad de ochocientos pesos ...Que considerándose se habrán perdido los títulos de dichas tierras ya por la entrada de las tropas de S. M. en la Plaza de Cartagena, o se las llevóse consigo el doctor Real, el comprador Terán está obligado a presentarse en el Superior Gobierno de esta provincia sacando comisión para picar dichas ocho caballerías de tierra con citación de los colindantes y practicar que conozcan los linderos expresados a efecto de formar porque fuese comisionado nuevos títulos según sus resultados..."

La mencionada información de testigos se obtuvo a petición del Pbro. Valera, —no obstante haberse convenido, como aparece del párrafo anterior, que esa información la obtendría el comprador González Terán.— Para tal efecto el Pbro. Valera expresó ante el mismo Alcalde Pedáneo: "que en este referido sitio posee un principal de capellanía de ochocientos pesos fincados en ocho caballerías de tierras situadas en el paraje nombrado Limón que poseía bajo reconocimiento el Doctor Don José María del Real por el fallecimiento de su legítimo padre Don Juan, y como esto desde mucho antes de la entrada de las tropas de S. M. en esta provincia se ausentó de ella con comisión del Gobierno intruso, al Reyno de Inglaterra, desde entonces no se me satisfacía los respectivos réditos.... deliberé venderla bajo el citado reconocimiento a cuyo efecto y para poner en legítima posesión al comprador solicité los títulos que se me dieron por perdidos por la ausencia del referido Doctor Real, mas como en este lugar hay sujetos que asistieron ahora a muchos años a las picas de dichas tierras o tienen conocimiento de ellas y son Pedro Figueroa, Pedro Badilla, Concepción Estrada, Luis Cervantes y Manuel Cervantes, para dar al referido comprador un conocimiento práctico y resguardo de su derecho posesorio, espero se sirva recibirles declaración bajo el orden judicial interrogándolos al tenor de las preguntas siguientes:....."

Los testimonios fueron recibidos y en ellos se limitan los declarantes a dar los linderos de las tierras de El Limón, ya por haber asistido "a las picas" de esas tierras, o por haberlas conocido desde muy pequeños.

Estos son, pues, los documentos que originales exhibió don Maximiliano Salazar al Juez Municipal de Sabanalarga, de los cuales se expidió por tal funcionario una copia al señor Pedro Salazar M., copia que éste protocolizó mediante la escritura número 8 de 24 de febrero de 1897, vista a folios 21 a 26 del C. Nº 9)

Otros elementos de juicio que conviene consignar para la mejor comprensión del caso sub-judice, son:

La escritura pública Nº 6, pasada ante el Notario de Subanalarga el 25 de febrero de 1854, por la cual José Domingo Valera vendió a Maximiliano Salazar "y a otros vecinos de esta misma Villa de Sabanalarga que constan en un Documento que se protocolizará después ...", las tierras de El Limón compuestas de ocho caballerías, que le pertenecían como poseedor y patrono de una Capellanía de legos, la que desde esa fecha, según la misma escritura, quedaba extinguida. No se dan en este título los linderos del inmueble, y mas bien se observa que el vendedor hace constar "que no se compromete en manera alguna a medir a su costa las mencionadas caballerías de tierra..."

La escritura Nº 19 suscrita, también ante el Notario de Subanalarga, el 5 de junio de 1856, por la cual Maximiliano Salazar vendió las dichas tierras de El Limón a Miguel María Zapata, Salvador del Castillo, Julián José Fortuz y otros, reservándose el vendedor una acción en los derechos sobre las mismas tierras. Tampoco contiene este título los linderos del inmueble.

De esta escritura provienen las demás traídas al proceso para acreditar la tradición legal de los terrenos de El Limón.

Ciertamente, como lo hace ver la Procuraduría, no existe en el expediente "título alguno emanado del Estado de aquellos reconocidos por la jurisprudencia, como venta, composición, remate, merced etc....." El actor, al formular la demanda, parece que quiso explicar la falta de ese título, pues en los párrafos finales consignó esta consideración: "Como pueden ver los señores Magistrados, los terrenos de 'El Limón' no salieron, propiamente hablando, del patrimonio del Estado, sino que ni un solo momento han salido del patrimonio de sus legítimos dueños, ya que ellos han tenido su posesión firme e ininterrumpida, por medio de títulos inscritos y que la propiedad que en ellos tiene la Comunidad fue reafirmada por las sentencias de once de febrero de 1868 del señor Juez de la Provincia de Sabanalarga y 30 de mayo del mismo año del Tribunal Superior del Estado Soberano de Bolívar, dictadas ambas con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que empezó a regir el Código Fiscal de ese año, en lo relativo a la reserva." Esto no obstante, el actor alega a su favor la disposición que contiene el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, que es la misma del segundo inciso del artículo 5v del C. de Petróleos (Decreto 1.056 de 19 de abril de 1953) y

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."

Estima la Sala, contra lo afirmado por el demandante en la primera parte del párrafo transcrito ,que para pretender el dominio del subsuelo petrolífero alegando una 'posesión firme e ininterrumpida' es indispensable que dicha posesión u ocupación se haya consumado sobre un determinado predio durante el tiempo exigido por las reales cédulas para que los terrenos salieran del patrimonio nacional al privado, ya que las tierras pertenecieron a la Corona Española y luego al Estado Colombiano y una y otro dispusieron y condicionaron la transferencia de ellas a los particulares por composición, remate, merced, venta, etc. No podían éstos, por tanto, adquirirlas validamente por vías de hecho, pues "los ocupantes de hecho, sin título, debían alcanzarlo por medio de composición, siempre que hubiesen ocupado las tierras en la forma prevista por un término de diez años" (G. J. número 1987, página 866), y las tierras ocupadas sin título, y los excesos de las ocupadas con título, podían ser denunciadas como realengas por los particulares. De ahí que, teniendo en cuenta la reserva de que trata el Código Fiscal de 1873, haya dispuesto la ley el reconocimiento de la propiedad particular del petróleo "que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional" antes de la fecha de aquella reserva. Y para demostrar ese desplazamiento legal de la propiedad nacional a los particulares se exige "el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia." Tal comprobación es la que, como antes se dijo, no ha sido traída a los autos.

En efecto: el documento suscrito por el Sr. Obispo de Cartagena no es un título emanado del Estado, ni un documento público de origen oficial, ni mucho menos acredita la existencia de aquel título. Es, simplemente, un expediente o parte de él levantado por las autoridades eclesiásticas para el reconocimiento de la persona a quien correspondía el Patronato de la Capellanía fundada por don Francisco de Asis González. Ni siquiera contiene ese documento datos precisos sobre el origen de dicha Capellanía y la exacta ubicación y linderos de los bienes sobre los cuales se estableció.

Los documentos originales exhibidos por Dn. Maximiliano Salazar y cuya copia fue protocolizada por Dn. Pedro Salazar M., tampoco provienen del Estado, pues con facilidad se observa que ellos contienen solamente las propias afirmaciones del Pbro. Leandro Valera, tales como la de poseer él ocho caballerías de tierra en el sitio llamado 'Limón', "gravadas con el principal de ochocientos pesos ramo de Capellanía a su favor como Capellán propietario de ella"; la venta que hacía de esas ocho caballerías a Francisco González Terán; la posible pérdida de los títulos correspondientes, etc.

Los testimonios recibidos a solicitud del Pbro. Valera se limitan, —ya se ha visto—, a determinar los linderos de las mencionadas caballerías.

Finalmente, en cuanto a las sentencias que, según el demandante, reafirman la propiedad de la Comunidad, sólo obra en los autos, repetida, (folios 14 y 16 del anexo al C. número 1) la que profirió en Cartagena el Tribunal de Justicia del Estado, el 30 de mayo de 1868, que dice:

"**Tribunal Superior de Justicia del Estado.** — Cartagena, treinta de mayo de mil ochocientos sesenta y ocho. — VISTOS: La sentencia que con fecha once de febrero último pronunció el Juez de la Provincia de Sabanalarga declarando que las tierras nombradas 'TURIPANA i LIMON" son apropiadas i que pertenecen a los señores Casimiro Arteta, Salvador del Castillo i otros; y teniendo en consideración que la referida sentencia venida a esta Superioridad en consulta, se encuentra extrictamente arreglada a derecho i al mérito legal que arrojan los autos. Por tanto de conformidad con el concepto del señor Procurador Jeneral del Estado, administrando justicia en nombre del Estado i por autoridad de la ley ,aprueba dicha sentencia. JUAN N. POMBO — JUAN A. DE ARIAS — SECRETARIO."

No es necesario hacer ninguna detenida consideración sobre ese fallo, porque su lectura basta para comprender que él es intrascendente para la cuestión que se viene analizando, por no constituir en manera alguna titulación antigua sobre las tierras de El Limón.

No habiéndose traído al juicio el título antiguo mediante el cual el Estado hubiera traspasado a personas particulares la propiedad sobre las tierras de El Limón, ni estando acreditada la existencia de dicho título, no puede reconocerse a los actores derechos de dominio en el subsuelo petrolífero, comoquiera que —se repite—, la ley sólo reconoce la propiedad particular del petróleo "que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de

octubre de 1873....” Esta razón es, por tanto, suficiente para negar las peticiones principales de la demanda. Pero en el deseo de patentizar más todavía la ineficacia de la acción, entra la Sala a analizar otro aspecto no menos importante como es el relativo a la determinación del inmueble.

Ya se ha hecho ver que ni el documento original suscrito por el Sr. Obispo de Cartagena, ni las escrituras por las cuales José Domingo Valera vendió a Maximiliano Salazar, y éste a Miguel María Zapata y otros, las tierras de El Limón, contienen los linderos de esas tierras. El alindamiento aparece entre los documentos protocolizados por el señor Pedro Salazar M., es decir, la escritura de venta hecha por el Pbro. Leandro Valera a Francisco González Terán el 7 de agosto de 1818 y los testimonios recibidos a petición del mismo Pbro. por aquella fecha. Mas ocurre que en la citada escritura no se tomaron los alindamientos de ningún título anterior, sino que se recogieron por el dicho del vendedor. Y la información de los testigos por provenir de sus personales apreciaciones al respecto, no puede estimarse como comprobación precisa de aquellos linderos.

Sobre este particular reproduce la Sala lo dicho en fallo de 26 de junio último, en el juicio de la Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A. y otros contra la Nación:

“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 abarcado, 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 con el origen que se le atribuye.” (Fallo. marzo 9 de 1955, G. J. Tomo LXXIX, página 1039)

Por último y en cuanto a las peticiones subsidiarias relativas a la propiedad de los actores en el globo de El Limón en virtud de justa prescripción, son también pertinentes las siguientes conclusiones hechas por la Corte en fallo de 5 de agosto de 1942, G. J. número 1987, al estudiar las disposiciones que en el período colonial reguleron 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.....” (páginas 871)

“La explotación económica de las tierras realengas 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 ellas su residencia, por un tiempo no menor de cuatro años. Pero desde su origen este fenómeno jurídico, que se ha llamado prescripción sui géneris 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....” (Página 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).

“De las precedentes consideraciones resulta (dijo la Corte en el juicio de la Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A. citado atrás), 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 repartamiento o por otra entrega oficial; que, de

otra parte, debía determinarse el área de ellas, explotada económicamente; y que, finalmente, se requería justificar la antigua posesión."

Por lo visto, no están satisfechos en el presente negocio los requisitos indispensables para reconocer el dominio de los demandantes en las tierras de El Limón en virtud de justa prescripción, puesto que esas tierras no aparecen determinadas de acuerdo con la entrega oficial que de ellas hubiera hecho el Estado a sus primeros poseedores, y por lo mismo no puede saberse en qué área se consumó la explotación económica que, como queda dicho, es uno de los hechos generadores de la justa prescripción.

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 proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla el 5 de abril de 1954.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Manuel Bucnahora. — Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo. — Camilo Riebn Lara.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS, ORIGINADA EN LA OPOSICION A UNA PROPUESTA DE CONTRATO. — PRESUPUESTOS DE LA MISMA. — LA ACCION ORDINARIA DE PETROLEOS NACE PARA LOS PARTICULARES UNICAMENTE CUANDO SUS INTERESES SON VULNERADOS POR LAS PRETENSIONES DE LA NACION. — NECESIDAD DE PRESENTAR LA PRUEBA EFICAZ QUE DEMUESTRE TALES PRETENSIONES.

I.—Conforme al artículo 8º de la Ley 160 de 1936, reformatoria de la Ley 37 de 1931, toda persona natural o jurídica que pretendiera efectuar exploraciones con perforación en busca del petróleo que se reputara como de propiedad privada podía hacerlo mediante aviso y presentación al Ministerio respectivo de las pruebas demostrativas del dominio privado. Tales pruebas eran las enumeradas en el artículo 7º de la misma ley.

Mediante la presentación de las anteriores pruebas y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, podía el Ministerio, sin más actuación, declarar cumplida la formalidad del aviso y el particular propietario iniciar y adelantar la exploración proyectada.

Solamente que cuando el Ministerio del Ramo, con vista de los documentos presentados, considerara que tales petróleos no eran de propiedad privada sino de la Nación, estaba obligado a enviar la documentación presentada a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que esta, en juicio breve y sumario, dijera si era o no fundada la pretensión del interesado particular.

Este régimen jurídico dejaba a salvo los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada, los cuales eran reconocidos y respetados como lo establece la Constitución Nacional, ya que acreditados en la forma indicada por la ley, el Estado no podía intervenir con respecto a ellos en forma que los menoscabara, ni contrariar su explotación como de propiedad nacional.

Con esa misma finalidad de respeto al derecho privado, cuando conforme al artículo 16 de la ley 37 de 1931, cualquier persona natural o jurídica presentaba propuesta para la explotación de petróleos considerados no ya de dominio privado sino de propiedad de la Nación, la propuesta se publicaba en el Diario Oficial y por carteles con especificación clara de los linderos del área que pretendía explotarse, a fin de que toda persona que pretendiera disputarle a la Nación la propiedad de tales petróleos pudiera presentarse al Ministerio y formular, dentro de los sesenta días siguientes, la correspondiente oposición que, hecha dentro de dicho término, tenía fuerza suficiente para impedir que el Gobierno continuara adelantando la propuesta administrativa de contrato, y lo obligaba a remitir a la Corte la oposición formulada para que tal entidad resolviera, también en juicio breve y sumario, si era o no fundada.

Pero ocurre que los juicios breves y sumarios de que se acaba de hablar no eran definitivos. Originados en la oposición a una propuesta de contrato para explorar petróleos reputados como de propiedad nacional, o en la estimación que en el mismo sentido de ser de propiedad nacional hiciera el Ministerio del Ramo al darse el aviso de que se les pretendía explotar como de propiedad privada, es lo cierto que tales juicios resolvían únicamente acerca de si la pretensión particular era o no fundada. En ambos casos, tanto la Nación como los particulares vencidos en el juicio breve y sumario, podían promover juicio ordinario en busca de amparo a sus derechos, dentro de los dos años siguientes a la fecha del fallo en el juicio breve y sumario.

El mismo derecho asistía a los particulares que dejaban transcurrir los sesenta días hábiles siguientes a la publicación de la propuesta sin presentar la correspondiente oposición administrativa; solo que para estos el plazo de dos años para presentar la deman-

da ordinaria principiaba a contarse a partir del vencimiento de los sesenta días señalados para presentar oposición ante el Ministerio.

Vale la pena destacar que de todo lo expuesto se deduce claramente que la apelación al Organo Jurisdiccional del Poder Público solo tenía cabida en casos de conflicto entre las pretensiones de los particulares y las de la Nación, cuando aquellos y esta simultáneamente se pretendían propietarios del mismo petróleo, y que el demandante en el juicio ordinario, así se tratara de la Nación o del particular, quedaba sometido al cumplimiento de todas las obligaciones procesales inherentes a tal calidad, y entre ellas la relativa a la carga de la prueba.

Son innumerables los casos en que la Corte, interpretando la legislación petrolera y especialmente las normas vigentes al tiempo de la presentación de la demanda de oposición a una propuesta de contrato de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos, ha señalado los presupuestos que se hace necesario acreditar plenamente y sin lugar a dudas para el éxito de la acción ordinaria así ejercitada.

Se ha dicho también que cuando no se halla demostrado cualesquiera de ellos, se hace innecesario el estudio de los demás.

Tales presupuestos son:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de este, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia;

b) Los títulos que acrediten la propiedad actual y que deben extenderse al período de la prescripción extraordinaria;

c) La determinación precisa del terreno de que se trata (artículo 7º, Ley 160/1936).

Estudiando cada uno de los anteriores presupuestos, la jurisprudencia ha sido constante en afirmar que el primero y principal de ellos es el de la determinación del terreno objeto del litigio, porque debiendo recaer la declaración judicial sobre un cuerpo cierto y determinado, tal declaración no podría hacerse sin conocerse exactamente dicho objeto.

Desde luego que en juicios de petróleos no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto de ellos es precisamente el del petróleo que pueda hallarse en el subsuelo de un determinado terreno, "es obvio que dicho terreno debe estar plenamente determinado e identificado dentro del proceso". (Sentencia, octubre 29/56, G. J. números 2171 a 2173).

Concretamente sobre este presupuesto de la determinación, se ha sostenido con igual constancia que ella se encamina no solo a obtener la identificación de los terrenos conforme a los linderos señalados por el título actual, sino también y principalmente a la identificación de los terrenos señalados por los títulos antiguos, y a saber si aquellos están o no comprendidos dentro del área de la propuesta de contrato, es decir, si existe superposición entre las áreas señaladas en la propuesta y en los títulos actuales sobre los terrenos cuyo subsuelo se alega en propiedad.

Estudiando la Corte este particular aspecto de la superposición entre el área de la propuesta y el área de los terrenos cuyo dominio actual se alega, en varias sentencias la ha considerado como un nuevo aunque no menos importante presupuesto de la acción de petróleos y ha dicho que su prueba se hace indispensable porque originándose dicha acción en las pretensiones encontradas de la Nación y los particulares, mientras no se sepa si son unos mismos los terrenos cuyo dominio se pretende por aquella y los pretendidos por estos, no puede saberse si hay controversia que deba ser dirimida, es decir, si ha nacido o no la acción del particular contra la Nación o de esta contra aquel.

2.- Como la acción ordinaria de petróleos de que tratan las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 ha sido consagrada a favor de los particulares contra la Nación únicamente para cuando los intereses de aquellos puedan ser vulnerados por las pretensiones de esta a contratar como nacionales los petróleos de propiedad particular, la prueba eficaz que demuestra tales pretensiones se hace necesaria para saber si existe o no el interés jurídico que da nacimiento a dicha acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.--Bogotá, noviembre doce de mil novecientos cincuenta y siete.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora)

Por intermedio de su apoderado legal y ante el

H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, la antigua "Comunidad de Turipana" demandó a la Nación a fin de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hagan las siguientes declaraciones de dominio:

Primera. — Que tanto las superficies como el subsuelo del predio rural conocido con el nombre de "Turipana", situado en "Ciénaga Sapo" del antiguo "partido de Tierra Adentro", jurisdicción del Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, comprendido por las medidas y linderos que aparecen fijados en el hecho a) de esta demanda o por la situación, medidas y linderos que aparezcan de títulos antiguos, diligencias de mensura y entrega, etc., perdió su calidad originaria de baldío, salió legítimamente del patrimonio del Estado a favor de la señora María de la O. de las Heras, en virtud de títulos otorgados por el poder público, bajo la dominación española, determinantes de la propiedad privada de dicha señora de las Heras".

"**Segunda.**—Que actualmente son de la exclusiva propiedad de la 'Comunidad de Turipana', comunidad antigua, formada por el conjunto de derechos parciales y en proindivisión, representados por cada uno de sus comuneros, los petróleos y derivados que se encuentren en el predio rural llamado 'Turipana', con extensión de seis o siete caballerías, situado en 'Ciénaga Sapo' del antiguo 'partido de Tierra Adentro', en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, comprendido por las medidas y linderos que he señalado en el hecho a) de esta demanda o que aparezcan fijados en títulos antiguos, diligencias de mensura y entrega de dichas tierras, etc., por haber salido dichos hidrocarburos legítimamente del patrimonio del Estado en virtud de actos dispositivos realizados por el poder público, bajo la dominación española y con arreglo a las leyes posteriormente dictadas por la República, determinantes de la propiedad privada de dicha comunidad".

"**Tercera.**—En subsidio de la súplica inmediata y anterior solicito se declare: Que la 'Comunidad de Turipana', comunidad antigua, formada por el conjunto de derechos parciales y proindivisos pertenecientes a las sucesiones ilíquidas acreditadas en este juicio, representadas por sus respectivos herederos o por las personas que han adquirido de estos derechos hereditales vinculados al bien raíz de dicha entidad, que todos son comuneros de ella; y formada también por los derechos en proindivisión sobre dicho bien, representados por cada uno de sus comuneros; que la 'Comunidad de Turipana' así formada, es propietaria exclusiva de los petróleos y derivados que se encuentren en el predio rural llamado 'Turipana', situado en 'Ciénaga Sapo' del 'antiguo partido de Tierra Adentro', en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, comprendido por las medidas y linderos que he señalado en el hecho a) de esta demanda o que aparezcan fijados en títulos antiguos, diligencias de mensura y entrega de dichas tierras, etc., por haber salido legítimamente del patrimonio del Estado en virtud de actos realizados por el poder público, bajo la dominación española y con arreglo a las leyes posteriormente dictadas por la República, determinantes de la propiedad privada aludida".

"**Cuarta.**—Que la Comunidad de Turipana, comunidad antigua, formada por sus actuales comuneros, que han venido poseyendo tranquila, pacífica e ininterrumpidamente el bien raíz de la Comunidad, dividido en varias parcelas, ejercitando en cada una de estas actos y hechos a los cuales solo da derecho el dominio, realizando la explotación económica del suelo en nombre de la Comunidad por tiempo mayor de treinta años, inmueble situado en 'Ciénaga Sapo' del antiguo partido de 'Tierra Adentro', en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, comprendida por las medidas y linderos que he señalado en el hecho a) de esta demanda o por los que aparezcan fijados en títulos antiguos, diligencias de mensura y entrega de dichas tierras: que dicha Comunidad, digo, ha ganado por prescripción la propiedad de los petróleos y derivados que se encuentren en el expresado predio rural, de acuerdo con las leyes".

Afirma el actor, entre otros, los siguientes hechos:

"a) Que la superficie, subsuelo y los petróleos y derivados del predio rural llamado "Turipana', que está ubicado en 'Ciénaga Sapo' del antiguo 'partido de Tierra Adentro', en jurisdicción del Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, pasaron a ser de propiedad particular de la señora María de la O. de las Heras en virtud de títulos otorgados a favor de dicha señora por la Corona de España, de cuya sentencia da cuenta la sentencia pronunciada por el Gobernador y Comandante de la Plaza y Provincia de Cartagena, con fecha 18 de diciembre de 1771, la

cual suscribió también el Teniente y Auditor de Guerra de dicho Gobernador, que fue protocolizada en la Notaría Segunda del Circuito de Barranquilla por el doctor Francisco de Paula Manotas, por escritura pública número 341 de fecha 22 de abril de 1904; predio que tiene extensión de seis o siete caballerías cuyas medidas y linderos se fijaron por la justicia, en la siguiente forma:

"...En dicho 22 de abril salimos de este sitio de Turipana yo, dicho Comisario en campaña de los litigantes y de las demás gentes de Trabajo, y llegamos al 'Arroyo Salado' primer lindero de estas tierras de Turipana y al rumbo del sur buscando el lindero de '**Aguada o Arroyo de Pescadores**' medí dichos rumbos tres mil y novecientas varas (3.900 vs.) dejando por toda la trocha diferentes palos picados...".—"Hoy 23 de dicho mes ... pasé al paraje donde dejé la medida ayer que es el que nombran '**El Mirador**' y al dicho rumbo del sud-este cuarto al sur se midieron quinientas noventa y una varas (591 vs.) y con ellas llegamos a la '**Aguada de Micaela**' y siguiendo dicho rumbo se midieron mil y trescientas varas (1.300 vs.) y con ellas llegamos al lindero nombrado '**Aguada o Arroyo de Pescadores**' y en dicho paraje hice saber a la persona de Pablo Sarmiento ante toda la compañía que a este lindero lo tuviera limpio y claro...".

"En dicho sitio de 'Turipana' hoy 24 del mes que corre salí con los dichos y volví al primer lindero de '**Arroyo Salado**' a tomar la otra frente... Y de allí lindero al rumbo de este buscando el de '**La Talanquera**' medí dos mil y seiscientas varas (2.600 vs.), en donde le hice al dicho Sarmiento pusiese un lindero según y como se ha de poner en el 'Salado' mediante a no poderle dar por esta parte toda la frente que le corresponde hasta el lindero de '**Talanquera**' por haber há más tiempo de diez y seis años que don **Juan Lorenzo de Cuentas** se le remitió a la dueña de estas tierras en una **compra que hizo a Su Majestad** y le puso el lindero en el paraje que nombran '**Sabana Paja**', y dicho Sarmiento habiéndolo yo requerido, si pasaba o no adelante con la medida, me respondió que no quería más pleitos. Que se contentaba con la tierra que le habían dejado y de este paraje al rumbo de su-este (borrado) al Leste que es el dijo a buscar a '**Sabana Paja**'; y a él medí mil y novecientas varas (1.900 vs.) y con ellas llegué a dicha Sabana Hoy 25 de dicho mes y año... por lo que pasé con dicha compañía al lindero de '**Sabana Paja**' y al mismo rumbo medí dos mil y quinientas varas (2.500 vs.)... Hoy 27 del que corre con la misma compañía pasé al paraje donde dejé la medida antes de ayer, que nombran '**El Mamón y Palo de Ramo**', que se halla al pie de la '**Sierra de Cuabana**' y al mismo rumbo medí tres mil y setecientas cincuenta varas (3.700 vs.) y con ellas llegué al lindero nombrado '**El Camojorn o Camari Grande**'.... Este lindero se halla en el camino real que va de Sabanalarga a Cartagena, como a distancia de dos leguas y de dicho lindero tomé el rumbo de oeste seis grados sur que es el que corresponde a cerrar la figura de esta tierra con el lindero de '**Aguada o Arroyo de Pescadores**' y al dicho rumbo medí dos mil y trescientas varas (2.300 vs.) y con ellas llegué al lindero nombrado '**Aguada o Arroyo de Pescadores**' y por tener concluída esta medida... y así mismo trabajer la figura de esta tierra que he mensurado para remitir así esta como los otros al señor Teniente Gobernador como se manda".

b) Que la sentencia de que trata el punto anterior, también y en forma más amplia, fue protocolizada en la Notaría del Circuito de Sabanalarga.

c) Que la Comunidad de Turipana, comunidad antigua, se formó por medio de la escritura pública número 3 de siete de enero de 1857, otorgada en la Notaría de Sabanalarga, por la cual los señores Maximiliano Salazar y Nicolás Manotas dieron en venta en común y pro-indiviso a los señores **Carmen Fernández, Manuel Esteban Fernández, Casimiro Arteta** (Presbítero), **Asunción Servantes, Basilio Molino, Rafael Manotas, Juan Márquez, Salvador del Castillo, Félix de Vega** y **Pabla Consuegra**, cinco y media caballerías del predio rural llamado "Turipana", pues el vendedor señor Maximiliano Salazar se reservó de seis, media caballería para trabajarla en común con los citados compradores dentro de las reglas señaladas en dicha escritura pública.

d) Que por medio de la escritura pública número 9 de 29 de noviembre de 1861, otorgada en la Notaría del Circuito de Sabanalarga, los señores Casimiro Arteta, Manuel Esteban, Nicolás y José del Carmen Fernández, Juan Márquez, José Asunción Cervantes, Maximiliano Salazar, Rafael Manotas, Salvador del Castillo que figuran antes entre los fundadores de la "Comunidad de Turipana" en unión de Ramón Urueta adquirieron de los señores Félix de Vega y Petrona Manotas, esposos, media caballería de tierra en las de Turipana, que los vendedores habían adquirido de Maximiliano Salazar y Nicolás Manotas en el año de 1856, por escritura pública que fue otorgada en la Notaría del Circuito de Sabanalarga.

e) Que la citada "Comunidad de Turipana" es

por tanto, propietaria exclusiva de los petróleos y derivados que se encuentren en el inmueble alinderado en el hecho a) de esta demanda, por la situación, medidas y linderos allí descritos o los que consten en títulos antiguos ,diligencias de mensuras y entrega de dichas tierras y se comprueben en este juicio.

f) Que por medio de la Resolución de 21 de Diciembre de 1943, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta de contrato de concesión que hizo al Gobierno Nacional el doctor León Cruz Santos, en su carácter de Gerente de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, registrada bajo el número 131, para explorar con taladro y explotar como de propiedad nacional, los petróleos que se encuentren en un globo de terreno de cuarenta y nueve mil ochocientas ochenta hectáreas (49.880 hts.) de extensión superficiaria, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela, en el Departamento del Atlántico, dentro del cual está incluído el lote de terreno llamado 'Turipana' con las medidas y linderos que he señalado en el hecho a) de esta demanda, que, como ya lo he expresado, es de propiedad particular tanto en su superficie como en el subsuelo y petróleos que en éste se encuentren, de la antigua Comunidad de Turipana.

g) Que el globo de terreno que es objeto de la solicitud de contrato a que se refiere el hecho anterior, tiene los siguientes linderos: "El punto arcifirio de referencia lo constituye un salto de una altura de 6 M 50 del arroyo El Santo o Guaycopal borde de dicho salto se localizaron dos puntos de concreto marcados Salto 7 y Salto 9 respectivamente; dichos puntos son referidos al mojón astronómico M. 64 que tiene las coordenadas geográficas siguientes: latitud 10º 38' 18" 6 N. y longitud 0º 48' 42" 9 W. Bogotá.

"El punto de partida 'A' de la alinderación está situado sobre el lindero sur de la propuesta aceptada a la Trópical Oil Company por Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos de fecha 8 de mayo de 1941 sostenida por la de 20 de octubre del mismo año; este lindero está definido por los vértices B y C en dicha propuesta. La recta M. 64-A tiene una longitud de 4055 metros y un azimut de 12º 00' 00".

"Del punto 'A' se sigue por el lindero sur de la propuesta de la Trópical Oil Company hasta el vértice 'C' de dicha propuesta y luego por una recta del mismo Azimut hasta llegar al vértice 'B' de la presente propuesta. La recta A-B tiene una longitud de 19.000 metros y un azimut de 282º 00' 00".

"De 'B' se sigue una recta de 17.200 metros de longitud, con un azimut de 192º 00' 00", hasta llegar al vértice 'C'.

"De 'C' se sigue una recta de 29.000 metros de longitud, con un azimut de 102º 00' 00", hasta llegar al vértice 'D'.

"De 'D' se sigue una recta de 17.200 metros de longitud con un azimut de 12º 00' 00", hasta llegar al vértice 'E'. Dicho punto está situado sobre el lindero Sur de la propuesta de la Tropical Oil Company mencionada arriba.

"De 'E' se sigue por el lindero sur de la propuesta de la Trópical Oil Company hasta llegar al punto de partida 'A' de la alinderación de la presente propuesta. La recta 'E' A tiene una longitud de 10.000 metros y un azimut de 282º 00' 00".

"Todos los azimutes mencionados se refieren al meridiano verdadero y se cuentan del N. al E. Estos linderos encierran un área total de 49.880 hectáreas".

"En los terrenos del lote propuesto se hallan los Corregimientos de Molinero, Isabel López, Colombia, E. Martillo, Cascajal, La María y Leña; la región meridional del terreno está bañada por los arroyos de 'Las Lajas', Burro, Soledad, El Gallego, etc."

"h) Que los petróleos y derivados que se encuentran en los terrenos llamados 'Turipana' de propiedad de la Comunidad antigua de Turipana, han sido incluídos en otras propuestas de contratos hechas al Gobierno Nacional dentro de zonas de mayor extensión, que se comprueben en este juicio, para ser explorados con taladro y explotados como de propiedad Nacional."

"i) Que la antigua 'Comunidad de Turipana', por motivos que no es del caso expresar, no hizo oposición en tiempo a la propuesta de contrato formulada por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos".

En derecho fundó su acción el demandante en las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936; en los artículos 669, 673, 740, 742, 743, 744, 746, 757, 758, 762, 768, 769, 778, 779, 700, 785, 789, 2512, 2513, 2517, 2518 del C. C. y en las disposiciones del título XVIII, caps. I y II del C. J.

Admitida la demanda el 24 de mayo de 1946 y surrido el traslado legal al señor Fiscal del Tribunal, negó éste los hechos principales en que aquélla se funda y propuso la excepción de carencia de acción.

Surtidas las ritualidades de rigor, el Tribunal de

Barranquilla puso fin al negocio por sentencia de fecha 30 de abril de 1952, conforme a la cual se absuelve a la Nación de todos los cargos de la demanda y se condena en costas al actor. Mas apelada esta providencia y llegado el negocio a esta Corte, por auto de fecha 20 de noviembre del mismo año se declaró la nulidad de todo lo actuado en el juicio desde la sentencia apelada, inclusive, y se ordenó la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Fué así como el Tribunal de Barranquilla profirió nueva sentencia con fecha 3 de agosto de 1954. Como ella volvió a absolver a la Nación de los cargos de la demanda, el actor la apeló. Habiéndose surtido en la Corte la tramitación correspondiente es llegado el caso de dictar sentencia;

Sentencia del Tribunal

Funda el Tribunal su decisión absolutoria en que habiéndose afirmado en la demanda que el predio rural denominado "COMUNIDAD TURIPANA" salió del patrimonio de la Corona española para ingresar en el particular de la señora doña MARIA DE LA O. DE LAS HERAS en virtud de los títulos que se mencionan en la sentencia proferida por el Gobernador y Comandante de la Plaza y Provincia de Cartagena el 18 de diciembre de 1771, sentencia protocolizada por escritura pública número 341 de 22 de abril de 1904 era obligación del demandante acreditar estos hechos trayendo a los autos la escritura referida. Agregó que por no haberse cumplido este requisito, y por no haberse tampoco practicado la inspección ocular indispensable para la determinación e identificación de los terrenos, no era posible acceder a las peticiones de la demanda. Y explica que teniendo aquél título el carácter de supuesto jurídico, único del cual se desprende la consecuencia de transformar en propiedad particular la que con anterioridad a él era de la Corona Española, no es posible deducir esta consecuencia indispensable para el éxito de la acción propuesta si el título o supuesto no ha sido acreditado.

Segunda instancia

Llegado el expediente a la Corte en virtud de la apelación de que con anterioridad se dió cuenta, solicitó el demandante la práctica de las pruebas cuya falta observó el Tribunal, entre ellas la inspección ocular indispensable para la identificación de los terrenos objeto del pleito. Presentó igualmente una serie de instrumentos públicos que acreditan la tradición de las tierras de la "Comunidad de Turipana". Pero es importante observar aquí que no se hizo traer al expediente el Diario Oficial en donde debe aparecer publicada la propuesta de contrato que según el hecho f) de la demanda fue hecha al Gobierno por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos por Resolución de 21 de diciembre de 1943 y registrada bajo el número 131 para explorar con taladro y explotar como de propiedad nacional el petróleo que se encuentre en un globo de terreno dentro del cual se encuentra el llamado "Turipana", objeto de este pleito, ni ningún otro documento encaminado a demostrar la existencia de dicha propuesta.

Concepto de la Procuraduría

La Procuraduría Delegada en lo Civil se opone a que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda y pide que se confirme la sentencia de fecha 3 de agosto de 1954, proferida por el Tribunal de instancia.

Hizo un detenido estudio del negocio sub-lite dividiéndolo en tres capítulos, así: I) Análisis del título originario presentado por el actor como base de las súplicas del libelo; II) Análisis de la inspección ocular practicada en los terrenos materia de la litis para la identificación de los mismos; III) Caducidad de la acción intentada.

a) Con respecto a la sentencia proferida en 1887 por el Gobernador y Auditor de Guerra de la Plaza y Provincia de Cartagena, que contiene las diligencias de alinderación de unas tierras en cabeza de doña María de la O. de las Heras y don Julián Valera, presentada al juicio como documento originario del Estado para acreditar la existencia del título de propiedad de la señora expresada, afirma el señor Procurador que por él no se puede establecer con certeza el origen de la posesión de las tierras objeto de este juicio, ya que allí solamente se hacen vagas referencias a la antigüedad y forma de posesión de ellas por doña María de la O. de las Heras; y agrega que aunquando en las mismas diligencias se afirma que la mencionada señora había comprado tales tierras a la Corona Española con anterioridad a la reserva del subsuelo petrolífero, en ninguna parte se expresa, y por lo tanto se ignora, de dónde emanaron los derechos de la señora de las Heras. Por donde concluye que el presentado no es un título originario sino un simple documento que se halla viciado. Y

extendiéndose sobre el particular agrega que tampoco se ha demostrado que se hubieran cumplido los requisitos exigidos por la norma procedimental vigente para la época en que se afirma que las tierras salieron del patrimonio de la Corona Española, es decir, los requisitos exigidos por la Ordenanza expedida en 1563 por Felipe II, sobre adjudicación de tierras, y que vino a ser la posterior ley 8ª de la Recopilación de Indias. Concluye este capítulo afirmando que no se ha acreditado en forma alguna que los terrenos objeto del juicio hubieran salido legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

b) Tampoco el Sr. Procurador concede valor probatorio suficiente para acreditar la determinación de los terrenos a la inspección ocular practicada durante la segunda instancia del juicio. Afirma que constituyendo requisito indispensable para que prospere la acción de dominio sobre el petróleo, frente a la Nación, el que dichos petróleos se encuentren en terrenos que hayan salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, no es suficiente que en dichas diligencias se verifique que realmente existen las tierras a que se refieren los títulos actuales, sino que es también indispensable que se muestre que dichas tierras corresponden a las amparadas por los títulos antiguos: que en el experticio practicado nada se dijo a este respecto pues que "los peritos no tuvieron en cuenta para nada los títulos de los terrenos cuya alinderación se hizo por don Domingo Caramillo" y que, en consecuencia, no puede saberse si los terrenos cuyo dominio actual se alega corresponden o no a los mismos a que se refiere el título originario del Estado, ni tampoco si existe superposición entre las áreas de éstos y aquellos a que se refiere la propuesta de contrato que ha dado origen al presente negocio.

c) Termina el señor Procurador proponiendo la excepción perentoria de caducidad de la acción y la funda en que el actor afirmó en el hecho marcado con la letra i) de la demanda que " .....la antigua Comunidad de Turipana, por motivos que no es del caso explicar, no hizo oposición en tiempo a la propuesta de contrato formulada por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos"; en que de acuerdo con el hecho f), la propuesta se admitió el 21 de diciembre de 1943 y en que habiéndose presentado la demanda solamente el 26 de abril de 1946, se encuentra claro que ésta fue presentada extemporáneamente, cuando ya habían vencido los dos años que para hacerlo se hallan previstos por el artículo 5º de la ley 160 de 1936.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

— I —

Para la época de la presetación de esta demanda la acción de petróleos que en ella se promueve estaba reglamentada por la ley 160 de 1936, reformatoria de la 37 de 1931.

Conforme al artículo 6º de aquél estatuto toda persona natural o jurídica que pretendiera efectuar exploraciones con perforación en busca del petróleo que se reputara como de propiedad privada podía hacerlo mediante aviso y presentación al Ministerio respectivo de las pruebas demostrativas del dominio privado. Tales pruebas eran, según el artículo 7º de la misma ley, las siguientes:

a) El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanado de autoridad competente que acreditaran su existencia;

b) Los títulos de propiedad de la persona que diera el aviso, sobre el terreno de que se trafara, acompañados del correspondiente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados y que debían comprender el período de la prescripción extraordinaria;

c) La determinación precisa del terreno en donde se pretendía efectuar la explotación.

Mediante la presentación de las anteriores pruebas y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, podía el Ministerio, sin más actuación, declarar cumplida la formalidad del aviso y el particular propietario iniciar y adelantar la exploración proyectada.

Solamente que cuando el Ministerio del Ramo, con vista de los documentos presentados, considerara que tales petróleos no eran de propiedad privada sino de la Nación, estaba obligado a enviar la documentación presentada a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que ésta, en juicio breve y sumario, dijera si era o nó fundada la pretención del interesado particular.

Este régimen jurídico dejaba a salvo los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada, los cuales eran reconocidos y respetados como lo establece la Constitución Nacional, ya que acreditados en la forma indicada por la ley, el Estado no podía intervenir con respecto a ellos en forma que los menoscabara, ni contratar su explotación como de propiedad nacional.

Con esa misma finalidad de respeto al derecho privado ,cuando conforme al artículo 16 de la ley

37 de 1931, cualquier persona natural o jurídica presentaba propuesta para la explotación de petróleos considerados no ya de dominio privado sino de propiedad de la Nación, la propuesta se publicaba en el Diario Oficial y por carteles, con especificación clara de los linderos del área que pretendía explotarse, a fin de que toda persona que pretendiera disputarle a la Nación la propiedad de tales petróleos pudiera presentarse al Ministerio y formular, dentro de los 60 días siguientes, la correspondiente oposición que, hecha dentro de dicho término tenía, fuerza suficiente para impedir que el Gobierno continuara adelantando la propuesta administrativa de contrato, y lo obligaba a remitir a la Corte la oposición formulada para que tal entidad resolviera, también en juicio breve y sumario, si era o no fundada.

Pero ocurre que los juicios breves y sumarios de que se acaba de hablar no eran definitivos. Originados en la oposición a una propuesta de contrato para explotar petróleos reputados como de propiedad nacional, o en la estimación que en el mismo sentido de ser de propiedad nacional hiciera el Ministerio del Ramo al darse el aviso de que se les pretendía explotar como de propiedad privada, es lo cierto que tales juicios resolvían únicamente acerca de si la pretensión particular era o no fundada. En ambos casos, tanto la Nación como los particulares vencidos en el juicio breve y sumario, podían promover juicio ordinario en busca de amparo a sus derechos, dentro de los dos años siguientes a la fecha del fallo en el juicio breve y sumario.

El mismo derecho asistía a los particulares que dejaban transcurrir los 60 días hábiles siguientes a la publicación de la propuesta sin presentar la correspondiente oposición administrativa; sólo que para éstos el plazo de dos años para presentar la demanda ordinaria principiaba a contarse a partir del vencimiento de los 60 días señalados para presentar oposición ante el Ministerio.

Es este el caso que hoy se presenta al estudio de la Sala: Pero antes de entrar a su consideración, vale la pena destacar que de todo lo expuesto se deduce claramente que la apelación al Organo Jurisdiccional del Poder Público sólo tenía cabida en casos de conflicto entre las pretensiones de los particulares y las de la Nación, cuando aquellos y ésta simultáneamente se pretendían propietarios del mismo petróleo, y que el demandante en el juicio ordinario, así se tratara de la Nación o del particular, quedaba sometido al cumplimiento de todas las obligaciones procesales inherentes a tal calidad, y entre ellas la relativa a la carga de la prueba.

— II —

Son innumerables los casos en que la Corte, interpretando la legislación petrolera y especialmente las normas vigentes al tiempo de la presentación de la demanda con que se inició este juicio, ya citadas, ha señalado los presupuestos que se hace necesario acreditar plenamente y sin lugar a dudas para el éxito de la acción ordinaria aquí ejercitada.

Se ha dicho también que cuando se halla no demostrado cualesquiera de ellos, se hace innecesario el estudio de los demás.

Tales presupuestos son:

a) el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia;

b) los títulos que acrediten la propiedad actual y que deben extenderse al período de la prescripción extraordinaria;

c) la determinación precisa del terreno de que se trata. (art. 7º Ley 160 de 1936).

Estudiando cada uno de los anteriores presupuestos, la jurisprudencia ha sido constante en afirmar que el primero y principal de ellos es el de la determinación del terreno objeto del litigio, porque debiendo recaer la declaración judicial sobre un cuerpo cierto y determinado, tal declaración no podría hacerse sin conocerse exactamente dicho objeto.

Desde luego que en juicios de petróleos no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto de ellos es precisamente el del petróleo que pueda hallarse en el subsuelo de un determinado terreno, "es obvio que dicho terreno debe estar plenamente determinado e identificado dentro del proceso". (Sentencia octubre 29 de 1956, números 2171, 2172 y 2173).

Concretamente sobre este presupuesto de la determinación, se ha sostenido con igual constancia que ella se encamina no sólo a obtener la identificación de los terrenos conforme a los linderos señalados por el título actual, sino también y principalmente a la identificación de los terrenos señalados por los títulos antiguos, y a saber si aquellos están o no comprendidos dentro del área de la propuesta de contrato, es decir, si existe superposición entre las áreas señaladas en la propuesta y

en los títulos actuales sobre los terrenos cuyo subsuelo se alega en propiedad

Aún más, estudiando la Corte este particular aspecto de la superposición entre el área de la propuesta y el área de los terrenos cuyo dominio actual se alega, en varias sentencias la ha considerado como un nuevo aunque no menos importante presupuesto de la acción de petróleos y ha dicho que su prueba se hace indispensable porque originándose dicha acción en las pretensiones encontradas de la Nación y los particulares, mientras no se sepa si son unos mismos los terrenos cuyo dominio se pretende por aquella y los pretendido por éstos, no puede saberse si hay controversia que deba ser dirimida, es decir, si ha nacido o nó la acción del particular contra la Nación o de ésta contra aquél.

Según las afirmaciones de la demanda, en el caso sub-judice el Ministerio de Minas y Petróleos admitió, por Resolución de 21 de diciembre de 1943 la propuesta de contrato de explotación registrada bajo el número 131, formulada por el Doctor León Cruz Santos a nombre de la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos para explotar como de propiedad nacional los petróleos que se encuentren en un globo de terreno de 40.880 hectáreas ubicadas en jurisdicción de los Municipios de Candelaria, Manatí Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela, en el Departamento del Atlántico, comprendido dicho globo dentro de los linderos que se expresan en el hecho marcado con la letra g) del libelo de demanda, y dentro del cual se afirma estar incluído el lote de terreno denominado 'La Turipana', alindado como se deja dicho en el hecho a) del mismo libelo.

Conforme al hecho i), "la antigua "Comunidad de 'Turipana', por motivos que no es del caso expresar, no hizo oposición en tiempo a la propuesta de contrato formulada por la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos.

Se afirma, por último, que los terrenos que constituyen la llamada Comunidad de Turipana salieron del patrimonio de la Corona Española y pasaron al particular de doña MARIA DE LA O. DE LAS HERAS en virtud de los títulos de que dá cuenta la sentencia pronunciada por el Gobernador y Comandante de la Plaza de Cartagena, fechada el 18 de diciembre de 1771, protocolizada en la Notaría Segunda de Barranquilla por escritura número 341 de 22 de abril de 1904, y que tales terrenos se hallan comprendidos dentro de los linderos que se expresan en el hecho a), copiados atrás.

Correspondía, pues, al actor en este juicio demostrar entre otros los siguientes puntos: 1º Que los terrenos de la actual 'Comunidad de Turipana' son los mismos a que se refieren los títulos de que da cuenta la sentencia de 18 de diciembre de 1771, o por lo menos que forman parte de los que conforme a tales títulos salieron del patrimonio del Estado para ingresar al de la señora de las Heras; y 2º Que los terrenos cobijados por la propuesta número 131 se superponen a los de la "Comunidad de Turipana".

Para la demostración de este segundo punto, como es obvio, no bastaba transcribir en los hechos de la demanda los linderos de la propuesta; se hacía también indispensable allegar al expediente la prueba de dicha superposición, para lo cual debía principiarse por probar los linderos oficiales de dicha propuesta mediante la presentación del Diario Oficial en donde deben aparecer publicados tales linderos, o mediante cualquiera otra prueba eficaz al respecto. De otra manera no podría saberse si existe o no superposición de áreas.

Desgraciadamente el demandante no trajo al expediente, como atrás se dijo, el Diario Oficial en que fue publicada la propuesta dicha, en forma que la Corte pudiera conocer los linderos oficiales que la describen. Omisión que por sí sola impide al juzgador saber si evidentemente, como se afirma en la demanda, existe superposición entre las áreas de la propuesta y la de los terrenos cuyo dominio se alega por aquél. En este punto, el actor se limitó a transcribir en su demanda unos linderos que afirma corresponden a los de la propuesta, pero no existe prueba alguna en el expediente de que dicha transcripción se ajuste a los aceptados por el Ministerio como correspondientes a la propuesta de contrato registrada bajo el número 131. No se trajo tampoco ninguna otra prueba encaminada a demostrar la existencia real de dicha propuesta, en forma que la Sala pudiera saber si es o no verdad que existe controversia y pretensiones encontradas entre la Nación y la Comunidad demandante. No puede, así, saberse si es o no cierto que la Nación pretende contratar como nacionales los petróleos que la Comunidad de Turipana afirma le corresponden como de propiedad particular.

Como la acción ordinaria de petróleos de que tratan las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 ha sido consagrada a favor de los particulares contra la Nación únicamente para cuando los intereses de aquellos puedan ser vulnerados por las pretensiones de éste a contratar como nacionales los petróleos de propiedad particular, la prueba eficaz que demuestra tales pretensiones se hace necesaria

para saber si existe o no el interés jurídico que da nacimiento a dicha acción.

No habiendo cumplido la Comunidad demandante con este deber procesal, las peticiones de la demanda no pueden prosperar porque no se sabe si al actor asiste o no la acción que ha promovido.

Lo anterior exime a la Sala del estudio de la excepción de caducidad propuesta por el señor Procurador Delegado.

En efecto: siendo la excepción un medio de defensa que se consagra a favor del demandado frente al derecho probado del actor, cuando éste no se prueba, no hay necesidad de considerarla porque la excepción presupone la acción que ella destruye o enerva.

Pero desea la Sala observar que no es solamente la falta de esta prueba el único fundamento del presente fallo.

Como se vió anteriormente al actor en este juicio correspondía demostrar también que los terrenos de la actual Comunidad de Turipana son los mismos que salieron del patrimonio del Estado y a que se refiere la sentencia de 18 de diciembre de 1771, o por lo menos que forman parte de los descritos en dicha sentencia.

En orden a obtener la determinación e identificación de los terrenos mencionados, el actor solicitó y obtuvo en esta segunda instancia la práctica de una inspección ocular que, en asocio de peritos, se llevó a cabo por el H. Tribunal Superior de Barranquilla, por comisión de esta Sala. Desgraciadamente ni de la inspección ocular ni del dictamen rendido por los expertos puede afirmarse que constituyen prueba suficiente para considerar como plenamente demostrada la determinación e identificación de tales terrenos. Basta la simple lectura para comprobar su ineficacia. En efecto, el H. Tribunal, después de transcribir los linderos que para la Comunidad de Turipana se expresan en el hecho a) de la demanda, dice:

"Llegados al predio de la 'Comunidad de Turipana' el Magistrado sustanciador y los peritos procedieron a identificar los linderos que se han reproducido. El Magistrado sustanciador verificó la existencia del ARROYO SALADO que es, como se dice en los linderos, el primero de ellos. En dirección Sur y llegóse al cerro o punto que denominan EL MIRADOR, lindero que también figura entre los que cierran el predio mencionado. Colocados en una pequeña colina el Magistrado sustanciador y los peritos verificaron el lugar en donde queda la "AGUADA DE MICAELA" y comprobó la existencia desde allí. En este estado de la diligencia el Magistrado sustanciador decidió suspenderla para continuarla el viernes veintidós de los corrientes....".

"Al continuar la diligencia y después de expresarse que el personal llegó al punto denominado ARROYO SALADO, se agrega:

"Llegados a este lugar se verificó que existe aquí un arroyo que se riega en los predios vecinos, siendo lugar inconfundible, como punto inicial de "Turipana". Este arroyo divide el camino. Verificado este punto por el señor Magistrado y los peritos, se tomó el camino real, pasando por la población de Colombia hasta llegar a la población de Guajaro o La Peña. A la entrada de esta población se constató el punto denominado 'MIRADOR' por el suscrito Magistrado y los peritos. De aquí se partió por el camino carreteable hasta encontrar el punto denominado AGUADA DE MICAELA. El señor Magistrado y los peritos verificaron la existencia de una aguada o arroyo que divide el camino que se tomó para llegar a este sitio. De este lugar se partió en la misma dirección hasta encontrar el punto denominado AGUADA O ARROYO DE PESCADORES. Se verificó también la existencia de un arroyo. De este sitio se partió por el camino real a SABANA PAJA. Verificada la existencia de este punto, se partió por entre potreros hacia la SIERRA DE GUABANA, llegándose ulteriormente por la carretera que conduce a Manatí al lugar o lindero denominado EL CAMAJORU o CAMARI GRANDE que se encuentra en el viejo camino de Sabanalarga a Cartagena. Desde dicho lugar o lindero hacia el rumbo del oeste se localizó nuevamente el lindero de AGUADA o ARROYO DE PESCADORES, cerrándose así la figura que constituye el lote de terreno materia de la inspección".

Al rendir su dictamen, los peritos fueron aún menos explícitos que el Tribunal y se limitan a decir:

"Sobre el fotocalco del Dpto. del Atlántico y el laborado por el Instituto Geográfico Militar y Catastral, hemos dibujado en tinta negra y trazos fuertes, la concesión correspondiente a la propuesta número 131 de la Cía. Anglo Colombiana de Petróleos..... Están indicados claros sus linderos y medidas. ...Claramente puede verse que dicha concesión está entre los Corregimientos de Molinero, Isabel López, Colombia, Martillo, Cascajal, La María y La Peña, estando además bañada dicha región por los arroyos Las Lajas, Burro, Soledad, Gallego, etc. Igualmente hemos dibujado en trazos interrumpidos, el lote correspondiente a los terrenos de Turipana, sombreándolo además en rojo para que resalte. Para ello tomamos nosotros

como punto de partida sobre el mapa ,el punto El Mirador y sobre el cual está situado (sic) una pequeña torre de madera y lona negra y blanca. Como puede verse en el mapa, allí está distinguido con el correspondiente convencionalismo. De allí y teniendo los rumbos que fueron chequeados, hemos podido dibujar dicha figura con bastante claridad.

En tal forma concluímos así: la concesión solicitada está dentro de los municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga y Usiacurí. Los terrenos de Turipana están completamente dentro del Municipio de Sabanalarga y quedan totalmente dentro de la concesión de la Anglo-Colombiana de Petróleos y que corresponde a la propuesta Nº 131"

Como puede observarse, ni en la diligencia de inspección ocular ni en el dictamen de los expertos se expresa la manera como pudieron ser identificados los puntos principales del alinderamiento general y se limitan a decir que "se constató su existencia". Sobre este particular no se dá razón alguna por la cual tales puntos se consideran por ellos como "debidamente identificados". Ni siquiera se interrogó a las personas conocedoras de la región. Los peritos se limitaron a dibujar sobre "el folocalco del Departamento del Atlántico" los terrenos de la propuesta número 131 y los terrenos de la Comunidad de Turipana, sin verificar distacias ni expresar la razón de sus conceptos. No constataron los expertos ni el Tribunal si evidentemente, como se afirma en la demanda, los terrenos de la Comunidad de Turipana son los mismos o están comprendidos dentro de los que se afirma salieron de patrimonio del Estado. Sus conclusiones se limitan a afirmar que la concesión o propuesta número 131 está dentro de los municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga y Usiacurí; que los terrenos de la Comunidad se encuentran todos dentro del segundo de los Municipios nombrados y que la concesión de la Anglo-Colombiana de Petróleos los comprende en su totalidad.

En estas condiciones, tampoco es posible a la Sala considerar como debidamente acreditado el presupuesto de la determinación de los terrenos de que trata el aparte a) del artículo 7 de la ley 160 de 1936 que, como se ha visto, es el más importante de la acción promovida en este juicio y que la eximen de entrar en el estudio de los títulos, antiguos y actuales ,presentados por el actor.

Justa prescripción

También se hace innecesario el estudio de la justa prescripción alegada en las peticiones subsidiarias de la demanda porque no estando debidamente determinados e identificados los terrenos objeto del juicio, no es tampoco posible conocer sobre cuáles fue que se ejecutaron los actos de explotación económica necesarios para poder afirmar que salieron del patrimonio del Estado en virtud de dicha explotación.

Conclusión

Como en esta segunda instancia se produjeron las pruebas en cuya falta fundó el Tribunal su absolución, será por las razones expuestas no por las dadas por el Tribunal que la sentencia apelada habrá de confirmarse.

Fallo

La Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de fecha tres de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) proferida por el H. Tribunal Superior de Barranquilla.

Revalídese el papel común.

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

Manuel Ruenahora. — Abelardo Gómez Naranjo.

José Jaramillo Giraldo. — Camilo Rincón Lara.—

Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

El Decreto - Ley 1.209 de 1954 no revive la clase de los abogados recibidos permitiendo contra la Constitución nuevas inscripciones de estos, sino que autoriza, o mejor, mantiene la autorización para ejercer, a quienes se hubiesen matriculado ante un Tribunal Superior con anterioridad al 16 de febrero de 1945. — Las inscripciones de personas que no tengan título profesional, hechas con posterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 1.209 de 1954, son nulas.—Los abogados recibidos o de cualquier otra categoría distinta de los titulados, no pueden, en propiedad, administrar justicia. — Se declara exequible el Decreto-Ley Nº 1.209 de 12 de abril de 1954, "por el cual se sustituye el artículo 1º de la Ley 69 de 1945". — Magistrado Ponente Dr. Juan Benavides Patrón ... 421

Se abstiene la Corte de decidir la demanda de nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso-Administrativo hecha por el Consejo de Estado para el bienio de 1950 a 1952. — Excepción de cosa juzgada.—La Sala declara que se ha producido el fenómeno de cosa juzgada y por consiguiente no puede decidir sobre las peticiones de la aludida demanda.-Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara ... 428

Estado de Derecho.—Contenido de las Constituciones. — Turbación del orden público. Naturaleza jurídica de la revolución y del Derecho de la revolución. — Revolución y golpe de Estado.—La revolución quebranta el orden jurídico aunque su objeto sea el restablecimiento de ese mismo orden.—Limitaciones de la revolución. — El momento y el pueblo constituyente. — Doctrinas y características de los gobiernos de facto.—El gobierno de facto es un producto de la revolución.—Revolución realizada a través de las normas constitucionales. — Gobierno de facto y funcionarios de facto.—El reconocimiento internacional no transforma el gobierno de facto en de jure.—La guarda de la Constitución.—La competencia de la Corte para conocer de la inexequibilidad de las leyes es limitada.—La Corte no puede conocer de los proyectos de reforma constitucional.—Características de los Decretos dictados conforme al artículo 121 de la Constitución Nacional. — Qué se entiende por derecho de gentes. — Acusación por inconstitucionalidad de los Decretos números 0247 y 0251 de 1957.—Se inhibe la Corte de conocer de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los Decretos números 0247 y 0251 de 1957, por carecer de competencia para ello.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa ... 430

Salvamento de voto de los HH. Magistrados doctores Enrique Arámbula Durán, Manuel Buenahora, Santiago Cadena Copete, Jesús Estrada Monsalve, Guillermo Garavito Durán, Juan Manuel Pachón Padilla y Sergio Antonio Ruano, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice ... 449

Facultades de los Presidentes de Tribunales Superiores para conceder licencias a los Magistrados de los mismos. — Término de ellas y motivos para concederlas.—Elección de Jueces de Circuito de listas de nombres no sometidos a la aprobación de la Corte. La prohibición contenida en el artículo 171 de la Constitución Nacional para nombramientos, solo comprende a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con alguno de los Magistrados o Jueces que intervienen en la elección.—Se declara que no hay lugar a imponer sanciones disciplinarias a los doctores L. Mardonio Salazar, Mario Abadía Valencia, Alfonso Ayala Jiménez y Ricardo Echeverri Ferrer, Magistrados del Tribu-

Págs.

nal Superior de Quibdó. — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Saraidy Montenegro.. 454

Impedimento del señor Agente del Ministerio Público por presunto interés en el pleito.— Se declara legal el impedimento manifestado por el señor Procurador General de la Nación, y se le separa del conocimiento de la demanda de inexequibilidad formulada contra la Ley 86 de 1946, sobre propiedad intelectual. — Como no hay suplente que pueda reemplazarlo, se nombra para que actúe en su reemplazo como Agente del Ministerio Público ad-hoc al señor Procurador Delegado en lo Civil, de cuya designación se ordena dar cuenta al Gobierno.— Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 458

SALA DE CASACION CIVIL

Efectos de la acumulación de autos en cuanto a los términos.—Término para formular el recurso de casación cuando la parte recurrente está formada por más de un litigante pero tiene un solo apoderado.— Caso de la muerte de un mandatario cuando el mandante le ha autorizado expresamente la delegación para determinada persona.— Se ordena poner en conocimiento de las Compañías demandadas, el fallecimiento de su apoderado doctor Juan Samper Soréo y la actuación de su sustituto doctor Hernando Castilla Samper, dentro del ordinario sobre pago de unos contratos de seguros adelantado por Antonio Bassil contra The Home Insurance Company y The Sun Insurance Office Limited. — Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Pachón Padilla... 460

Pruebas directas e indirectas. Indicios.— Requisitos para su apreciación.—Soberanía del Juzgador de instancia en la apreciación de esta prueba.—Relaciones sexuales estables y notorias.—En el ordinario sobre filiación natural adelantado por Marina García López, como representante legal de su menor hijo Guido Rafael García contra los menores Josué, Berta Canal Cárdenas y otros, la Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona.— Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 463

Es requisito indispensable de la escritura de compraventa que el inmueble se determine por su ubicación y linderos, requisito que no puede suplirse con declaraciones de testigos.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil, en el ordinario sobre propiedad de un lote de terreno, adelantado por Esther Torres Díaz contra Rosa María Valandia.—Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla..... 472

La cuantía de un juicio puede modificarse por el posterior desistimiento de una de las acciones impetradas en el libelo.—Corrección de la demanda.—No se admite el recurso de hecho interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Quibdó, en el ordinario sobre reivindicación, adelantado por Pastora Arriaga a nombre de la sucesión de Juan Garcés contra Luz de la Torre de Mosquera Garcés. — Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar. 480

Salvamento de voto del H. Magistrado doctor Pablo Emilio Manotas, en la providencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 483

Naturaleza del juicio sobre bienes vacantes. Intervención del Ministerio Público en esta clase de juicios.—Modificaciones de la litis después de la demanda y su contestación. La cancelación del secuestro como consecuencia de la absolución del demandado no es incongruente con la principal disposición del fallo. — La equivocación en el nombre de una parte no es causal de nulidad, si de otro lado ha estado debidamente representada en juicio.—Causal 2ª de casación.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre declaración de bienes vacantes, adelantado por Primitivo Fernández contra el Municipio de Barranquilla y otro. Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 486

Ejecución de sentencias de Tribunales Extranjeros.—Exigencias probatorias.—Sistema de

Págs.

la reciprocidad diplomática y legislativa.—La Corte no accede a hacer la declaración contenida en la demanda propuesta por los señores Enrique Arroyo Delgado e Hilda Páez de Arroyo, sobre cumplimietno en Colombia de la providencia dictada por el Juez 2º Provincial de Pichincha de la ciudad de Quito (Ecuador), contra Enrique Zalamea Lleras. — Magistrado Ponente: Dr. Daniel Anzola Escobar 502

Para que la violación del artículo 1766 del C. C. pueda erigirse como fundamento de un cargo en casación, es necesario que se indique de qué manera esta infracción reperentió o determinó el quebranto de preceptos sustantivos.—Cuándo dicho precepto tiene carácter adjetivo.—Criterio para determinar la validez de los contratos de renta vitalicia.—Fundamento de la exigencia que hace el artículo 2293 del C. C. de que la persona exista en el momento de perfeccionarse el contrato.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre nulidad de un contrato de renta vitalicia y restitución, adelantado por Guillermo Chaves Chaves contra Rogelia Chaves de Maxuera y otros. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga 506

Jerarquía de las pruebas. — Oposición entre las cláusulas contenidas en un documento privado y las de que da fe un instrumento público. — Elemento subjetivo en la apreciación de la rescisión por lesión enorme. Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el ordinario sobre rescisión, por lesión enorme, adelantado por Marco Emilio Moreno contra José María Quintero. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga 514

Acción de dominio sobre mejoras hechas en terreno ajeno a ciencia y paciencia del dueño y contrademanda sobre restitución de dicho terreno.—Subrogación de las mejoras por su valor.—Este pago no está regulado por las prestaciones mutuas a que tiene derecho el poseedor vencido o el que plantó, edificó o sembró sin consentimiento del dueño.—Elementos del enriquecimiento sin causa.—Su ejercicio como acción requiere que el actor no pueda fundar su derecho en algún texto legal o en un hecho o acto jurídico reconocido en la ley.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre propiedad de unas mejoras, adelantado por Agustín Vanegas Vargas contra Bernardo Gómez Alvarez.—Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 518

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Guillermo Garavito Durán, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 527

A quién corresponde suministrar la prueba de la culpa en actividades peligrosas. — Error de hecho en la apreciación de las pruebas. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales, adelantado por Clara Sierra y otra contra José María Bustos. — Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla 535

Casos en que se puede hacer valer la acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia.—Modo de tramitarlas.—Instaurada contra personas desconocidas y tramitada, sin oposición alguna, por el procedimiento especial señalado en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 120 de 1928, hasta proferir fallo de segundo grado, éste no es susceptible de recurso de casación, por no haber asumido el juicio, en ningún momento, el carácter de ordinario.—Se niega el recurso de hecho interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio sobre declaración de pertenencia de un predio rural, adelantado por Francisco Guerrero y otro contra el Municipio de Cali. — Magistrado Ponente: Dr. Juan M. Pachón Padilla 541

Rescisión por lesión enorme. — El reconocimiento de la prestación de unos servicios no implica aceptación ni confesión de que un contrato de compraventa celebrado por quien recibió los servicios y por quien los prestó, sea precisamente para pagar deuda proveniente de esos servicios. — Requisitos

Págs.

para que la confesión sirva de prueba para desvirtuar o invalidar las declaraciones contenidas en una escritura pública. Condiciones para que las preguntas formuladas en posiciones constituyan confesión del preguntante sobre el hecho preguntado. — Dación en pago.—Implica novación de la primitiva obligación.—La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa adelantado por Beatriz Barbosa de Restrepo, en representación de la sucesión de Eliécer E. Barbosa, contra Isabel Barbosa P. — Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Garavito Durán.. 544

Carácter de los hechos que sirven para configurar la posesión notoria del estado civil. Apreciación de la prueba testimonial con que se acredita este hecho.—Interpretación de la demanda.—El error de hecho se refiere a la existencia del medio probatorio y el de derecho a la idoneidad de la prueba para demostrar el hecho.—La Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Donaldo Guzmán contra María Elvigia Muñoz y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga 556

El mandato, cuando tiene por objeto que el mandatario realice operaciones sobre inmuebles de su mandante, debe celebrarse por escritura pública.—La legitimación en causa, la carencia de acción y la personería sustantiva no son presupuestos procesales. Cuándo hay nulidad por ilegitimidad de personería adjetiva.—Quién puede alegarla cuando se demanda como heredero en nombre propio y se asume la representación de la sucesión. — Prueba del nacimiento y de la filiación legítima. — Apreciación de las actas del estado civil.—La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre nulidad de un mandato conferido en documento privado, nulidad de un contrato de compraventa y restitución de unos inmuebles, adelantado por Laura Elisa Tulcán Guaramag contra José María Rodríguez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Giraldo Zuluaga.... 567

SALA DE CASACION PENAL

Los hechos que determinen las sanciones que por mandato de la Ley 69 de 1945 deben imponer los funcionarios de la Rama Jurisdiccional a los abogados que cometen faltas graves o leves contra la delicadeza o el decoro profesionales, deben estar plenamente probados.—Se confirma el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado al doctor Pedro Ricardo Sánchez Molina, por faltas contra la moral y el decoro profesionales.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 579

Colisión de competencia surgida entre la justicia ordinaria y la Penal Militar.—Se dirime la colisión de competencia suscitada en el proceso adelantado en la Brigada de Institutos Militares contra José Miguel Sandoval y otro, por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 581

Falsedad en documentos.—Para que sea punible es necesario demostrar los elementos objetivos y subjetivos que integran el delito.—La ausencia de uno de ellos desintegra la figura delictual. — No puede afirmarse que de un acto equivocado, no de mala fe, o de un error involuntario para no negligente, se pueda deducir un propósito o fin determinado en orden de infringir la ley penal.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso adelantado al doctor Antistenes López, por el delito de falsedad. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 584

A los militares en la reserva o en retiro, a los civiles al servicio de las Fuerzas Militares y a los particulares los puede juzgar la justicia Penal Militar, solamente por delitos militares o comunes taxativamente determinados en el Código de Justicia Penal Militar. — Se dirime la colisión de competencia suscitada dentro del proceso adelantado en el Juzgado Penal del Circuito de Montería a José Fabriciano García Rojas,

Págs.

por lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 588

Corresponde a la justicia Militar conocer del delito de asociación para delinquir.—Criterio distintivo entre asociación para delinquir y concurso de varias personas en un mismo delito.—No es la pluralidad de agentes, ni el número de delitos cometidos, ni la insensibilidad moral en la ejecución, ni siquiera el acuerdo y ayuda recíproca de los delincuentes lo que conforma la asociación criminosa, sino la actividad organizada con el ánimo permanente, no ocasional, de delinquir.—Se dirime la colisión de competencias suscitada dentro del proceso adelantado por el Juzgado Primero Superior de Ibagué, contra Emiliano Oliveros y otros, por varios delitos. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 590

Cambio de radicación de un proceso.—La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso adelantado, ante el Juzgado 5º Superior de Medellín, contra Roberto Torres y otros por varios delitos.—Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve 594

La intervención del procesado en la elección de Jueces que han de conocer de su causa, como fundamento de que se constituye un impedimento de orden moral en aquellos, o el temor de posibles comentarios desfavorables a una futura decisión de sus compañeros en la entidad que ha de juzgarlo, o el sentimiento de amistad y comprensión que puedan tener con el procesado, no son causas justificativas para variar la radicación de un proceso penal. — Tales hechos pueden configurar causal de impedimento o de recusación, pero debe seguirse su trámite propio, no el de dicho cambio de radicación.—La Corte emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso adelantado a X, X., por el delito de falsedad en documentos.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa..... 599

Colisión de competencias. — Los Jueces de Instrucción Penal Militar, no pueden promoverlas ni aceptarlas.—La Corte se abstiene de conocer del proceso adelantado en el Juzgado 22 de Instrucción Penal Militar, contra Enrique Barragán Collazos y otros, por el delito de hurto de ganado mayor.—Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 601

El recurso de casación puede ser interpuesto por el acusado, pero la demanda que es la que lo sustenta, no puede ser formulada sino por abogado inscrito en la Corte, a menos que el acusado tenga dicha calidad. Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado a Juan José Peláez Bustamante, por el delito de estafa.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve... 603

La falta de notificación al procesado del auto que señala fecha para la celebración de la audiencia, no genera nulidad si la práctica de dicha diligencia se hizo imposible por la fuga del procesado.—El emplazamiento como reo ausente, solo tiene vigencia jurídica al cumplirse la notificación del auto de proceder.—Finalidad de la prohibición contenida en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943. Parte inmodificable del auto de proceder. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado a Manuel Hernández Díaz y otro, por los delitos de homicidio, lesiones personales y robo. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 604

Modalidades de la emoción de la ira o de la emoción del dolor que la ley sustrae del campo puramente psicológico para constituírlas en factores de la dosimetría penal. Cuándo ocurren las contempladas en los artículos 28 y 382 del estatuto punitivo.—Elementos esenciales que le comunican al dolor moral su poder excusante.—No se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado a Mario Castillo Cruz, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 609

Delito de abuso de autoridad proveniente de discusión surgida entre el Juez y el apoderado del sindicado en el acto de una dili-

Págs.

gencia sumarial.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso adelantado al doctor Alfonso Villalobos Serpa, por el delito de abuso de autoridad.—Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro 614

Valor probatorio de la confesión legítimamente provocada.—Qué es lo que distingue el acceso carnal de los demás actos erótico-sexuales, como constitutivo de la violencia en sus elementos materiales. — Los Tribunales se hallan facultados no solo para revocar las providencias del inferior en que se le ha dado al delito una denominación errada, sino también para sustituirlas, en el mismo acto jurisdiccional, a fin de calificar el hecho de conformidad con la ley. La Corte no invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el proceso adelantado a Sergio Ordóñez, por el delito de violencia carnal.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 616

En acciones por faltas contra la moral y el decoro profesionales, al decidir en segunda instancia, la Corte carece de facultad legal para admitir elementos probatorios nuevos como base para resolver sobre la legalidad del fallo apelado o consultado, porque este procedimiento no lo autoriza la ley.—Se revoca el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado al doctor Jaime Velásquez Toro, por faltas contra el decoro y la ética profesionales, para que se proceda como se dice en la parte motiva. —Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 621

Técnica de casación.—La indigencia y la falta de ilustración deben influir en el delito para que sean circunstancias de menor peligrosidad.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Montería, en el proceso adelantado a David Gabino Torres González, por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 623

Cambio de radicación. — Se emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso que por el delito de homicidio se adelanta a Alirio Sánchez B. en el Juzgado Segundo Superior de Buga. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete..... 629

Impedimento para conocer de un negocio penal, por haber emitido opinión sobre el asunto materia del proceso, como simple particular.—Se declara infundado el impedimento expresado por el doctor Alvaro Andrade Montaño, para conocer del negocio que se adelanta contra el doctor Natanael Díaz Rivas por un delito de "abuso de confianza". — Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 632

Quien solicita el cambio de radicación de un proceso penal debe probar que dicha medida es conveniente en orden a la recta administración de justicia.—Se conceptúa que no es el caso de cambiar de radicación el proceso que por el delito de falsedad se adelanta a Isauro Romero Cortés, en el Distrito Judicial de Ibagué. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete... ... 634

Jurisdicción y competencia.—El fuero lo concede la ley para los delitos de responsabilidad y no para los delitos comunes. — Se abstiene la Corte de conocer del proceso adelantado al doctor Roberto Camacho Rodríguez, Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, y otros, y ordena remitirlo por competencia al Juez Penal del Circuito de Cartagena. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 637

Recurso de hecho. — **Diferencia fundamental entre las sentencias propiamente dichas y los autos de sobreseimiento definitivo.—Estos últimos no tienen recurso de casación.** — Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el auto de sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en las diligencias contra Alvaro Villalba Espitia, por el delito de rapto. — Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 640

Colisión de competencias.—Los Miembros de las Fuerzas de Policía antes de su incorpo-

Págs.

ración a las Fuerzas Armadas, solo gozaron de fuero en determinados casos, durante un corto período. — Se dirime la colisión de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Superior de Cali y el Comando de la Tercera Brigada, para conocer del proceso adelantado contra Célimo Medardo Martínez Bravo, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 642

No puede formular solicitud de revisión quien no sea abogado inscrito en la Corte. — La Corte no admite la demanda de revisión promovida por Oscar Suescún Giraldo y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 645

Los Jueces de Derecho están facultados para interpretar el veredicto y acomodarlo a los presupuestos legales, cuando quiera que su texto es ambiguo u oscuro, evitando que la voluntad del intérprete se sustituya a la del Tribunal popular.—Apreciación del veredicto "Si en riña imprevista y sin que se sepa su propósito". — **El dolo se refiere al hecho de prever y querer la consecuencia cierta o probable del movimiento orgánico dirigido a la negación del derecho.** La Corte no invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado a María Cristina Ríos Quintana, como responsable de la muerte de Judith Salge.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve 646

Fuga de presos.—El empleo de violencia sobre las cosas, no es en todos los casos una simple circunstancia de mayor peligrosidad, sino una modalidad del ilícito investigado.—La Corte invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado a Cristóbal Londoño Vallejo, por el delito de fuga de presos.—Magistrado Ponente: Doctor Jesús Estrada Monsalve 650

Las actuaciones judiciales y los términos procesales no pueden estar sujetos a la voluntad de las partes interesadas.—Prórroga de términos y restitución de los mismos.—La acción, sus efectos y consecuencias son diferentes. — No se repone el auto de 16 de septiembre del año en curso, por medio del cual la Corte declaró desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado a Julio Enrique Prieto Méndez, por el delito de peculado. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro 653

Impedimentos y recusaciones.—Procedimientos varios.—Diferencia de las sanciones disciplinarias.—Las providencias que en lo penal resuelven un impedimento o recusación, no están sujetas a ningún recurso para ante el inmediato superior. — La Corte se abstiene de conocer, por carecer de jurisdicción y competencia, del recurso de hecho interpuesto contra la providencia que declaró no probada la recusación formulada al Juez Segundo Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado contra Julio López Pinilla, por el delito de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..656

La conducta negligente del funcionario y no la omisión por olvido u omisión involuntaria, es la que lleva en sí el concepto de culpa.—Modalidades.— No se repone el auto de 20 de mayo de 1957, por el cual se llama a responder en juicio al doctor Patricio Villalba, por un delito de abuso de autoridad y otras infracciones. Magistrado Ponente: Dr. Domingo Sarasty Montenegro..... 660

Corresponde a la Corte conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los intendentes y comisarios.—Nulidad. Se declara nulo lo actuado, a partir del auto que declaró cerrada la investigación, en el proceso adelantado en el Tribunal Superior de Bogotá, a Bernardo Marulanda Rendón, ex-Comisario Especial del Vaupés, por el delito de peculado.— Magistrado Ponente: Dr. Santiago Cadena Copete 662

Nulidades constitucionales.—Cuándo es procedente proponerlas en casación. — Inter-

Págs.

vención del Ministerio Público en los procesos de la ley 48 de 1936.—Generalidad de la ley.—Costumbres contra ley.—Técnica de la causal 2ª de casación.—Presunción legal de hurto.—La Corte no invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado a Ramón Aristizábal Gómez y otros, por el delito de hurto de ganado mayor.—Magistrado Ponente: Dr. Jesús Estrada Monsalve..... 664

Acción por faltas contra la moral y el decoro profesionales.—Coexistencia de las acciones disciplinaria y penal.—Agotado el trámite sumario y no existiendo prueba plena acerca de la responsabilidad por el aspecto ético, debe sobreseerse. — Lo anterior no se opone a que la acción penal siga su curso, incluso hasta la cancelación de la matrícula. Se revoca el numeral 1º de la providencia recurrida y se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, a favor del doctor Guillermo Peláez Henao, en el proceso adelantado por faltas contra la moral profesional. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 677

La complicidad correlativa respecto de varios sindicados no excluye que otros puedan ser cómplices o copartícipes del mismo delito. Indefensión e inferioridad de la víctima.—En qué consisten. — **Estos conceptos no se excluyen.** — **No es necesario que estas circunstancias hayan sido creadas por el victimario.—La enumeración del ordinal 5º, artículo 363 C. P. no es taxativa.** — **Circunstancia de inferioridad consistente en ser varios los agresores y uno el agredido.** — **Cuestionarios.—Interpretación del veredicto.** — **Alegada la causal 4ª de casación en concurrencia con otra, su estudio debe anteceder al de las otras.**—La Corte no infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el proceso adelantado contra Onosífero Durán Pana y otros, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Hernández Peñalosa 680

La sentencia que declara la rescisión del contrato por lesión enorme debe contener por consecuencia lógica los mismos derechos y obligaciones del contrato inicial, tanto para el vendedor como para el comprador.—Qué implica la rescisión.—El término para que se cumplan las obligaciones respectivas puede fijarlo el juzgador y al hacerlo no viola ninguna disposición legal. -Se declara que los hechos imputados al doctor Rafael Zúñiga, en su calidad de Magistrado de Tribunal Superior, no se han realizado, y en consecuencia, ordena cesar todo procedimiento adelantado contra el mismo.—Magistrado Ponente: Doctor Domingo Sarasty Montenegro 690

SALA DE CASACION LABORAL.

Quien presta sus servicios en una obra pública contratada por administración delegada tiene el carácter de trabajador oficial con contrato de trabajo y sus relaciones jurídicas se rigen por las normas anteriores al Código Sustantivo del Trabajo. —No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Salvador Abad Escobar contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano.... 695

Acción de cobro de unas prestaciones sociales.- Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Rafael Cárdenas Solo contra Pedro Gómez Ballesteros como quebrado y contra la masa de la quiebra del mismo, representado por el Síndico de ella Emilio López Salazar. — Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 702

Contrato de trabajo a domicilio.—Sus características. — **Concepto de familia para los efectos de esta clase de contratos.**—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Ana Forero de Fresneda contra la sociedad Zamudio & Vásquez. — Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 706

En el sistema procesal vigente, el recurso de casación solo procede cuando la cuantía del

Págs.

juicio lo permite, no cuando la decisión de segundo grado contenga cuestiones jurídicas de interés, como ocurría en el sistema anterior.—Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Carmen Tulia Ortiz contra Benicio Salazar Restrepo.—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín..... 712

Prórroga del contrato de tiempo indefinido por continuar el trabajador prestando sus servicios con el consentimiento tácito del patrono, después de expirado el plazo presuntivo.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Mario Madrid Malo contra Leonidas Lara e Hijos Ltda.— Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán.... 714

Los aspectos económicos del fallo arbitral escapan al recurso de homologación.—En el laudo arbitral no pueden decidirse cuestiones jurídicas como establecer determinada prueba, imponer a una parte la renuncia a la cláusula de reserva, determinar el capital de la Empresa o compensar las vacaciones fuera de las normas legales, ni darle efecto retroactivo al laudo. — Alcance del laudo respecto de la Empresa y sus afiliados actuales y futuros.—Redacción del fallo. Capital de una Empresa.—Se declaran inexequibles los ordenamientos 18, 27 y 30 del laudo de fecha 19 de septiembre de 1957 proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento, constituido por Resolución número 001043 de 25 de julio del mismo año, del Ministerio del Trabajo, para decidir acerca del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Choferes y Trabajadores Asalariados de Transurbanos de Cúcuta a la Empresa "Transurbanos Cúcuta Ltda." Asimismo declara inexequible la parte final del artículo 25, que prohibe pactar la cláusula de reserva en los contratos individuales, y el artículo 19 en el aparte indicado en la parte motiva de la providencia. El resto del laudo se declara exequible. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán 719

Cuantía del pleito para la procedencia del recurso de casación con respecto a la demanda de reconvención.—Legitimación en causa de la parte demandada.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cartagena, en el ordinario laboral adelantado por Edgardo Torres Merlano contra la Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, integrante del grupo Compañía de Seguros Bolívar. Magistrado Ponente. Dr. Sergio Antonio Ruano..... 728

Noción de una misma Empresa.—Su diferencia con una misma persona.—Su prueba.—Indicio constituído por la conservación de archivos de una Empresa anterior.—Manera de acreditar en juicio la edad de una persona.—La discontinuidad en el servicio no afecta el reconocimiento de la pensión de jubilación. Efectos futuros de un hecho anterior. Caso en que la jubilación se consolida bajo la vigencia de una nueva Ley. Sustitución de patrono y unidad de Empresa para efectos de esta prestación. De esta pensión solo empieza a gozarse a partir del día de retiro de la Empresa.—Condena de futuro.—La Corte casa la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Santa Marta, en el ordinario laboral adelantado por Catalino Pacheco contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 734

Salvamento de voto del Magistrado doctor Sergio Antonio Ruano, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 749

Si el patrono admite que el trabajador desempeñó normalmente su labor y no tiene queja de él, probada de otra parte la igualdad en el puesto y en la jornada con otros trabajadores de la empresa, se acredita el derecho del trabajador a devengar un salario igual.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Agustín Yá-

Págs.

ñez M. contra "Madigan Hyland South American Corporation". — Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 751

Aplicación del artículo 553 del Código Judicial en el procedimiento laboral. — Infracción directa de la Ley.—Pensión de invalidez.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por José de Jesús Botero contra la empresa denominada "Frontino Gold Mines Ltda." Magistrado Ponente: Dr. Enrique Arámbula Durán 760

Naturaleza jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada.—Su responsabilidad en materia laboral. — Demanda contra un socio por obligaciones laborales contraídas por la sociedad. — Error de hecho.—Sustitución de patrono.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por José Vicente Quilaguy contra "Carboneras San Vicente S. A." y Georges Martin.—Magistrado Ponente: Dr. Miguel Antonio Constaín 766

Prórroga del plazo para expedir el laudo en el arbitraje voluntario y en el obligatorio. Sentencia arbitral.—Declarado inexequible un laudo por extemporáneo, el mismo Tribunal puede resolver de nuevo el conflicto. Los árbitros no pueden solucionar problemas de tipo jurídico, pero sí pueden establecer normas que regulen las futuras relaciones laborales.—Facultades de los árbitros en la solución de conflictos económicos. Los trabajadores de buses urbanos son "Choferes mecánicos", excluidos de la jornada máxima legal, por lo cual no tienen derecho al reconocimiento de horas extras. Se declaran inexequibles los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del laudo de 5 de agosto de 1957, proferido por el Tribunal de Arbitramento, convocado para dirimir los conflictos colectivos surgidos entre los trabajadores del sindicato gremial Unión Sindical de Choferes del Atlántico y las empresas de transporte urbano de Barranquilla "Flota Verde Limitada" y otras.—Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón..... 787

Págs.

Cuándo existe contrato de trabajo en las relaciones de la Administración pública y sus servidores. — Casos en que el trabajador despedido tiene derecho al reintegro. Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Rosa Silva de Camargo contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado Ponente: Dr. Sergio Antonio Ruano 806

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Juan Benavides Patrón, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 814

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos, originada en la oposición a una propuesta de contrato.—Excepción de petición antes de tiempo.—La propiedad particular de los bienes llamados de Temporalidades, solo se prueba con la escritura pública de traspaso de la propiedad que las autoridades competentes de la Colonia otorgaban a los adjudicatarios de los remates que habían cumplido todas las obligaciones previstas en los mismos. — Determinación de los terrenos. — Prueba de la personería del demandante en esta clase de acciones.—Se hacen algunas de las declaraciones pedidas en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantada por Benjamín Rocha Gómez contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 81

Título emanado del Estado consistente en adjudicaciones de tierras hechas por la Corona Española a las entidades municipales.—Para la plena validez de estos títulos es indispensable que las tierras se hayan distribuido en la forma y términos señalados entre la entidad municipal y los pobladores, de acuerdo con la legislación española vigente al tiempo de la adjudicación.—Determinación del inmueble objeto de la declaración de dominio.—Se revoca el fallo proferes del Atlántico y las empresas de trans Marta, en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero ,adelantado por el Mu-

Págs.

nicipio de Salamina contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 846

Interpretación del artículo 253 de la ley 167 de 1941.—La facultad de revisión que tiene el Consejo de Estado en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, es puramente administrativa, y las cuestiones que se susciten en torno a los mismos, a su interpretación, a la validez y los efectos de cada una de las declaraciones de la voluntad consignadas en ellos, se rigen por las disposiciones del Código Civil y son del conocimiento de la justicia ordinaria. — La cláusula de caducidad en los contratos aludidos es obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque ésta a más de ineficaz sería ilegal.—La Corte declara que no se presenta, en el juicio ordinario de única instancia, adelantado por Ezequiel Sánchez contra la Nación, tendiente a obtener el pago de unas sumas de dinero y otras peticiones, la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil. — Magistrado Ponente: Dr. José Jaramillo Giraldo 860

Acción de indemnización de perjuicios ocasionados con trabajos públicos.—Lucro cesante.—La Corte hace algunas de las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria adelantada por la sociedad "Gómez Jácome & Cía. Ltda." contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Abelardo Gómez Naranjo 864

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 873

Resoluciones judiciales. — Características de éstas.—El auto que decreta acumulación de procesos, es una providencia interlocutoria. Contra los autos interlocutorios no establece la ley recurso de aclaración, salvo en los casos en que se haya incurrido en error puramente aritmético.—En los juicios ordinarios acumulados, tendientes a obtener la nulidad de unas Resoluciones Administrativas y otras peticiones, que adelanta la Compañía Empresaria del Camino del Carare contra la Nación y la Texas Petroleum Company, se revoca el auto de 12 de septiembre de 1957, objeto del recurso de súplica, y en su lugar dispone que el memorial del apoderado de la parte actora, del 2 del mismo mes, contentivo de las constancias aludidas en la providencia, continúe agregado al expediente para que sea considerado en su oportunidad legal. — Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara ... 875

Salvamento de voto del Magistrado Dr. José Jaramillo Giraldo, en el auto de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 879

Presupuesto de la acción de propiedad sobre el petróleo que pueda encontrarse en determinados terrenos. — Título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, para obtener el reconocimiento de la propiedad particular del petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional antes de aquella fecha.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantado por el doctor José P. Esmeral contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Camilo Rincón Lara. 882

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos, originada en la oposición a una propuesta de contrato. — Presupuestos de la misma. — La acción ordinaria de petróleos nace para los particulares únicamente cuando sus intereses son vulnerados por las pretensiones de la Nación.—Necesidad de presentar la prueba eficaz que demuestre tales pretensiones.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por la antigua "Comunidad de Turipana" contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Manuel Buenahora 892

ERRATAS ADVERTIDAS

Pág. 421, título, renglón 6º, dice: "personal"; léase: **personas.**

Pág. 430, título, renglón 16. dice: "derechos"; léase: **derecho.**

Pág. 480, título, dice: "correccon de la demanda"; léase: **corrección de la demanda.**

Pág. 506, título, renglón 7º, dice: "articulo"; léase: **artículo.**

Pág. 518, título, renglón 5º, dice: "planteó"; léase: **plantó.**

Pág. 527, título, dice: "Magisttrado"; léase: **Magistrado.**

Pág. 581, título, dice: "surguida"; léase: **surgida.**

Pág. 599, columna 2ª, último renglón, dice: "Peñalcza"; léase: **Peñalosa.**

Pág. 637, título, dice: "responsablidad"; léase: **responsabilidad.**

Pág. 640, título, dice: "fundemental"; léase: **fundamental.**

Pág. 664 ,título, dice: "costumbres contra la ley"; léase: **costumbres contra ley.**

Pág. 677, título, renglón 1º, dice: "profesonales"; léase: **profesionales.**

Pág. 682, columna 1ª, renglón 30, dice: "Pañaloza"; léase: **Peñalosa.**

Pág. 712, título, renglón 4º, dice: "como ocurria sistema anterior"; léase: **como ocurría en el sistema anterior.**

Pág. 787, título, renglón 4º, dice: "conflito"; léase: **conflicto.**

Pág. 815, título, renglón 9º, dice: "pesonería"; léase: **personería.**

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 LXXXVI | BOGOTA — 1957 | NUMERO 2191

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXXXVI (Nos. 2186 A 2190, AGOSTO A DICIEMBRE DE 1957), DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABOGADOS

El hecho de iniciar una demanda ejecutiva, no es acto sancionable así tienda la acción al cobro de honorarios profesionales. La calificación que en el juicio se haga del título de recaudo, dirá si éste es eficaz o inválido. Para invocar la aplicación de las sanciones de que trata la ley 69 deberán indicarse otros hechos reveladores de una conducta reprobable. (Casación Penal. Agosto 5/57. Nos 2186-2187).....146, 2ª y 147, 1ª

— 2 —

ABOGADOS

Los hechos que determinen las sanciones que por mandato de la ley 69 de 1945 deben imponer los funcionarios de la rama jurisdiccional a los abogados que cometen faltas graves o leves contra la delicadeza o el decoro profesionales, deben estar plenamente probados. (Casación Penal. Octubre 15/57. Nos. 2188-2189-2190).....580, 1ª

— 3 —

ABOGADOS

No hay lugar a ordenar la investigación de que trata el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, cuando se trata de sobreseimiento definitivo, porque la investigación de oficio está condicionada a que la sentencia sea definitiva y absolutoria y, si bien es verdad que en algunos casos el sobreseimiento definitivo puede equipararse a una sentencia absolutoria en rigor jurídico —como lo ha sostenido la Corte— estas dos providencias no son equivalentes. (Casación Penal. Septiembre 25/57. Nos. 2186-2187).....240, 2ª y 241, 1ª

— 4 —

ABOGADOS (Acción disciplinaria y penal)

Las sanciones de la Ley 69 deben imponerse siempre que se haya comprobado que se ha incurrido en alguna de ellas, ya sean graves, ora leves las faltas del acusado en el ejercicio profesional. Podría pensarse que, como se llega incluso a la cancelación de la matrícula del abogado cuando sobreviene una

condena penal, debería esperarse hasta que estuviese en firme la correspondiente sentencia, para entrar a aplicar dicha ley 69. Pero si en las diligencias disciplinarias se carece de base probatoria, no es necesaria esa espera, perjudicial para el acusado, y sin resultados prácticos para bien de la justicia. Si agotado el trámite sumario, no existe prueba plena acerca de la responsabilidad del profesional por el aspecto ético debe sobreseerse, lo que no se opone a que la acción penal siga su curso, y a que, como consecuencia de una sentencia definitiva condenatoria, se ordene cancelar la matrícula correspondiente. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Números 2188-2189-2190) 678, 2ª

— 5 —

ABOGADOS (Coexistencia de las acciones disciplinaria y penal)

Es un acierto afirmar que las dos acciones —la disciplinaria y la penal— pueden coexistir, y que dentro de la primera, debe decidirse sin estar sujeto el juzgador a que la segunda sea fallada en definitiva, tanto porque la ley 69 de 1945, en su artículo 9º autoriza el imponer sanción de carácter disciplinario **sin perjuicio** de la acción penal, como porque el 11 ordena sacar copia de lo conducente para que se inicie la investigación penal cuando, dentro del juicio sumario de que trata la citada ley, aparezca que se ha podido cometer también una infracción penal. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Números 2188-2189-2190)..... 678, 2ª

— 6 —

ABOGADOS (Ejercicio profesional por titulados e inscritos y por recibidos antes de 1945)

De la locución "en adelante" con que empieza el artículo 71 del Acto Legislativo número 1 de 1945, surge con toda claridad que la exigencia de título profesional para que las personas puedan ser inscritas como abogados y puedan asimismo litigar en causa propia o ajena, salvo las excepciones que se remitieron a la ley, es ordenamiento de futuro, de imperio que nace al entrar en vigor aquel precepto y al que debe señalarse como fecha inicial el 16 de febrero de 1945, porque fue en este día cuando recibió la debida sanción el Acto Legislativo que lo contiene (**Diario Oficial** número 25.769 de 17 de febrero de 1945). Hasta entonces, quienes habían cumplido los requisitos de las leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, que reglamentaban el ejercicio de la profesión de abogado, podían obtener matrícula de tales, aunque no fuesen titulados; y sólo desde entonces quedó reservado a estos últimos el derecho a inscribirse en los Tribunales Superiores, para los efectos del dicho ejercicio profesional. Por esto la Ley 69 de 1945, que se dictó en desarrollo del artículo 40 de la Constitución Nacional, extendió las excepciones para litigar sin título a las personas que hasta el 16 de febrero de 1945 hubiesen sido recibidas como abogados conforme a las leyes indicadas de los años de 1928 y 1931, según puede leerse en el Parágrafo del artículo 1º de la Ley 69 citada. Y por eso asimismo el artículo 13 de la dicha Ley 69 declaró nulas las inscripciones que se hubiesen hecho a favor de los no titulados, a partir del citado 16 de febrero de 1945, fecha ésta que por todo lo expuesto traza una línea divisoria entre la posibilidad para obtener matrícula de abogado sin título y la imposibilidad para lograrla por medio distinto del instrumento profesional.

El Decreto Ley número 1.209 de 1954 permite ciertamente litigar en causa propia o ajena a personas que no tienen este título; pero como tal permisión la concreta en los abogados recibidos "con anterioridad al 16 de febrero de 1945", precisa declarar que ella se mantiene en los términos constituciona-

les, esto es, se refiere al tiempo señalado por el artículo 40 del Estatuto, ya que su ordenamiento para que sólo los titulados puedan ser inscrito como abogados se fijó "en adelante" o sea, a partir del indicado 16 de febrero de 1945. No es, pues, que el Decreto reviva la "abolida clase de los recibidos", sino que la mantiene en la forma autorizada por el precepto fundamental.

Por lo demás, como para litigar en causa propia o ajena se requiere —salvo para los casos de excepción— ser abogado inscrito según la Carta esta exigencia obliga no sólo a los titulados sino a los de la categoría de los recibidos. Aunque el Decreto, pues, no lo exprese así con propiedad de redacción, tampoco es susceptible de exégesis distinta y no cabe afirmar que haya suprimido este requisito, ni que señale menos condiciones para los unos que para los otros.

Finalmente, entre el Decreto Ley número 1.209 de 1954 y el artículo 1º de la Ley 69 de 1945 existe conformidad de conceptos, en punto a la materia principal examinada. Pues "abogado titulado e inscrito" según dice aquél no significa cosa distinta que lo expresado por la segunda al hablar de "abogado inscrito", ya que para serlo a partir del 16 de febrero de 1945, se requiere título profesional; y el ejercicio por parte de abogado recibido con anterioridad a esta última fecha a que alude el decreto, también está contemplado por el parágrafo del artículo legal. Todo ello se conforma con el mandato de la Constitución, que sólo prohibió "en adelante" la inscripción de personas que no tuviesen título de abogado. Las diferencias entre esos dos preceptos de desarrollo tan sólo atienden a los casos exceptivamente señalados en que pueden litigar personas que no tienen el carácter de abogados inscritos; y de estas reglamentaciones, para las que el constituyente autorizó al legislador, no cabe decir que tuviesen posibilidad única en la primera ocasión en que se las produjera y que quedara agotada en 1945 con la expedición de la Ley 69, ni que lleven a la norma general a quienes quedaron excluídos del ejercicio de la profesión. Lo primero, porque la autorización al legislador no le fue conferida con ese límite de agotamiento, ni la materia, por su naturaleza, repugna a las diversas y sucesivas regulaciones de que puede ser objeto. Lo segundo porque no permite el desempeño de la profesión de modo general y con la finalidad de la reforma del año de 1945, a personas que no pueden ser inscritas como abogados. Simplemente, la frase del decreto 1.209 de 1954, coincidente con lo establecido por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 69 de 1945 señala los casos en que se puede litigar sin ser abogado inscrito, conforme al querer exceptivo del constituyente, pero sin que para el ejercicio general queden habilitados quienes no tienen título que les haya permitido inscribirse, o no hayan logrado esa inscripción en el Tribunal Superior antes de entrar en vigencia el artículo 71 del Acto Legislativo número 1 de 1945.

En lo que toca a la pretendida violación de los derechos adquiridos por los abogados titulados, en cuanto ellos y solamente ellos pueden ser inscritos para ejercer la profesión, basta anotar que el Decreto Ley 1.209 de 1954 no revive, la clase de los abogados recibidos permitiendo contra la Constitución nuevas inscripciones de éstos; sino que autoriza o mejor, mantiene la autorización para ejercer, a quienes se hubiesen matriculado ante el Tribunal Superior con anterioridad al 16 de febrero de 1945, lo que no está prohibido por el artículo 40 de la Carta, que sólo dispuso cosa distinta "en adelante", y lo que se conforma con el artículo 13 de la misma Ley 69 (no suspendido por el decreto 1.209) que declara nulas las inscripciones posteriores. La Corte refiere el fenómeno indicado a la obtención de matrícula ante el Tribunal Superior, antes de la fecha mencionada, pues es la declaración de tal organismo la que au-

toriza el ejercicio de la abogacía en cualquier lugar del país, resultando así la inscripción en cada dependencia judicial un simple registro de aquella matrícula, como lo expresa el artículo 13 de la Ley 69 de 1945 y lo sugieren las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931. Lejos, pues, de vulnerar derecho alguno el Decreto Ley 1.209 de 1954 respeta las situaciones anteriores y dispone correctamente sobre las posteriores, conformándose de modo debido con el mandato constitucional que generó en 16 de febrero de 1945 una regulación de futuro para el ejercicio de la abogacía, en términos que desde entonces y únicamente desde entonces sólo pueden ser inscritos como abogados, por el Tribunal Superior, las personas que tengan título profesional. (Sala Plena. Noviembre 23/57. Nos. 2188-2189-2190).....425, 1ª y 2ª y 426, 1ª y 2ª

— 7 —

ABOGADOS (Faltas contra la moral profesional)

Encajan dentro de los "actos notoriamente atentatorios de la moral profesional" de que habla el artículo 10º de la ley 21 de 1931 el hecho de prometer a un defendido su pronta libertad con la sugerencia de que habría de obtenerse mediante sumas de dineros pagadas a los jueces y subalternos que conocían del negocio.

El solo hecho de formular tales propuestas y plantear la posibilidad de semejantes procedimientos, que baldonan la administración de justicia, demuestran la ausencia de aquella sólida formación moral exigida al abogado que, por razón de sus funciones, lleva ordinariamente la delicada representación y la defensa de intereses ajenos. (Casación Penal. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187).....165, 2ª

— 8 —

ABOGADOS (Finalidad de la inscripción)

El Constituyente de 1945, al dictar el art. 71 del Acto Legislativo número 1º de aquel año, protegió, por una parte, los derechos de quienes por haber cursado y aprobado estudios universitarios dentro de la reglamentación dada por el Estado, obtienen título de abogado y, por otra, garantizó a los asociados que tienen necesidad de confiar la defensa de sus intereses a personas distintas del titular, que su guarda se entregue solo a quienes ofrecen probidad y exhiben título de capacitación en la materia. Para tal fin estatuyó la formalidad de la inscripción que solo se concede a los abogados titulados, de suerte que quien aparece inscrito como abogado es porque comprobó aquella calidad. (Casación Penal. Agosto 5/57. Nos. 2186-2187) 146, 2ª

— 9 —

ABOGADOS (Iniciación de sumario contra el querellante)

Dispone el artículo 12 de la Ley 69 de 1945 que "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia", norma de obligatorio cumplimiento cuando se está en presencia del caso en ella contemplado.

El cumplimiento del precepto no implica la afirmación del delito, sino simplemente, la orden de investigarlo. Es la autoridad con plena jurisdicción y competencia la que decide si hay lugar o no a iniciar la correspondiente investigación, o bien si como resultado de ella puede imponerse la respectiva sanción; pero la entidad que por uno u otro concepto conoce de un proceso que se adelanta con sujeción a las normas de la Ley 69 de 1945, está en la obligación de cumplir el ordenamiento de la ley disponiendo que se ade-

lante la investigación en los casos en ella contemplados. (Casación Penal. Septiembre 25/57. Nos. 2186-2187) ....243, 2ª y 244, 1ª

— 10 —

ABOGADOS (La inscripción en oficinas públicas es prueba de su calidad)

La Ley 69 de 1945, en su artículo 9º sanciona las faltas graves contra la moral profesional de "los abogados en ejercicio de la profesión", lo que quiere decir que en relación con el sujeto activo de faltas de esta naturaleza deben aparecer comprobados los requisitos que exige la ley para el desempeño de la abogacía, a saber: el acta de grado, el título correspondiente y el Acuerdo del Tribunal respectivo que lo haya recibido como abogado. Pero es obvio que si la inscripción en las oficinas judiciales o administrativas supone el cumplimiento de esos requisitos, ella sola es suficiente para demostrar la calidad de abogado en ejercicio. (Casación Penal. Septiembre 9/57. Nos. 2186-2187) 206, 1ª

— 11 —

ABOGADOS (La no asistencia a indagatorias o careos no constituye falta contra la ética)

Sabido es que múltiples diligencias de la etapa sumarial se llevan a término por el funcionario instructor sin que sea necesaria la presencia de los apoderados de las partes, sindicado o sindicados y representante del sujeto pasivo de la infracción o de sus herederos. Otras hay, como la indagatoria y los careos, en que dicha presencia se requiere. Pero la no asistencia del apoderado a tales actos, implicaría, a lo sumo, falta de diligencia, en manera alguna de moral profesional. (Casación Penal. Septiembre 9/57. Números 2186-2187) 207, 2ª

— 12 —

ABOGADOS (Necesidad de demostrar su calidad en juicios por faltas contra la moral profesional)

A diferencia de las legislaciones de otros países que, como la francesa, en su organización "Le Barreau", otorga a las órdenes o colegios de abogados la facultad de calificar y sancionar las faltas profesionales, la ley colombiana radicó en los jueces tal atribución, definió lo que ha de entenderse por falta grave (artículo 16, Ley 69 de 1945) y señaló las sanciones imponibles (artículo 9º de la misma ley).

Habiéndose reservado a los jueces la facultad de aplicar la sanción, se procedió armónicamente con tal régimen de derecho al indicar ejemplarmente los hechos con su correspondiente jerarquía, capaces de constituir la falta sancionable como grave.

Es al legislador, no propiamente a los moralistas, a quien compete hacer la crítica legal de los actos humanos y mediante la ley reprimir los que contradicen la organización social.

Sancionar actos sin que la ley le haya dicho al ciudadano previamente que constituyen infracción, es desoír el precepto que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional. Por eso, al indagar si el acusado se hizo acreedor a las sanciones de la ley 69, precisa calificar los actos que se le imputan, a la luz del artículo 16 de la citada ley.

Si lo que la ley 69 de 1945 persigue es tutelar el ejercicio de la abogacía, dado el carácter eminentemente social de esa profesión y sancionar a quienes amparados con su investidura no ajustan sus procedimientos a la dignidad y decoro que ella exige, es obvio que los preceptos de la citada ley no son aplicables a quien, cuando ejecuta los actos porque se le pretende sancionar, no llena la condición exigida por la ley de ser abogado, por-

que falta entonces el presupuesto esencial para que pueda ser sujeto pasivo de la represión legal. (Casación Penal. Agosto 9/57. Números 2186-2187).....159, 1ª y 165, 1ª

— 13 —

ABOGADOS (No constituye falta contra la ética profesional el ser condenado a rendir cuentas)

La condena a rendir cuentas es el resultado propio de la acción que precisamente con tal fin establece la ley, cuando sobre el demandado pesa tal obligación. Ese acto no acarrea para el condenado sanciones distintas a las que impone la misma sentencia. Y para el caso de que el cuentadante no satisfaga la obligación de rendirla, el artículo 1125 del Código Judicial señala el procedimiento a que debe acudirse. Entonces se deja de atender una obligación y la ley indica los caminos para obtener su cumplimiento. Pero de ese hecho no surge la indelicadeza o la conducta deshonesta que la ley 69 toma en cuenta para sancionar a los profesionales que en ellas incurran. (Casación Penal. Agosto 5/57. Nos. 2186-2187) 146, 2ª

— 14 —

ABOGADOS (No constituye falta la negligencia o descuido del funcionario ante quien se actúa)

La relación de bienes que componen el activo y pasivo de la sucesión —artículo 939 C. J.— se hace bajo la formalidad del juramento, pero no mediante la presentación y entrega de las escrituras en que constan los respectivos contratos; claro es que la determinación de inmuebles mediante títulos de dominio es pertinente para mayor claridad y precisión de los bienes que se denuncian, pero no es requisito esencial la presentación de las mismas para que la diligencia se realice. Si el funcionario prescinde de la diligencia —inventarios y avalúos— por no presentarse los respectivos documentos, esa irregularidad no implica falta grave ni leve contra la moral profesional del abogado que representa los intereses de las partes; si en ese acto hay negligencia o descuido no le es imputable a él sino al funcionario que no cumple con los deberes impuestos por la Ley. (Casación Penal. Septiembre 25/57. .Números 2186-2187).....240, 1ª y 2ª

— 15 —

ABOGADOS (Prueba de esta calidad)

La Corte, en fallos anteriores, relacionados con la aplicación de las sanciones que consagra la ley 69 de 1945 por faltas contra la moral y la ética profesional de los abogados, ha hecho distinción entre las gestiones que se cumplen por éstos ante funcionarios públicos, cuyo desempeño implica la representación de los intereses del poderdante, y aquellas otras que se realizan no ante los organismos judiciales ni en ejercicio de la función de litigar, y que no entrañan mandato ni representación aunque sí actividades profesionales, como ocurre cuando se emiten conceptos jurídicos sobre derechos litigiosos o discutibles. Pero de ahí no se puede deducir que para la aplicación de las sanciones de que trata la ley 69 sea indispensable, en el primer caso, demostrar que el abogado contra quien se dirige la acusación, se halla inscrito como tal. El requisito de la inscripción lo impone el artículo 40 de la Carta para ejercer el derecho de litigar; sin él, no podrán los jueces oír al litigante. Es en esta forma como queda castigada la falta de aquella condición. Otra cosa es la aplicación de las sanciones establecidas en los artículos 8º y 9º de la ley 69 que reprime las faltas contra el decoro y la dignidad profesional de los abogados. Para este efecto, lo que se debe demostrar como presupuesto necesario de la acción es que el

sujeto pasivo de ella posee el respectivo título de abogado. Así lo indica claramente el texto de los preceptos.

Ahora bien, para la demostración de que se llena esta calidad resultan igualmente aptos como prueba, el diploma respectivo, la copia del acta de grado, la del Acuerdo dictado por el Tribunal mediante el cual se reciba al abogado como tal y se le autoriza para inscribirse en las oficinas judiciales, o la constancia de la inscripción en una de ellas, porque ésta supone la presentación de la copia del Acuerdo y éste la comprobación del título. (Casación Penal. Agosto 5/57. Números 2186-2187) 146, 1ª

— 16 —

ABOGADOS (Sanciones por faltas contra la moral profesional)

Considera la Sala que la suspensión del derecho a ejercer la abogacía por término hasta de dos años, que también autoriza el art. 9º de la ley 69 de 1945 para las faltas graves cometidas en el desempeño de la profesión, alcanza en muchos casos efectos semejantes a los de la cancelación de la matrícula, porque el abogado que tal pena afronta, aniquila todo prestigio profesional, consecuencia tanto más grave cuando, una avanzada edad, cierra el campo para intentar restaurar el estrago moral del sentenciado. (Casación Penal. Agosto 9/57. Nros. 2186-2187) . . 165, 2ª y 166, 1ª

— 17 —

ABOGADOS (Su calidad en juicios sobre moral profesional debe acreditarse en primera instancia)

La calidad de abogado con facultad legal para ejercer su profesión es indispensable acreditarla en las acciones que se adelanten por faltas contra el decoro y la moral profesional. Mediante la prueba de dicha calidad por un lado se fija la competencia del Tribunal para decidir en primera instancia y por otro, la de la Corte para hacerlo en segunda. Si al dictar la providencia de primer grado el Tribunal no considera aquella prueba, carece de un elemento necesario para determinar su propia competencia. Aparte del problema de la competencia, el fallador de segundo grado se encontraría ante el hecho de tener que decidir con valoración de una prueba que en primera instancia no se pudo estudiar ni apreciar, y así habría de confirmar, revocar o modificar en atención a una prueba no conocida en la misma providencia recurrida. La Corte, al decidir sobre un proveído de esta naturaleza, carece de facultad legal para admitir elementos probatorios nuevos y con base en estos resolver sobre la legalidad del fallo consultado, porque este procedimiento no lo autoriza la ley.

Podría decirse que, por economía procesal, debiera admitirse la prueba por la Corte, pero ante las razones expuestas, el argumento carece de eficacia, dado que su valor incide fundamentalmente en la decisión, y es al Tribunal a quien le compete apreciarla en primera instancia. (Casación Penal. Noviembre 5/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 621, 2ª y 622, 1ª

— 18 —

ABUSO DEL DERECHO (En la interposición de recursos judiciales)

El concepto de costas judiciales y el perjuicio por abuso del derecho en el ejercicio de recursos judiciales, son completamente distintos. El primero se refiere a las erogaciones que las partes sufragan para la impulsión del proceso y su importe en caso de condenación al pago de ellas, se fija por los funcionarios judiciales, teniendo en cuenta las que acredite el expediente. El segundo, en cambio, se refiere a hechos perjudiciales completamente

ajenos al proceso, por cuanto se reflejan en éste, pero con el que se pueden relacionar porque pueden referirse a actividades que han tenido que ejercer las partes para intervenir en el juicio: el consumo de tiempo en el cuidado del litigio, necesario para otros menesteres, las repercusiones que no puede tener el mismo litigio en otro género de actividades, pueden ser hechos que realmente causan perjuicios a las partes y se traducen en mengua de su patrimonio.

Pero la diferencia que anotamos es más clara, tratándose de fijar los fundamentos jurídicos de una condenación en costas, y los que sostienen la sentencia de condena que desata una acción indemnizatoria. Lo primero está basado en la apreciación que hace el juez de la conducta de los litigantes, para examinar si el surgimiento del proceso judicial tuvo base jurídica, caso en el cual el fallo es estimatorio de la acción; o si por el contrario, fue la oposición del demandado la que adolecía de este defecto. En el primer caso la condenación en costas favorece al demandante vencedor en la litis, y, en el segundo, al demandado; es la estimación de la cuestión de fondo, la que decide, por mandato de la ley, la suerte de los litigantes en materia de costas. La sentencia de condena por acción indemnizatoria, se basa es en el abuso del derecho de litigar, en que ocurre una desviación intencional o culposa del derecho al ejercitar acciones judiciales; o también, del de oponerse a ellas, y que puede traducirse en hechos perjudiciales del orden moral o económico. (Casación Civil. Septiembre 5/57. Nos. 2186-2187) ....59, 2ª y 60, 1ª

— 19 —

ACCION DE PERTENENCIA (Interés jurídico del opositor)

La ley 120 de 1928 contempla tres casos para obtener la declaración de pertenencia: 1º Cuando la acción se dirige contra persona o personas determinadas, caso en el cual se seguirá con éstas un juicio ordinario; 2º Cuando la acción se entabla contra todos, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, se dará a la demanda el trámite especial indicado en los artículos sexto a noveno; 3º En caso de oposición del Agente del Ministerio Público o de un tercero, se tramita juicio ordinario con el opositor en el cual éste será considerado como demandante si no está en posesión del bien de que se trate.

Por razón de los procedimientos indicados por la ley especial que rige la materia, es indudable que la actividad del opositor queda circunscrita al juicio ordinario a que da origen su oposición y que éste carece de interés para reclamar sobre el cumplimiento de los requisitos a que estaba sometido el procedimiento especial. (Casación Civil. Septiembre 16/57. Nos. 2186-2187).....66, 1ª

— 20 —

ACCION DE PERTENENCIA (Intervención del Ministerio Público)

Sustituído el procedimiento especial señalado por el artículo 7º de la ley 120 de 1928, por el ordinario a que da origen la oposición formulada, si el Agente del Ministerio Público no formuló oposición, automáticamente deja de ser parte en el juicio que en adelante debe seguirse por la vía ordinaria entre el opositor como demandante y el prescribiente como demandado. (Casación Civil. Septiembre 16/57. Nos. 2186-2187).....66, 2ª

— 21 —

ACCION DE PERTENENCIA (Procedimiento)

Antes de la vigencia de la ley 120 de 1928, la prescripción como medio de adquirir las cosas ajenas solo era alegable en juicio a ma-

nera de defensa o excepción oponible a quien demandara el reconocimiento de su derecho de dominio. La ley 120 citada permite ejercitar una acción encaminada a consolidar legalmente la situación de hecho que justifica la prescripción por motivos de orden público, y así, todo aquel que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, siempre que no se trate de bienes de la Nación o entidades de derecho público, que hayan sido declarados imprescroptibles. Para obtener la declaración de pertenencia, se seguirá con la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción, un juicio ordinario ante el Juez en lo Civil de la ubicación del inmueble.

En defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, la ley citada en sus artículos 6º y 9º prevee el procedimiento especial que debe seguirse.

Según los artículos 10 y 11 de la ley, en caso de oposición del Agente del Ministerio Público o de un tercero, se seguirá con el opositor un juicio ordinario por todos sus trámites, y el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca. (Casación Civil. Septiembre 16/57. Números 2186-2187).....65, 1ª y 2ª

— 22 —

ACCION RESOLUTORIA

Sea cualquiera el criterio que se acepte respecto del fundamento de la acción resolutoria, que puede explicarse por las teorías de la causa, según Capitant, Planiol y Ripert; o por la de la equivalencia de las prestaciones según Maury; o por la de la repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand; o por la de las simples razones de equidad, según Esmein, ha de entenderse que la facultad que otorga el artículo 1546 citado, precisa para la aplicación de la misma norma:

a) Que exista una obligación exigible, y que ejercite la acción el perjudicado, o saa el que cumple lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de la otra parte;

b) Que, para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta, no solo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra, y por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad;

c) Que es necesario que el principio de la reciprocidad esté tan caracterizada que no se conciban unas obligaciones sin las otras;

d) Que no entra en juego dicha norma cuando se trata de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato bilateral tienen puro carácter accesorio o complementario con relación a aquellas prestaciones y contraprestaciones, en su caso, que constituyen el objeto principal del convenio. (Casación Civil. Agosto 22/57. Nos. 2186-2187)...23, 2ª

— 23 —

ACLARACION (Cuándo son susceptibles de este recurso los autos interlocutorios)

Sólo las sentencias, en cuanto a los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, pueden ser aclaradas de oficio, dentro del día hábil siguiente al de su notificación, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes a la misma notificación (artículo 482 del C. J.). Contra los autos interlocutorios no establece la ley ese recurso de aclaración, salvo los casos en que se haya incurrido en error puramente aritmético, casos en los cuales toda resolución judicial "es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio, o

a solicitud de parte, en cuanto al error numérico cometido". (Artículo 483 ibidem).

El procedimiento consistente en aclarar mediante providencia la parte motiva del auto que decretó la acumulación de procesos, no es aceptable. Muy al contrario, esa actuación implica una alteración irregular de los ordenamientos legales en el trámite del juicio, que es forzoso enmendar en guarda de esos mismos ordenamientos, puesto que toda actuación que sea extraña a las disposiciones que regulan los debates judiciales, que se aparte de las normas determinadas por la ley con ese fin, no puede tener vigencia alguna. (Negocios Generales. Octubre 28/57. Números 2188-2189-2190).....877, 2ª y 878, 1ª

— 24 —

ACUMULACION (El auto que la decreta es interlocutorio)

La acumulación de autos es un incidente puesto que de estos trata el Título XII, Libro II del C. J. y la acumulación se regula por las disposiciones del Cap. III de dicho Título. Luego el auto por el cual se decreta la acumulación de procesos es una providencia interlocutoria. (Negocios Generales. Octubre 28/57. Nos. 2188-2189-2190).....876, 2ª y 877, 1ª

— 25 —

ACUMULACION DE AUTOS

La acumulación de autos que la ley autoriza por economía procesal y para evitar la división de la continencia de la causa, produce, como primera consecuencia, además de convertir los dos juicios en uno solo, la de ligar a litigantes diferentes en una sola parte, aunque no sostengan exactamente unas mismas pretensiones, y sometiéndolos, por tanto, a un término común. (Casación Civil. Octubre 2/57. Nos. 2188-2189-2190)...461, 2ª

— 26 —

APELACION (Ejecutoria por no suministrar papel sellado)

El artículo 353 del Código Judicial ordena que cuando un expediente suba ante el Superior en virtud de recurso de apelación la parte o partes interesadas están en la obligación de suministrar, por lo menos, dos hojas de papel sellado para el repartimiento y que si en el término de los quince días siguientes al recibo del proceso, si la providencia apelada es auto interlocutorio, o dentro de los treinta días si es sentencia, no cumplen con este deber, el asunto se reparte en papel común y se declara de oficio ejecutoriada la resolución objeto del recurso.

Para cuando la apelación se surte ante la Corte Suprema de Justicia el inciso segundo de la citada disposición dispone que los términos sean de treinta y sesenta días respectivamente.

Pero el Decreto número 243 de 1951 que reformó el citado artículo del Código Judicial redujo a la tercera parte estos términos, quedando, en consecuencia, de diez días para los autos interlocutorios y de veinte para las sentencias. (Negocios Generales. Septiembre 5/57. Nos. 2186-2187).....367, 1ª y 2ª

— 27 —

ARBITRAJE (Competencia en conflictos económicos)

El 21 de mayo de 1954 el extinguido Tribunal Supremo dijo: "No sobra advertir que en materia de conflictos puramente económicos como el contenido en el punto tercero del pliego, la competencia de los árbitros y su capacidad decisoria no tiene más límites que el cuantitativo que señalen en el pliego los trabajadores. Su fallo en este aspecto es de pura equidad, y para buscarla, tienen abierto todo el campo de la situación econó-

mica de las partes, con el objeto de buscar una composición que consulte racionalmente y en forma justiciera los intereses en pugna. De ahí por qué estén facultados para buscar soluciones que aun cuando no se encuentren expresamente determinadas en el pliego petitorio, puedan ser, sin embargo, un aceptable sustituto de las mismas, si ellas buscan como finalidad atender los intereses de las partes en forma que permita a las relaciones futuras de las mismas, un desarrollo normal dentro de los principios de la protección especial que merece el trabajo y del respeto a los fueros legales de la empresa o patrono. No carece de antecedentes en la historia de los conflictos colectivos el hecho de que a una petición de alza de salarios hecha en forma concreta y cuantía determinada, se responda por el laudo arbitral mediante fórmulas que logren finalidad igual o semejante, aunque en realidad de verdad ellas no hubieran sido así solicitadas. Es razonable sostener que cuando, por ejemplo, se ha pedido un aumento del 30% en los salarios de todos los trabajadores de una empresa, el Tribunal Arbitral no puede decretar el 40%, porque si los propios trabajadores, conocedores de su situación económica, estiman poder atenderla decorosamente con lo indicado por ellos, el Tribunal debe someterse a ese límite; pero no lo es el que frente a la misma petición, el Tribunal de Arbitramento no puede estar facultado para moverse con entera libertad en el examen de la situación económica y adoptar para las partes una fórmula que logre cabalmente su finalidad". (Homologación del Laudo Arbitral proferido en el conflicto de trabajo surgido entre el Sindicato de Empleados de la Empresa de Comunicaciones All American Cables and Radio Inc. y dicha empresa). (Casación Laboral. Diciembre 12/57). Nos. 2188-2189-2190).....802, 1ª y 2ª

— 28 —

ARBITRAJE (Cuándo puede versar sobre conflicto de tipo jurídico)

Debe recordarse la conocida clasificación de los conflictos de trabajo en económicos o de intereses y jurídicos o de derechos, propiciada por la Oficina Internacional del Trabajo y acogida por el estatuto procesal colombiano en sus artículos 2º y 3º; y repetirse que los primeros se someten, para su definición, a los trámites particulares del CST., Segunda Parte, Título II, y del CPT., Capítulo XVII, para el recurso de homologación, mientras que de los segundos conocen los organismos judiciales de trabajo de carácter permanente, por los procedimientos establecidos por el Código de la materia. Esta clasificación ofrece entre sus corolarios el de que de la misma manera como los jueces ordinarios del trabajo carecen de competencia para resolver los conflictos económicos, los árbitros de intereses no pueden decidir los de orden jurídico, esto es, aquellos que versan sobre la interpretación y aplicación de una norma de derecho laboral preexistente, según las definiciones de que se ha hecho mérito.

Los ordenamientos del laudo a que se refiere esta acusación contienen, ciertamente, reglamentaciones de orden jurídico. Sin embargo es necesario anotar que esos pretextos de la sentencia arbitral no resuelven controversias jurídicas entre los trabajadores y sus empresas, esto es, no interpretan reglas preexistentes de derecho para aplicarlas a litigios surgidos de sus relaciones laborales, sino que consagran las normas futuras que han de regular esas mismas relaciones. En otras palabras, esos ordenamientos no implican definición de controversias jurídicas concretas, sino establecimiento de normas para las relaciones futuras de carácter laboral, lo que sí compete a las funciones de los árbi-

tros. Por esto al examinar por el aspecto indicado las disposiciones de un laudo no debe confundirse el señalamiento de reglas de derecho para las relaciones laborales futuras con la definición de tipo jurídico de un pleito de trabajo. Y si lo intentado no es esto último, que corresponde propiamente a los jueces laborales sino lo primero, la inexequibilidad sólo puede configurarse cuando la regla de derecho establecida por el laudo viola la Constitución o las leyes o las normas convencionales vigentes. (Casación Laboral. Diciembre 12/57. Nos. 2188-2189-2190).....
798, 1ª y 2ª

— 29 —

ASESINATO (Indefensión e inferioridad de la víctima)

El numeral 5º del artículo 363 del C. P. contiene dos conceptos diversos: el de la indefensión y el de la inferioridad. Por el primero, se entiende el estado de aquél que está sin defensa o carece de medios para ejercitarla, y viene a ser sinónimo del estado de inerme. Por el segundo, se entiende, no el estado en que la víctima ha carecido de medios sino aquel otro en que, aun disponiendo de algún medio de defensa, no pudo utilizarlo, porque en general su situación, comparada con la del agresor o agresores en su conjunto era más baja. La indefensión significa total carencia de medios de defensa; la inferioridad no implica la inexistencia de alguno de esos medios, sino que se basa en lo inadecuado e insuficiente de ellos, como creadores de una situación dominada por la superior en que se encuentran los victimarios. De tal suerte que, al excluír uno de los dos conceptos, no se excluye necesariamente el otro.

Para que la situación de inferioridad consignada en un veredicto se tome como elemento intrínseco al homicidio para calificarlo de asesinato, no es necesario que haya sido creada por el victimario en orden a facilitar su actividad; puede estar creada de antemano. El artículo 37 del C. P. dice textualmente: "Son circunstancias de mayor peligrosidad: ....7ª El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido o de circunstancias desfavorables al mismo". El art. 363 por su parte dice, también textualmente: "El homicidio toma la denominación de asesinato... si el hecho... se cometiere....5º Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenamiento". Se ha dicho que como este último ordinal se refiere a la circunstancia que "ponga" a la víctima en condiciones de indefensión o .inferioridad, es menester que haya sido creada por el victimario; esta interpretación no tiene asidero en la misma redacción, en la letra del artículo; nótese que se exige que medie circunstancia que "ponga" a la víctima en aquellas condiciones, pero no se dice que el victimario ponga a la víctima dentro de la circunstancia. Y ello es obvio, porque sería inaceptable que, existiendo un estado que por sí mismo coloca a la víctima en condiciones de inferioridad o de indefensión, no creado por el victimario, como en el sueño natural esperado por aquél para matar —ejemplo ya puesto por la Corte en otra ocasión— no se considerara el hecho como asesinato sino como homicidio simplemente voluntario, agravado con la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del C. P. Como se echa de ver, por la redacción y el sentido, tanto del artículo últimamente citado como de aquel con quien se le compara, o sea el 363, no surge el que necesariamente, la circunstancia desfavorable a la víctima —artículo 37— o la circunstancia que ponga a la víctima en estado de indefensión o inferioridad —artículo 363— sean creadas por el agente. Lo esencial es que exista el estado de inferioridad o de indefensión y que el agre-

sor proceda no obstante dicho estado precisamente, con cobardía de su parte, dada su superioridad sobre notable inferioridad o la indefensión en que se encuentra la víctima, aun por causa independiente de la acción directa del mismo agresor.

Supuesta la anterior base, consistente en que no es necesario que el estado de indefensión o de inferioridad haya sido creado por el agresor, sino que éste, aun sin crearlo lo ha aprovechado, no hay para qué insistir en otro punto, ya varias veces explicado por la Corte, cual es el de que el numeral 5º del artículo 363 no es taxativo, para inferir que no solo la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento constituyen el estado de indefensión o de inferioridad. (G. J. LXII, 769 y LXXIV, 181). (Casación Penal. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190).....687, 2ª y 688, 1ª

— 30 —

ASESINATO (Inferioridad de la víctima)

La sola circunstancia de ser tres los agresores y uno solo el agredido, en sí misma puede no constituír inferioridad para éste, en términos generales. Pero esta norma está sujeta al examen del conjunto de circunstancias en que los hechos se desarrollaron, cuestión probatoria que compete a los jueces de conciencia en los casos en que estos intervienen. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Números 2188-2189-2190).....688, 1ª

— 31 —

ASOCIACION PARA DELINQUIR (Características)

Al darse el nombre del delito específico Asociación para Delinquir a un conjunto de hechos delictuosos específicamente distintos, a su vez, entre sí se olvida que no es la pluralidad de agentes, ni el número de delitos cometidos, ni la insensibilidad moral en la ejecución, ni, siquiera el acuerdo y ayuda recíproca de los delincuentes lo que conforma la asociación criminosa, sino la actividad organizada con el ánimo permanente, **no ocasional**, de delinquir. Se incurriría así en la confusión anotada por Carrara cuando dice, al enseñar que tal es "el elemento cardinal e indispensable" de la **Societas Sceleris**: "Los acusadores olvidan con frecuencia este criterio, pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer algún delito, corren veloces a darles, sin más ni más, el título de asociación de malhechores". (Casación Penal. Octubre 26/57. Nos. 2188-2189-2190).....592, 2ª

— 32 —

ASOCIACION PARA DELINQUIR (Competencia para conocer de este delito)

De conformidad con el artículo 139 del Decreto 2900 de 1953 —que casi en su integridad se halla vigente, pues el Decreto 0943 de 1955 no hizo sino suspender las disposiciones que le fueran contrarias—, a la Justicia Militar le corresponde, efectivamente, conocer del delito de asociación para delinquir de que trata el artículo 208 del C. Penal. (Casación Penal. Octubre 26/57. Nos. 2188-2189-2190) 591, 2ª y 592, 1ª

— 33 —

ASOCIACION PARA DELINQUIR (Diferencia con el concurso de varias personas en un mismo delito)

Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Italia, de fecha 29 de marzo de 1937 —citada por Maggiore— "el criterio distintivo entre asociación para delinquir y concurso de varias personas en un mismo delito, consiste en esto: en la primera debe haber alguna fase preparatoria, preordenada a la con-

sumación de delitos en general, en la que precisamente se manifiesta la actividad organizada, característica del fin de la Societas delinquentium; en cambio, en el concurso de varias personas en un mismo delito, los agentes no preparan ningún organismo, pues limitan su acción a la consumación en concurso de un delito determinado. Así que, consumado éste, ya no tiene razón de ser el acuerdo. (Casación Penal. Octubre 26/57. Números 2188-2189-2190) 592, 1ª

— 34 —

AUTO CABEZA DE PROCESO (Su naturaleza)

El hecho de dictar auto cabeza de proceso no es el que convierte al juez o funcionario en persona hábil para decretar la práctica de una prueba indispensable, dentro de la economía procesal, en que tiene papel primordial el fuero en orden a la fijación de competencia. El auto cabeza de proceso, de por sí, no es el que da calidad concreta de instructor, puesto que apenas es acto jurisdiccional en que se reconoce la necesidad de investigar si los hechos constituyen o no infracción penal, pero la simple denuncia no hace obligatorio en todos los casos iniciar las diligencias sumarias, porque puede hallarse evidentemente desprovista de fundamento. (Casación Penal. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187) 237, 1ª

— 35 —

AUTO CABEZA PROCESAL (Validez de las pruebas allegadas antes de dictarlo)

No puede decirse que solo a partir del auto inicial, el proceso exista en el sentido propio de diligencias y actuaciones tendientes a la averiguación del delito, y a la aplicación de las correspondientes sanciones a los responsables; a él pertenecen aun diligencias tales como la misma denuncia, como es obvio; y habría que considerar ilegal el auto en que, previamente a la apertura de investigación, se ordenara ratificar la denuncia, cuando ésta se presenta al Juez o funcionario ya escrita, y, por tanto, la ratificación misma sería de ningún valor, o sea, que esta providencia, como el escrito de denuncia y el acto de ratificarla hacen parte del proceso, aunque sean anteriores al auto cabeza de él. También a él son anteriores las providencias que, dentro de diligencias judiciales o administrativas, se dicten para cumplir lo ordenado en los artículos 10 y 11 del C. P. P., y las copias correspondientes; y las originadas por aplicación del artículo 51; en estos casos debería el Juez o Magistrado competente reiterar las providencias y cuanta diligencia se hubiese practicado dentro del expediente original. Si la investigación, por fuerza del fuero, corresponde privativamente al Magistrado ponente, como lo ordena el artículo 61 del C. P. P., éste se vería imposibilitado para negarse a abrirla si el denunciante no acompañó la prueba de la calidad oficial del denunciado, vale decir, que debería necesariamente abrirse una investigación aun en aquellos casos en que, por fuerza de las cosas, se ve que debe procederse en forma contraria porque, de no existir la prueba del fuero que, en términos generales, es la documental, se ignoraría si dicho Magistrado es competente para juzgar al denunciado y, por tanto, para hacer la declaración adversa a la apertura de investigación, o habría que concluir en que la simple afirmación del denunciante es la prueba del estado constitutivo de fuero.

Si, por economía procesal u otra causa análoga, pueden dictarse aquellos autos, no se ve la razón para que, pronunciado el de cabeza de proceso, perdieran su validez las piezas allegadas al informativo en virtud de providencia legalmente dictada. Porque si ésta tiene valor, aquellas no pueden carecer de él, máxime cuando ni durante el curso de

la investigación ni posteriormente se ha demostrado que son falsas ni se ha puesto en duda su autenticidad. El punto fundamental es pues el de la legalidad o ilegalidad del auto anterior al de apertura de investigación, pero no se puede demostrar que sea contrario a la ley, en consecuencia, las piezas en él originadas son pruebas, que se estimarán de acuerdo con las normas pertinentes. (Casación Penal. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187).... 237, 1ª y 2ª

— 36 —

AUTO DE PROCEDER (Facultades del superior al conocer por apelación)

El artículo 431 del Estatuto Procesal, en cuanto dispone que los autos de proceder deben contener en su parte resolutiva "el llamamiento a juicio por el delito que corresponda" no se refiere única y exclusivamente a los jueces de la primera instancia sino también a los de la segunda; y es así como los Tribunales se hallan facultados no sólo para revocar las providencias del inferior en que se le ha dado al delito una denominación errada, sino también para sustituírlas, en el mismo acto jurisdiccional, a fin de calificar el hecho de conformidad con la ley. La tesis contraria conduciría a la conclusión inaceptable de que el Superior tampoco estaría en capacidad de revocar, como a diario sucede, una providencia de sobreseimiento definitivo para dictar auto de vocación a juicio, porque entonces también se coloca al procesado en la imposibilidad de recurrir contra la nueva decisión que lo perjudica. Cuando tal ocurre, la causal de nulidad a que se refiere el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. Penal desaparece, y el proceso continúa desarrollándose por las vías estrictamente legales y técnicas. (Casación Penal. Noviembre 5/57. Números 2188-2189-2190).....619, 2ª y 620, 1ª

— 37 —

AUTOMOTORES (Matrícula. — Título de propiedad)

El tránsito y circulación de vehículos automotores está regulado en el país por normas legales de obligatorio cumplimiento y su control lo ejercen autoridades instituidas especialmente para esos efectos. Las necesidades del transporte por tierra, tanto intermunicipal como urbano, hacen que aumente cada día el ya elevado número de vehículos destinados a los servicios público y particular, para la satisfacción de una de las llamadas comodidades de la vida moderna. El inmenso número de vehículos y el servicio a que se destinan ha impuesto en todos los países del mundo, y el nuestro no es excepción, la adopción de medidas no sólo reguladoras de su funcionamiento, sino de verdadero control tendiente a garantizar los derechos de todos los asociados. Para que las autoridades puedan ejercitar dicho control sobre todos y cada uno de los vehículos automotores puestos al servicio, las normas legales exigen el empadronamiento o matrícula de ellos en las oficinas de circulación y tránsito, las cuales, previa comprobación de su derecho por parte del dueño del vehículo y el cumplimiento de los demás requisitos legales, expide el permiso o licencia para que el aparato pueda transitar. Cada vez que ocurre un cambio de dueño del vehículo, se requiere nueva matrícula o licencia, previas las comprobaciones de que antes se habló. Así, las tarjetas que expiden las autoridades encargadas del control de los vehículos, sobre matrícula de estos y licencia de circulación, ha venido a constituir en la práctica un título de propiedad, pues indican que este derecho sobre el vehículo ha sido comprobado ante las respectivas autoridades. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187)....115, 1ª y 2ª

— 38 —

AUTOMOTORES (Título de propiedad)

No yerra un Tribunal fallador cuando dice que "aunque estrictamente no pueda considerarse como título de propiedad la tarjeta de matrícula de un vehículo automotor expedida por la Dirección de Circulación y Tránsito, hasta el presente tanto en las relaciones con el Estado como en los asuntos privados la costumbre le ha dado tal carácter y en todo caso es un título oponible a terceras personas", porque con ello indica que quien figura en la tarjeta de matrícula del vehículo como propietario de éste, es porque ha demostrado su derecho ante la autoridad que la expide. En verdad no es un título de propiedad indiscutible tal documento, ya que otra persona puede entrar a demostrar que es el verdadero dueño, pero debe observarse que, en este caso el Tribunal, para reconocer el derecho de propiedad del demandante sobre el automóvil que pretendía reivindicar, no dio mérito a esta única prueba, sino que la relacionó con otras, cuyo conjunto llevaron a su ánimo la convicción del derecho del actor. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187).....115, 2ª

— B —

— 39 —

BALDIOS (Competencia de la Corte en estas controversias)

De acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, es al Gobierno Nacional a quien compete hacer la declaración de extinción del derecho de dominio a favor de la Nación de los predios adjudicados como baldíos, en el caso de no haberse cumplido con la obligación de cultivarlos. Solamente conoce la Corte de las controversias que surjan del cumplimiento de aquella atribución administrativa (artículo 8º de la Ley 200 de 1936). (Negocios Generales. Agosto 13/57. Números 2186-2187).....364, 2ª

— 40 —

BIENES VACANTES (Intervención del Municipio)

El artículo 707 del C. C. dispone "que pertenecen a los Municipios los bienes vacantes que se hallen dentro de sus límites", es decir, los que realmente lo sean, no los que por ignorancia, equivocación o error considere el Personero que asumen la categoría de tales. Y como puede acontecer que el Municipio por cualquier circunstancia ignore la existencia del bien vacante, la ley concede a los particulares el derecho de hacer la denuncia del caso para que en demanda, con audiencia de todo el público, se resuelva lo que fuere procedente frente a posibles oposiciones de terceros que aleguen derechos vinculados sobre el inmueble denunciado. Al Municipio se le cita al juicio no como demandado sino para que manifieste, en defensa de sus propios intereses si coadyuva o no la solicitud de ser vacante el bien, con el entendido, apenas habrá para que decirlo, que si el representante de la entidad opta por la coadyuvancia, no por ello asume el bien de la demanda la categoría de ser vacante; ni deja de serlo, si, en cambio de coadyuvar la acción se opone expresamente a ello. Tesis distinta llevaría a admitir que la simple coadyuvancia del Municipio a una acción de bien vacante le haría perder al inmueble poseído —usado y gozado— por la entidad su real y clara condición para convertirlo en bien sin dueño aparente o conocido.

Es más: la circunstancia de que al contestar el traslado diga el Personero que coadyuva la acción, no lo inhibe para que luego, si obtuviere mejores referencias o mejor conocimiento del derecho del Municipio opte por afirmar, en defensa del interés que re-

presenta, que el bien se encuentra al uso y beneficio de la entidad o que ésta lo posee a cualquier título y así lo haga saber al Juzgado expresando las razones que puedan darle fundamento a su dicho; sobra recordar que el Personero Municipal, sobre toda consideración o situación jurídica creada, debe defender los intereses de la entidad que representa.

La circunstancia de que el Municipio coadyuve o se oponga a la demanda de vacancia no tiene trascendencia y no vincula a la solución que deba proferirse porque, se repite, la simple opinión del Personero no hace que el bien del pleito asuma calidad de vacante. Las pruebas son las que definen esa situación jurídica, y en forma que si el Municipio se pronuncia por la vacancia y el elemento probatorio establece lo contrario a él debe atenerse el fallador, como si media oposición el bien no dejará de ser vacante si las pruebas aducidas lo demuestran. (Casación Civil. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 497, 1ª y 2ª

— 41 —

BIENES VACANTES (Oposición)

En los juicios sobre vacancia no se discute el dominio de inmuebles; tal situación jurídica se controvierte y decide a través de la acción reivindicatoría que es la que tiene el dueño de una cosa para recuperar la posesión de que se ha apoderado un tercero. Para el éxito de la oposición en juicio de vacancia basta que el interesado demuestre que el bien no está abandonado porque se está en posesión de él a cualquier título (regular, irregular, justo o injusto). Apenas habrá para qué recordar que al simple poseedor se le reputa dueño de la cosa que ocupa. (Casación Civil. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) 500, 1ª

— C —

— 42 —

CABIDA (No se demuestra por confesión)

La confesión hecha por una de las partes en el juicio, sobre la cabida de un fundo y cuya mensura constituye la parte fundamental de la controversia no es prueba adecuada, ya que su mensura exige conocimientos técnicos y matemáticos. Y aunque la ley al hablar de la confesión no excluye expresamente ese hecho de su eficacia probatoria, se deduce sin embargo, de su naturaleza, ya que en tal caso se trata de la aplicación práctica en que, a pesar de su sencillez, entran en juego los principios no sólo de una rama sino de un conjunto de conocimientos, sobre la cantidad, magnitud y medida de la extensión. En este caso el medio probatorio adecuado es la prueba pericial, y el dictamen de los expertos, rendido dentro de todas las condiciones legales, debe prevalecer sobre la declaración hecha por el demandante, la que tampoco puede llamarse confesión, en este caso, ni siquiera en sentido formal porque su afirmación recae no sobre un hecho que lo perjudica, sino que en cierta forma lo favorece. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Números 2186-2187) 122, 2ª

— 43 —

CADUCIDAD DE LA ACCION

El hecho de que las obras de construcción fueron entregadas por la firma constructora, en distintas etapas, siendo la última de ellas la que se verificó el día 12 de julio de 1948, y que la demanda que dio origen a este juicio fue presentada según constancias procesales el 29 de noviembre de 1950, esto es, dos años y cuatro meses después de haberse declarado terminada la obra que determinó la ocupación o cercenamiento de la propiedad

raíz que se dice pertenecer al demandante, frente al término perentorio que establece el artículo 263 del C. C. Administrativo para formular las demandas relativas a indemnizaciones a causa de trabajos públicos, es de dos años, dieron base al Tribunal para declarar probada la mal llamada prescripción de la acción, puesto que la excepción que jurídicamente corresponde en tal caso es la de caducidad de la acción o vencimiento del término perentorio estatuido en la disposición legal anteriormente citada. (Negocios Generales. Septiembre 5/57. Nos. 2186-2187)...
374, 1ª

— 44 —

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

La falta de revalidación del papel común empleado en la actuación, según lo tiene establecido la jurisprudencia, no es causal válida para declarar la caducidad de la segunda instancia que se ha alegado. (Negocios Generales. Septiembre 5/57. Nos. 2186-2187).
373, 1ª y 2ª

— 45 —

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

No se puede sostener que ha habido abandono del juicio por parte del actor. ya que a partir del auto de citación para sentencia lo único que resta por hacer es dictar el correspondiente fallo, que es una actividad propia exclusivamente del juzgador. (Negocios Generales. Septiembre 5/57. Nos. 2186-2187).
373, 1ª

— 46 —

CAMBIO DE RADICACION

La ley, haciendo una excepción al principio de la jurisdicción y competencia pero buscando garantizar los intereses de la sociedad o de las partes, permite el cambio de radicación de un proceso como medida de precaución para que la administración de justicia no sufra ningún detrimento. De ahí que dicha medida no se tome sino cuando existan graves motivos que la impongan, siendo también uno de ellos que el procesado o sindicado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija su cambio de residencia o de clima. (Casación Penal. Noviembre 23/57. Nos. 2188-2189-2190).....
631, 1ª y 2ª

— 47 —

CAMBIO DE RADICACION (Causales)

El carácter excepcional del cambio de radicación de un proceso, justificable sólo por causas muy graves, todavía se hace más imperativo cuando está fundado en circunstancias distintas a las contenidas en el artículo 58 del C. de P. P. en su segundo inciso, puesto que se ha de partir entonces de la presunción de que quien administra justicia se ve compelido a no ser imparcial en el ejercicio de su misión, y por implicar el que la persona no sea juzgada por quien de antemano está señalado por la ley misma. Es cierto que la medida en referencia tiene la finalidad de una recta administración de justicia y que asimismo la Corte, para dar su concepto, posee un amplio margen de apreciación para inferir, de los elementos de prueba, si en el caso particular de que se trate, de hecho existen factores que perturben la aplicación de la ley, pero no es menos evidente que no bastan simples conjeturas para tenerlos como medio adecuado de prueba.

No puede tenerse como causa justificativa de cambio de radicación de un proceso la presunta existencia de un impedimento de orden moral en los juzgadores, debida al hecho de que en su elección hubiese intervenido el

procesado, porque al decidir favorablemente a la tesis de un modo tan general, se estaría sentando la presunción de que ninguno de los jueces del Distrito posee la independencia de carácter necesaria para sus labores, perdiendo de vista el que no es un solo magistrado el que interviene en la elección, y de que ésta siempre —y es necesario suponerlo— está presidida por el pensamiento de que cada uno de los elegidos tiene dotes de competencia y honestidad suficientes para que sus decisiones no se vean influídas ni tergiversadas en ningún momento por sentimientos de gratitud o de dependencia; si, de hecho existiese esta circunstancia en alguno o algunos de los jueces, como es obvio, podría estarse en presencia de una causal de impedimento o recusación, pero no ante hechos que justifiquen el cambio de radicación del proceso. Y esta misma presunción de rectitud fundamenta el motivo para no dictaminar favorablemente en cuanto se refiere a los Magistrados componentes del Tribunal de que hace parte el procesado.

El temor acerca de malas interpretaciones a que se pueda ver sometida la decisión del Tribunal, en un futuro recurso, no es suficiente para deducir que se ha creado desde ahora una atmósfera contraria a los intereses de la justicia. Ni basta el que los Magistrados puedan sentir afectada su sensibilidad respecto de un negocio para que no conozcan de él, si las consideraciones de este orden no les impiden aplicar la justicia según las normas legales y éticas, como lo reconoce quien dá el argumento. Las condiciones de amistad y comprensión entre los miembros de la entidad que ha de juzgar a uno de ellos tampoco serían suficientes, dado que lo que en realidad se estaría planteando, como en alguna de las hipótesis atrás examinada, sería una causal de impedimento o de recusación, por amistad íntima, por ejemplo que para los efectos del concepto presente, no puede tenerse en cuenta. (Casación Penal. Octubre 26/57. Nos. 2188-2189-2190)...600, 1ª y 2ª

— 48 —

CAMBIO DE RADICACION (Para la recta administración de justicia)

La facultad otorgada al Gobierno para disponer de acuerdo con la Corte —en cualquier estado de un proceso y antes de proferirse el fallo de segunda instancia— que las personas acusadas por delitos del conocimiento de los Jueces Superiores sean juzgadas en Distrito Judicial distinto de aquel donde la ley se infringió, constituye una excepción a las reglas generales de competencia por razón del territorio, que procede cuando la medida se estima conveniente para la recta administración de justicia o la salud del inculpado la requiere.

No puede decirse que los derechos de la sociedad se hallan plenamente amparados allí donde a su turno, no lo han estado debidamente los que se controvierten por las partes en determinado proceso. No pueden estarlo, cuando de la documentación allegada al expediente surgen omisiones, incoherencias, errores y descuidos que infunden, cuando menos, el temor de que factores extraños no hayan dejado enteramente a salvo la libre apreciación del problema sub-judice por las autoridades que lo han venido tratando. (Casación Penal. Octubre 26/57. Nos. 2188-2189-2190) 597, 2ª

— 49 —

CAMBIO DE RADICACION (Por larga enfermedad del procesado en el juicio)

La audiencia pública debe celebrarse con la asistencia del procesado, de conformidad con lo estatuído en el art. 465 del Código de Procedimiento Penal; y aunque el artículo 467 de la misma obra dispone que "cuando el

enjuiciado se hallare enfermo, así lo hará saber al Juez en tiempo oportuno, y la audiencia se suspenderá mientras dure la enfermedad", no parece que esta norma haga procedente la denegación del traslado del respectivo proceso en tratándose de afecciones o dolencias de larga duración, con el consiguiente perjuicio que para la sociedad y para el reo implicaría el entorpecimiento indefinido de la prosecución del juicio. (Casación Penal. Septiembre 16/57. Nos. 2186-2187).... 228, 1ª

— 50 —

CASACION CIVIL (Ampliación del término para formular la demanda)

Es jurisprudencia uniforme y sostenida de la Corte la de conceder el aumento del término fijado en el artículo 530 del Código Judicial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 374 porque "para entender que el término de un traslado para alegar no está cobijado por esta disposición, sería preciso que la ley expresamente lo exceptuara y no hay disposición que tal pronuncie respecto del traslado para alegar en casación". (G. J. Tomo XLVI, página 514).

Es equivocado creer que la demanda de casación no es en realidad un alegato, pues si se atiende a su significado esencial se comprende que sí lo es, porque alegato, en sentido general, es la exposición de las razones jurídicas que sirven de fundamento a la causa que se defiende y la demanda es una alegación (del latín allego que significa exponer, citar), en la cual al mismo tiempo que se invoca la existencia de un derecho se impetra su tutela por el Estado.

La demanda de casación, como cualquiera otra, también se funda en la existencia de un derecho, el cual resulta afectado como consecuencia de la violación, por la sentencia, de la ley sustantiva en que se ampara y el escrito que la contiene no es sino el razonamiento o exposición que sirve para impugnar la sentencia a fin de obtener por ese medio, el restablecimiento del derecho conculcado. (Casación Civil. Septiembre 18/57. Números 2186-2187) 70, 2ª

— 51 —

CASACION (Cuando la acción de pertenencia se tramita por el procedimiento especial)

Instaurada la acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia contra todo aquel que se crea con derecho a intervenir en el inmueble, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados, y tramitada, sin oposición alguna, por el procedimiento especial hasta culminar con el fallo de segundo grado, éste no es susceptible de recurso de casación, por no haber asumido el juicio en ningún momento el carácter de ordinario. (Casación Civil. Noviembre 15/57. Nos. 2188-2189-2190)....542, 2ª

— 52 —

CASACION (Examen de las causales)

Por mandato del artículo 537 del C. J., la Corte debe examinar en orden lógico los cargos aducidos, correspondiendo en primer término el estudio del fundado en la causal 7ª ya que ésta, como lo enseña la jurisprudencia, no sólo está fundada en razones de orden público, por equivaler a la denegación de justicia, y en forma, que solo puede presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído, sino porque, en semejante ocurrencia, la prosperidad del recurso impone simplemente la devolución de los autos al Tribunal de origen o a otro que esté próximo a éste, para que en decisión de fondo determine lo procedente con arreglo a derecho. El

motivo de casación fundado en esta causal solo puede referirse a la abstención de conocer por razón de la materia. (Casación Civil. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187)....30, 2ª

— 53 —

CASACION (No procede el recurso cuando no hay sentencia de segunda instancia)

La Corte en casos semejantes al de la presente ocurrencia, ha llegado a la misma conclusión antes anotada, mediante las razones que en seguida se reproducen y acogen:

"La Sala, sin embargo, para decidir el recurso, no entra en la consideración de las cuestiones propuestas por los cargos de la demanda, porque la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal no le da base y materia para edificar un estudio de casación, recurso extraordinario éste en virtud del cual y con el fin principal de unificar la jurisprudencia, permite la ley que puedan acusarse algunas de las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores de segunda instancia.

"Al tenor del artículo 471 del C. de P. C. 'las sentencias se formulan haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse, y expresando las disposiciones legales y razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión'. En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada una de las partes, todo bajo esta fórmula: 'Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley'. Las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

"Por virtud del sistema procedimental de las dos instancias se origina el recurso de apelación que es el más importante de los medios legales para la impugnación de las decisiones judiciales, y de acuerdo con el derecho procesal el resultado de la apelación, cuando el recurso no tiene buen éxito, es la confirmación de la resolución apelada; o su revocación o su reforma cuando el recurso prospera, pero en este caso con el pronunciamiento por parte de la superioridad jerárquica de la correspondiente resolución sustitutiva de la reformada o revocada.

"El recurso de casación no es una tercera instancia, donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación por sustracción de materia jurídica. Y este es el caso de autos, porque el Tribunal dejó de cumplir su obligación legal de sentenciar el pleito limitándose a revocar la sentencia de primer grado sin pronunciar la sustitutiva. Aquí no hay, por tanto, sentencia definitiva de segunda instancia o materia casable. Y no se diga que la resolución de que se trata contiene en la motivación la exposición del negocio en forma que ofrece los elementos para deducir la fórmula decisoria, como conclusión de esos razonamientos, porque la parte motiva es apenas, dentro de la estructuración legal de la sentencia, la base de justificación e interpretación de la resolutiva que es donde se concentra el imperio de la resolución judicial determniando la situación jurídica en que quedan las partes como consecuencia del pleito". (G. J. Tomo LX, pág. 142 y 143). (Casación Civil. Septiembre 17/57. Nos. 2186-2187).....69, 1ª y 2ª

— 54 —

CASACION (Por errónea apreciación de la prueba indirecta)

Dada la naturaleza de la prueba indirecta, la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte tiene declarado, que si no es absoluta la libertad de apreciación de esta clase de pruebas, por parte del sentenciador de segunda instancia, éste sí goza o se le concede un dilatado margen de discernimiento en el proceso de su conexión y calificación; y que el examen que haga de la importancia y trascendencia del enlace preciso y directo que debe existir entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, no puede impugnarse con éxito en casación, a menos que se ataque en forma la certeza del primero, por hallarse subordinada la deducción, no a condición alguna concreta, sino a reglas indeterminadas del criterio humano, que es meramente subjetivo al igual que se aprecian las declaraciones de los testigos por las reglas del criterio racional, sin que a este respecto pueda eficazmente impugnarse un fallo cuando no se combate en firme la existencia y realidad del hecho que se declara probado. (Casación Civil. Octubre 5 57. Números 2188-2189-2190).....470, 2ª y 471, 1ª

— 55 —

CASACION (Por violación del artículo 1766 del C. C.)

Considera la Sala que a pesar de ser el artículo 1766 del C. C. la base o el fundamento de la acción de prevalencia que implica el juego simulatorio, cuando se trata de que predomine la intención jurídica de las partes, manifestada en el acto oculto, no tiene carácter sustantivo, sino, que es una regla de derecho probatorio, referida a las contraescrituras, hechas con el propósito de alterar o modificar las declaraciones contenidas en la escritura pública. El precepto, como todos los del derecho probatorio, es simplemente adjetivo y técnico y los vínculos jurídicos que crea entre el Juez y entre las partes, son de estricto carácter procesal. lo que quiere decir, también, que para que la violación de esta norma pueda erigirse como fundamento de un cargo de casación, es necesario que se indique de qué manera esta infracción repercutió o determinó el quebranto de preceptos sustantivos. (Casación Civil. Noviembre 6/57. Nos. 2188-2189-2190).....510, 1ª

— 56 —

CASACION (Presunción de culpa)

La doctrina sobre presunción de culpa, fundada en el artículo 2356 del Código Civil, solo opera en favor de la víctima del hecho originado con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa. Si no se presenta esta circunstancia, es improcedente citar el mencionado artículo entre las disposiciones que se consideran violadas por error en la apreciación de las pruebas relativas a la demostración del acto ilícito, porque ello podría interpretarse como si la parte actora estuviera amparada por tal presunción y relevada, por tanto, de suministrar la prueba de la culpa. (Casación Civil. Noviembre 15/57. Nos. 2188-2189-2190).....537, 2ª y 538, 1ª

— 57 —

CASACION (Recurso de)

En el recurso extraordinario de casación, como lo tiene establecido la Corte, no basta alegar o razonar libremente como se hace ante los jueces de grado, pues la casación no es una tercera instancia, sino una vía específica, técnicamente configurada con el fin de obtener el examen de aquellas tesis o doc-

trinas consignadas en una sentencia de un Tribunal que han sido impugnadas en forma tal que le permiten a la Sala avocar su estudio con miras a rectificar los posibles errores jurídicos que ellas encarnan, procedimiento con el cual se persigue obtener la unificación de la jurisprudencia nacional, finalidad principal del recurso de casación.

En razón de los varios y fundamentalmente distintos aspectos que ofrece la causal primera, según el artículo 520 del C. J. la técnica de casación exige que además de la indicación concreta de las disposiciones sustantivas que se estimen quebrantadas con las tesis del Tribunal, se puntualice el concepto en que lo hayan sido. (Casación Civil. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187).....39, 1ª

— 58 —

CASACION (Técnica de)

La acusación que se haga sobre la **simple** base de que el quebranto de la ley se sucedió porque el Tribunal estimó las pruebas o los hechos de manera diferente a como los aprecia el interesado resulta inválida, si no se demuestra manifiesto error en la apreciación del juzgador. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187).....138, 2ª

— 59 —

CASACION PENAL (Cuando procede si en primera instancia ha conocido un Juez del Circuito)

Al tenor del artículo 557 del C. de P. P., 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 Corte 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".

Sobre el particular se ha pronunciado la Corte en reiteradas oportunidades, como puede verse en 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 y 29 de marzo y 21 de junio de este año. (Casación Penal. Septiembre 9/57. Nos. 2186-2187) 204, 1ª

— 60 —

CASACION (Cuándo se prosigue el recurso en caso de muerte del procesado o de interposición en relación con los perjuicios)

La Corte ha considerado en presencia del artículo 100 del C. Penal, que su fundamento racional estriba en la razón de que tanto la imputabilidad como la condena penales son o tienen el carácter de personales, de manera que al morir 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.

Esto lleva a la lógica conclusión de que en el caso de que un procesado fallezca estando pendiente la decisión del recurso extraordinario de casación interpuesto exclusivamente en relación con la pena privativa de la libertad, que toca solo con problemas referentes a la responsabilidad penal del delincuente, la

Sala debe abstenerse de resolverlo al aparecer la comprobación plena de tal hecho, pues es obvio que al quedar extinguidos los efectos de la sentencia y todas las consecuencias penales de la condenación carece de objeto su confrontación con la ley.

Distinto es cuando se recurre en casación por perjuicios, ya que este recurso versa única y exclusivamente sobre la cuantía, monto o valor de la indemnización —según se ha sostenido en reiterada jurisprudencia —caso en el cual sí está obligada la Corte a avocar su estudio, pese al fallecimiento del procesado, porque lo que estatuye la sentencia penal tiene todo el valor de la cosa juzgada y vincula a los perjudicados con la infracción (artículo 25, inciso 1º del C. de P. P.) cuando estos o sus herederos han ejercido dentro del proceso penal la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios, constituyéndose parte civil, con la cooperación o coadyuvancia legal del ministerio público y del funcionario de instrucción (artículos 24, 112 y 294 del mismo Código Procesal y 93 del ordenamiento penal). (Casación Penal. Agosto 19/57. Nos. 2186-2187).....168, 1ª y 2ª

— 61 —

CASACION (Es procedente solo contra la sentencia de segunda instancia aunque sea confirmatoria de la de primer grado)

No es técnico pedir la casación de las sentencias de primera y segunda instancia, porque la índole de este recurso, como lo especifica el artículo 556 del C. P. P., implica el que se solicite en él exclusivamente la invalidación de la última, única que allí se enjuicia, ya que en el fondo lo que se busca es precisamente hacerla desaparecer para sustituírla por otra. Concentrándose legal y doctrinariamente el ataque y la decisión en la providencia de segunda instancia, y no versando sobre la de primera, no puede mencionarse ésta como materia de casación, aunque el superior se haya limitado a confirmar lo resuelto por el inferior. Discrepen o concuerden los fallos de instancia, no ha de retornarse simplemente a lo decidido por el juzgador de primer grado, sino que ha de invalidarse el fallo de segunda instancia, ya sea para dictar el que deba reemplazarlo (artículo 570, num. a), o para devolver el proceso a fin de que se dicte sentencia o se reponga el procedimiento (ib. num. b), o para que se convoque nuevo jurado (ib. num. c). (Casación Penal. Septiembre 13/57. Números 2186-2187).....224, 1ª

— 62 —

CASACION (Examen preferencial de la causal 4ª cuando se propone en concurrencia con otras)

Cuando, en concurrencia con otras, se alega la causal cuarta de casación, el estudio de ésta debe ocupar el primer término, si la nulidad afecta piezas sobre las que se pueda basar alguna de las otras causales, ya que de prosperar aquella se haría inútil el escudriñar otros puntos, que salen de la existencia legal de partes de la actuación procesal, no afectadas, por tanto de vicio que les reste valor en forma absoluta. Las restantes causales de casación tienen como fundamento esta existencia legal, para que sobre ellas se pueda cimentar un fallo, lo que no cabe predicar de piezas o actuaciones nulas, que en ningún caso permitirán llegar a conclusión diversa de la nulidad misma, cuando ésta se ha alegado.

Si la nulidad arranca del cuestionario que se presenta al Jurado, si existe hecho generador de nulidad desde entonces, sobraría el examen de las otras causales aducidas, que presuponen un veredicto y una sentencia no afectados por nulidad. Existiendo ésta, habría un vacío sobre el cual no podría decidir-

se en sentido diverso del que lo reconociera para subsanar la actuación, ya que desaparece toda vinculación entre las piezas procesales, supuesto que no puede decirse que la sentencia esté en desacuerdo con un veredicto nulo, o que por ejemplo, se pueda violar determinado artículo de la ley penal por errónea interpretación con una sentencia que solo tiene la forma de tal, pero no su esencia ni por ende valor ante la misma ley. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190) 687, 1ª

— 63 —

CASACION (La demanda debe ser formulada por abogado inscrito)

"...El recurso de casación puede ser interpuesto por el acusado, pero la demanda que es la que sustenta el recurso, no puede ser formulada sino por abogado inscrito en la Corte, a menos que el acusado tenga dicha calidad. Si la demanda se formula contra expresa prohibición del artículo 40 de la Constitución Nacional y de los artículos 1º y 2º de la Ley 69 de 1945, ella —la demanda— no prospera y el recurso como consecuencia lógica debe declararse desierto; por esto es por lo que, por norma general, en los autos de admisibilidad del recurso de casación se hace la advertencia previa de que la demanda debe presentarse por abogado titulado e inscrito en la Corte. Sin el cumplimiento de esta formalidad o en ausencia de este requisito el escrito presentado no es demanda sino un simple memorial que no puede ser considerado por la Corte como base de estudio dentro del recurso extraordinario de casación". (Auto de 8 de mayo de 1954). (Casación Penal. Octubre 28/57. Nos. 2188-2189-2190) 603, 2ª

— 64 —

CASACION (No procede contra los autos en que se profiere un sobreseimiento definitivo)

Según lo establecido en el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal, las sentencias se distinguen de los autos interlocutorios en que por las primeras se decide definitivamente sobre lo principal del juicio, en tanto que por los segundos, se provee a la detención o libertad del procesado, se califica el mérito del sumario, se niega la admisión de la práctica de alguna prueba, se formula el cuestionario que ha de someterse a los jurados, se resuelve algún incidente del proceso o se toman determinaciones análogas.

Las providencias de sobreseimiento son pues, verdaderos autos interlocutorios por la definición de la ley. Así lo ha entendido por lo demás, la jurisprudencia de esta Corporación, como aparece del proveído de 20 de septiembre de 1944 (LVII, 735).

Es verdad que a tenor del inciso 2º del artículo 438 del Estatuto Procesal, el auto de sobreseimiento definitivo —una vez ejecutoriado— pone fin al proceso; pero esta palabra no tiene, en esa disposición, el sentido de causa sino de sumario, como obviamente se infiere de lo dispuesto en los artículos 435 y 437 ibidem, según los cuales el procedimiento se dictará por el Juez "si no fuere el caso de proferir auto de proceder" y será definitivo cuando el hecho que dio lugar a la investigación no se realizó o no es constitutivo de delito; cuando está claramente demostrada la inocencia del procesado o se comprueba que éste obró en alguna de las circunstancias de inimputabilidad o de justificación que se enumeran en los artículos 23 y 25 del C. de las Penas.

Salta por tanto, a la vista la diferencia fundamental entre los autos de sobreseimiento y las sentencias propiamente dichas, que

requieren el previo llamamiento a juicio (sean o no absolutorias) y que son impugnables en casación cuando se profieren en la segunda instancia. Si no lo son siquiera los fallos de primer grado, la creencia de que los sobreseimientos definitivos son susceptibles del recurso de casación, resulta a todas luces extraña. En los sobreseimientos —al igual que en las providencias a que dan lugar las hipótesis contempladas en el artículo 153 del C. de P. Penal— **ni se absuelve ni se condena**, únicos extremos que hacen viable la casación para quien se halle ligeramente enterado de lo que ella significa como recurso extraordinario. (Casación Penal. Diciembre 2/57. Números 2188-2189-2190).....641, 1ª y 2ª

— 65 —

CASACION (Técnica de)

Cuando se invoca una causal como la primera en su carácter de principal, no basta señalar las disposiciones que se consideran violadas, en un sentido general y axiomático, sino con toda precisión y con base demostrativa. (Casación Penal. Noviembre 5/57. Números 2188-2189-2190).....626, 2ª

— 66 —

CASACION LABORAL (Cómputo de salarios caídos para la fijación de la cuantía)

Ha sido reiterada jurisprudencia de la Corte, la de que los salarios indemnizatorios por mora en el pago de las deudas laborales, no pueden computarse, para efectos de fijar la cuantía del juicio frente al recurso de casación, sino los causados desde la fecha del despido hasta aquella en que se presente la demanda, porque dichos salarios no son en el fondo otra cosa, que un medio legal y específico de sancionar al patrono moroso, sin que puedan contabilizarse los que se causen con posterioridad a esta fecha, ya que estos no existen en el momento de constituírse la relación jurídico-procesal. (Casación Laboral. Agosto 12/57. Nos. 2186-2187)..252, 2ª y 253, 1ª

— 67 —

CASACION (Cuantía de la demanda de reconvención para la procedencia del recurso)

Se dijo por el apoderado que por estar sustanciada bajo una misma cuerda con la demanda principal y decidirse en una misma sentencia la de reconvención, cuya cuantía se fijó en $ 4.000.00, el recurso de casación teniendo en cuenta esta fijación, es procedente contra toda la sentencia, es decir, que debe abarcar también lo relacionado con el libelo inicial, de conformidad con el Código Procesal del Trabajo.

Mas aunque de conformidad con los Códigos de Procedimiento del Trabajo (artículos 75 y 76) y Judicial (artículos 742 y 743), para efectos de la reconvención se permite la unidad del procedimiento, dicha unidad no existe en cuanto a los procesos mismos tenidos como distintos, ya que "en la reconvención, el demandado —según Chiovenda— tiende a obtener la actuación en favor propio de una voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independiente de la desestimación de la demanda del actor y que si no fuera por determinación legal, bien podría tramitarse como independiente de la otra demanda fijada en la relación como principal.

Este mismo es el pensamiento expresado por el tratadista W. Kisch, para quien "la reconvención no solo produce el efecto de introducir un punto litigioso más en el proceso pendiente, sino que da origen a otro nuevo que sigue su curso junto con el ya pendiente y que por regla general es sustanciado y resuelto en un procedimiento único para los

dos. Por lo que atañe a la acción reconvencional, tiene el mismo efecto jurídico que si hubiese sido ejercitada en una demanda independiente".

Si de lo expresado se desprende, que se trata de acciones tramitadas dentro de un mismo proceso, pero distintas, independientes y aun contrarias en sus resultados, la cuantía del pleito no podrá ser la suma de ellas y la procedencia del recurso de casación para cada una de las acciones le dará su respectivo valor y no la suma de tales cuantías pretendidas por razones, y menos que el valor de una de ellas, haya de influír para la decisión de la otra, que aisladamente no alcanzaría a merecer la concesión de ese derecho. Esta ha sido la doctrina de esta Corporación, así expresada:

"Para que sea admisible el recurso de casación con relación al juicio que se deriva de una demanda de reconvención, no basta que la casación sea admisible respecto del juicio principal, sino que es preciso que lo sea también respecto del de la reconvención". (Casación, 3 de agosto de 1904. Tomo XVII, página 176).

Después de lo anterior, resultaría improcedente el estudio de la demanda que aspira a una casación total del fallo para que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la demanda inicial, si el recurso fue concedido y está admitido, solo en lo que se relaciona con la demanda de reconvención. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190) .....731, 1ª y 2ª

— 68 —

CASACION (Solo procede cuando el negocio alcanza la cuantía fijada en la ley)

En el sistema de la Ley 75 de 1945 (numeral 6º del artículo 3º) que por primera vez reglamentó en Colombia la casación laboral, este recurso extraordinario procedía contra las sentencias proferidas por los Tribunales Seccionales del Trabajo en juicios cuya cuantía excediera de $ 1.000.00; o en todos los juicios, cuandoquiera que la decisión implicara "cuestiones fundamentales de principios en el derecho del Trabajo". Pero a partir de la vigencia del Decreto-ley 2158 de 1948 o Código de Procedimiento Laboral (artículo 86), el recurso de casación se restringió, determinándose solamente en razón de la cuantía del juicio, la que debe ser superior a $ 3.000.-- (hoy $ 4.000.--): art. 9º del Decreto-ley 1762 de 1956), o superior a $ 10.000 para la casación **per saltum**. Por esto resulta sin fundamento la pretensión de que se conceda el recurso de casación para discutir ante la Corte cuestiones de derecho, porque se invoca una razón que no contempla el sistema procesal vigente. (Casación Laboral. Octubre 22/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 712, 2ª y 713, 1ª

— 69 —

CASACION (Técnica de)

Repetidamente ha explicado la jurisprudencia de la Corte cómo los conceptos de la violación de la ley son caminos distintos que no pueden transitarse simultáneamente, en un solo cargo y respecto de unas mismas normas. Y la acusación propuesta es ejemplo de tal imposibilidad, ya que pretende, por una parte, que el sentenciador infringió directamente unos textos legales, esto es, los ignoró o se rebeló contra sus mandatos pese a que la situación de hecho reclamaba claramente la aplicación de ellos —que es en lo que consiste la violación indicada— y, por la otra, sostiene que la dicha situación no fue debidamente establecida por el ad-quem, señalando para ello la ocurrencia de un error de hecho que, de haber ocurrido, desvirtuaría el planteamiento primeramente indicado y que, en todo caso, con sólo someterse a estudio impide el examen lógico de la acusación, por

conceptos que no pueden armonizarse. (Casación Laboral. Agosto 16/57. Nos. 2186-2187) 263, 1ª

— 70 —

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL

Aunque las peticiones de una demanda no pueden confundirse con las acciones que se ejercitan ya que éstas pueden descomponerse en varias súplicas, es necesario cuando se trate de configurar un cargo de casación por inconsonancia, con fundamento en la causal 2ª del artículo 520 del C. J. que se precisen con toda claridad tanto las súplicas como las acciones incoadas, porque puede acontecer, desde luego que en la sentencia acusada se haya dejado de resolver alguna súplica, pero que, sinembargo lo hayan sido otras que consultan mejor la eficacia o ineficacia de la acción o acciones instauradas. Toda facultad subjetiva, amparada por el orden jurídico, implica una acción, que no es otra cosa que el derecho de solicitar la tutela jurisdiccional, la que puede descomponerse en varios medios o vías para el amparo juridicial del derecho que trata de desconocerse o de vulnerarse por la manifestación de conducta de un tercero que se opone a su eficacia. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Números 2186-2187) .....121, 2ª y 122, 1ª

— 71 —

CAUSAL 2ª DE CASACION

La causal 2ª de casación solo procede, cuando en el fallo se decide sobre puntos ajenos a la controversia, ultra petita; cuando se deja de resolver sobre extremos objeto del litigio —extra petita—; cuando se condena a más de lo pedido —plus petita—; cuando se omite resolver sobre las excepciones propuestas por las partes —minima petita—. Unicamente cuando se incurre en algunos de estos excesos u omisiones puede considerarse rota la armonía entre lo pedido y sentenciado. (Casación Civil. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) 494, 2ª

— 72 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede cuando se declaran probadas excepciones perentorias)

El concepto formal de desarmonía entre lo que dice la demanda y lo resuelto en la sentencia, es lo que constituye esencial y únicamente la causal segunda del artículo 520 del C. J. La no correspondencia entre uno y otro extremo es lo que rompe los principios del artículo 471 ibidem. En tal caso no operan por estar fuera de lugar, las consideraciones sobre violación directa o indirecta de normas sustantivas.

Asimismo, la incongruencia como motivo de casación, no se refiere a las faltas de armonía o a las contradicciones que puedan existir entre las motivaciones .del fallo y su parte resolutiva. De aquí, a constante jurisprudencia de la Corte de que no es casable por la segunda causal de casación la sentencia que declara probada una excepción perentoria, porque el fallador está autorizado para fallar cualquiera excepción de esa naturaleza aun cuando ésta no haya sido propuesta ni alegada. (Casación Civil. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187) 38, 2ª

— 73 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

La tarea del demandante que aduce, en casación, la causal segunda, no es otra que la de confrontar la propia interpretación de los hechos con las del Tribunal fallador, para establecer que son acertadas las de aquél y

equivocadas las de éste; y es obvio que este objetivo no se alcanza si la crítica de la realidad procesal deja a salvo la convicción de que el inculpado es responsable. En otros términos, para que el recurso prospere por concepto de la causal segunda no basta demostrar que uno o más hechos han sido mal interpretados o apreciados en la sentencia, sino que esa interpretación o apreciación erradas —tratándose de elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o circunstancias que influyen en la individualización de la pena— afectan, substancialmente, la acertada valoración de las constancias procesales. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Números 2188-2189-2190).....674, 1ª y 2ª

— 74 —

CAUSAL 1ª DE CASACION LABORAL
(Cargo por ilegitimidad de la personería adjetiva)

La excepción de ilegitimidad de personería que contempla el artículo 332 del C. J. —numeral 2º— es decir, falta de poder, carencia de personería adjetiva del procurador del demandante, es aspecto que no cabe en la causal 1ª de casación laboral sino como infracción medio, que ha debido relacionarse con las normas sustantivas consagratorias de los derechos sociales. (Casación Laboral. Agosto 24/57. Nos. 2186-2187).....286, 2ª

— 75 —

CAUSAL 5ª DE REVISION PENAL

Quien alega la causal 5ª como fundamento del recurso extraordinario de revisión, está en la obligación de presentar las pruebas no conocidas en los debates o los elementos que estructuran los hechos nuevos que se pretende acreditar. El simple enunciado de la causal sin demostración alguna, no es motivo suficiente para que ella prospere. El argumento, raciocinio o crítica de la prueba que se tuvo en cuenta para condenar en primera o segunda instancia, no constituye el hecho nuevo que se pretende acreditar ni el análisis de los elementos probatorios con criterio diferente, demuestra la existencia de hechos no conocidos al tiempo de los debates. Esa crítica puede servir para modificar o reemplazar la sentencia en el juicio, pero ella es improcedente y carece de importancia dentro del recurso extraordinario de revisión.

El error en la "apreciación de las pruebas y aun la aparente injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante no es objeto del recurso de revisión"; ello sería —se repite— objeto de un recurso de segunda instancia o de casación en los fallos que lo admiten, pero el descuido de la parte interesada o la omisión en alegar esos derechos, ante las autoridades competentes, no son objeto de recurso de revisión. (Casación Penal. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187)...198, 1ª

— 76 —

CESACION DE PROCEDIMIENTO

El artículo 153 del C. P. P., contiene hechos de diversa índole y calidad por cuya existencia deben hacerse declaraciones también diferentes, en orden a hacer cesar el procedimiento. Por tanto, en la providencia en que se resuelva aplicar aquella norma legal, debe indicarse con precisión, principalmente en la parte resolutiva, la causa por la cual se decreta la cesación del procedimiento. (Casación Penal. Septiembre 12/57. Números 2186-2187).....218, 2ª

— 77 —

CESANTIA (Transmisión por causa de muerte)

El artículo 258 del C. S. del T. dispone que la cesantía es transmisible por causa de muerte conforme a las reglas del Código Civil, y cuando valga cinco mil pesos ($ 5.000) o menos, se pagará directamente por el patrono, de acuerdo con el **procedimiento** establecido en el artículo 212 de la misma obra. Es decir, hay que demostrar la calidad de heredero si las normas del Código Civil lo incluyen en la sucesión intestada, con la presentación de las partidas eclesiásticas o registros civiles, o de las pruebas supletorias que admite la ley, más una información sumaria de testigos que acrediten, en este caso, que no hay otros herederos que le antecedan en el orden sucesoral de conformidad con los artículos 85 de la Ley 153 de 1887, y 19 a 21 de la Ley 45 de 1936, disposiciones vinculadas al Código Civil.

Los colaterales no entrarían, pues, en calidad de beneficiarios, sino como simples herederos y si les cabe el derecho dentro de una sucesión intestada, y es equivocada la interpretación del **ad-quem** cuando se remite al literal e) del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, porque este precepto dispone el orden de beneficiarios para el seguro, que es a lo que se refiere el artículo 212 de la misma obra; y cuando el artículo 258, remite a este último precepto, lo hace para acogerse al procedimiento, mas no al orden taxativo aplicable a los beneficiarios. (Casación Laboral. Agosto 23/57. Nos. 2186-2187) 282, 2ª

— 78 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD (Por haber sido el sindicado patrono de la víctima)

La 4ª circunstancia contenida en el artículo 37 del C. P. tiene dos aspectos diversos: el de los deberes surgidos de relaciones sociales y el de los emanados del parentesco, ambos con fundamento en la estrecha vinculación de personas, por sentimientos afectivos profundos. Si no basta la prueba del parentesco, sino que es necesario saber si se traduce en el hecho, con mayor razón ha de exigirse que se demuestre la existencia de vínculos engendrados en deberes sociales, por lo general de contenido menos definitivo, de menor fuerza afectiva. Las relaciones entre empleado y empleador, para que puedan tenerse como constitutivas de circunstancias de mayor peligrosidad, deben ser, si no totalmente actuales, en cuanto a la dependencia de un sujeto respecto del otro, por lo menos subsistentes en cuanto a la gratitud, a la amistad o al afecto en la época en que se consuman los hechos delictivos, aunque no subsista el contrato de trabajo; vigente éste, son mayores las probabilidades de que las relaciones recíprocas estén produciendo la vinculación en referencia, pero no es indispensable que todavía persista el contrato ya que lo esencial está en que lo afectivo sobreviva aún; el quebrantamiento de los nexos es, en efecto, lo que constituye la circunstancia de mayor peligrosidad porque, en el consenso común, se tiene precisamente como no deseable y, por tanto, como rechazable, todo conato de violar los deberes de allí emanados. La actualidad debe referirse al nexo afectivo, no a la causa de éste. Pero, además, es evidente que, desaparecido el contrato de trabajo, la vinculación iniciada en él, tiende a debilitarse y aun a extinguirse, y por esto no es razonable exigir una indefinida duración de sentimientos, y deba, en cambio, pedirse la prueba de su existencia. Si se tratara solo de la vinculación por el contrato de trabajo, necesariamente habría de tenerse en cuenta la vigencia de éste y, dentro de esta situación, que considera como existentes vínculos que en realidad no hay, como

cuando se levanta antipatía o animadversión del que emplea hacia el empleado o viceversa y aun en el caso de que tales sentimientos sean mutuos; si no se mirase más que la materialidad del contrato, también habría de tenerse como productor de esta circunstancia de mayor peligrosidad aunque se hubiese roto precisamente por aquellos disturbios en las relaciones, lo que contradice el sentido general que solo ve peligrosidad en quien está obligado por algún aspecto afectivo ó de lealtad, al menos, a guardar determinadas consideraciones al patrón. (Casación Penal. Agosto 27/57. Nos. 2186-2187). 185, 2ª y 186, 1ª

— 79 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD (Buena conducta anterior y personalidad del sindicado)

No existe antinomia entre el reconocimiento de una personalidad peligrosa "de instintos morbosos y violentos", y el reconocimiento de la buena conducta anterior. La última puede encubrir una personalidad peligrosa: mediante frenos inhibitorios se puede mantener buena conducta general, pero sobrevenida la ruptura de aquellos se revela verdaderamente la personalidad, hasta entonces latente, y quedan al descubierto todos sus factores —sicológicos, morales, etc.—. La buena conducta concretada a determinadas fases y aspectos de la vida —caballerosidad, amor al trabajo, cumplimiento de deberes de hijo, etc.— no son el total de la personalidad ni implican la negación de otros, por ejemplo, el de ser sujeto de violentas reacciones la misma persona en quien concurren las otras calidades. La buena conducta a que se refiere el artículo 38 del C. P., no cabe compararse con la personalidad íntegra del procesado, de que trata el artículo 36 del mismo Código, que se encarga de establecer nítidamente la diferencia entre las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad y las calidades que componen la personalidad del agente, para referirse a ésta no como a un compuesto exclusivo de aquellas sino como a algo distinto. (Casación Penal. Agosto 27/57. Nos. 2186-2187).....185, 1ª y 2ª

— 80 —

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD (Cuando se alegan en casación)

La personalidad del procesado y las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad influyen en la determinación de la pena, y su apreciación compete al Juez de derecho, pero la errónea estimación de la personalidad o el desconocimiento de alguna de aquellas circunstancias, acreditada en el proceso, o la aceptación de otra sin respaldo en él, según ha venido sosteniendo la Corte expresamente respecto de dichas circunstancias, no se pueden alegar en casación dentro de la segunda causal del artículo 567 del C. P. P., sino dentro de la que le precede, porque aun apreciadas en cuanto hechos y básicas para que el Juez gradúe la pena, el ejercicio indebido de esta facultad por parte de aquel configura más claramente una violación de la ley penal, en el sentido propio de la causal primera, que una interpretación o apreciación errónea de los hechos, materia de la segunda. (Casación Penal. Agosto 27/57. Números 2186-2187).....185, 1ª

— 81 —

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

La indigencia y la falta de ilustración constituyen circunstancias de menor peligrosidad en tanto han influído en el delito y en la me-

dida en que ha existido el influjo, de tal suerte que, si no estuvieron concatenadas con el ilícito, no pueden estimarse como tales circunstancias de menor peligrosidad. (Casación Penal. Noviembre 5/57. Nos. 2188-2189-2190) 627, 2ª

— 82 —

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD (Presentación a la autoridad y confesión del delito)

La 9ª de las circunstancias de menor peligrosidad, a que se refiere el artículo 38 del C. P. implica la existencia de dos elementos: presentación ante la autoridad y confesión. El primero está condicionado a que sea voluntario, no efecto de coerción emanada, por ejemplo, de actividad legítima de algún agente de la autoridad. Sobre el segundo de aquellos elementos, debe recordarse que se trata, no simplemente de rendir cualquier clase de indagatoria, sino una con los requisitos que estructuren la confesión. (Casación Penal. Agosto 27/57. Nos. 2186-2187) .186, 1ª y 2ª

— 83 —

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE RESPONSABILIDAD (El intenso dolor)

Dos son los elementos esenciales que le comunican al dolor moral su poder excusante: intensidad y justicia. **Intensidad**, como elemento subjetivo porque las emociones —al igual que las pasiones— sólo constituyen causal de excusa cuando ejercen sobre el agente una coacción capaz de perturbar su libertad o su conciencia; y **justicia**, como elemento objetivo, porque sin agresión injusta o grave que motive en el mundo exterior la excitación del sujeto activo, disminuyendo la espontaneidad de su determinación criminal, toda atenuación de la responsabilidad resultaría gratuita. (Casación Penal. Noviembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190).....611, 2ª

— 84 —

CLAUSULA DE RESERVA (No puede imponerse su renuncia a la contraparte)

El artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación introducida por el Decreto número 616 de 1954, establece que en los contratos de tiempo indeterminado las partes pueden reservarse la facultad de terminarlos en cualquier tiempo, dando aviso a la otra con antelación no menor de 45 días y siempre que tales circunstancias consten por escrito.

Como se observa, la norma anterior consagra el mismo derecho a ambas partes para dar por terminado el contrato laboral en cualquier tiempo, por medio de de la denominada cláusula de reserva, concurriendo las circunstancias que prevee el artículo. No obstante ser potestativo de los contratantes ejercer este derecho, no es lícito a ninguno de ellos, en la relación laboral, imponer al otro el renunciamiento de él. Si tal se hiciera, ello equivaldría a suprimir de manera unilateral a una de las partes el derecho o la facultad de optar, que consagra la norma que se viene examinando. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190)..725, 2ª y 726, 1ª

— 85 —

COLISION DE COMPETENCIAS (En qué consiste)

Hay colisión de competencias —dice el artículo 65 del C. de P. Penal y el 17 del Código de Justicia Penal Militar— cuando dos jueces o tribunales consideran que a cada uno de ellos exclusivamente le corresponde el conocimiento de un asunto criminal, o

cuando se niegan a conocer de él por considerar que no es de la competencia de ninguno de ellos.

La colisión puede ser provocada de oficio por el juez o magistrado, o a solicitud de parte legítima. Si fuere de oficio, el juez o tribunal que la suscitare se dirigirá al juez o tribunal ante quien se promueva, exponiéndole los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto. Si este juez o magistrado no aceptare, contestará dando la razón jurídica de su denuncia, y en tal evento se dará cuenta al juez o tribunal inmediatamente superior para que resuelva de plano la colisión (artículos 67 del C. Penal y 20 del C. de J. P. M.). (Casación Penal. Octubre 28/57. Nos. 2188-2189-2190).....602, 1ª

— 86 —

COLISION DE COMPETENCIAS (No puede provocarla un Juez de instrucción penal militar)

Para que la colisión de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia castrense pueda dar lugar a una resolución de la Corte, en obedecimiento a lo preceptuado por el artículo 1º del Decreto 2900 de 1953, debe haber adquirido forma, esto es que haya tenido lugar entre funcionarios que sean competentes, por la naturaleza del hecho, el lugar en que se cometió, o el fuero del sindicado, para conocer de él es decir, que en un caso dado puedan fallarlo. Pero en manera alguna puede plantearla un juez de instrucción penal militar, ya que estos son auxiliares de la justicia represiva, que carecen por lo mismo, de competencia para conocer de un proceso penal y para fallarlo en primera instancia. (Casación Penal. Octubre 28/57. Nos. 2188-2189-2190).....602, 1ª y 2ª

— 87 —

COLISION DE COMPETENCIAS (Trámite del incidente)

Cuando se plantea un incidente sobre colisión de competencias, el funcionario ante quien se promueve debe expresar en forma precisa, clara y terminante las razones que le asisten para aceptar o rechazar la colisión. Si los motivos aducidos por quien provoca la competencia son aceptados por la entidad o funcionario a quien se provoca, habrá acuerdo o conformidad de pensamiento, disipándose toda posibilidad sobre colisión de competencias, y el superior nada tiene que resolver. Pero si existe desacuerdo sobre el tema planteado, si no hay conformidad de pensamiento o unidad de ideas entre lo expuesto por la entidad o funcionario que promueve la competencia y el funcionario o entidad provocada, entonces surge el incidente y en tal evento se dará cuenta al inmediato superior para que resuelva de plano la colisión. (Casación Penal. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187).....200, 1ª

— 88 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos comunes cometidos por Magistrados de Tribunal Superior)

A tenor del artículo 42, num. 6º del Código de Procedimiento Penal, la Corte es competente para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros, contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Quiere decir lo anterior que los Magistrados de los Tribunales Superiores gozan de fuero judicial cuando el delito que se les imputa es uno de los llamados de responsabilidad, o sean

aquellos que se cometen en ejercicio de funciones oficiales o por razón de ellas o so pretexto de estos, fuero que además de ser una garantía para el funcionario es una seguridad de que no habrá una "impunidad escandalosa" como consecuencia del espíritu de solidaridad profesional. Los delitos comunes o sean aquellos en que pueden incurrir los Magistrados sin que para nada juegue su investidura oficial son, en cambio, de competecia de los jueces ordinarios.

La sola investidura o categoría de Magistrado, ha dicho la Corte, no es causa suficiente para que a ella se le confiera facultad para ampliar las normas de jurisdicción y competencia, normas que son de orden público y cuya aplicación no puede hacerse con criterio analógico, sino restringido, ya que aplicando el principio analógico se llegaría a la conclusión de dar a los simples delitos comunes el carácter de delitos de responsabilidad. "No es la sola investidura o categoría del Magistrado lo que da competencia a la Corte para conocer; a aquella debe estar unida la naturaleza del hecho imputado, que mira directamente al ejercicio de una actividad oficial del cargo". (LXXXIV, 434). (Casación Penal. Diciembre 2/57. Nos. 2188-2189-2190).....638, 2ª y 639, 1ª

— 89 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos por quienes después son militares)

Si la situación del sindicado era, en la época de los hechos, la de particular según la definición del código castrense, y no cometió delito militar, es precisamente a la justicia ordinaria a la que corresponde su juzgamiento, en virtud de que ningún fuero le ampara. (Casación Penal. Septiembre 12/57. Números 2186-2187).....215, 2ª

— 90 —

COMPLICIDAD

Véase el aparte **Asociación para delinquir** en el número 33 de este Indice.

— 91 —

COMPLICIDAD CORRELATIVA (La existencia de esta figura no excluye la participación de otras personas con el carácter de coautores o cómplices)

Debe examinarse si es posible tener a alguien como coautor o cómplice —necesario o no— cuando se trata de relacionarlo con individuos a su vez colocados en complicidad correlativa, cuando la actividad del primero no se concretó en idénticos actos a los ejecutados por los otros. No puede argüirse que es imposible vincular a tal persona como partícipe, con la base de que el estado de complicidad correlativa es consecuencia de ignorar precisamente quién fue el que ejecutó el hecho, causante directo del homicidio o las lesiones. El que la actividad precisa y concreta de dos personas hubiese sido tan equívoca, entre ellas únicamente, que dé lugar a que no se sepa cuál de las dos en realidad hirió a la víctima, mortalmente en el homicidio o sin esta gravedad en el caso de las lesiones personales, delimita de modo preciso el problema y hace que sólo en aquellas dos personas se cristalice la correlatividad, en cuanto a las lesiones, mortales o no, lo que no es óbice para que una tercera quede esencialmente unida a esa actividad porque, al ejecutar actos diversos de los atribuídos a las primeras, apenas es índice negativo de que no obró en la misma forma que otras, pero con eso no se demuestra que los resultados de sus actos sean independientes de los resultados de actos propios de aquellas: la vinculación por complicidad correlativa de las dos primeras no excluye la de éstas con la tercera y vice-

versa. La actividad de las unas fue concreta, como lo es la de la última, pero ninguna es independiente respecto de los resultados. Así, no constituye error el afirmar que alguien, sin disparar, puede ser por ejemplo cómplice necesario en un delito de homicidio, cuando no se sabe cuál fue precisamente el que, de otros que sí dispararon, produjo la muerte de la víctima porque lo único que cabe concluír es que alguno de estos fue el autor de las heridas mortales y que, al ignorarse quién concretamente lo hizo, se les coloca en complicidad correlativa, para no dar tratamiento de autor a quien no fue causa del deceso o de las lesiones, pero también para no dejar impune el ilícito.

Así pues, el concepto de la correlatividad está basado en autoría indeterminada. Si aquella se establece respecto de algunos de los que intervinieron en los hechos, la participación de otros no queda descartada al aceptarse la correlatividad y los últimos pueden quedar vinculados a los anteriores como coautores copartícipes, si su actividad fue de tal naturaleza que sin ella no hubiesen sobrevenido las simples lesiones o la muerte de la víctima. Cosa distinta es la de que, al aplicar la sanción al coautor no cobijado por la correlatividad, haya de graduarse de acuerdo con la que corresponde a los comprendidos en aquella figura jurídica. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190) .....687, 1ª y 2ª

— 92 —

COMPRAVENTA (Acciones del artículo 1888 del C. C.)

Las acciones concedidas al comprador en los eventos contemplados en el artículo 1888 del C. C. sólo tienen aplicación para el caso en que las partes no hayan consagrado reglas diferentes en el contrato, con el fin de darle solución a los problemas de esa índole que pueden presentarse en el desarrollo y ejecución del mismo. Las partes pueden, con un criterio de previsión, indicar las reglas jurídicas que serían aplicables en los eventos inciertos que podrían presentarse en la ejecución de la convención; consecuencialmente, tanto el vendedor como el comprador, pueden preferir a la regla contenida en el artículo 1888 la que hayan acordado en la escritura de compraventa; procedimiento correcto, puesto que dicha norma no es estrictamente imperativa, sino supletiva, encaminada a tutelar los intereses privados de las partes y no a definir ni a proteger intereses de orden público. Los falladores de instancia, al hacer prevalecer sobre el precepto citado la voluntad de los contratantes, no hacen otra cosa que acatar el principio de la autonomía de la voluntad, que es fuente de reglas jurídicas y fundamental en la institución de los contratos, siempre que en su aplicación y desarrollo no se quebranten la moral, el orden público y las buenas costumbres. (Casación Civil. - Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187).....123, 1ª y 2ª

— 93 —

COMPRAVENTA (Dación en pago)

El reconocimiento de la prestación de unos servicios no implica aceptar, ni mucho menos confesar que un contrato de compraventa celebrado por quien recibió los servicios y por quien los prestó, sea precisamente para pagar deuda proveniente de esos servicios. Si la existencia de servicios prestados por el comprador al vendedor con anterioridad a un contrato de compraventa no es indicio de que la transferencia tenga por objeto el pago de ellos, así como la existencia de una deuda anterior no podría ser indicio de que una venta posterior fuera para pagarla, es totalmente equivocado admitir que la simple aceptación por parte del demandante de que los

servicios se prestaron sea la prueba plena y completa de que el contrato no fue el expresado por las partes en la escritura de venta, sino una dación en pago de esos servicios alegada por la compradora demandada, sin que por otros medios se demuestre la simulación relativa del contrato contenido en la escritura. (Casación Civil. Noviembre 19/57. Nos. 2188-2189-2190).....552, 2ª y 553, 1ª

— 94 —

COMPRAVENTA (Determinación del inmueble por su ubicación y linderos)

Como por encima del interés particular de las personas se halla el interés general de la sociedad que requiere precisión y certidumbre en los pactos, la ley ha establecido solemnidades especiales para ciertos contratos que por su importancia económica deben quedar a cubierto de dudas y rectificaciones posteriores. Esta necesidad ha impuesto límites al principio fundamental de la libertad de las partes en la elección de las formas, principio proclamado por el derecho civil moderno, en oposición a la excesiva acción tutelar del derecho romano, cuya ingerencia en los negocios privados prácticamente había anulado la voluntad individual. Por eso hay contratos en que la forma es condición de su existencia, y no puede ser omitida ni alterada sin perder su validez jurídica.

Uno de esos contratos es el de compraventa de bienes raíces en que la escritura pública es formalidad que debe observarse so pena de nulidad. La falta de instrumento, además de la nulidad del acto, acarrea, como consecuencia, la imposibilidad de poderse reemplazar por otras pruebas. El artículo 2594 del Código Civil señala los requisitos que debe llenar la escritura y entre ellos está el de expresar la situación y linderos del inmueble, con indicación de su nombre, si es rural y el de la calle donde está ubicado y el número que lo distingue, si fuere urbano.

Como en la escritura de venta no se determinó por sus linderos la parte de la finca que fue materia de la exclusión o reserva y si se dio la alindación general del inmueble en que estaban radicados los derechos cedidos, su omisión no podía suplirse con declaraciones de testigos, o sea, con medios probatorios distintos a la misma escritura, porque a ello se opone no sólo el artículo 1760 del Código Civil y el artículo 2524 de que atrás se ha hecho mérito, sino también el artículo 2658 de la misma obra que sanciona con la nulidad del registro de todo título o documento en que no se designe con claridad el nombre, la situación, los linderos y el valor de la finca. (Casación Civil. Octubre 24/57. Nos. 2188-2189-2190).....478, 1ª

— 95 —

CONCURSO DE DELITOS (Conexidad objetiva)

La conexión objetiva, es la que se presenta cuando a dos o más personas se les sindica de varios delitos agotados por ellas en el mismo tiempo y lugar o en oportunidades y lugares distintos siempre que se encuentren factores que los vinculen, o cuando las pruebas de uno pueden influir en la calificación jurídica de los demás. (Casación Penal. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187).....150, 1ª

— 96 —

CONCURSO DE DELITOS (Unidad de proceso)

Aunque los delitos de homicidio y lesiones personales deben investigarse y fallarse en distintos procesos, fue un acierto que el juzgador en este caso no hubiera fraccionado el proceso en dos procedimientos para cada de-

lito o procesado, pues para tal evento valdría lo que anota Florián, de que la apreciación de solo una parte ocultaría el sentido del conjunto fraccionándolo y la responsabilidad de cada sujeto no aparecería precisa ni clara. De ahí que el admitir o desestimar la competencia por conexión sea una cuestión cuya dilucidación corresponde primariamente al juez, pues la decisión en uno u otro sentido envuelve una apreciación de hecho y sujeta a su vez a la apreciación del superior, según las razones de oportunidad que se encuentren en cada caso. Este criterio también se patentiza cuando se dispone la acumulación de un proceso a otro en los eventos señalados en el código de procedimiento penal. (Casación Penal. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187)..... 150, 2ª y 151, 1ª

— 97 —

CONCURSO DE DELITOS (Unidad de proceso)

La conexidad es un fenómeno que se predica del concurso de delitos y determina la individualización de la pena progresiva única por el sistema de la acumulación jurídica y sirve también para conformar una figura delictuosa agravada.

Etimológicamente dicha palabra significa **enlazado con.** En derecho penal se emplea para señalar el nexo lógico que une, ata o vincula un delito a otro en forma tan íntima que justifica la orden legal de que se investiguen y fallen en un solo proceso en obedecimiento a los principios de la competencia, la unidad y la economía del procedimiento.

Factores como la unidad de designio entre los delincuentes, las circunstancias del momento, la unidad de los medios empleados, etc., pueden dar origen a tal fenómeno siendo el vínculo o nexo más común el de causa a efecto en cuanto uno de los delitos da lugar a los demás, sin despreciarse el de medio a fin cuando, v. gr. un homicidio se comete para preparar, facilitar o consumar otra infracción, y el consecuencial, en el caso de que se cometa otro delito para ocultar uno anterior con el fin de procurar su impunidad, asegurar su producto o suprimir las pruebas.

La relación o nexo entre las infracciones debe ser lógica ya se trate de varias cometidas por un solo individuo ora que hayan sido agotadas por pluralidad de personas; sustancial o esencial y no meramente secundaria pues de lo contrario la dependencia que naturalmente tienen unas cosas con otras sería causa de que se investigaran y fallaran en un solo proceso infinidad de infracciones con el consiguiente caos en la administración de justicia. (Casación Penal. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187).....150, 1ª

— 98 —

CONDENA EN ABSTRACTO (No procede en derecho laboral)

Para que pueda tener procedencia la condena en abstracto es indispensable que se trate de frutos, intereses, perjuicios o cosa semejante. Y la expresión "perjuicios" no puede ir hasta asemejarse con las prestaciones derivadas de una enfermedad durante la vigencia del contrato laboral, para que pudiera tener cabida la aplicación del procedimiento a simili que establece el artículo 145 del C. de P. L. porque la justicia laboral persigue ante todo el reconocimiento concreto, sin dilaciones o incidencias, de los derechos del trabajador. Precisamente por ello, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sentó la siguiente jurisprudencia que acoge ahora la Corte: "Reiteradamente ha sostenido esta corporación que la condena en abstracto no debe tener cabida sino cuando se trata de frutos u otra cosa semejante y que, en consecuencia, no es admisible el procedimiento del artículo 553 del mismo Código en las controversias que versan sobre salarios o pres-

taciones sociales. (Casación Laboral. Noviembre 15/57. Nos. 2188-2189-2190)..... 763, 1ª

— 99 —

CONFESION (Valor probatorio)

La confesión legítimamente provocada pero no sugerida reviste el mismo valor probatorio de la confesión espontánea cuando se halla, por lo demás, ratificada en otras constancias procesales. (Casación Penal. Noviembre 5/57. Nos. 2188-2189-2190).....618, 2ª

— 100 —

CONSIGNACION (Del artículo 65 del CST.)

Tiene definido la jurisprudencia laboral, con criterio que hoy reitera la Corte, que la consignación de que trata el artículo 65 C. S. T., con la que el patrono "cumple con sus obligaciones", según su tenor, y cuya consecuencia primordial es la de evitarle que incurra en mora, o la de ponerle término a la en que haya incurrido —quedando sin operancia la obligación indemnizatoria estatuída por el inciso primero del mismo precepto—, esa consignación, se repite, no requiere, por virtud de su finalidad, de los trámites establecidos por el Código Judicial para esta forma de pago de las deudas comunes. Así, en sentencia de 17 de septiembre de 1955 dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo cuyas funciones desempeña hoy esta Sala de Casación Laboral de la Corte:

"Con todo, y para aprovechar el asunto con miras a la unificación jurisprudencial, puede definirse que el artículo 65 no demanda una consignación con los requisitos del Capítulo 7º del Título 14 del Libro 4º del C. C. y las formalidades del Título XXXII del Libro 2º del C. J., sino el simple depósito de lo que el patrono confiesa deber, elemento este sustancial que rechaza las consignaciones írritas en su monto o fraudulentas en su intención, mientras la justicia del trabajo decide la controversia, es decir, mientras se califica por funcionario competente si la suma depositada cancela el valor de los derechos del trabajador, según lo confesado, o es insuficiente para la solución de las obligaciones patronales. Estos dos factores —confesión de lo debido y transitoriedad de la consignación— integran el hecho en examen, al que la ley atribuye el efecto liberador ya anotado; determinan las modalidades de su ocurrencia, las cuales por otra parte convienen con la simplicidad de formas del derecho laboral, sin las formalidades de la oferta, traslado de ella al acreedor, autorización del juez, nombramiento de depositario, del derecho común; y precisa su finalidad, que no es otra que la de atender a la satisfacción de la deuda patronal ya confesada, de buena fe, por lo cual el depositario —Juez o autoridad política del lugar— debe hacer llegar a su destino la suma consignada, que no puede confiársele para cosa distinta, o, al menos, debe hacer saber al trabajador que el depósito se halla a disposición suya con el destino indicado". (Juicio de Miguel Ardila contra Guillermo Velásquez y Honorio Vélez H.).

Y en 13 de abril de 1956, decidió:

"Para la Sala, la argumentación anterior carece de todo fundamento ya que la consignación que efectúa el patrono en el caso previsto por el inciso segundo del artículo 65 y para sus efectos, difiere sustancialmente de la regulada por la legislación ordinaria para las obligaciones civiles. Así, ella no va precedida de oferta, con expresión de lo que el deudor debe y demás exigencias del artículo 1658 del C. C., sino que consiste simplemente en la entrega al juez de lo que el patrono confiesa deber, para poner término a la discusión que se haya suscitado con el trabajador acerca del monto de sus créditos laborales,

precaviendo la mora, o para hacerla cesar si ya se había incurrido en ella, y aun para evitarla, sin que haya habido discusión acerca de aquel monto, cuando no ha sido posible efectuar directamente el pago al ex-trabajador. Y todo ello, mientras la justicia decide, esto es, mientras la jurisdicción del trabajo, cuando se instaura contienda, por el todo o por la diferencia, define si lo que el patrono confesó debido concuerda, en su monto y en sus conceptos, con los derechos del trabajador, los cuales, por otra parte, se hallan amparados por normas de orden público y son irrenunciables". (Juicio de Manuel Blanco Suárez contra Embotelladora Santander, Limitada (Coca-Cola). (Casación Laboral. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187).....351, 2ª y 352, 1ª y 2ª

— 101 —

CONSIGNACION (Puede hacerse ante cualquier Juez del Trabajo)

Se dice también que no está demostrada la entrega material del título, pues éste se llevó al Juzgado 2º del Trabajo de Cali y de la litis conoció el Juzgado 1º del mismo lugar. La Sala no acepta este reparo, pues, de una parte, al juicio se aportaron en legal forma las constancias que dan cuenta de aquella entrega material en el Juzgado 2º y, por la otra, porque entiende que era lícita tal entrega —aunque no se hubiese producido en el Juzgado que luego conoció de la controversia— ya que el precepto habla de "Juez de Trabajo" simplemente, como lo era también el que la recibió, y sin que deban sobre este punto imponerse otros requisitos que los atinentes a las reglas de competencia, de la cual también habría estado revestido potencialmente el dicho Juzgado 2º, según los factores determinantes de la misma. (Casación Laboral. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187)..352, 2ª

— 102 —

CONSTITUCION (La Corte no tiene competencia para decidir sobre la exequibilidad de actos reformatorios de la Carta)

La guarda jurisdiccional de la Constitución es un corolario de la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes —en el significado amplio de esta última palabra— y medio de garantizar la idea del derecho. Ella se ejerce preventivamente para vigilar la actividad legislativa y paralizarla cuando sus medidas se consideren inconstitucionales, o invalidando la norma ya expresada, y aun mediante la declaratoria de inaplicabilidad. Los dos últimos fines se obtienen por vía de acción o de excepción, conforme a procedimientos que difieren tanto por su mecanismo como por sus consecuencias jurídicas.

La vía de acción es el procedimiento directo, en que cualquier ciudadano ocurre ante la Corte Suprema de Justicia para que ésta declare la conformidad o inconformidad del acto acusado con la Constitución. De esta suerte se ejerce el control por un órgano jurisdiccional único, al que el constituyente mismo inviste de tal facultad. La decisión produce efectos **erga omnes**. La defensa, por vía de excepción, se obtiene por la declaratoria de inaplicabilidad de la ley a un caso concreto con efectos simplemente relativos. El artículo 214 de la actual codificación constitucional consagra el primer sistema; el 215 el segundo.

No todo acto que atente contra la integridad de la Constitución, inmediatamente fija con nitidez su alcance, de tal suerte que el referido artículo contiene un principio sustantivo y la norma que lo regula y garantiza: por el primero a la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución, y por la segunda que es su desarrollo, se le otorga la facultad de decidir definitivamente sobre la exequibili-

dad de los actos allí enumerados. La competencia de la Corte es entonces restrictiva, porque la enumeración es taxativa.

El acto legislativo número 3 de 1910, en su artículo 41 confería a la Corte la facultad de decidir sobre "Los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales". Se establecía pues una competencia de carácter general para que la Corte conociera de la constitucionalidad de leyes y decretos, sin excepción ni límite alguno, de tal suerte que se consagró un control jurisdiccional pleno e ilimitado, y entonces sí era afirmativa la competencia de la Corte para todos los actos emanados del gobierno o del legislador.

Pero el acto legislativo número 1 de 1945 restringió esa competencia, en materia de decretos, a los que dicte el gobierno en ejercicio de las atribuciones que le dan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y las que le confiere el artículo 121 de la Constitución. Así, lo que era amplio e ilimitado se suprimió, para reemplazarlo por un control limitado a determinados actos del gobierno, y las facultades de la Corte, en sentido abstracto y general, fueron limitadas por el mismo constituyente. Que tales facultades no se extienden a todo acto que se considere inconstitucional, lo está diciendo, a más de lo anterior, el hecho de que jamás se ha intentado que esta corporación conozca de los proyectos de actos reformatorios de la Constitución, a pesar de que en el presentado por el Gobierno a las Cámaras Legislativas para la reforma de 1945 se hubiese querido adscribirle esa competencia.

Tan evidente es ello, que el Gobierno, en su proyecto incluyó la siguiente invocación: "212. Una reforma de la Constitución no podrá ser declarada inexequible por la Corte Suprema sino cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas por este artículo. El Gobierno sólo podrá objetar la reforma cuando le llegue para su promulgación después de los debates de la segunda legislatura ordinaria". Así pues, el control jurisdiccional sobre proyectos de reforma constitucional, aunque limitado en la forma que indicaba el Gobierno, fue negado y no quedó incorporado en ninguna norma constitucional, de tal suerte que, la Corte no puede, con fundamento en el antecedente, afirmar su competencia sobre proyectos de enmiendas de la Carta, competencia que no se consagró acaso porque en el fondo podía implicar la interferencia de un poder constituido en el poder constituyente, y porque un control de esta naturaleza podía colocar a uno de ellos —el judicial— por encima del mismo constituyente.

Lo propio aconteció con la modificación propuesta en el artículo 147 del proyecto, que decía: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, en su fondo o en su forma, y sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el Gobierno, como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma; o sobre todas las leyes o decretos legislativos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación. **También decidirá la Corte si una reforma constitucional es exequible cuando el Gobierno la objete por no haberse ajustado en su forma de expedición a las normas fijadas en el artículo 209**". La explicación que entonces dio el Gobierno es la de que: "La modificación de este artículo, el

149 de la Constitución, consiste en atribuír a la Corte, como facultad nueva, la de decidir definitivamente sobre las leyes comunes que hayan sido objetadas por el gobierno como violatorias de la ley normativa u orgánica, en su fondo o en su forma, agregando también que la Corte podrá declarar inexequible el proyecto de ley objetado por el Gobierno como inconstitucional, si no se acomoda su forma a las disposiciones de la Carta, es decir, si ha sido expedido con violación de las normas constitucionales. Se agrega la atribución de la Corte de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los decretos legislativos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales. Como se ve, no se da la facultad a la Corte de juzgar sobre la forma de las leyes o decretos legislativos acusados por inconstitucionales en acción pública, sino solamente de decidir, en estos casos, cuando el Gobierno, que es colegislador, objete por inconstitucional o violador de la ley orgánica, un proyecto de ley cuya expedición no se acomoda a los trámites establecidos en la Carta".

Así, pues, de la competencia de la Corte se sustraen, los proyectos de enmienda de la Constitución, los decretos reglamentarios dictados por el Gobierno, en uso a la atribución que le confiere el ordinal 3º del artículo 120, y los decretos simplemente ejecutivos. No es lógico ni jurídico sostener que la competencia de la Corte, como encargada de velar por la integridad de la Constitución, se extienda a todos los casos en que tal integridad está amenazada. Si tal aconteciere, la Corte usurparía jurisdicción. Esta competencia es de derecho y de orden público y para el caso, como ya se anotó, no enunciativa sino limitativa, de modo que este control jurisdiccional no puede aplicarse por analogía, sino exclusivamente a los casos previstos en la Carta. Lo contrario es desconocer la voluntad del constituyente y aplicar el control a situaciones que la norma no regula. (Sala Plena. Noviembre 28/57. Nos. 2188-2189-2190).....446, 1ª y 2ª y 447, 1ª y 2ª

— 103 —

CONSTITUYENTE (Momento del pueblo constituyente)

El derecho para convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que ésta se halla de hacer tal reforma, y del ejercicio de la soberanía, latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea la que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente. (Sala Plena. Noviembre 28/57. Nos. 2188-2189-2190)....444, 2ª

— 104 —

CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO (Concepto de familia)

El artículo 89 del C. S. T. registra la presencia de los tres elementos esenciales de todo contrato de trabajo, esto es, la prestación personal de servicios, la dependencia y la remuneración, si bien respecto del segundo el fenómeno de la subordinación ofrece las modalidades propias de la labor que regula, y en lo que se relaciona con el primero, la norma requiere habitualidad y extiende su operancia a los casos en que el servicio personal se preste con ayuda de miembros de la familia del trabajador. El punto de definir, es el de qué debe entenderse por "familia", para los efectos de saber cuándo la ayuda de determinada o determinadas personas conserva o destruye, según el caso, la figura laboral en examen, por pertenecer o no quien efectúa esa ayuda al núcleo familiar del trabajador, esto es, por ser miembro como dice

la norma, o no de la familia de la persona que presta habitualmente a un patrono sus servicios remunerados en su propio domicilio.

En otras palabras. se trata de precisar qué debe entenderse por familia para los efectos laborales del contrato de trabajo a domicilio.

El Código Sustantivo del Trabajo no define a la familia. El Código Civil tampoco contiene esa definición. Sin embargo, uno y otro regulan situaciones que la contemplan o que se refieren a sus intereses o a los de sus miembros o a las actividades de personas cuyos nexos atañen al denominado derecho de familia. Así por ejemplo, el estatuto civil se ocupa del parentesco, en sus vínculos de consanguinidad y de afinidad; la adopción; de las tutelas, del orden sucesoral; de los alimentos y de otras figuras en que la sangre o la ley generan una comunidad doméstica sometida a una autoridad, u obligan a dispensarle un tratamiento que sólo alcanza a explicarse por consideraciones de índole semejante. A su vez, el Código de Trabajo, en distintas oportunidades y para diversos efectos, alude a la industria familiar, a los viajes del trabajador y de su familia, a los miembros de ésta, etc., pero sin ofrecer en ninguna de sus reglas los elementos de hecho que delimiten el concepto de familia, o que permitan definirla en razón de la naturaleza de los vínculos que existan entre las personas que la integran, o de la extensión por grados o por líneas de los mismos, o en virtud de la clase de comunidad que esas personas constituyan, o de cualquier otro factor o complejo de factores.

En defecto de una definición por la ley precisaría acudir al sentido natural y obvio de la palabra, según el uso general, como lo impone el conocido principio de hermenéutica. Conforme a este criterio, se entendería por familia, restringidamente, el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; y en sentido más amplio, esa misma comunidad integrada por todas las personas que se hallen unidas en parentesco. Sin embargo, en lo que toca con éste conviene recordar que él puede fundarse en los lazos de la sangre, legítimos e ilegítimos; en los provenientes, por afinidad del matrimonio, y aun en el puramente civil resultante del prohijamiento o adopción. Cabe agregar todavía que, en punto a líneas y grados, el uso general carece de precisión poseyendo sobre el particular un sentimiento más que un concepto. Por último el diccionario de la Academia, en alguna de sus acepciones, incorpora en ese núcleo social a los criados de quien ostenta la autoridad de señor, en otras lo conforma por la sangre y por la convivencia y a veces hasta lo refiere a alguna condición en común. De todo ello resulta que no existen, ni en la ley ni en el uso, términos precisos para el concepto en estudio.

Sin embargo, hay en el derecho común varais reglamentaciones que se ostentan delimitadas primordialmente por las vinculaciones de familia, como la consagratoria del orden sucesoral y la impositiva de las obligaciones alimentarias, y del criterio que las informa puede valerse la Corte, en ausencia de todo otro, para los efectos de la definición que ahora se le reclama. Integran, en consecuencia, la familia: el cónyuge, los ascendientes y los descendientes, sean legítimos o naturales, los hijos adoptivos y los padres adoptantes, los colaterales hasta el cuarto grado y por consideraciones de registro constante en diversas figuras, los afines hasta el segundo. Para soluciones particulares importará además, atender a las circunstancias que de modo expreso reclame la ley, como cuando exige la convivencia para la materia de los gastos de transporte (regla 8ª del artículo 57 del C. S. T.); o cuando restringe la comunidad doméstica al jefe de familia, su cónyuge y sus descendientes en la industria

puramente familiar (artículo 223 C. S. T.) ; o reduce al segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad la vinculación familiar para los efectos de la pérdida del derecho de cesantía, por delito contra los parientes del patrono (artículo 250 del C. S. T.). Pero el marco general lo establecen aquellos nexos en los términos expresados, los cuales por una parte, evitan las ampliaciones excesivas y descartan por otra las relaciones que no se conforman según el derecho del trabajo con la realidad contemporánea, como las anacrónicamente denominadas de amos y criados.

En la figura del trabajo a domicilio debe anotarse que el precepto legal registra la labor del miembro de la familia como una "ayuda" para la persona que presta habitualmente sus servicios al patrono. Quiere decir lo anterior que entre aquellos no existe contrato alguno ni de aprendizaje ni de ninguna otra clase, sino asistencia, auxilio o concurso prestado por el motivo familiar que impone el nexo de sangre o de ley. (Casación Laboral. Octubre 16/57. Nos. 2188-2189-2190) ... 709, 2ª y 710, 1ª y 2ª

— 105 —

CONTRATO DE TRABAJO (Entre concubinos)

De una situación extra-matrimonial como la del caso sub-judice, de frecuente ocurrencia, donde, aparte de las relaciones encaminadas a la procreación y a las consideraciones recíprocamente debidas, se proyecta una asociación o sociedad de hecho entre el hombre y la mujer para crear riqueza, conservarla y aumentarla, jurídicamente no puede colegirse la configuración de un contrato laboral, cuyas características esenciales pugnan con aquella vinculación. A pesar de acreditarse la relación de trabajo personal, la presunción contractual contemplada en el artículo 24 del C. S. del T. no operaría, ya que queda desvirtuada por la índole misma de la putativa unión conyugal. Y si hay subordinación, ésta no es la del trabajador asalariado, que implica ánimo jurídico o económico de obligarse, sino el obedecimiento de la mujer al marido, que obra entre casados legítimamente. Admitir contrato laboral en tales condiciones es como aceptarlo entre cónyuges, en sus relaciones de trabajo encaminadas a la creación y aumento del patrimonio social. (Casación Laboral. Septiembre 17/57. Nos. 2186-2187).....318, 1ª y 2ª

— 106 —

CONTRATO DE TRABAJO (Presunción de)

Según el artículo 24 del C. S. del T. "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo", pero tal presunción, como lo ha dicho la Corte, "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". (Casación, LXXXIII, Nos. 2171 a 2173, página 553). (Casación Laboral. Agosto 19/57. Nos. 2186-2187) 275, 1ª

— 107 —

CONTRATOS (Libre estipulación)

Que los contratos son fuente de principios jurídicos se desprende del precepto consagrado en la ley positiva de que son leyes para las partes; y no solo pueden considerarse como fuentes de expresión sino de creación de esos mismos principios, en el sentido de que los contratantes no solo tienen un amplio margen para prever todas las contingencias que pueden presentarse en el desarrollo y cumplimiento de las convenciones, sino también de adoptar aquellas normas que consideren más adecuadas para resolverlas.

El principio básico de la institución es precisamente el de la libre estipulación, cuya normal aplicación y desenvolvimiento no solo garantizan los objetivos jurídicos y económicos de las convenciones, sino también, la propia seguridad y firmeza de éstas. Y si la ley positiva establece límites a ese desenvolvimiento, ellos no pueden ir más allá de la tutela de la moral, del orden público y de las buenas costumbres, que son los ángulos normativos que determinan el campo dentro del cual se mueve la autonomía de la voluntad. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Números 2186-2187) 123, 2ª

— 108 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Alcance de la autorización otorgada al Gobierno por el Consejo de Estado)

Según el artículo 253 de la Ley 167 de 1941, "el dictamen del Consejo que declara autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional. Por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización, si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones". En otros términos: no puede discutirse en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, la falta de autorización por parte del Consejo, cuando éste ha decidido declarar autorizado al Gobierno para celebrarlo. No puede alegarse tampoco "falta de autorización" para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones.

Comentando esta disposición, en su tratado de "Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano", dice el doctor Tulio Enrique Tascón:

"Esta disposición se funda en que la declaración del Consejo hace tránsito a cosa juzgada, y en que si fuera lícito impugnar el dictamen del Consejo sobre la sujeción del contrato a las autorizaciones legales, vendría un Tribunal distinto de él a fallar sobre cuestiones administrativas que son privativas del Consejo. Podrá, sí, ser impugnado el contrato por carencia de los requisitos exigidos por las leyes civiles, como lo expresamos en el comentario al artículo 248". El comentario a esta última disposición es del tenor siguiente: "La declaración hecha por el Consejo de que el contrato revisado reúne los requisitos de que trata el artículo 246, es un acto meramente administrativo, una formalidad legal indispensable para la existencia de los contratos de que hablan los artículos 242 y 243, y por lo mismo, no impide que ante la justicia ordinaria pueda discutirse la validez del contrato en cuanto a los requisitos exigidos por el artículo 1502 del Código Civil. Pero no se podrá atacar la firmeza del contrato impugnando la declaración del Consejo sobre la autorización legal para celebrarlo, como lo dice el artículo 253". (Cuarta Edición 1954). (Negocios Generales. Octubre 24 57. Números 2188-2189-2190).....861, 2ª y 862, 1ª

— 109 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Cláusulas compromisoria y de caducidad)

Si en un contrato de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, de un lado se consigna la cláusula compromisoria, y de otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluída por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el derecho de la Administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una

simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable (artículo 254 C. C. A.); es de orden público y tiene por objeto impedir que se afecte una obra o un servicio, que son de interés público superior, por culpa del contratista, por su quiebra o por su fallecimiento. La cláusula de caducidad es pues obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituírla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal. (Negocios Generales. Octubre 24/57. Nos. 2188-2189-2190) 862, 2ª

— 110 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Competencia para conocer de las controversias que se susciten cuando han sido autorizados por el Consejo de Estado)

Si, pues, la facultad de revisión que tiene el Consejo de Estado es puramente administrativa, como se desprende del régimen del Código de la materia, las cuestiones que se susciten en torno al contrato, a su interpretación, a la validez y los efectos de cada una de las declaraciones de la voluntad consignadas en él, se rigen por las disposiciones del Código Civil y son del conocimiento de la justicia ordinaria. (Negocios Generales. Octubre 21/57. Nos. 2188-2189-2190) 862, 1ª

— 111 —

COSTAS

Véase el aparte **Abuso del Derecho** en el número 18 de este Indice.

— 112 —

COSTUMBRE (No es válida la establecida contra la ley)

Las costumbres no subrogan la ley, menos cuando ésta se dirige a corregirlas.

Ni la geografía es canon derogatorio de las leyes, cuyo carácter de generalidad impide que los habitantes de un determinado territorio se sustraigan a su imperio, con el pretexto de que la observancia de una práctica antisocial, con posterioridad a la vigencia del precepto que la sanciona o la erige en hecho indicador de la comisión de un ilícito, exonera a quien persiste en ella de sufrir las consecuencias de su conducta. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190). 672, 2ª

— 113 —

CUANTIA (Modificación por el posterior desistimiento de una de las acciones del juicio)

Si adquiriere firmeza procesal la estimación de la cuantía de una acción si no fue oportunamente objetada por el demandado, no es menos cierto que en derecho y en el hecho, puede ella quedar modificada por el abandono resultante del desistimiento de una o de varias de las acciones que hayan sido acumuladas al iniciar la litis. En otros términos: si es firme la cuantía de las varias acciones incoadas en la demanda si ella no fuere oportunamente objetada, sin embargo, puede variar y varía si el actor desiste de alguna o algunas de ellas y el desistimiento fuere aceptado y procedente. (Casación Civil. Octubre 25/57. Nos. 2188-2189-2190) 481, 1ª

— 114 —

CUESTIONARIOS

La prohibición contenida en el artículo 28 de la ley 4ª de 1943, debe entenderse encaminada a evitar la posibilidad de que el jurado sea sorprendido con tecnicismos jurídicos cuyo alcance no acierte a comprender haciendo nugatorias sus respuestas. (Casación

Penal. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190) 607, 2ª

— 115 —

CUESTIONARIOS (Interrogación por circunstancias específicas o modificadoras)

La única parte inmodificable del auto de proceder es aquella en que se determina el género del delito no su especie, lo que se hace en la parte resolutiva, pues de lo contrario podría darse el caso de una condenación por un delito que no fue imputado. De ahí que el Juez no pueda preguntar al Jurado por género distinto del señalado en el auto de proceder; no le está vedado empero interrogar por circunstancias específicas o modificadoras diferentes cuando durante el término probatorio de la causa éstas aparecen con modalidades distintas a las consignadas en el enjuiciamiento, las que para esa finalidad se detallan en la parte motiva que no circunscribe el debate. (Casación Penal. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190).....608, 1ª

— 116 —

CULPA (De un funcionario por olvido o negligencia en el desempeño de sus labores)

Es cierto que la omisión por olvido —por regla general— no implica, necesariamente, el concepto de culpa, y es evidente que la omisión involuntaria no es objeto de sanción. Es la conducta negligente del funcionario la que lleva en sí el concepto de culpa; por consiguiente, objeto de sanción penal. Sus modalidades distintas: la primera, olvido sin negligencia, excluye el concepto de imputabilidad, por consecuencia el de responsabilidad; el otro, afirmativo de la culpa o negligencia, cuando se halla demostrada es penalmente imputable y sobre ella, si en el curso del juicio no se ha desvirtuado, se hace la afirmación de la responsabilidad. (Casación Penal. Diciembre 7/57. Nos. 2188-2189-2190) 660, 2ª

— CH —

— 117 —

CHOFERES MECANICOS (Los de buses urbanos no tienen jornada legal de trabajo ni horas extras)

Los trabajadores de buses urbanos, aunque eventualmente no sean mecánicos o no estén obligados a reparar los vehículos que manejan, son "choferes mecánicos", por denominación que se opone, según los antecedentes alegados en la legislación laboral sobre la materia, y los propios términos de la letra d) del artículo 162 del C. S. T., a la de chofer de automóvil particular, que es la otra clase de choferes asalariados; y como tales (choferes mecánicos) "se hallan excluídos de la regulación sobre jornada máxima legal, conforme al precepto que acaba de citarse. Quiere decir lo anterior que la ley no limita la duración diaria de la labor de esta categoría de trabajadores, como sí lo hace con las actividades contempladas por el artículo 161 del mismo estatuto, y no puede por ello señalarse —como no sea por acuerdo voluntario— un número determinado de horas de trabajo como jornada ordinaria, para distinguir y calificar como extraordinaria la que lo supere, con distinción, y consecuencias que la ley ni concibe ni regula de esta manera. Sobre el particular estima la Corte —acogiendo también sobre este punto la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que tal señalamiento implica una reducción de la jornada que autoriza la ley, modifica el régimen exceptivo del artículo 162 del C. S. T. y viola esta norma de derecho. La materia deberá regirse, pues, por sus normas legales propias, que no fijan límite

para esta actividad de los choferes que prestan "sus servicios en empresas de transporte de cualquier clase, sea cual fuere la forma de su remuneración", según dice el artículo 162 del C. S. T., ni autorizan, por lo tanto, recargo por horas extraordinarias, que lógicamente no existen lo cual —conviene advertir— no debe confundirse con el tema del trabajo nocturno y de sus recargos, por el solo hecho de serlo. (Casación Laboral. Diciembre 12/57. Nos. 2188-2189-2190). 799, 2ª y 800, 1ª

— D —

— 118 —

DACION EN PAGO (Implica novación de la deuda. — Similitud con la compraventa)

El concepto de que "si la dación en pago es equivalente a la solución o pago efectivo, las normas del pago son las que deben regirla y de ellas se debe servir el Juez para dar solución a cualquier diferencia que surja una vez operada ésta", es acertado en cuanto al fin que las partes desean obtener mediante la dación en pago, pero sólo atiende a un aspecto de la cuestión, pues la limita a la forma como debe ser juzgada la deuda que se paga, con olvido de las otras relaciones que pueden surgir, ya que la operación consiste en dar al acreedor, mediante la aceptación de éste, en pago de su acreencia, una cosa distinta de aquella que se debía en virtud de la obligación. Implica, por tanto, un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor para variar el objeto de la obligación primitiva y obtener así que el deudor se libere con el cumplimiento de una prestación distinta a la estipulada, lo que entraña novación de la deuda.

En este acuerdo de voluntades sobre cambio o mutación de objeto de la obligación es en donde encuentran los tratadistas que la dación en pago, **datio in solutum** de los romanos, implica una novación objetiva.

La tesis de la novación en la dación en pago es adoptada por la casi totalidad de los autores modernos, revaluando así la teoría tradicional que consideraba a la dación en pago como un modo de extinción especial de la obligación o como una variedad del pago. La existencia de la novación en la dación en pago la tiene aceptada también la jurisprudencia de la Corte, como puede verse en fallo de casación de 12 de mayo de 1944 (G. J. números 2010 a 2014, pág. 367).

Si se tiene en cuenta que el objeto de la obligación es lo que individualiza la deuda; que la naturaleza y calidad de la cosa vendida es lo que permite reconocer la obligación; que la obligación debe cumplirse en la forma pactada; que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba; que el objeto de la obligación perdura, o lo que es lo mismo, no cambia la obligación aun cuando las personas que inicialmente figuraron como acreedor y deudor desaparezcan o sean sustituídas por otras, necesario es convenir en que el objeto de la obligación, la cosa o hecho debido, no puede cambiar sin que cambie también la deuda esto es, sin que la obligación sea novada. Es por ello que aun sin que las partes lo adviertan y aun cuando acredor y deudor busquen sólo la cancelación de la deuda, en la dación en pago está sobreentendida la novación de la obligación primitiva por cambio de su objeto. Porque la solución de la obligación primitiva es sólo uno de los efectos de la dación en pago, pero no la figura jurídica en sí, que es el convenio del cambio del objeto de la obligación.

Sólo en virtud de la novación queda extinguida la primera obligación y sus garantías, en forma tal que si el acreedor sufre evicción de la cosa que recibió en pago, sólo tiene derecho a ejercitar la acción de garantía contra el tradente. Si se tratara simplemente de

una modalidad del pago, al ser privado el acreedor posteriormente por evicción de la cosa que recibió en pago de la deuda, tendría que aceptarse que el acreedor vencido en la evicción no ha sido pagado y por tanto que su primitiva acción subsiste y reviviría la fianza que garantizaba la obligación, a lo cual se opone la expresa disposición del artículo 2.407 del C. Civil, según la cual, si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

Algunos expositores encuentran una gran similitud práctica entre la dación en pago y la venta, precisamente por los efectos posteriores resultantes de la operación. Estiman que cuando se entrega una cosa en lugar de la que se debe, el acto produce los mismos efectos que la compraventa. A la cosa entregada le son aplicables las reglas que regulan este contrato y de consiguiente el que la da queda obligado a responder de la evicción, de los vicios redhibitorios, de las cargas reales, etc. A la deuda que se paga se aplican las disposiciones del pago. La operación puede realizarse así: el deudor vende a su acreedor un bien por precio igual al monto de la deuda y ésta se extingue por compensación con el precio.

Si es difícil establecer la diferencia entre la venta y la dación en pago aun en el caso de que las partes expresen claramente su intención y digan que la transferencia del bien se hace a título de dación en pago, es decir, para solucionar una deuda antes existente, esa dificultad sube de punto cuando, el contrato declarado por las partes en la escritura pública es de compraventa y en el juicio alega el demandado comprador que la venta se le hizo para pagarle una suma que el vendedor le debía por otros conceptos, pues no es fácil establecer si lo afirmado es que se trata de verdadera venta seguida de compensación del precio por la deuda, o de una simple dación en pago con novación de la obligación del tradente. (Casación Civil. Noviembre 19/57. Nº 2188-2189-2190) .554, 1ª y 2ª, 555, 1ª y 2ª y 556, 1ª

— 119 —

DEFENSOR (Cesación de funciones por cancelación de la inscripción)

La petición del defensor para que se cancele la inscripción de abogado ante el Juzgado del conocimiento, no implica, necesariamente, la terminación del cargo, porque el mandato se confiere para llevar la defensa hasta la culminación del juicio y no se concluye caprichosamente por voluntad del apoderado o defensor, sino por la exhibición de excusas legales o por determinación del Juez previo conocimiento de causa. Si el funcionario no decreta la cancelación de la inscripción, con facultades legales y mediante el procedimiento contemplado en el artículo 107 del C. de P. P. puede obligar al defensor a cumplir los deberes y obligaciones adquiridos por la aceptación y posesión del cargo de defensor (artículo 108 ibidem); pero si la decreta, las obligaciones inherentes al cargo terminan, ora por no ser abogado inscrito, bien por el nombramiento de nuevo defensor para que asista al procesado. (Casación Penal. - Septiembre 25/57. Nos. 2186-2187) 247, 2ª

— 120 —

DEFENSOR (Cuándo se adquiere este carácter)

El simple nombramiento o designación de defensor no impone el deber correlativo del ejercicio del cargo; es la posesión y el jura-

mento prestado ante el respectivo funcionario lo que imprime el carácter de defensor y, por consiguiente el ejercicio de las funciones inherentes al cargo, como son las de asistir al procesado en todas las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y el de llevar la representación del acusado en todos los actos o diligencias del proceso. (Casación Penal. Septiembre 25/57. Nos. 2186-2187-.. 247, 1ª

— 121 —

DEFENSOR (Nombramiento. — Obligaciones.—Revocación del poder. — Faltas contra la ética)

El nombramiento de apoderado o de defensor no puede sustituírse sino con expresa autorización del procesado o por disposición de la autoridad que hizo el nombramiento, porque estos cargos —a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil— son de orden público, ya que en la defensa del procesado, por una parte existe un interés público-social para que la ley sea correctamente aplicada como tutela de los intereses del Estado y la sociedad y, por otra, un interés privado, cual es la defensa de los intereses del procesado, para que la sanción corresponda a la verdad material de los hechos investigados, pues solo cuando estos postulados se cumplen se puede hacer la afirmación de que la justicia ha sido correctamente aplicada.

Cuando en el curso de un juicio penal, el procesado voluntariamente revoca el poder, las obligaciones contraídas en virtud de ese mandato cesan por imperio de la ley (artículo 266 C. J.), porque se rompe el vínculo jurídico que ata al procesado y al defensor en relación con el ejercicio del cargo; en tal evento, el defensor, ya no es parte dentro del proceso penal ni persona que con facultad legal pueda intervenir en él y por consiguiente ninguna imputación válida puede hacérsele contra la delicadeza o decoro profesional por haber perdido el carácter de apoderado o defensor. Lo mismo ocurre cuando la persona que sustituye o revoca el poder es el funcionario o Juez del conocimiento. El cargo de defensor de oficio sólo impone deberes y obligaciones morales y legales cuando existe el vínculo jurídico creado por la Ley, mediante el nombramiento y posesión del cargo para actuar en el proceso. Pero cuando el Juez voluntariamente o a petición de parte sustituye la defensa, es obvio que los deberes inherentes al ejercicio del cargo no pueden cumplirse por la existencia de un obstáculo legal; en este caso, tampoco existe falta imputable al defensor por violación de normas relativas a la ética y decoro profesionales. (Casación Penal. Septiembre 25/57. Nos. 2186-2187).....247, 1ª

— 122 —

DELITOS CONEXOS (Cuáles son)

La conexidad, procesalmente considerada, no se refiere a los elementos constitutivos de cada delito, porque estos tienen su individualidad propia e independiente como tales, sino al lazo o nexo que une uno con otro. De ahí que la conexidad se haya estudiado ampliamente, por ejemplo por Garraud, no desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, sino desde el punto de vista procesal penal, y dentro de éste, en lo que hace con la instrucción, y aún más concretamente, en lo relativo a la competencia. Después de indicar los géneros de competencia —por razón de la materia, de la persona y del lugar—, aclara aquel autor cómo cada uno de esos tres géneros se modifica por efecto de la indivisibilidad y de la conexidad, cuyas dos modalidades, a su turno, deben distinguirse con cuidado, partiendo de la noción de que los delitos complejos y los conexos se oponen a los delitos simples; uno de estos lo

es porque se compone de un hecho único, imputable a un solo agente; cuando hay pluralidad de hechos o de agentes, habrá delito complejo o conexo: lo primero "cuando hay un conjunto de hechos, tan estrechamente ligados unos a otros, que no constituyen jurídicamente más que un delito"; lo segundo, "cuando cada hecho o grupo de hechos tienen el carácter de delitos diferentes, ligados entre ellos por una relación que no impide la conservación de su individualidad propia" (**Précis de Droit Criminel**, 4eme éd. revue et corrigée). Y entonces se tiene que los delitos complejos son los únicos indivisibles, pero los complejos y los conexos pueden ser el resultado de la acción de uno solo o de varios agentes. El código de instrucción criminal francés, no define los delitos indivisibles y apenas, por vía de ejemplo, en el artículo 227, como lo explica el autor en cita, da una noción de los delitos conexos, para continuar éste diciendo: "La conexidad es el lazo que une varios delitos distintos. La pluralidad de infracciones es el carácter que separa de los delitos conexos los complejos; el lazo común, lo que los separa de los delitos simplemente concomitantes". Si el artículo de la ley francesa habla de la conexidad e indica, por vía de ejemplo, en qué consiste el vínculo común —fin común, concierto anterior, relación de causalidad— explica Garraud que allí se dan esos casos por ser los más comunes, lo que no impide que haya otros. "Las previsiones de este artículo son **indicativas** y no **limitativas**; no impiden considerar como conexos delitos que se relacionan entre sí, por circunstancias de hecho distintas a las previstas en el texto, cuando esas circunstancias hacen necesaria la unidad de las diligencias". Termina afirmando cómo, de que varios delitos se hallen unidos por el vínculo de la conexidad, es fácil concluir que la instrucción del uno esclarecerá la que deba hacerse para el otro, y que el instructor y el juez, al apreciar el uno, apreciará mejor el otro. De ahí se sigue la consecuencia, añade la Corte, de que en tanto un delito aclare el otro, a más de los factores de tiempo, lugar y origen de los hechos, será índice de conexidad, es decir, en tanto la existencia de un delito sirva de explicación a la existencia del otro, habrá conexidad cuando se une á alguno de aquellos factores, o sea, que si el segundo delito es, por decirlo así, de aparición repentina, sin hecho que lo explique, si no se tiene en cuenta la precedente existencia del otro, habrá que aceptar la conexidad. Esto precisamente descarta la conexidad en delitos que, aunque concomitantes, no se relacionan entre sí, ni por el hecho por el cual se originaron todos los demás que configuraron las infracciones penales, ni por las personas que intervinieron en toda la serie ni por otra razón semejante. (Casación Penal. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187). 155, 2ª y 156, 1ª y 2ª

— 123 —

DELITOS CONEXOS (Determinación)

Para que pueda decirse si hay o no hay conexidad en concreto, es necetario el examen del modo como se desarrollaron todas las actividades que llevaron a la infracción de la ley penal, desde su origen hasta la consumación del último de los delitos en cuestión, para que, sea por la unidad de personajes, aunque no todos sean autores de infracción, ora por la de lugar, por la de tiempo, etc., se vea esa relación. Del total de la actividad de todos aquellos personajes, de sus reacciones, etc., es de donde podrá inferirse la existencia de la vinculación. Por esto Ortolan enseña que el descubrimiento de la conexidad en los casos concretos depende de la sagacidad jurídica del juez o funcionario. No es menester, como a veces se cree, que sólo la relación de causalidad de un delito respecto de otro sea el único medio de establecer la existencia de la conexidad, interpretando tal cau-

salidad como si un delito **necesariamente** produjera el otro, porque tratándose de actos humanos, esa necesidad no es concebible, ya que la causalidad necesaria sólo puede predicarse de relaciones de ley física; ni siquiera un ejemplo típico de conexidad, teórica y doctrinaria, ya que no legal, por la excepción expresamente consagrada en la legislación nacional, y que es el encubrimiento, puede jamás decirse que sea producto necesario del delito encubierto, porque dependiendo de la actividad humana el encubrir o no encubrir, no será necesario que, en todo caso, se dé el segundo delito; lo más que puede haber es una causalidad de necesidad moral, en el sentido de que, según las leyes que gobiernan la conducta humana, y más concretamente, psicológicas, dadas las circunstancias y la personalidad del agente, el primer delito dará el segundo, o sea que aquél será causa de éste, pero no causa necesaria al modo físico, en que siempre se producirá el resultado, ya que éste en el otro plano, vale decir, en el moral, puede no darse porque la actividad es simplemente humana. No se trata de determinar si el delito más grave puede ser o no causa necesaria del menos grave y viceversa, sino si el último delito al menos se explica por el primero. (Casación Penal. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187).....156, 2ª y 157, 1ª

— 124 —

DELITOS CONEXOS (En derecho sustantivo y procesal penal)

Aunque el diccionario de la Real Academia Española indica que la voz **conexidad** es anticuada, sinembargo remite en su primera acepción a la otra palabra inmediatamente siguiente, o sea, a conexión, la cual significa "enlace, atadura, trabazón, concatenación de una cosa con otra". Según la misma obra, el adjetivo correspondiente, conexo, "aplícase a la cosa que está enlazada o relacionada con otra", en su acepción general, y en la especial o forense, "dícese de los delitos que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso". Las definiciones que anteceden a la última llevan a tener la conexidad en general, como lo que liga o une, mediante un nexo, varias cosas entre sí. Habrá que situar el valor de tales palabras en el campo penal y en el campo procesal penal, en donde, obviamente, tal valor será más determinado, y así podrá surgir el sentido en que puede predicarse de los delitos "que por su relación deben ser objeto de un mismo proceso".

Aparte de la discusión sobre si conviene que la ley defina las palabras, por el peligro de que la definición no comprenda todo lo definido, cabe comentar que, si bien ni el legislador colombiano ni los tratadistas la dan en forma abstracta, no por ello existe dificultad insuperable para asir el significado de la conexidad, ni para aplicarlo, concretamente, en cada caso particular porque hay datos suficientes para hacer la construcción general y la aplicación particular.

La conexidad puede estudiarse desde dos puntos de vista diferentes, los ya anotados del derecho penal y del derecho procesal penal. En el primero se suele tener en cuenta la conexidad para determinados efectos, generalmente aplicada al concurso de delitos; en el segundo, existe mayor amplitud, que puede llegar a alcanzar hasta la simple acumulación de autos, en que pudiera verse una conexidad establecida por la ley, por razón del sujeto contra quien, por diversas infracciones cometidas en tiempos también diversos, se sigue pluralidad de diligencias, lo que lleva nuevamente a la consideración de que, por separado, los fallos podrían conducir a una especie de suma aritmética simple de las penas, con detrimento de todas las consideraciones jurídicas que han eliminado sabia-

mente el cúmulo material. (Casación Penal. Agosto 9 57. Nos. 2186-2187) . . 155, 1ª y 2ª

— 125 —

DELITOS DE RESPONSABILIDAD (Necesidad de acreditar la calidad de funcionario del sindicado)

Los funcionarios públicos no solamente son responsables por infracciones de la Constitución y Leyes de la República, sino también, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas, lo que equivale a decir que los delitos de responsabilidad u oficiales sólo pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos por motivos inherentes al ejercicio del cargo que desempeñan. En estos delitos, a diferencia de los comunes, la ley consagra un fuero especial para el juzgamiento, no en consideración a la persona que lo ejerce sino en relación a la investidura que lleva por motivo del cargo que desempeña y es la suma de estas relaciones, delito y persona investida de funciones públicas, lo que, propiamente, configura el delito de responsabilidad.

La jurisdicción y competencia que otorga la Ley para conocer de los delitos de responsabilidad u oficiales la vincula directamente a la calidad de funcionario o empleado público, hecho que debe acreditarse plenamente en el proceso mediante el Decreto o Acuerdo de nombramiento, con el Acta de posesión y el ejercicio del cargo. Es obvio que en muchos casos el desempeño de la función hace presumir el acto de la posesión, pero el nombramiento, para efectos de fijar la competencia, debe previamente acreditarse. Mientras esto no ocurra, ni el Tribunal en primera instancia, ni la Corte en segunda, tienen jurisdicción y competencia para conocer del negocio y como esto no se ha hecho la providencia debe revocarse para que se alleguen estos requisitos indispensables para el juzgamiento. (Casación Penal. Agosto 26/57. Nos. 2186-2187) . . . . . 170, 1ª y 2ª

— 126 —

DEMANDA (Corrección)

El derecho de aclarar o corregir las demandas consagrado por el artículo 208 del C. J. se entiende concedido, únicamente, "para depurarla de los defectos que tenga o para incluír un nuevo demandado o **adicionar** los hechos y peticiones"; no para excluír una o varias de las acciones o cambiarlas en su totalidad. (Casación Civil. Octubre 25/57. Números 2188-2189-2190) 482, 1ª

— 127 —

DEMANDA (Técnica de la)

Si es verdad que la estructuración de la norma jurídica exige para su aplicación que se acrediten los hechos que ella supone, basta con que en la demanda se haga un resumen de ellos y que en la enunciación general queden incluidos todos aquellos que se consideren fundamentales para sustentar la acción, circunstancia que no impide que en la oportunidad probatoria dentro del juicio se determinen en forma más detallada y se solicite la práctica de prueba sobre ellos; lo contrario sería constreñir demasiado la libertad que tienen las partes en el planteamiento de los litigios, y, sobre todo, la libertad más amplia aún de que deben disfrutar para organizar y dirigir la demostración de los fundamentos de la acción. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190). 563, 1ª

— 128 —

DESPIDO COLECTIVO DE TRABAJADORES

La Resolución número 26 de 1951 del De-

partamento Nacional del Trabapo lo que busca es controlar los despidos colectivos de trabajadores y los reajustes de salarios a niveles inferiores, según concepto del propio Ministerio. (Casación Laboral. Septiembre 23 57. Nos. 2186-2187).....354, 1ª

— 129 —

DICTAMEN PERICIAL (Fundamentación)

Aunque el dictamen sea uniforme, si no aparece explicado en forma alguna y debidamente fundamentado como lo exige el artículo 721 del C. de Procedimiento Civil, el avalúo pericial no constituye plena prueba. Este debe apoyarse en consideraciones lógicas y racionales y en datos que conduzcan a la evidencia de la conclusión adoptada por los expertos. Si esto no ocurre, la condena no puede hacerse en concreto sino en abstracto. (Negocios Generales. Agosto 13/57. Números 2186-2187).....361, 2ª

— 130 —

DOCUMENTOS

Cuando una operación jurídica contiene cláusulas que indican claramente que son el desarrollo y cumplimiento de compromisos jurídicos anteriores y entre aquellas y estos existe una perfecta coincidencia, la relación entre las mencionadas operaciones jurídicas es evidente. Esto no significa que se esté quebrantando el principio de la jerarquía de las pruebas, ni mucho menos que se le esté dando prevalencia a los documentos privados como medios de prueba, porque no existe oposición entre las cláusulas contenidas en los documentos privados y las de que da fe el instrumento público, sino una completa armonía entre lo que demuestran los instrumentos privados y lo que acredita la escritura pública. (Casación Civil. Noviembre 8 57. Nos. 2188-2189-2190)...516, 2ª y 517, 1ª

— 131 —

DOLO (En materia penal)

Cada vez que los jueces de conciencia reconocen la **voluntas sceleris**, facultad es de los juzgadores de instancia desentrañar su verdadero sentido, porque el dolo se refiere al hecho de prever y querer —como enseña Pessina— la consecuencia cierta o probable del movimiento orgánico dirigido a la negación del derecho. "Cuando se ha previsto un efecto dado como mera posibilidad, pero difícil de realizar —agrega el mismo autor— se ha previsto como una cuasi certeza que aquel evento no se realizaría, lo cual significa que el evento no ha sido previsto: tanto da no prever un efecto como pensar que difícilmente se realice. Pero cuando, por el contrario, se previó como cierto y aun **como probable**, y no obstante esta certeza, o cuasi certeza de un resultado criminoso, se ha querido el hecho del que luego ha derivado aquel resultado, si por un lado se puede decir que no se ha querido directamente, por otro es indudable que se ha querido no evitarlo, y el querer no evitar un resultado que era evitable, nos demuestra que el evento criminoso, si no fue la meta a que se aspiraba llegar, **entró por lo menos, a formar parte integrante del propósito**". (Subraya la Sala). (Casación Penal. Diciembre 7/57. Nos. 2188-2189-2190).....649, 1ª y 2ª

— 132 —

DOMINIO (Acción sobre mejoras hechas en terreno ajeno y contrademanda sobre restitución del mismo)

La relación jurídico procesal que crea el ejercicio de la acción de dominio sobre las mejoras plantadas, edificadas o sembradas por el ocupante de terreno ajeno con conocimiento o autorización del dueño, es la misma

que origina el de la restitutoria del inmueble sobre el cual se ha plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territorial. Esto, porque en definitiva en una y otra situación, lo que se opera es una especie de subrogación del bien que constituyen las mejoras por el que integra su valor, análoga a la que produce la acción a que se refiere el artículo 955 del Código Civil.

La condena al pago del precio de las mejoras puestas en aquellas circunstancias, por el dueño del terreno es una obligación correlativa de la de restituírlo con esas mejoras por el edificador, plantador o sembrador. O como dice la Corte: "Se opera una especie de subrogación de la cosa singular —las mejoras— por el valor de ella", en razón de la circunstancia especial, prevista por la ley, de haberse plantado, edificado o sembrado a ciencia y paciencia del propietario territorial. (Artículo 739, inciso 2º C. C.).

Las disposiciones de los artículos 955 y 739 —inciso 2º— del Código Civil, son lo suficientemente claras en cuanto no dan margen para exigir que las súplicas de la respectiva demanda, se sometan a las rígidas formas de las fórmulas sacramentales: a pedir, precisamente, el pago de lo que se haya recibido por la cosa singular en el primer caso, ni el pago del valor de las mejoras en el segundo. Basta que se pida la restitución de la cosa singular, o el recocimiento del derecho a las mejoras y, que se establezca, según el caso, la imposibilidad o dificultad de la persecución, o la construcción, plantación o siembra a ciencia y paciencia del dueño territorial para que se produzca, por la virtualidad de la subrogación legal, la condena al pago de lo que recibió por la cosa singular, o al del valor de las obras. Claro está, que la una u otra condena debe estar supeditada por "la procedencia de la acción fundamental".

La solución no implicaría un cambio o variación de la acción, porque como lo tiene dicho la Corte: "La subrogación que se opera en estos casos, es la adquisición de una cualidad jurídica transmitida de un bien al que lo sustituye; o en otros términos, entre las cosas que juegan en este fenómeno hay una **identidad jurídica**, según la cual lo que se dice de una se predica de la otra". Así, si se suplicó una declaración de dominio sobre el terreno y su consiguiente restitución, junto con las mejoras allí plantadas con la aquiescencia del dueño, éstas que no podían estar comprendidas en las acciones instauradas transmiten al bien que legalmente las sustituye, su valor o precio, la virtualidad de inherencia a la demanda declarativa y restitutoria. Esta modalidad automática de la subrogación comentada permite reemplazar una condenación legalmente imposible en especie por la legalmente posible de restituír en dinero, "como desarrollo de la subrogación misma". Entonces, así como no podría hablarse de cambio o variación de la acción, si se ordenase la restitución de las mejoras y el reconocimiento del derecho del edificador, plantador o sembrador sobre ellas, tampoco puede hablarse de ello, por el fenómeno de la transmisión de la "cualidad jurídica" y por el de la "identidad jurídica" que se operan, en el caso de condena a restituír el valor de esta clase de mejoras.

Si se hacen valer las acciones en la demanda principal y en la de reconvención, y se establece su procedencia, el fallador debe aplicar las reglas de derecho positivo que tutelan esa situación especial, como que no lo está ni proviene de ninguna relación contractual. Tanto el derecho del demandante como el del demandado contrademandante no los hacen depender sino directa y exclusivamente de la ley.

El pago del valor de las obras llevadas a cabo con la aquiescencia del propietario territorial, que las sustituye, no está sometido

a las reglas generales sobre las prestaciones mutuas que regulan los derechos del poseedor vencido y del que plantó, edificó o sembró sin conocimiento del dueño del terreno. Hay que entender el artículo que lo reglamenta en el sentido de que debe ser abonado ese valor de las obras, cualquiera que sea su naturaleza, "ya como sanción al dueño del terreno, que no sólo supo que se estaban ejecutando, sino que permitió que se llevaran a efecto, ya como una garantía para el constructor, plantador o sembrador que confiado en el beneplácito del dueño puede ser gravemente perjudicado en sus intereses, si la ley no lo ampara siquiera con el derecho de que le sean pagadas las obras que puso en tierra ajena, con la aquiescencia del dueño". Y porque: "si apenas se considera el constructor, plantador o sembrador como poseedor de buena fe en el caso del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, éste sería inútil desde luego que el 1º bastaría para resolver el problema". (Casación Civil. Noviembre 14/57. Nos. 2188-2189-2190).....524, 1ª y 2ª y 525, 1ª

— E —

— 133 —

EDAD (Manera de acreditar la de una persona)

Es cierto que a la prueba supletoria sólo puede acudirse previa demostración de inexistencia de la principal. Sobre el particular es constante, conocida e indiscutible la jurisprudencia de esta Corporación. Y también lo es que en tratándose del estado civil de las personas, la ley señala cuáles revisten ese carácter primero, no figurando entre ellas las declaraciones de testigos. Pero también tiene definido la Corte, siguiendo las enseñanzas de Colin y Capitant que "el estado de las personas es el conjunto de cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la ciudad y en la familia"; que "estas cualidades dependen de tres hechos o situaciones que son: la nacionalidad, el matrimonio y el parentesco, ya de consanguinidad ya de afinidad"; que es evidente que en determinadas circunstancias la edad de una persona puede constituir un elemento fundamental para conocer y precisar su estado civil, pero que de aquí no puede concluirse que siempre que se requiera acreditarla en juicio el asunto se identifique con dicho estado civil y sea necesario acudir a los medios probatorios operantes respecto del mismo. El asunto en que tal criterio se produjo versaba sobre la edad de uno de los litigantes para los efectos de definir el fenómeno de su capacidad civil para celebrar contratos, y se le resolvió en el sentido de que eran admisibles no solo las pruebas pertinentes a aquel estado, sino aun otras que "lo son para demostrar la existencia de un hecho de esa naturaleza, susceptible de demostración por otros medios, por caer bajo el dominio de los sentidos o de las elucubraciones inductivas y deductivas de la inteligencia humana, ayudada en algunos casos por la ciencia". Y luego de aludir a las regulaciones del art. 400 del C. C. concluye aquella exposición jurisprudencial: "Consecuente con esa doctrina, considera la Corte que la edad de una persona como elemento de su capacidad jurídica para obligarse o para actuar en el campo de la vida civil, puede también establecerse por medio de presunciones simples, deducidas y reconocidas por el juzgador, cuando tales presunciones se originan de hechos indiciarios que al ser analizados guardan la debida coordinación entre sí, y si bien no alcanzan a ser necesarios, sí son graves. precisos o conexos de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido". (Casación, 29 de octubre de 1940. GACETA JUDICIAL número 1964, página 401).

Con criterio semejante y siguiendo los términos de la decisión anterior debe decirse que el establecimiento en juicio de la edad de una persona, para los efectos de su jubilación, esto es, el hecho de haber alcanzado la edad pensionable, no atañe a su individualización "en la ciudad y en la familia", nada tiene que ver con la nacionalidad, el matrimonio o el parentesco, no se identifica con su estado civil y no es necesario por ello, para acreditarla, acudir a medios probatorios operantes respecto de dicho estado pudiéndose establecer por otros que, analizados conforme a los principios científicos, no dejen lugar a duda acerca de la verdad de su ocurrencia. (Casación Laboral. Octubre 31 57. Números 2188-2189-2190) .....744, 1ª y 2ª

— 134 —

EMPRESA (Determinación de su capital)

El artículo 195 del C. S. del T. manda tener "por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior", esto es, el quantum gravable, liquidado el último año anterior por la competente oficina administrativa. Tal es el entendimiento que la jurisprudencia laboral ha dado a la citada norma y, en presencia de esta definición, le es vedado al intérprete conferirle otro alcance. (Casación Laboral. - Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190) 726, 2ª

— 135 —

EMPRESA (Indicio de su unidad constituído por mantener archivos de otra ya extinguida)

Si se atiende a que una conservación en los archivos de la empresa de planillas de trabajadores es obligatoria para las empresas sujetas al gravamen de jubilación, conforme al artículo 264 del CST., bien puede concluirse que la demandada, que no tiene 20 años de explotar en el país el negocio de bananos, estima de su deber cumplir con una exigencia que sólo corresponde a quienes por sus actividades puedan resultar obligadas a aquella prestación, circunstancia ésta que sólo se configuraría si hubiese conservado el mismo giro de negocios de sus antecesores, es decir, si constituyese con ellas una misma empresa. Debe, en consecuencia, atribuírse al hecho examinado el carácter de indicio. (Casación Laboral. - Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) 742, 2ª

— 136 —

EMPRESA (Prueba de su unidad)

Alega el opositor que tales elementos testimoniales no son idóneos para establecer el fenómeno de unidad de empresa, pues él reserva tal carácter para los certificados de la Cámara de Comercio, las escrituras de constitución de las sociedades y la inspección ocular que demuestre la identidad de cuentas, locales, herramientas, movimiento financiero, etc. No lo estima así la Corporación, que si bien comprende que las pruebas que reclama el apoderado de la Frutera también habrían demostrado fehacientemente el asunto, no dispone de ordenamiento legal que rechace las producidas o que exija como únicas o como necesarias las que indica el dicho representante judicial. Y es que en esta materia no se requieren medios probatorios ad sustantiam actus y la convicción puede formarse libremente sin otras pautas que las científicas impuestas por el artículo 61 del CPT., las cuales en verdad no se oponen a que las probanzas en examen produzcan esa convicción en la forma declarada. Puede agregarse sobre el particular, que ya en materia semejante el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo aceptó la idoneidad de la

prueba testimonial, en sentencia de 5 de septiembre de 1951 (G. del T. VII, 133). (Casación Laboral. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) 743, 1ª

— 137 —

EMPRESA (Prueba de su unidad)

La declaración sobre unidad de empresa debe hacerse en juicio al encontrársela demostrada, aunque no exista al respecto una declaración ministerial o ella no obre en el proceso. Pues el acto de esta órbita ministerial, contemplado por el inciso 2º del artículo 194 del CST., no constituye prueba ad sustantiam, por no requerirla al afecto la ley como única para que se pueda dar por establecido ese hecho. (Casación Laboral. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190)....742, 1ª

— 138 —

EMPRESA (Unidad de)

Persona es el sujeto del derecho y obligaciones, ya se trate del individuo de la especie humana o del ente de ficción jurídica, y empresa, la unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas, similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio según la define el artículo 194 del CST., con criterio que la hace objeto de derecho. No pueden, en consecuencia, confundirse los sujetos con los objetos.

Ahora bien: una persona o varias personas pueden constituir o ser propietarias de una empresa, y pueden incrementar y disminuírlas actividades de la misma, o cambiar su nombre, o venderla o efectuar sobre ella cualquier acto de los que la ley permite acerca de los objetos de derecho; pero si se mantiene el giro de los negocios, la empresa es la misma para los efectos laborales cualquiera que sea su dueño. Esta materia no tiene hoy en el Código Sustantivo del Trabajo contemplación específica, vale decir, el indicado estatuto no ofrece definición en ninguno de sus preceptos acerca de lo que debe entenderse por "una misma empresa". Pero la doctrina y la jurisprudencia la estudian en la forma indicada, y la legislación anterior al dicho Código contemplaba de esa manera el fenómeno cuestionado. Tal el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934, que ordena entenderlo así. de modo expreso, con criterio que por no oponerse a ninguna regulación actual debe considerarse en vigor, según el artículo 491 del CST. Persona pues, y empresa no son términos sinónimos y hay error en la apreciación probatoria que, por confundirlos, infiere de la existencia de dos o más de las primeras la imposibilidad de que ellas hayan constituído o deban considerarse laboralmente como una misma empresa. (Casación Laboral. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190).....741, 2ª y 742, 1ª

— 139 —

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (Acción de)

Los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa son dos: uno de hecho y otro de derecho. El primero consiste en "la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro patrimonio" y el segundo, en la "no justificación en derecho de tal pérdida o desplazamiento de valor".

Se admite por los autores y la jurisprudencia, que "la sustancia de hecho del enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones, consiste, esencialmente, en el aumento injustificado de un patrimonio en perjui-

cio de otro, como consecuencia de un mismo acontecimiento, no definido por la ley". Entonces, los dos elementos del enriquecimiento sin causa, están en la misma relación de importancia y constituyen ambos un todo indivisible como acontece en todo hecho jurídico y, de manera general, con toda relación de derecho, si falta uno de ellos no nacerá esta relación.

En cuanto hace al dominio del principio de derecho del enriquecimiento sin causa, su aplicación está garantizada y protegida por la acción de "in rem verso", que "supone que el acreedor de una pretendida obligación de restitución no puede fundar ésta, contra su pretendido deudor, en ningún texto de derecho positivo, tampoco en ningún acto o hecho jurídicos expresamente considerados y definidos por la ley". Lo que indica que, para el éxito de la acción "de in rem verso", es necesario que la pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio de un valor perteneciente a otro, no puede estar justificado jurídicamente, vale decir, en contradicción con un texto legal positivo de imperio en un determinado medio social. (Casación Civil. Noviembre 14/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 525, 2ª y 526, 1ª

— 140 —

ERROR DE DERECHO (En materia laboral)

El error de derecho no ocurre por equivocadas apreciaciones jurídicas del fallador, sino "cuando se haya dado por establecido un hecho por un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo". (Gaceta del Trabajo, Tomo VIII, página 26). (Casación Laboral. Septiembre 17/57. Nos. 2186-2187) 316, 2ª

— 141 —

ERROR DE HECHO

La discrepancia del recurrente en casación, por razonable que parezca, no es suficiente por sí sola, para quebrantar la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas porque la Corte no puede hacer un nuevo análisis del material probatorio, gracias a la libertad de que gozan los Tribunales para estimarlo, sino en el caso de una protuberante contradicción entre las piezas del proceso y las conclusiones del fallo, ya que no es cualquier error en que haya incurrido un Tribunal el que se permite corregir por medio de la casación, sino solamente el error manifiesto de hecho. (Casación Civil. Noviembre 15/57. Nos. 2188-2189-2190) ... 540, 2ª

— 142 —

ERROR DE HECHO (En casación laboral)

La noción del error de hecho ha sido claramente fijada por la Corte en constante y uniforme jurisprudencia, entre otras oportunidades, en fallo de 30 de mayo de 1956 (G. J. LXXXII, número 2167, página 600). En esta providencia, advierte la Corte que en la tarea estimativa de la prueba puede el juzgador equivocarse, pero que no toda equivocación en este terreno configura agravio generador de la infirmación de la providencia de instancia, sino que debe configurarse el error típico contemplado en el artículo 520 del C. J.

El ordinal 1º del artículo 87 del C. de P. del T. exige también, como el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. que el error en la apreciación de las pruebas, que se ague-

como motivo de la violación de la Ley, debe aparecer "manifiesto en los autos", por lo cual la precitada doctrina de la Sala Civil de la Corte sobre el error de hecho es estrictamente aplicable en casación laboral, tanto más, cuanto que en los litigios de trabajo la regla sobre libre formación del convencimiento sin sujeción a la tarifa legal de pruebas, contenida en el artículo 61 del C. de P. del T. cuando no se trata de pruebas ad-solemnitatem, defiere soberanamente a la conciencia del juez la valoración probatoria, sin más limitaciones que la subordinación de su criterio a los principios científicos que informan la crítica de la prueba, a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, según lo predica el mismo artículo, de tal suerte que la interpretación del juzgador sólo puede impugnarse por error de hecho cuando ella ha sido tan absurda que contraríe con manifiesta evidencia la realidad procesal. Así lo entendió siempre la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo al sostener que la acusación por error de hecho no puede prosperar en este recurso extraordinario, sino cuando la equivocación estimativa de la prueba aparezca de manera ostensible, evidente, prima facie. (Casación Laboral. Agosto 19 57. Nos. 2186-2187)..274, 1ª y 275, 1ª

— 143 —

ERROR DE HECHO (En la violencia carnal)

Aunque sea cierto que el varón normal busca mujer sexualmente desarrollada para usar normalmente de su apetito genésico y aunque se considere que este desarrollo lo alcanza ésta solo después de los catorce años —cosa que no es cierta ni biológica ni legalmente—, para poder atacar la sentencia lo que debe demostrarse es que la mujer tenía edad fisiológica superior a la cronológica, es decir, que para poder alegar error esencial de hecho, en el supuesto de que el art. 316 del C. P. no haya sentado una presunción de derecho sino una simplemente legal, por lo que debe comenzarse es por demostrar el error a que haya conducido la apariencia de la mujer, porque si representa una mayor edad de la que realmente tiene, es decir, de la cronológica, entonces sí puede hablarse de que alguien fue inducido erróneamente a usar de ella por creerla sexualmente apta. Lo que no puede aceptarse es el razonamiento simple de que, como un hombre busca una mujer desarrollada, siempre se incurre en error, sin siquiera pretender la demostración de que la apariencia de la mujer es superior a la edad cronológica; de ahí que, además, se pueda argüir contra aquella tesis simplista el que, como aparece comprobada una edad, con prueba supletoria auténtica, que no se ha demostrado tampoco ser equivocada, no puede haber una diferencia de varios años entre la edad que señala la prueba y la de la menor a que se refiere, y, por tanto, la apariencia de la menor no podría ser, como atrás se dijo, de la mujer infra o supradesarrollada en forma notoria, porque entonces el párroco habría hecho las pertinentes indagaciones, y no hubiera tampoco consentido en aceptar un hecho notoriamente falso si no coincidiera el aspecto con la edad real. (Casación Penal. Septiembre 13/57. Nos. 2186-2187)..... 226, 1ª y 2ª

— 144 —

ERROR DE HECHO (En materia laboral)

Dentro de la libre formación del convencimiento, que es principio determinante del proceso laboral (artículo 61 del C. de P. del T.), bien podía el sentenciador de segunda instancia escoger entre las diversas probanzas allegadas a los autos, las que considerara que le indicaban en forma más directa y

menos confusa la realidad respecto al vínculo del demandante, apreciación que no puede ser cambiada en este recurso extraordinario, sino cuando, mediante el examen del cargo por error de hecho, aparezca en éste demostrado que ella repugna por lo absurda, es decir, porque contraría de manera evidente la verdad que surge categórica y nítida de las otras pruebas del proceso. Véase la sentencia de 19 de agosto del año en curso, en el juicio que Carlos Ochoa adelantó contra Alfonso Duque Arango. (Casación Laboral. Noviembre 29/57. Nos. 2188-2189-2190) 776, 1ª

— 145 —

ERROR DE HECHO (Formulación del cargo cuando diversas pruebas sirven de soporte al cargo)

Ver en una confesión, o en general en cualquier elemento probatorio, lo que en ella o en él no consta constituye la esencia del error de hecho "que aparezca de manifiesto en los autos" ya que la falta de apreciación de una prueba no consiste, simplemente, en haber **prescindido** de su consideración, o en **no haber visto** la prueba del hecho demostrado sino también por haber **dado por probado** un hecho, relación o circunstancia sin estarlo.

En nuestra legislación, tanto sustantiva como procesal, al clasificar y enumerar los medios probatorios, coloca en lugar preferente los de la confesión y los documentos públicos; y en lo referente a la prueba de testigos condiciona su admisibilidad, la restringe, subordina y hasta la prohibe en determinados casos. Claro está, que tal lógica graduación no es incompatible con la facultad que tienen los juzgadores de conceder crédito a cualquier demostración, pero la posibilidad de ejercitar esa facultad significa que, utilizada y derivándose la aseveración en disputa de varios elementos de prueba, sobrevivirá ésta a la caída de sus más robustos pilares, con el pretexto de que no han desaparecido absolutamente todos.

De tal manera que, cuando concurren a justificar un hecho las pruebas documental pública, la de confesión y la testimonial, de las consideraciones expuestas antes, nace la forzosa consecuencia de que cuando se combaten con éxito, en el recurso de casación, los elementos más influyentes, por su naturaleza y objeto entre los que contribuyeron a formar el juicio del sentenciador de instancia, quedando sólo uno de esos elementos, la ausencia de aquellos por excluírlos el recurso, destruye el fundamento en que dicho juicio se apoya. De donde se sigue que, salvo en la hipótesis de subsistir alguno de los elementos cardinales de la apreciación, basta la impugnación parcial eficaz de los que en ella entraron, para la casación de la sentencia contra la cual se formulan los cargos, si se juzga que la rectificación de los errores acusados modifica el supuesto básico de hecho del fallo y trasciende en la resolución del pleito. (Casación Civil. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187) . . . . . 100, 1ª y 2ª

— 146 —

ERROR DE HECHO (Por mala apreciación de pruebas)

Cuando se acusa por error de hecho proveniente de la mala apreciación de las pruebas sin indicar en forma expresa el concepto de la violación de la ley, esto es, si ella se produjo por infracción directa, por interpretación errónea o por aplicación indebida, ha de entenderse que tal concepto es el últimamente enumerado, por ser éste el único que puede darse a través del material probatorio. (Casación Laboral. Septiembre 19/57. Nos. 2186-2187) . . . . . 322, 2ª y 323, 1ª

— 147 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (Incompatibilidad)

Es evidente que el error de hecho sólo se configura afirmando la absoluta inexistencia de un medio probatorio para establecerlo, cuando el hecho es admitido por el Tribunal; pero cuando lo alegado es la inidoneidad legal de la prueba para establecerlo, el error no es de hecho sino de derecho, eventualidad en la que se atiende más al valor legal de la prueba que a su fuerza de convicción admitida por el Tribunal; y, en todo caso, la soberanía del juez en la estimación de la prueba, no podría llevar a la tolerancia en casación de que esta estimación llegara hasta el extremo de traspasar los límites de los principios de derecho probatorio, consagrados en la ley positiva.

Circunstancias que hacen incompatible el cargo simultáneo de imputaciones por uno y otro concepto, como lo ha dicho la Sala en fallos recientes, a menos que se alegue que al error de hecho se ha llegado, por infracciones a los principios legales de derecho probatorio. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190).....566, 2ª

— 148

ESCRITURA PUBLICA (La confesión es prueba idónea contra lo afirmado en ella)

La confesión es prueba hábil para que las partes desvirtúen o invaliden las declaraciones contenidas en una escritura pública, pero para que exista es necesario que quien la hace exprese con toda claridad el hecho o acto jurídico que admite como cierto, ya que la confesión implica el testimonio que una de las partes da contra sí misma de la verdad de un hecho o acto jurídico alegado por la otra parte como fundamento de su pretensión. (Casación Civil. Noviembre 19/57. Números 2188-2189-2190).....553, 1ª

— 149 —

ESTADO CIVIL (Apreciación de pruebas)

Cuando del examen de las partidas de nacimiento y de matrimonio surgen dudas, por yerros en dichas actas, pero se han producido dentro del juicio otros medios probatorios idóneos que las despejen de una manera inequívoca, el fallador no puede desestimarlos ni omitir su examen, sin que esos yerros repercutan en la estructura del fallo con graves violaciones a la ley sustantiva. En esos casos, el examen de la prueba debe hacerse en conjunto y no aisladamente porque de la deficiencia de un medio probatorio no puede inferirse la calidad de los otros medios, máxime si se tiene en cuenta que para la demostración del estado civil, no pueden confundirse las pruebas principales y más adecuadas indicadas por la ley, con pruebas exclusivas y únicas que expresamente la ley establece en casos determinados y para cierta clase de hechos. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190).....575, 2ª

— 150 —

ESTADO CIVIL (Autenticidad de las partidas eclesiásticas)

La argumentación contra una partida de origen eclesiástico por presunta mendacidad, peca por exceso y es aplicable a cualquier partida, incluso de origen civil. Es evidente que quien pone en conocimiento, sea del notario, del alcalde o del párroco, el hecho de un nacimiento, aunque según los casos lo haga para diferentes fines, teniendo en cuenta que objetivamente se producen los mismos resultados —constancia de hechos, de fechas, de personas y sus características—

el compareciente lo mismo mentiría ante uno que ante otro. Tanto el notario, como el alcalde o el párroco apenas registran lo que se les dice, no porque los hechos les consten personal y directamente. Y unos y otros hacen el asiento en los libros en fuerza de la presunción de veracidad que les merecen las aseveraciones. Pero no se pueden presumir mendaces para pedir la demostración de su veracidad, ya que por normas elementales de derecho y de crítica existe presunción contraria, o sea, que en tanto no se demuestre la falsedad de lo aseverado por alguien, ha de tenerse por verdadero. Otra cosa es que del estudio del dicho, con el de las pruebas que haya en su favor o contra él, según las normas de la crítica del testimonio, lleve a la conclusión de que hubo mutación de la verdad, porque entonces lo que se está atacando es la presunción de veracidad en ese caso concreto.

Al omitirse la prueba de la falsedad se está reforzando la partida de origen eclesiástico, porque se añade un motivo más a la certidumbre de que no solo es auténtico sino veraz en su contenido. (Casación Penal. Septiembre 13/57. Nos. 2186-2187).....224, 2ª y 225, 1ª

— 151 —

ESTADO CIVIL (Valor probatorio de las partidas eclesiáticas)

Son nociones elementales las de que, acreditada la inexistencia de una prueba principal, debe acudirse a la supletoria, y de que ésta no se halla compuesta exclusivamente por la prueba pericial, sino que puede consistir en documentos de índole diversa de la que constituye la prueba principal, o en la prueba puramente testimonial, etc.".

Para probar la edad de una persona, cuando la partida de nacimiento, de origen civil, no aparece, demostrado esto ha de acudirse a cualquiera de las pruebas supletorias, entre las cuales, por fuerza de mandato legal, se hallan las partidas de origen eclesiástico. No es cierto que, de acuerdo "con las normas civiles, estas partidas no constituyen prueba del estado civil", ni menos el que tal cosa se desprenda "de las claras disposiciones de la ley 92 de 1938, artículos 18 y 13 especialmente", porque esta misma ley, en el artículo 19, con igual claridad, se refiere a las partidas de origen eclesiástico como a pruebas supletorias del estado civil. Es además equivocado argumentar que la partida de origen eclesiástico no es de nacimiento sino de bautizo, para inferir de allí que sólo contiene declaraciones acerca de la entrada al seno de la iglesia católica; cuando se reconoce valor a los registros eclesiásticos, no es porque en estos se contienen constancias de haberse administrado un sacramento o sepultado a alguien, sino que, por los hechos que encierra y el señalamiento de personas que allí se efectúa, se desprenden elementos que la ley ha querido tener como equivalentes a los del registro civil, en orden a establecer, en general, el estado civil de la persona y, además, como es obvio su edad.

La conclusión de que, cuando se ignora la edad de alguien, por carencia de documentos auténticos, se deba llamar a los peritos, es errada en el sentido de que no se puede pasar por alto el que los documentos unas veces son prueba principal y otras supletoria, y porque no se puede confundir el carácter de autenticidad de un documento con el de ser prueba principal o supletoria. Si se carece de prueba principal, habiendo otra prueba, supletoria, también documental y auténtica, no se ve por qué ha de exigirse que solo pueda establecerse el hecho por peritos. Si la prueba principal debe ser la partida de origen civil, queda, entre las supletorias, la de origen eclesiástico. Y si ésta es auténtica, entonces se tendrá una prueba supletoria

equivalente, para el caso, a la pericia médica, sin que por fuerza haya de desestimarse aquella y echar de menos ésta. (Casación Penal. Septiembre 13/57. Nos. 2186-2187)... 224, 1ª y 2ª

— 152 —

ESTADO DE DERECHO (Características)

El estado de derecho presupone un conjunto de ordenamientos jurídicos o reglas relativas al gobierno y vida de la comunidad. Tales ordenamientos regulan la forma de gobierno y sus deberes y derechos frente a los ciudadanos, así como los deberes y derechos de estos en relación con el Estado. Por regla general, las Constituciones contienen una parte dogmática, que está compuesta por las normas que consagran los denominados derechos individuales y garantías sociales, y otra, orgánica, que comprende los preceptos referentes al Poder Público y a sus órganos, que estructuran la vida jurídica y política del Estado. Al traducirse el poder en actos externos, queda sometido a la Constitución y a las leyes, normas que organizan y reglamentan la vida jurídica dentro de la concepción del Estado de derecho.

Pero en la vida de los pueblos hay momentos de crisis políticas, sociales, económicas y jurídicas —guerra exterior, conmoción interna— que llevan a la turbación del orden público. Entonces las normas jurídicas ordinarias pueden ser incapaces para conjurar los peligros derivados de esas situaciones, y la normalidad jurídica en algunos de sus aspectos se suspende, para para dar paso a la denominada legalidad marcial, que puede estar prevista por el mismo Constituyente. Si existe la norma preestablecida, los actos del gobierno deben sujetarse a ella, y si sobre estos hay guarda jurisdiccional, esas determinaciones caen bajo su imperio. (Sala Plena. Noviembre 28/57. Nos. 2188-2189-2190)... 442, 2ª

— 153 —

ESTADO DE SITIO (Facultades del Gobierno. — Reformas constitucionales)

El artículo 121 de la Constitución Nacional imprime al Derecho de Gentes categoría de ley escrita nacional. Y es evidente también que aquella locución tiene dos acepciones. Pero no lo es menos que el artículo 121 sólo hace referencia a una de ellas, como se sabe por sus antecedentes en la Constitución original de 1886. La Constitución se refiere por modo expreso al Derecho de Gentes, como ciencia normativa, entre otros puntos, de la guerra entre naciones, o sea en el mismo sentido que le da el derecho internacional. Y siendo esto así, no puede comprenderse cómo se da esta base a los decretos acusados, números 0247 y 0251 de 1957, para encajarlos dentro del artículo 121, o sea, dentro de una de las clasificaciones hechas para determinar la competencia de la Corte, dado que no trata de regular en ninguna forma el tratamiento de prisioneros ni punto alguno semejante.

Los decretos que se dictan conforme al artículo 121 de la Constitución no tienen carácter permanente sino transitorio y pierden su vigencia cuando se declara restablecido el orden público. Su imperio permanente deben recibirlo del legislador. Además, por regla general, tales decretos contienen determinaciones legales, y no constitucionales; de ahí que por su medio el Gobierno sólo pueda suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio y dictar las normas que, en el interin, deban reemplazarlas. (Sala Plena. Noviembre 28/57. Nos. 2188-2189-2190)..... 447, 2ª

— 154 —

ESTADOS DE ESPECIAL PELIGROSIDAD (Diferencias con el delito)

Si el estado de peligrosidad y el delito correspondieran —en lo penal— a un mismo concepto, no habría diferencia de sanciones ni de procedimiento para imponerlas; pero el estado peligroso respecto de las personas, es la capacidad latente del individuo que traducida en hechos exteriores revelan una tendencia permanente a la comisión del delito, y éste —el delito— entraña la violación de una norma jurídica por un acto real, no potencial, producto de la intención y voluntad de la persona humana, o simplemente, como acto de imprevisión, negligencia-culpa. (Casación Penal. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187) 198, 2ª

— 155 —

ESTAFA COMETIDA CON CHEQUES (Competencia para conocer de este delito)

El delito cometido por medio de cheque se agota en el lugar donde se hace efectivo su cobro y se percibe el correspondiente valor, porque sólo en ese instante y en ese lugar el proceso volitivo queda consumado por el acto externo y material. (Casación Penal. Septiembre 6/57. Nos. 2186-2187).....202, 2ª

— 156 —

EXCEPCION DE PAGO

Para que pueda declararse judicialmente la excepción de pago, en forma total o parcial, en casos como el que ahora se examina, se necesita que los autos registren la entrega real al trabajador de la suma consignada. Pues el pago consiste en la solución efectiva de la obligación, solución que no se logra todavía con la sola consignación de que trata el inciso 2º del artículo 65 del C. S. T., por virtud de las modalidades propias de esta figura, a las cuales también debe atenderse para estos efectos. Entonces, lo que se impone procesalmente por esta última consideración, cuando se ha efectuado consignación y no consta la entrega dicha al trabajador, es la condena por los derechos reconocidos, con orden al depositario de efectuar tal entrega y con autorización al patrono para imputar su valor a la suma total debida según la resolución judicial; y solo cuando aparece entregado al trabajador lo que el patrono consignó, declararse el pago total o parcial, por haberse cumplido el fenómeno extintivo. (Casación Laboral. Septiembre 23/57. Números 2186-2187).....352, 2ª

— F —

— 157 —

FALSEDAD (En constancia dejada en un expediente)

La constancia dejada por un Juez en una diligencia de careo —con base en un informe secretarial equivocado—, de que el apoderado del sindicado no concurrió a ella, "a pesar de que fue notificado personalmente por la Secretaría en la debida oportunidad", tal constancia, que sería el elemento material del delito, no altera ni modifica las relaciones jurídicas de las personas que intervinieron en la diligencia de careo, ni por sí sola, demuestra el elemento intencional o doloso que hubiera tenido el funcionario al autorizar y firmar ese documento y con ese acto cometer un delito de falsedad.

La intención —en este caso— no se refleja en la proyección de actos externos en orden a violar la ley penal, pues la determinación de la voluntad no está animada por ningún fin doloso y si el hecho no es producto o resultado de una acción más o menos deli-

berada o negligente encaminada a quebrantar el orden jurídico tutelado por el Estado, entonces, mal podría afirmarse que de un acto equivocado, no de mala fe o de un error involuntario pero no negligente se pueda deducir un propósito o fin determinado en orden de infringir la ley penal. (Casación Penal. Octubre 16/57. Nos. 2188-2189-2190) .. 586, 1ª y 2ª

— 158 —

FALSEDAD DOCUMENTARIA (Cometida por funcionarios públicos)

El artículo 231, numeral 4º del C. P. erige como delito de falsedad en documentos el hecho de que el funcionario o empleado público abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos falte a la verdad en la narración de los hechos, o sea, que a sabiendas o maliciosamente altere, suprima u oculte hechos verdaderos que perjudican los intereses del Estado o de los particulares, fingiendo, simulando o imitando lo falso por lo verdadero, es decir, faltando a la fe pública que el Estado y la sociedad deposita en sus funcionarios para que los documentos autorizados por ellos sean considerados como auténticos y verdaderos en su contenido. (Casación Penal. Octubre 16/57. Números 2188-2189-2190) 586, 1ª

— 159 —

FALSEDAD DOCUMENTARIA (Elementos del delito)

Para que la falsedad en documentos sea punible —ante la ley —es necesario demostrar los elementos objetivos y subjetivos que integran el delito, porque es la reunión de estos componentes frente a un hecho determinado lo que configura el ilícito penal. El factor material sería la mutación de la verdad, o sea la discrepancia real entre lo que el funcionario conoce y lo que afirma o se hace constar en el documento, declaración o diligencia judicial; y el factor moral estaría integrado por la intención, propósito, voluntad y fines dolosos de cometer una infracción penal que causa un perjuicio real o potencial de orden público o privado. La ausencia de uno de estos elementos —material o moral— desintegra la figura delictual. (Casación Penal. Octubre 16/57. Nos. 2188-2189-2190) 586, 1ª

— 160 —

FAMILIA

Véase el aparte **Contrato de trabajo a domicilio** en el número 104 de este Indice.

— 161 —

FILIACION LEGITIMA (Prueba)

El registro del acta de nacimiento tiene dos objetos principales: establecer la prueba del nacimiento, por una parte; y por la otra, determinar la filiación o procedencia de la persona a que el acta se refiere, dos hechos de los cuales se desprenden consecuencias jurídicas transcendentales para la misma persona; pero cuando se trata de probar tanto el nacimiento como la filiación, la partida de nacimiento no es suficiente por sí misma para demostrarla, sino que es necesario completarla con el vínculo matrimonial de los padres, mediante la exhibición de la correspondiente partida de matrimonio; y ésta es la que viene a aclarar en último término, cualquier yerro o equivocación que exista en el acta de nacimiento en relación con la filiación o procedencia. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190) .....574, 2ª y 575, 1ª

— 162 —

FUERO (Por delitos cometidos por funcionarios públicos)

Es fundamentalmente erróneo afirmar que, como el fuero está establecido principalmente para el juzgamiento, debe reconocerse por la posterior adquisición de determinada calidad, aunque ni el ilícito ni la calidad del agente al consumarlo den lugar a crear la excepcional situación que implica el privilegio, establecido, no por razón de la persona individualmente considerada, sino del cargo o posición de esa persona, y no ampara respecto de cualquier clase de infracciones, vale decir, al imponerse un fuero se tiene en mira la salvaguardia de la dignidad del empleo o profesión, y, por regla general, se establece para hechos en que la calidad oficial se halle envuelta, esencialmente condicionada a que tales hechos hayan sido cometidos cuando se tiene la posición que se trata de poner a salvo. De ahí que el solo paso de una situación a otra no sea suficiente para crear el fuero o para que éste cese. Así, por ejemplo, cuando se ocupa un cargo, en razón del cual se comete una infracción penal, el agente debe juzgarse de acuerdo con las normas especiales, que le sustraen de las aplicables a los demás carentes de fuero; si la infracción penal es de otra índole, se le juzgará por el juez ordinario, como se juzga a cualquiera de estas otras personas; si el mismo autor de alguno de los delitos llamados oficiales deja de desempeñar el cargo, sin embargo seguirá sometido al juez o tribunal especial, y no a los demás, y si el delito no es de aquella índole, aunque ejerza aún el cargo, será juzgado también de la manera ordinaria. (Casación Penal. Septiembre 12/57. Nos. 2186-2187) 215, 2ª

— G —

— 163 —

GOBIERNO DE FACTO (Origen. — Funcionarios de facto. — Reconocimiento internacional)

Algunos, colocados en el punto de vista del origen de la **Doctrina de facto**, como no creada para las revoluciones, aseguran que en América no se presenta este tipo de gobiernos, salvo cuando se dio en México el paso de la República a la Monarquía y a inversa en el Brasil; suponen que no existen más revoluciones que las de estructura y hacen caso omiso de las demás, con el argumento de que la constitución republicano democrática puede ser reformada en todos aquellos países, total o parcialmente, y esto excluye una verdadera doctrina de la revolución, ya que cualquier cambio se alcanza con los medios señalados por la misma Carta. Y es porque sólo se tiene en cuenta que, en sus orígenes ingleses y en su evolución estadinense, la doctrina **de facto** no surgió de la revolución, a diferencia de la doctrina que los franceses denominan continental y que pudiera llamarse latina, que consiste en llegar al concepto de gobierno de **facto** como producto de la revolución, entendida no sólo como cambio estructural del Estado sino en cuanto comprende variaciones de la parte orgánica de la Constitución por medios no previstos en ella. Por eso puede decir Burdeau que "se entiende por gobierno **de facto** un gobierno creado ya en contradicción con la constitución existente, ora **ipso facto** en el caso de inexistencia de un orden estatal anterior" **(Traité de Science Politique.** T. III, número 293, ed. de 1950), y que la originalidad de un gobierno de esta índole radica en que ejerce la autoridad sin fundamento constitucional, en lo que se opone al **de jure**, en que la práctica del poder se hace de confor-

midad con el estatuto preexistente. De ahí que no puedan calificarse estos gobiernos mediante el concepto de legitimidad o ilegitimidad política, porque se trata precisamente, y con exclusión de otros ajenos al jurídico propiamente tal, de que el gobierno encuentre o no, dentro del derecho coexistente con su aparición y ejercicio de sus funciones el título que le permita ejercer la autoridad, y en este sentido, como lo afirma el tratadista citado, y cuya doctrina se acaba de resumir, todo gobierno **de facto** es revolucionario.

Es oportuno advertir que la teoría de los funcionarios "de facto", que se orienta dentro de una concepción de gobierno de jure, como lo contempla la doctrina, no es aplicable a la de los gobiernos "de facto" que, como se acaba de ver, están enmarcados dentro de la teoría de la revolución.

Cuando no se trata de la simple sustitución de personas en el ejercicio del poder, como sucede en el golpe de Estado, si se presentan cambios, ya en la parte dogmática, ora en la orgánica de la constitución, se rompen sus principios porque, como es evidente se pretende producir o la caducidad del orden jurídico institucional preexistente, o al menos su alteración. Por otra parte, conviene advertir que en algunos casos de transformación total, se guardan las formas anteriores, quitándoles la sustancia y aparentemente se conserva la estructura anterior, como sucedió en dos de las revoluciones totalitarias del presente siglo, cuyos jefes fueron llamados al gobierno por los modos constitucionales preexistentes, y cuya obra fue realizándose paulatinamente dentro de los mismos preceptos anteriores a su llegada al gobierno, hasta privarlos de todo contenido, sin que por haber guardado aquellas apariencias, pueda jamás sostenerse que no fueron revoluciones los movimientos ni revolucionario el gobierno surgido de ellos.

Queda por examinar otro aspecto de la cuestión. Para que de un gobierno se pueda afirmar que es **de hecho**, además de su origen, debe tenerse presente en primer lugar, que sea gobierno, es decir que ejercite todas las funciones de tal y luego que el asentimiento no sea la pura pasividad explotada como adhesión, según lo precave Jeze. Así el examen debe hacerse para cada caso concreto, y además recordarse que ni siquiera el reconocimiento internacional implica la transformación del gobierno **de facto** en gobierno **de iure** porque este problema es absolutamente interno: el reconocimiento es un acto político del gobierno que lo hace en que obran consideraciones propias de cada país que lo verifica, pero no puede influír en la calificación que deba hacerse de acuerdo con el derecho nacional del gobierno reconocido. (Sala Plena. Noviembre 28/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 445, 1ª y 2ª

— H —

— 164 —

HIJUELAS (No confieren al adjudicatario el derecho de dominio)

Enseñan los doctrinantes, "que los títulos constitutivos de dominio son los que sirven para constituír el dominio sin que haya desplazamiento de una cabeza a otra y sin acto ninguno del anterior dueño, a diferencia de los traslaticios de dominio que sí implican acto del dueño anterior".

La simple adjudicación de una singular porción de terreno y de que dé cuenta una determinada hijuela no confiere al adjudicatario el derecho de dominio sobre la cosa adjudicatada sino cuando en el causante o respectivo causahabiente radicaba tal derecho, porque es bien sabido que las hijuelas son títulos declarativos y no atributivos de dominio y porque el heredero o copartícipe, por ficción legal, se supone una misma per-

sona con el causante de quien dice derivar su derecho.

"La hijuela declara y puntualiza en el adjudicatario el dominio del causante; de suerte que si éste no lo tenía, no puede entenderse conferido al adjudicatario por el simple hecho de haber obtenido o haberse formado a sí mismo tal adjudicación".

Los adjudicatarios, para reivindicar, además de afirmarlo deben acreditar legalmente no sólo el hecho de que la comunidad existió sino que el causahabiente fue en su tiempo dueño del bien común materia de la división. (Casación Civil. - Agosto 9/57. Nos. 2186-2187) .....9, 1ª y 2ª

— 165 —

HOMOLOGACION (Los aspectos económicos del laudo escapan al recurso)

Aspectos de carácter estrictamente económico, que pudieran repercutir en las finanzas de la empresa, pero que no implican desconocimiento de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, son impropios o ajenos a las finalidades del recurso de homologación. Sobre este punto tiene formado definitivamente su criterio la Corte, mediante antecedentes ya considerados y decididos. (Fallo noviembre 3 de 1956). (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190). 722, 2ª

— I —

— 166 —

IMPEDIMENTO (Por haber emitido opinión como particular)

La causal de impedimento prevista por el numeral 4º del artículo 73 de la ley procedimental en su parte de haber "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" hace referencia al concepto o juicio que emita el funcionario público o la persona particular sobre un proceso determinado; naturalmente que en tratándose del segundo, la opinión es causal de impedimento o recusación, cuando posteriormente esa persona investida de la calidad de funcionario de la rama jurisdiccional, tenga que conocer del negocio sobre el cual había emitido opinión.

El juicio o concepto sobre el tema discutido puede ser oral o escrito, favorable o desfavorable para los intereses del sindicado, con interés real o presunto respecto de la persona que lo emite; lo esencial en este caso es la opinión sobre el punto fundamental que estructura el delito en sus elementos objetivos porque sólo una opinión de esta naturaleza es la que con lógica suficiente y con fundamento jurídico da base para estructurar la causal de impedimento o recusación.

La opinión puede formarse y emitirse por conocimiento directo y personal del negocio, o bien por infirmación indirecta que de él se tenga o por ser del dominio público el hecho que origina el delito, pero lo fundamental es que el concepto, dictamen o parecer verse sobre el asunto materia del juicio, no sobre temas accidentales al mismo, ni sobre la clase de acción —civil o penal— que previamente deba ejercitarse. No. El precepto legal (numeral 4º, artículo 73) exige perentoriamente una opinión sobre el tema concreto del proceso penal; cualquier otra manifestación no es la causal de impedimento que señala la ley para invocarla como excusa. (Casación Penal. Noviembre 25/57. Nos. 2188-2189-2190).....633, 1ª y 2ª

— 167 —

IMPEDIMENTOS (De los agentes del Ministerio Público en los negocios de inexequibilidad)

Tanto para garantizar la independencia y la correcta actividad funcional de los jueces

y Agentes del Ministerio Público, como la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, se han instituído en nuestra ley las causales de impedimento y recusación inspiradas por motivos que se refieren generalmente: a) A la acumulación de funciones dentro del mismo negocio; b) Al interés y c) Al efecto.

Tales principios sufren una excepción en el artículo 4º de la Ley 96 de 1946, justificada por cuanto en esta clase de negocios no se controvierten intereses particulares sino que se mira a si determinada disposición legal viola o no los preceptos constitucionales. Así, en dicho artículo se limitan las causales a las relaciones entre el funcionario y la norma acusada y al parentesco entre el mismo y el actor o su apoderado. Pero aquellas se refieren exclusivamente al Magistrado, según se desprende de la redacción de la norma. En cambio, para el Ministerio Público, rige el artículo 166 del C. de P. Civil, sin excepción alguna. Si el legislador hubiera querido que para éste las causales de impedimento y recusación en juicios como el presente fueran las mismas señaladas para el Magistrado, así lo habría dicho de modo expreso. Y al no haberlo hecho debe concluírse que respecto del Ministerio Público conserva en toda su vigencia el artículo mencionado del C. de Procedimiento Civil que erige en causal de impedimento el interés real o presunto que pueda existir, al preceptuar:

"Los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés". (Sala Plena. Diciembre 12/57. Nos. 2188-2189-2190).....458, 2ª y 459, 1ª

— 168 —

IMPEDIMENTOS (No son motivo para modificar la jurisdicción)

No es motivo, para que la colisión se decida a favor de la justicia militar, el que se tema, por parte del procesado, que no hallará la debida imparcialidad en el juez ordinario. Esta razón, como es obvio, debe alegarse en forma y oportunidad distintas de la presente, ya que implica un incidente procesal de otro orden, como es el referente a la recusación del juez, o a la declaratoria de impedimento de éste. (Casación Penal. Septiembre 12/57. Nos. 2186-2187).....215, 2ª

— 169 —

IMPEDIMENTOS

Véase el aparte **Cambio de radicación** en el número 47 de este Indice.

— 170 —

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES (De los agentes del Ministerio Público por tener interés en el negocio)

Los Magistrados, Jueces y Fiscales pueden llegar a verse interesados en las resultas de un determinado juicio, o colocados en situación de que así se los suponga, por tres clases de motivos previstos en la ley: materiales, morales o espirituales e intelectuales. A este último grupo corresponden, en lo pertinente, las causales 4ª y 7ª de recusación a que se refiere el artículo 73 del C. de P. Penal: haber dado consejo el funcionario o manifestado su opinión sobre el asunto objeto del proceso y haber dictado la providencia de cuya revisión se trata.

Alguna vez estimó la Corte que los Agentes del Ministerio Público no se hallan impe-

didos para conocer como Jueces o Magistrados de aquellos negocios en que emitieron concepto porque tales funcionarios "no sostienen intereses particulares, sino los de la Nación que representan" (XI, 270 y XXXVI, 492); pero posteriormente se ha rectificado ese parecer reñido con principios de psicología y de lógica, según los cuales la inteligencia, al percibir a través de los sentidos la realidad exterior, se une a ésta en forma poco menos que indisoluble, restringiendo casi completamente la libertad de criterio con que la cuestión controvertida se ha de apreciar en un segundo plano del razonamiento, para decidirla muchas veces de modo definitivo. Acaso por tal causa la buena disposición para rectificar los propios errores, tan indispensable al eficaz funcionamiento de la justicia, no suele ser virtud muy observada infortunadamente, entre los encargados de administrarla; y de ahí que el legislador hubiera instituído, en el orden intelectual, las causales de recusación en referencia, dentro de las cuales no se entienden comprendidos, naturalmente, aquellos consejos, opiniones o pronunciamientos que no entrañan una vinculación de la mente del funcionario a lo sustantivo o sustancial de la materia sub judice. (Casación Penal. - Septiembre 18/57. Nos. 2186-2187) ..... 229, 2ª y 230, 1ª

— 171 —

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES (Las providencias que los resuelven no tienen apelación)

Las providencias que en lo penal resuelven un incidente de impedimento o recusación, no están sujetas a ningún recurso para ante el inmediato superior, porque dentro del imperio de los artículos 74 y 77 del C. de P. P. la Corte no conoce ni califica los motivos de impedimento o recusación en virtud de recurso de apelación, pues la jurisdicción la adquiere por la simple declaración que hace el funcionario impedido o recusado, los incidentes se resuelven de plano, o sea que para calificar el impedimento o recusación, no hay necesidad de tramitación alguna porque a ello se opone el contenido y el espíritu de los textos que regulan estos incidentes. (Casación Penal. - Diciembre 7/57. Nos. 2188-2189-2190) 658, 2ª

— 172 —

INCONSONANCIA (No la hay en la sentencia absolutoria por ordenarse levantar el embargo)

Por efecto del secuestro de los lotes denunciados como vacantes el Juzgado los entregó al secuestre nombrado haciéndose un tanto difícil su comercio. No habiendo prosperado la acción en lo relativo al expresado lote número 2, al desatar la litis debía el Tribunal definir la situación procesal creada dentro del litigio, o sea librar el citado lote de la traba a que fue sometido como consecuencia de haber sido secuestrado; debió el Tribunal, por imperativos procesales, volver las cosas al estado anterior. En consecuencia, la orden de devolver el lote a quien lo estaba poseyendo para el día del secuestro era apenas consecuencial y lógica, y no puede negarse que guarda armonía con la principal disposición del fallo como que es apenas simple resultado de ella. Si el Municipio tenía para el día del secuestro, por lo menos, la tenencia de este lote, a él debe volverlo el secuestre como resultado de la cancelación de esta medida provisoria. La sentencia que niega lo pedido nunca es incongruente. (Casación Civil. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190). 494, 2ª

— 173 —

INDICIOS (Casación por error en su apreciación)

En cuanto a la prueba indiciaria la Corte ha dicho que la posibilidad de casar una sentencia por error o falta de apreciación de pruebas consistentes en indicios, no ocurre sino cuando se han dado por probados los respectivos hechos básicos sin estarlo, o absteniéndose de tener en cuenta los comprobantes cuya estimación impondría solución contraria a la de la sentencia, o dejando de relacionar los indicios entre sí cuando de esta labor precisamente habría de deducirse esta solución contraria, o estableciendo una relación reñida con la lógica en la vinculación entre causa y efecto. (Casación, 17 mayo de 1946. LX, 464). (Casación Laboral. Agosto 19/57. Nos. 2186-2187).....275, 1ª

— 174 —

INDICIOS (Como pruebas indirectas)

Los problemas que suscitan las llamadas pruebas indirectas, son de los de mayor importancia, tanto en la teoría del Derecho probatorio como en lo que se relaciona con su aplicabilidad.

"Pruebas indirectas, dicen los doctrinantes, son aquellas circunstancias que en realidad se relacionan indirectamente con el objeto de la prueba, circunstancias que no constituyen un testimonio directo o inmediato en contra o a favor de la situación que se trata de decidir, como se puede decir de las declaraciones de testigos, como en muchos casos puede afirmarse también del dictamen pericial y de los otros medios probatorios llamados "directos" pero que por su relación con otras circunstancias, conducen a las mismas conclusiones que las pruebas directas".

Definición ésta deducida de la regla clásica, aún no revaluada, sobre pruebas judiciales de Bentham: "Toda decisión fundada en una prueba es un producto de la conclusión siguiente: de la existencia de un hecho dado, llego a deducir la existencia de otro". Y de donde surge la discriminación entre pruebas directas e indirectas, según la relación de inmediatez o de mediatez de la existencia del hecho dado con la del otro a deducir.

Así, el camino a seguir de las pruebas directas es más corto que el de las indirectas. Cuando se opera con éstas, se recorre una vía mucho más compleja para las conclusiones: de un hecho particular hay que ir a otro, de otro particular, a un tercero y así sucesivamente, hasta llegar al hecho básico a probar. Estriba la complejidad además, en que tratándose de pruebas indirectas, frecuentemente es preciso utilizar varias series de elementos de esta naturaleza, con la particularidad, muy singular por cierto, de que pueden no coincidir en todos los casos y de que en algunos otros pueden entrar incluso en contradicción una con otra".

La cuestión de las pruebas indirectas está pues, relacionada teóricamente con distintos problemas de la doctrina de las pruebas: autenticidad de lo que constituye el indicio; coincidencia o armonía de los indicios, relación entre éstos y las presunciones que se deducen de ellos y calidad y valor de éstas como pruebas judiciales. De allí, que la aplicación de las pruebas indirectas sea mucho más compleja y difícil que la de las directas.

Lo típico del indicio es que no tiene valor de prueba, "per se", sino unido a otras circunstancias. Entonces, cuando se hace uso de las pruebas indirectas es necesario establecer la conexión de unos hechos con otros, proceso de determinación de esa conexión como de su calificación en el cual goza, o se le concede, un dilatado margen de discernimiento a los juzgadores de instancia. Porque uno de los méritos indudables de esta clase de pruebas es su objetividad: "las cosas son

cosas, los hechos son hechos, y estos, como es sabido, son tosudos", como tales tienen la virtud de su naturalidad, su falta de artificio, esto es, su autenticidad.

Así las cosas, la importancia de las pruebas indirectas no se determina solo, en términos generales, por la calidad de estas mismas pruebas como por su situación con respecto a otras pruebas, por su conexión y relación con éstas. Porque, ellas son fragmentos de hechos, retazos de acciones que es necesario reunir en un todo único, compararlos unos con otros y con otros hechos mediante un proceso de análisis y síntesis para reducirlos a un sistema, a un conjunto armónico.

De las anteriores consideraciones doctrinales se deducen como criterio o sistema para la apreciación de las pruebas indirectas, las siguientes conclusiones:

1ª La prueba indirecta adquiere calidad procesal y valor probatorio en conexión con otras pruebas; 2ª La conexión mutua de las pruebas indirectas debe ser tal que todas ellas constituyen los eslabones de una misma cadena, y en tal forma que, desprendido uno de ellos se quebranta toda la cadena y pierden la categoría de indicio cada una de las pruebas por separado. En consecuencia, lo que debe existir es un sistema de pruebas indirectas, y no un grupo de indicios dispersos, sin conexión entre sí interna; 3ª Las pruebas indirectas deben guardar armonía, tanto entre sí como con el hecho principal que se quiere comprobar; 4ª Las pruebas indirectas deben estar tan fundamentadas que de su concatenación general no se pueda eliminar, quebrantar una sola de ellas por medio de una contraprueba. (Casación Civil. Octubre 5/57. Nos. 2188-2189-2190) . . . 468, 2ª y 469, 1ª y 2ª

— 175 —

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN MATERIA CIVIL (Sobreseimeinto definitivo)

No siempre el sobreseimiento definitivo pronunciado en el proceso penal seguido contra el actor material del hecho que ha causado daño a terceros extingue la acción de responsabilidad civil contra éste mismo, porque, como de antaño lo viene enseñando constante jurisprudencia de la Corte "el artículo 28 del C. de P. Penal está indicando a contrario sensu, que es admisible la acción civil de resarcimiento ante el Juez civil cuando el fallo penal (sentencia o sobreseimiento definitivo ejecutoriados), deja establecido que el hecho causante del daño SI ocurrió, que el procesado ES el autor material del hecho y que al producirlo NO ESTABA cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima".

Innegable la juridicidad de la doctrina, porque los jueces penales tienen dentro de la función investigativa que les es propia, la de decidir —salvo en denuncias por quiebra fraudulenta— únicamente sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal en los casos en que el hecho doloso o culposo se haya producido con las características exigidas para darle función a la aplicación de determinada norma penal, ya que no es su función estatuír sobre relaciones determinantes de simple responsabilidad civil. Está fuera de su ámbito normal lo que escape al conocimiento en sí de la infracción penal, a excepción de los casos de quiebra fraudulenta —se repite— o de los de acusación particular si en ella se ventila pedimento de indemnización civil. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187) . . . . . 137, 1ª y 2ª

— 176 —

INFRACCION DIRECTA

En repetidas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la infracción directa se configura por la ostensible rebeldía o desconocimiento del fallador respecto de la norma, sin que esa actividad pueda referirse a errores en la estimación probatoria, pues en este caso, lo procedente es presentar el ataque por infracción indirecta. (Casación Laboral. Noviembre 15/57. Nos. 2188-2189-2190).....762, 1ª y 2ª

— 177 —

INJURIA (Cometida por funcionarios en sus providencias)

La crítica justa, severa, ceñida a derecho no es constitutiva de un delito contra la integridad moral, porque de ser así, ello equivaldría a suponer que el legislador quiso sancionar como infracción penal el simple concepto u opinión del funcionario expresado en sus providencias. No. Las opiniones, conceptos o censuras vertidas por los funcionarios de la rama jurisdiccional en los autos o sentencias, no son fuentes de delito mientras no tengan la capacidad o virtud suficiente para herir la honra, reputación o dignidad de las personas que intervienen en el juicio. (Casación Penal. Agosto 26/57. Nos. 2186-2187). 176, 2ª

— 178 —

INMUEBLES (Sustracción de)

Es inaceptable el concepto del fallador de que los bienes inmuebles, por su naturaleza misma, no pueden ser sustraídos para disponer de ellos, porque tal interpretación, tanto en el aspecto gramatical como en el jurídico no se aviene al contenido de la norma legal de que se trata. Tal argumento atiende tan sólo al significado material del verbo "sustraer" en su acepción de apartar, separar, extraer, es decir de quitar una cosa del sitio donde está, o dividir sus partes o separar los componentes de un cuerpo. Con ello seguramente, quiso aludir a la acción física que implica el traslado de una cosa de uno a otro sitio, ya que sólo en ese sentido del vocablo es que la sustracción de bienes raíces es físicamente imposible, dado que éstos como el C. Civil los define, son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro. En el mismo sentido de movimiento material, tampoco serían susceptibles de sustracción los bienes incorporales, como los créditos, y sí podrían serlo aquellos bienes que se reputan inmuebles por su destino. Pero no solamente se sustrae una cosa cuando se le quita de su sitio, sino cuando indebidamente se le cambia su situación jurídica, porque la sustracción implica siempre un acto fraudulento tendiente a apropiarse un bien de otro, por cualquier clase de medios. Tampoco es acertada la afirmación de que con los vocablos "efecto" y "objetos" no se distinguen los bienes raíces, que se presenta como segundo argumento porque éstos son términos que el C. Civil emplea para significar cosas o bienes en su sentido más amplio y bien sabido es que una clase de éstos son los inmuebles o bienes raíces. "De efectos hereditarios" habla el Código en sus artículos 1279, 1288 y 1301, y en ellos comprende todos los bienes de la sucesión. Usa también en su artículo 2979 la palabra "efectos" como sinónimo de bienes en su sentido genérico. Con mayor frecuencia se sirve de la expresión "objeto" para aludir a cualquier bien o cosa. Así puede verse entre otros muchos en los artículos 472, 475, 1206, 1207, 1374, 1388 y 1400. (Casación Civil. Septiembre 21/57. Nos. 2186-2187).....85, 2ª y 86, 1ª

— 179 —

INSTRUMENTOS PUBLICOS (Eficacia probatoria y obligatoria)

Según el artículo 1759 del C. C. "las declaraciones que los otorgantes hagan en un instrumento público hacen fe contra los mismos declarantes". Si jurídicamente es evidente que las declaraciones que hacen los declarantes en una escritura les obliga y hacen fe entre ellos, ello no quiere decir, que los contratantes al otorgar puedan cambiar la esencia y la faz jurídica de la convención señalándola con nombre distinto del verdadero, ni que carezcan del derecho de contraprobar contra lo expresado en el instrumento. Lo que no pueden hacer para este fin, por expresa prohibición del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, es acudir solo a la prueba de testigos para valiéndose de ella, unilateralmente pretender adicionar o alterar la esencia y naturaleza misma de la convención, porque en tales casos es preciso que medie prueba de igual categoría que evidencie lo contrario, principio de prueba por escrito acompañada de testimonios, presunciones u otras probanzas.

Esto, porque no es lo mismo probar que obligar. Es notoria la diferencia entre efecto probatorio y efecto obligatorio de un instrumento público. Así, el que recoge un contrato tiene para los otorgantes tanta eficacia probatoria como obligatoria; y para los terceros solo está provisto de eficacia probatoria y no así de la obligatoria. No debe, pues, confundirse entre la una y la otra fuerza o eficacia del instrumento.

La regla del artículo 91, como las del 92 y 93 de la ley 153 de 1887, constituyen un desarrollo de la norma del artículo 1767 del Código Civil, no así del 1759 ibidem. El primero consagra el principio de la obligatoriedad y de la eficacia probatoria del instrumento público entre los interesados u otorgantes; el segundo, el de la restricción a la admisibilidad de la prueba de testigos en relación con las limitaciones que ella tiene por razón del valor de la cosa misma y por motivo de la solemnidad del acto.

El artículo 1767 del Código Civil formula el principio o regla de que "no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito". Y el 91 de la ley 153 de 1887, en desarrollo de ese principio determina cuáles son las obligaciones que deben consignarse en esa forma, y para tal fin expresa: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos". Se refiere, pues, esta disposición a "actos o contratos", a la prueba de un acto jurídico y no a la de un simple hecho. (Casación Civil. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187) . . . 95, 2ª, 96, 1ª y 2ª

— 180 —

INTENDENTES Y COMISARIOS (Competencia para conocer de delitos cometidos por ellos)

Las actuaciones imputables al Comisario Especial del Vichada, fueron ejecutadas por el acusado en ejercicio de sus funciones de tal, modalidad ésta que le da competencia a la Corte para conocer del negocio a tenor del artículo 42, ordinal 6º del C. de P. P. En consecuencia, y como del proceso han venido conociendo el señor Juez Tercero Superior de Bogotá en primera instancia, y el Tribunal Superior en segunda, conclúyese que lo actuado por estos es nulo en cuanto al ex-funcionario amparado con fuero especial, desde el auto proferido por el Juzgado Superior en virtud del cual se declaró cerrada la investigación, y así debe declararse. (Casación Penal. Diciembre 11/57. Nos. 2188-2189-2190) 662, 2ª y 663, 1ª

— 181 —

INTERPRETACION ERRONEA (Casación por este motivo)

Cuando se afirma que la sentencia violó directamente algunas disposiciones de la ley sustantiva, por haberlas interpretado erróneamente y dejado de aplicar el Tribunal, el recurrente para que su acusación sea viable, está obligado a indicar cuál fue la interpretación equivocada que de esas disposiciones hiciera el Tribunal y cuál es la correcta que a tales normas corresponde; su omisión dificulta a la Sala el estudio del cargo de violación de la ley por interpretación errónea, pues no se le facilitan los medios necesarios para establecer si el fallador incurrió en yerro jurídico al determinar el sentido, alcance y contenido de los aludidos textos legales y si por ello los infringió. La censura de la sentencia, por este concepto específico, para que prospere, requiere la demostración de un error del Tribunal acerca del contenido del precepto sustantivo cuya violación se le imputa, porque, como lo anota el tratadista español Manuel de la Plaza, el recurso de casación se ventila entre el recurrente y la sentencia que por ese medio se combate, y por eso el cargo que no se sustenta adecuadamente resulta ineficaz puesto que no aporta las luces necesarias para examinar si el fallador interpretó erróneamente y violó determinadas normas del derecho positivo. (Casación Civil. - Septiembre 21/57. Nos. 2186-2187) 80, 2ª

— 182 —

IRA E INTENSO DOLOR (Como circunstancia modificadora de la responsabilidad o de menor peligrosidad)

Tres son las modalidades de la emoción de la ira o de la emoción del dolor que la ley sustrae, por decirlo así, del campo puramente psicológico para constituírlas en factores de la dosimetría penal: la consagrada en el ordinal 3º del artículo 38 del Estatuto Punitivo como simple circunstancia de menor peligrosidad y que se aprecia únicamente por los jueces de derecho; y las contempladas en los artículos 28 y 382 de la misma obra, que son modificadoras del delito y se estiman por el tribunal popular en los juicios que se tramitan con intervención de éste.

La primera de las dos últimas ocurre cada vez que la ira o el dolor se han suscitado en el ánimo del sujeto activo por grave o injusta provocación; y la segunda se presenta en el caso especial del homicidio o las lesiones que cometen el cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vidas honestas, que han incurrido en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, aun cuando la reacción criminosa sobrevenga con posterioridad al momento de realizarse la ofensa. (Casación Penal. Noviembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190) .....611, 1ª y 2ª

— J —

— 183 —

JUBILACION (Condena para el futuro al pago de la pensión)

El artículo 262 del C. S. T. estatuye, en su parte final, que cuando la solicitud se hace estando el trabajador al servicio de la empresa, la pensión solo se deberá desde el día del retiro. Entonces, en una situación como la indicada, no es que resulte improcedente la declaración jubilatoria ni que el derecho respectivo no exista, sino que el disfrute de la prestación debe posponerse hasta la fecha en que el trabajador quede separado del servicio. Esta materia la registra el derecho procesal bajo la figura de "condena de futu-

ro" y ha sido expuesta por la jurisprudencia en los términos siguientes:

"La acción de condena de futuro es posible en los eventos de los artículos 262 (parte final) y 267 del C. S. del T. por cuanto en ambos casos se trata de situaciones jurídicas individuales y concretas, que una vez adquiridas no pueden ser modificadas en el futuro, sobre las cuales se establece simplemente un plazo para que los derechos y obligaciones conferidos por ellas empiecen a ejecutarse. El derecho de pensión especial del artículo 267 se adquiere, de manera irrevocable, por el hecho del despido injusto del trabajador después de 15 años de servicio, sólo que ese derecho no es exigible sino cuando el trabajador llegue a los 50 años de edad; en este caso la edad no es elemento configurativo del derecho como en la pensión general, sino simplemente es condición para su exigibilidad. Situación jurídica similar se contempla cuando el trabajador, adquirido el derecho a la pensión ordinaria por haber cumplido la edad y el tiempo de servicios, continúa laborando en la empresa; entonces, de acuerdo con la parte final del artículo 262, puede solicitar la pensión que sólo empezará a deberse desde el día en que el trabajador se retire de la empresa". (Ernesto Vélez Londoño contra Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. 8 de marzo de 1955 —del Tribunal Supremo del Trabajo—). (Casación Laboral. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 747, 2ª y 748, 1ª

— 184 —

JUBILACION (Consumada bajo la vigencia de una ley nueva)

Como se ha alegado que la definición jurisprudencial contenida en sentencia del Tribunal Supremo de abril 23 de 1952 (G. del T. VIII, 171) adolece de error, debe agregarse que la crítica no repara en que la estimación del tiempo anterior obedece a la existencia, al momento de aplicar la norma jubilatoria, del vínculo sobre el cual se decide, esto es, que se aprovechan ciertamente los servicios prestados antes del mismo, haya habido o no solución de continuidad, pero con razón, de que el nuevo vínculo laboral cae bajo el imperio de la ley de pensión. Para la Corte éste es un fenómeno perfectamente distinto al de la aplicación de la ley a una situación contractual que había desaparecido en la época en que no existía el derecho respectivo, sin que hubiese logrado regir un solo momento de la existencia de aquel vínculo anterior, y por eso ha hablado "de los efectos futuros de un hecho anterior" como cosa diferente de los efectos retroactivos de un mandato legal. Y por eso también el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo; de cuya jurisprudencia se vale ahora la Corte, al resolver sobre situaciones en que se le reclamaba la aplicación de la nueva ley a servicios que nunca reguló, negó aplicabilidad a la misma, porque el fenómeno de la aplicación inmediata de las leyes laborales requiere la existencia del hecho que debe regular. (Antonio B. Abello contra Magdalena Fruit Co.—Sentencia de 13 de diciembre de 1955). (Casación Laboral. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) .....746, 2ª y 747, 1ª

— 185 —

JUBILACION (Discontinuidad en el servicio)

Se ve claro, por el criterio jurisprudencial expuesto, en sentencia del Tribunal Supremo de abril 23 de 1952 (G. del T. VIII, 171) que hoy acoge la Sala de Casación Laboral de la Corte, que la discontinuidad en la prestación del servicio no afecta la propiedad jurídica del reclamo de pensión jubilatoria, sin que el asunto deba resolverse con criterio análogo al que regula el fenómeno de la cesantía,

pues precisamente la distinta naturaleza de esas prestaciones impone la diferente estimación. (Casación Laboral. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190).....746, 2ª

— 186 —

JUBILACION (Sustitución de patrono y unidad de empresa)

La Corte estima necesario expresar que entre los fenómenos de sustitución de patrono y unidad de empresa no existe una relación de tal naturaleza que los efectos jubilatorios del segundo no puedan acontecer sin el primero. En absoluto: si la empresa anterior cambia de dueño, sin variar el giro esencial de sus negocios, el contrato del trabajador que en ese momento se halle a su servicio no se verá afectado, concurriendo los dos fenómenos. Pero si el trabajador no lo era al momento de la sustitución, ello no impide considerar a la dos empresas como una misma, si la segunda conservó el giro esencial de los negocios. Habrá en este caso unidad de empresa aunque el efecto principal de la sustitución, contemplado por el artículo 68 del C. S. T. no se registre por inexistencia del vínculo llamado a continuar. Este tema también lo definió el extinto Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de la que basta transcribir el siguiente aparte:

"El hecho de que el artículo 67 del Código, como antes lo hiciera el 53 del Decreto 2127 de 1945, exija identidad del negocio o empresa cuyo dominio se transmite como elemento indispensable de la substitución patronal, no requiere necesariamente la conclusión planteada por el opositor, esto es, la de que el trabajador que no haya sido elemento presente en el momento del cambio, no puede reclamar de la entidad económica su pensión. Lo que ocurre es que su derecho no se funda legalmente en la pretendida sustitución, que en realidad como atrás se vio, no tuvo lugar en relación con él, sino con base en la identidad de la empresa a la que sirvió por más de 20 años, que es el requisito de carácter objetivo que exige el artículo 260 para conceder el derecho. Lo que se puede concretar afirmando que si bien es cierto que toda substitución patronal supone identidad en la empresa, no toda identidad supone la substitución, porque como en el ejemplo antes citado, puede faltar a esta última uno de los elementos para que se configure". (Pedro Miguel Espejo contra la Cía. Frutera de Sevilla, sentencia de 23 de julio de 1955).

En la cláusula últimamente transcrita la Corte advierte alguna confusión entre el fenómeno de la sustitución propiamente dicho y su efecto de continuidad de los contratos de trabajo existentes. Por ello, y sin que se altere el contenido jurisprudencial, entiende dicha cláusula de la siguiente manera: "Lo que se puede concretar afirmando que si bien es cierto que toda sustitución patronal supone identidad de la empresa, no toda identidad supone el efecto de continuidad de los contratos laborales, porque, como en el ejemplo antes citado, puede faltar para éstos la condición de existencia al tiempo de efectuarse el cambio de dueño". (Casación Laboral. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190).....747, 1ª y 2ª

— 187 —

JUECES (No pueden serlo en propiedad quienes no sean abogados titulados)

La consideración de que por haberse abolido el requisito del título para litigar puedan, consecuencialmente, administrar justicia, en virtud de designación en propiedad, quienes no lo posean y, concretamente los "abogados recibidos", no tiene ningún fundamento.

Yerra quien da por sentado que un reglamento indebido acerca de la abogacía abre

las puertas del desempeño judicial a los abogados recibidos o a cualquier otra categoría de no titulados, pues los artículos 150, 155, 157, 158 y 159 de la Constitución que fijan las calidades al efecto, concretan la del punto en estudio en los abogados titulados, en forma que no permite extensión ni analogía algunas. (Sala Plena. Noviembre 23/57. Números 2188-2189-2190) 426, 2ª

— 188 —

JUECES DE INSTRUCCION CRIMINAL (Competencia para conocer de los delitos cometidos por ellos)

El fuero ampara exclusivamente a las personas enumeradas en las pertinentes normas, taxativas, y por tanto, no extensivas por analogía. El artículo 44 del C. P. P. en su primer ordinal, indica las personas que, por su carácter de Juez Superior o del Circuito, en causas de responsabilidad, deben ser juzgadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; la segunda instancia, en consecuencia, corresponde en estos casos a la Corte, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 42 de la misma obra. Con estas normas se establece pues, la situación privilegiada constitutiva de fuero. Ahora bien, el artículo 40 del Código en cita atribuye categoría de Juez de Circuito al de Instrucción Criminal. Puede entonces entenderse que el artículo 44 protege al último, a la par de los Jueces Superiores y de Circuito, en la suposición de que el artículo 40 no se refiera con exclusividad a los Jueces de Instrucción Criminal creados por el mismo código procesal? No, porque señalar equivalencia de categorías no es indicar comunidad de privilegios: estos, por excepcionales, deben ser expresos. El punto se aclara cuando se observa que a los Agentes del Ministerio Público, sin estar cobijados por disposición especial del C. P. P. ni por otra alguna legal, se les reconoce fuero porque surge de norma constitucional; el artículo 44 del acto legislativo número 1º de 1945, correspondiente al 142 de la codificación, en su inciso 3º distingue entre categoría y privilegio: "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo". Si el artículo 60 del acto legislativo número 1º de 1945, que corresponde al 157 de la codificación constitucional, precisa las calidades que deben reunirse para ser Juez Superior, de Circuito, etc., de allí no puede inferirse ni indirectamente la existencia de fuero para los Jueces de Instrucción Criminal. Se desprende, como conclusión, que la Corte carece de competencia para juzgar en segunda instancia a dichos jueces, ya que, no estando comprendidos en disposiciones constitucionales ni legales expresas, que los sustraigan de las normas comunes, deben estar sometidos a las normas generales y, por tanto, ser juzgados en primera instancia por los del correspondiente Circuito. (Casación Penal. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187).....231, 2ª y 232, 1ª

— 189 —

JUECES DE MENORES (Competencia para conocer de los delitos cometidos por ellos)

El fuero es excepcional y las disposiciones en que se establece son de carácter taxativo, de tal suerte que no pueden jamás ampliarse por analogía. El inciso 1º del artículo 44 del C. P. P. dice que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por medio de las Salas Penales, conocen de la primera instancia de las causas de responsabilidad que se sigan a los Jueces Superiores y a los Jueces de Circuito; por tanto, la segunda instancia, en estos casos, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en virtud del numeral 2º del artícu-

lo 42 del mismo Código. El artículo 3º de la Ley 83 de 1946 indica las calidades que se requieren para ser Juez de Menores, iguales a las necesarias para ser Juez Superior, más otras especiales, pero no confiere a aquél las prerrogativas ni privilegios de éste; aunque el artículo 4º —modificado posteriormente— señale sueldo de Magistrado de Tribunal Superior tampoco hace comunes las preeminencias. No puede decirse que suceda lo mismo que con los Agentes del Ministerio Público que, sin estar cobijados por disposición especial en el C. P. P. sin embargo se les reconoce fuero, porque éste surge de la Constitución Nacional, que en el inciso 3º de su artículo 142, correspondiente al 44 del acto legislativo número 1º de 1945, dice: "Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo". El artículo 157 de la codificación constitucional, originado en el 60 del acto legislativo número 1º de 1945, enumera las calidades que se deben reunir para ser Juez Superior, etc., pero de allí no puede desprenderse privilegio para los jueces de menores. Así, la Corte carece de competencia para juzgarlos en segunda instancia, ya que por no estar comprendidos en disposiciones constitucionales ni legales, que los sustraigan de las normas comunes, deben ser juzgados en primera instancia por los del Circuito correspondiente. (Casación Penal. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187) . . 233, 2ª y 234, 1ª

— 190 —

JUSTICIA PENAL MILITAR (Competencia)

La justicia penal militar conoce de los delitos denominados militares cometidos por militares en servicio activo, en cualquier tiempo, y excepcionalmente, de los delitos comunes cometidos por las mismas personas, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público.

A los militares en la reserva o en retiro, a los civiles al servicio de las fuerzas militares y a los particulares los puede juzgar la justicia penal militar solamente por delitos militares o comunes taxativamente establecidos en el Código de Justicia Penal Militar. Así tenemos que en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior, la jurisdicción penal militar conoce de los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado cometidos por particulares (artículo 8º, ordinal 7º del C. de Justicia Penal Militar), quienes pueden ser agentes activos, a su vez, de delitos típicamente militares (v. gr. delito de falsa alarma, delito de sabotaje). Un civil al servicio de las fuerzas militares también puede incurrir en un ilícito típicamente militar como es el de violación de secretos, casos todos estos sometidos a la jurisdicción penal militar.

El juzgamiento del delito común de lesiones personales agotado por un civil al servicio de las fuerzas militares no puede sustraerse al conocimiento de la justicia ordinaria en razón a que no está comprendido entre los que caen bajo la jurisdicción especial de que se viene hablando. El Código de Justicia Penal Militar en su artículo 150 trata del delito militar de lesiones personales circunscribiendo su comisión al militar en servicio activo que, con ocasión del servicio o a causa del mismo, sin el propósito, de matar ocasione a otro un daño en el cuerpo o en la salud, o una perturbación psíquica. (Casación Penal. Octubre 27/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 589, 1ª y 2ª

— L —

— 191 —

LAUDO ARBITRAL

Al imponer el laudo determinada probanza para acreditar el derecho al pago de las primas y vacaciones, viola abiertamente los artículos 51 y 61 del C. P. L. y por tanto, restringe derechos reconocidos a las partes. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Números 2188-2189-2190) 725, 2ª

— 192 —

LAUDO ARBITRAL

Los árbitros resolvieron darle a la parte resolutiva la forma de una convención colectiva. Y esto no aparece incorrecto, pues se ajusta a derecho por cuanto que, como lo expresa el artículo 461 del C. S. del T. el laudo arbitral asume el carácter de **convención colectiva** respecto de las condiciones laborales decididas. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190)..... 721, 1ª

— 193 —

LAUDO ARBITRAL

Resulta insólito que el laudo ponga a la empresa a hacer declaraciones sobre su capital, por cuanto tal materia tiene su regulación en una norma legal, siendo por ello mismo ajena al compromiso. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190) .726, 1ª

— 194 —

LAUDO ARBITRAL (Declarado inexequible, por extemporáneo, el mismo Tribunal puede expedir el nuevo laudo)

El Ministerio del Trabajo interpretó la sentencia anterior de esta Sala, que declaró inexequible, por extemporáneo, el laudo, en el sentido de que esa decisión implicaba la posibilidad jurídica de que el conflicto se resolviese por el mismo Tribunal, con sólo que lo hiciese dentro del término debido, el cual señaló efectivamente. Tal interpretación no parece conformarse con la reglamentación legal simple, para los casos de mayor ocurrencia, que supone cumplida la intervención estatal con el acto de convocatoria y con los de prórroga para la expedición del fallo, cuando esto proceda; y cumplida también la función de los árbitros con el proferimiento de su laudo y con los trámites consecuenciales a la interposición y concesión del recurso de homologación, salvo para definir los puntos que quedaron sin resolver conforme a la parte final del artículo 143 del C. P. T., que prevé esto último. El criterio que de esta suerte contemple el fenómeno apuntado podría invocar, además la consideración de que los Tribunales de Arbitramento no son organismos permanentes sino de atribuciones especiales para un caso concreto, las cuales desaparecen en cumpliéndose el objetivo de la convocatoria.

Con todo, lejos de repugnar a la naturaleza del conflicto colectivo la solución ministerial que se califica, la Corte estima que esa solución procuró con mayor rapidez el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, sin violentar, por otra parte, normas que regulen el asunto de modo distinto, ya que no existen como se ha dicho. Y todo se logró sin atentar contra el derecho de defensa de las partes comprometidas en el conflicto, ya que ellas concurrieron de nuevo, según las actas, a la presentación de sus puntos de vista, sin objetar siquiera la condición de los árbitros que iban a definirlo. Aunque no previsto, pues, el procedimiento adoptado, por las normas que de modo general y en forma tan deficiente reglamentan el recurso de homologación, tampoco es cierto que la función ar-

bitral cese automáticamente con la expedición del laudo, ni que el Ministerio del Trabajo no pueda extender los términos para la misma, ni que resulte contrario a principios superiores lo que sólo persigue una definición última del conflicto en beneficio del orden público, de la economía procesal y de los intereses de los particulares. Además de que si el Ministerio tiene la facultad de prórroga reiterada en la solución del cargo anterior, también debe tener, por razones semejantes, la de enviar el asunto al mismo Tribunal y no necesariamente a uno de composición distinta, en el caso de que la invalidez del laudo haya obedecido a su expedición extemporánea. (Casación Laboral. Diciembre 12/57. Nos. 2188-2189-2190).....797, 1ª y 2ª

— 195 —

LAUDO ARBITRAL (Forma)

Ciertamente, algunas de las definiciones arbitrales aparecen concebidas en atención de posibles ocurrencias futuras y otras, redactadas en forma que se refiere necesariamente al futuro. Sin embargo, para la Corte esto no es violatorio de los preceptos legales que gobiernan la forma de la sentencia arbitral. Pues la solución de los conflictos de intereses requiere, por la naturaleza de estos, modalidades de expresión diferentes de la de los conflictos jurídicos, ya que precisamente aquella debe atender a regulaciones futuras de las relaciones laborales. Por eso el artículo 136 del Código Procesal del Trabajo, al ocuparse de la forma del laudo arbitral, sólo exige que se acomode a la de las sentencias, en lo posible. El precepto anterior alude claramente a las particularidades de futuro que puede necesitar el fallo arbitral. (Casación Laboral. Diciembre 12/57. Nos. 2188-2189-2190).....800, 2ª y 801, 1ª

— 196 —

LAUDO ARBITRAL (Naturaleza de los conflictos que dirime)

La finalidad propia de los fallos arbitrales se encamina a dirimir únicamente cuestiones de carácter económico surgidas entre las partes, como alza de salarios, consagración de prestaciones adicionales, etc., razón por la cual los conflictos de tipo jurídico, son ajenos a la decisión arbitral. Ellos deben dirimirse por la jurisdicción especial del trabajo, de acuerdo con el mandato del artículo 2º del Código Procesal. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190).725, 2ª

— 197 —

LAUDO ARBITRAL (Obligatoriedad respecto a futuros afiliados)

En cuanto a la obligatoriedad del compromiso para los que se afilien a la sociedad con posterioridad al laudo, ello es procedente en virtud del fenómeno de adhesión, ante el cual tienen plena libertad de adoptar lo que les convenga. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190).....722, 1ª

— 198 —

LAUDO ARBITRAL (Prórrogas para expedirlo en el arbitraje voluntario y en el obligatorio)

En sentencia de febrero 21 del presente año se explicó debidamente que el Tribunal de Arbitraje Obligatorio encargado de dirimir un conflicto colectivo surgido en empresas de servicio público, posee la misma misión que el organismo arbitral que resuelve las contiendas de esa clase de zonas de relaciones laborales en las que la ley permite el ejercicio del derecho de huelga. Pero se ex-

plicó cómo el fenómeno de derogatoria de jurisdicción que el arbitraje implica tiene su fuente para el segundo, en la voluntad de las partes comprometidas en el conflicto, mientras que para el primero ella se halla en el ordenamiento insustituible de la ley, que no permite ninguna solución distinta para el correspondiente conflicto colectivo de trabajo no resuelto en las etapas de arreglo directo y de conciliación. Es pues, la distinta naturaleza de estas fuentes lo que imprime a la función arbitral diversas modalidades; y con el objeto de regularlas la ley establece maneras asimismo diferentes para la constitución de los tribunales respectivos. Estas regulaciones no han sido elaboradas de modo caprichoso o sin sentido alguno, sino que responden, como debe responder toda norma procedimental, a la naturaleza del derecho que procura realizar y a la de institución concebida para lograrlo. Entonces, y por lo que interesa al tema del plazo y de su prórroga, como el Tribunal de Arbitramento Voluntario se constituye, como lo denota su nombre, por la voluntad de las partes, ésta es la fuente generadora de la competencia de los árbitros y es ella misma la que puede disponer acerca de la prórroga del término para la expedición del laudo, en el caso de que se venza el primeramente señalado por la ley; y como el tribunal de arbitraje obligatorio, como lo expresa así mismo su nombre, se constituye por mandato insustituíble de la ley mediante una resolución ministerial, no puede desconocerse al Ministerio del ramo la facultad de conceder tales prórrogas para el evento en examen. Sólo así, se dijo en febrero último, se guarda correspondencia entre el acto constitutivo y el acto de prórroga, que siendo voluntarios en el arbitraje de aquella clase, revisten carácter imperativo y oficial en el de la segunda.

Pero el artículo 459 del C. S. T. dispone en su última frase, al referirse al término de diez días que la ley señala para expedición del laudo, que "las partes podrán ampliar este plazo". Y como no distingue entre el arbitramento obligatorio y el voluntario, el apoderado de las empresas sostiene que el criterio jurisprudencial de la Corte lo desvertebra y aún le amputa esta manifestación final, para el caso del arbitramento obligatorio como el de autos. Sin embargo, no es contrario a la hermenéutica jurídica conformar los ordenamientos procesales a la naturaleza de los derechos que procuran realizar y a la de las instituciones concebidas para lograrlos, como se ha dicho, y ello es además claramente obligatorio cuando por otra parte no se desatiende el tenor literal de esos preceptos. Tal es lo que acontece con la interpretación de la Corte, que ahora se mantiene, que procura aquellas conformidades de manera que conviene a la condición de las dos clases de arbitramento laboral, lográndolas en su estimación jurídica y en sus aplicaciones prácticas; y que consigue todo ello sin ocasionar la amputación que se pretende, ya que también fue explicado cómo en el arbitramento obligatorio las partes pueden prorrogar el término que señala la ley para la expedición del laudo, según lo dispone esa frase final, pero sin que en dichas partes y únicamente en ellas repose esa facultad, con carácter exclusivo, pues esto ni conviene a la naturaleza del conflicto ni coincide con lo que expresa literalmente el ordenamiento último del artículo 459. (Casación Laboral. Diciembre 12/57. Nos. 2188-2189-2190). 795, 1ª y 2ª

— 199 —

LAUDO ARBITRAL (Vigencia en el tiempo)

Conforme al texto claro del artículo 467 del C. S. del T. las convenciones colectivas, al fijar el alcance y condiciones de los contratos que regulan, tienen su vigencia con posterioridad a tales actos. Y resulta improcedente reglar en el laudo situaciones pre-

existentes a él, en virtud de la conservación del principio universalmente aceptado de la irretroactividad de las normas de derecho positivo. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190).....725, 1ª

— 200 —

LESION ENORME (Acción rescisoria)

Por la "Restitutio in Integrum" del derecho latino, "el Pretor" concedía a los menores de edad la nulidad de los contratos que hubiesen sido consumados en su perjuicio a causa de los fraudes a que los exponía su inexperiencia. Tal institución es la génesis de la "Acción Rescisoria por Lesión Enorme", figura legal reconocida por nuestro Código Civil en el contenido del artículo 1946 que establece que "el contrato de venta podrá rescindirse por lesión enorme", forma de tutela ésta que ofrece el Estado a aquellos contratantes que aunque capaces de ejecutar todos los actos de la vida civil, sin embargo, en casos singulares, han llegado a ellos impulsados por necesidad, ignorancia o por simple imprevisión.

La acción opera en distintas relaciones contractuales, pero en tratándose de la compraventa su razón se explica con mayor vehemencia por ser estos convenios de naturaleza conmutativa, o lo que es lo mismo, por ser de su esencia, que la pretensión de una parte equivalga o tenga justa equiparidad con la prestación recíproca de la otra; y para que tenga operancia, los procedimientos civiles parten de la base de que realmente haya habido lesión enorme, vale decir, que por efectos del contrato resulte roto el equilibrio jurídico querido por las partes. De ahí por qué el justo precio de la cosa vendida que habrá de fijarse como medio de relación tiene que referirse a la cosa entregada, frente al valor del precio recibido. (Casación Civil. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187)..100, 2ª 101, 1ª

— 201 —

LESION ENORME (Animo especulativo y vileza del precio)

Uno de los elementos para apreciar la rescisión por lesión enorme es el de que se haga ostensible por parte del comprador o del vendedor un injusto propósito de especulación y de engaño, además del objetivo, que consiste en la demostración de la vileza del precio dado o recibido. Estos dos elementos se integran de tal manera que la prueba de la vileza del precio hace suponer ese ánimo de especulación y de engaño, pero no de una manera absoluta, porque bien puede acontecer que concurran circunstancias especiales que excluyan ese ánimo como cuando la parte demandada logre demostrar que tuvo fundamentos serios para creer que el precio convenido era el realmente justo. (Casación Civil. Noviembre 8/57. Nos. 2188-2189-2190). 517, 2ª

— 202 —

LESION ENORME (Término para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la sentencia que la reconoce)

Si la compra-venta impone obligaciones recíprocas a los contratantes, es natural, que la sentencia que declara la rescisión del contrato por lesión enorme debe contener por consecuencia lógica los mismos derechos y obligaciones del contrato inicial, tanto para el vendedor como para el comprador. Si las consecuencias del fallo tienen como mira principal restablecer el derecho patrimonial quebrantado y volver las cosas al estado que tenía antes, la rescisión consecuencialmente implica, por una parte, la cancelación de

la escritura de compra-venta y del registro "purificada de todo gravamen, limitación o desmembración más los frutos percibidos desde la fecha de la demanda", y por otra, la devolución del dinero más los intereses legales desde la presentación de la demanda, y es natural que los términos para cumplir esas obligaciones debe entenderse que son comunes a los contratantes cuando la sentencia no hace una especificación concreta para el demandante y demandado sino para uno de ellos, porque la justicia y el restablecimiento del derecho no puede contemplar situaciones diferentes con perjuicio del uno y del otro y porque el cumplimiento de las obligaciones no puede ser instantáneo para el vendedor y diferida para el comprador; esas prestaciones bilaterales están vinculadas por el criterio de unidad y tiempo en cuanto su efectividad.

Pero cuando este término no ha sido fijado de manera concreta, el juez en ejercicio de facultades legales (artículo 367 del C. J.) puede señalarlo y esa determinación no es arbitraria ni caprichosa, sino la interpretación justa de la sentencia para que produzca consecuencias legales y equitativas; por esto es por lo que se dice que "no es conforme con el espíritu de la ley ni con la naturaleza jurídica de la rescisión de los contratos, obligar a una parte la restitución inmediata de lo que recibió, sin que al mismo tiempo se le asegure el cumplimiento de la obligación que la otra tiene también de devolver lo que a ella se le entregó; pues en estos casos, como cuando se trata de cumplir lo que recíprocamente se han prometido los otorgantes, los derechos del uno y las obligaciones del otro están tan íntimamente unidos que no pueden separarse sin inferir lesión o agravio a derechos perfectos".

De manera que si de acuerdo con la ley y la doctrina, el término para que se cumplan las obligaciones respectivas puede fijarlo el juzgador al hacerlo no viola ninguna disposición legal, sino únicamente busca la interpretación del fallo para que los derechos de las partes no sufran perjuicio ni lesión al hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia, pues no sería justo ni equitativo ni acorde con la naturaleza jurídica de la rescisión por lesión enorme que solamente se obligara a una de las partes al cumplimiento de la sentencia y, respecto de la otra, se difiriera o aplazara para otro juicio la efectividad de la misma, y precisamente, para corregir estas omisiones, la ley ha conferido facultad al juez (artículo 367 del C. J.) para fijar un plazo dentro del cual deben ejecutarse las obligaciones provenientes de la sentencia. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Números 2188-2189-2190).....693, 1ª y 2ª y 694, 1ª

— 203 —

LEY LABORAL (Irretroactividad)

Si bien es cierto que la nueva disposición puede extender su fuerza para regir situaciones que vienen del pasado como simples espectativas o para abarcar los efectos aún no realizados de situaciones jurídicas viejas, como pudiera ser el caso del asegurado con anterioridad al precepto, que mantenga la relación de trabajo y muera con posterioridad a la vigencia del decreto, no puede, sin embargo, tener fuerza obligatoria sobre situaciones que fueron consolidadas en el pasado, o sobre situaciones jurídicas concretas ya en su vigencia, según lo entiende la doctrina, la jurisprudencia y la vinculación de los preceptos que tal lo establecen en nuestra legislación. (Casación Laboral. Agosto 23/57. Nos. 2186-2187).....283, 2ª

— 204 —

LITIS (Modificación de su planteamiento)

Aunque la ley fija, principalmente, los

eventos para el planteamiento del litigio —la demanda y la respuesta— esto no significa que no haya señalado, también, nuevas oportunidades para que las partes puedan modificar ese planteamiento. El derecho que tiene el actor para corregir la demanda, el que se le confiere al demandado pára proponer excepciones perentorias en cualquiera de las instancias del juicio y antes de la citación para sentencia son situaciones que indican claramente, que las partes tienen una relativa amplitud para proponer los puntos litigiosos y modificar sus planteamientos. Así, por ejemplo, si la parte demandada en la contestación de la demanda manifiesta que no se opone a las súplicas impetradas, pero luego propone excepciones perentorias encaminadas a enervar esas súplicas, aunque ello implica una modificación substancial en el planteamiento del litigio, no podría desconocérsele ese derecho que la ley le brinda para su defensa, como tampoco podría desconocérsele esta facultad aun en el caso de que su asentimiento a los hechos de la demanda no hubiese dado lugar a la apertura del juicio a prueba, porque, la natural amplitud procesal que conlleva el derecho de defensa no sólo no se opone a un cambio de posición jurídica, sino que la favorece y garantiza. Tiene dicho el Legislador "que el objeto de los procedimientos judiciales es la efectividad de los derechos". (Casación Civil. Octubre 21 '57. Nos. 2188-2189-2190) ....496, 2ª y 497, 1ª

— M —

— 205 —

MANDATO (Debe constituirse por escritura pública el que se confiere para compraventa de inmuebles)

De los artículos 2149 y 2150 del Código Civil se desprende, claramente, que el mandato es un contrato consensual y no solemne, es decir, que para su perfeccionamiento sólo se requiere el mutuo consentimiento de las partes.

Pero si se examina la estructura del mandato, las finalidades jurídicas y económicas que desarrollan las partes al celebrarlo, se llega a la conclusión de que, por generar para el mandatario obligaciones de hacer, es imposible desvincularlo de las operaciones llevadas a cabo por éste, en ejercicio del encargo que ha recibido. Y siempre que se trate de examinar la validez de estas, en relación con la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitos, como también los elementos peculiares a cada operación jurídica, será necesario, además, estudiar si el mandatario obró o no dentro de los límites del mandato; y es indudable que lo que pudiera llamarse ánimo contractual específico por parte del mandante se expresa en el mandato y, por medio de su mandatario, en la convención o acto llevado a cabo por éste en nombre y representación del primero, que viene a desarrollar, en último término, los propósitos y finalidades jurídicas de quien confirió el encargo. Así, pues, el mandato se considera inseparable, desde el punto de vista jurídico, de las gestiones realizadas por el mandatario; y si el ánimo contractual específico se manifiesta por el mandante es en el mandato y no en el acto jurídico de gestión, propiamente dicho, la preconstitución de prueba sobre ese ánimo debe estar sometida a las exigencias probatorias de la ley para las gestiones, actos y contratos de que trate el mandato.

Además, quien confiere un poder para vender bienes raíces, está expresando un ánimo contractual específico y la voluntad de desarrollar propósitos jurídicos determinados, sobre la enajenación de bienes que se hallan incorporados a su patrimonio, operación para la cual el legislador exige la solemnidad de la escritura pública, requisito que no se cum-

ple solamente con el hecho de que el contrato celebrado por el mandatario con el comprador se revista de esa solemnidad, porque lo que quiere la ley es que la expresión de la voluntad del sujeto jurídico, en cuyo favor existe el derecho de dominio sobre un inmueble, se exprese públicamente, con el fin de que los terceros puedan determinar, en un momento dado, cuál sea la verdadera situación jurídica de éste. Cuando el art. 2577 dispone que deberán pasarse ante Notario los actos y contratos relativos a la enajenación de inmuebles, mutación, constitución o servidumbre, y generalmente todo contrato o acto entre vivos que ponga limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles, está pregonando, en cierta forma, un interés público en relación con el régimen jurídico de la propiedad inmueble y protegiendo la buena fe de los terceros, al exigir que se hagan visibles y notorios todos los actos que impliquen modificación en la situación jurídica de la propiedad raíz.

El mandato para la enajenación de inmuebles, si es verdad que sólo genera derechos y obligaciones personales, no por esto puede considerarse que su celebración no pueda afectar la situación jurídica del inmueble o mueble a que se refiere. Porque si es verdad que el artículo 2577 citado, habla de gravámenes, servidumbre, responsabilidades y limitaciones al dominio, no lo es menos que se refiere de una manera general a toda clase de contratos, es decir, tanto a los consensuales como a los reales, ya que la compraventa aun siendo un contrato del primer órden, cuando versa sobre bienes raíces, exige, con apoyo en el precepto citado, el otorgamiento de escritura pública. Lo que significa también, que toda operación jurídica que, directa o indirectamente, tienda a producir sobre los bienes inmuebles alguna modificación en su situación jurídica, aunque por sí mismo, sólo sea apto para generar obligaciones personales, debe constar en escritura pública; ya que, de acuerdo con el sistema contractual colombiano, los contratos sólo son fuente de obligaciones y derechos personales y no reales. Y si es verdad, que el texto citado se refiere a derechos reales como el dominio, las servidumbres, el fideicomiso, el usufructo, los derechos de uso y habitación, también lo extiende a las fuentes creadoras de las obligaciones y derechos personales que, por el mecanismo de nuestro sistema contractual, dieron lugar a los derechos que, por naturaleza pueden ejercerse, sin respecto a determinada persona. (Casación Civil. Diciembre 4 57. Nos. 2188-2189-2190)..... 576, 2ª y 577, 1ª y 2ª

— 206 —

MINISTERIO PUBLICO (Su intervención en negocios tramitados por la Ley 48 de 1936)

Cierto es que nadie puede ser juzgado sin que se observe la plenitud de las formas de cada juicio, como lo manda el artículo 26 de la Carta; pero también lo es que el procedimiento estatuído en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936 no menciona siquiera la intervención del Ministerio Público.

El artículo 172 del Estatuto Procesal alude únicamente al procedimiento penal ordinario, y la no exclusión de los representantes de la sociedad en el juicio especial de que trata la Ley 48 de 1936 es apenas un tema de discusión académica por falta de un texto constitucional o legal que precisamente la imponga.

Lo anterior no significa que se admita la tesis de que el Ministerio Público deba estar ausente de los procesos especiales en que la ley no ha requerido su presencia. Lo que se quiere decir es que, en tales casos su intervención —que jamás podría prohibirse, lo que es cosa distinta— puede no ser siempre obligatoria. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190).....671, 1ª

— 207 —

MINISTERIO PUBLICO (Sus opiniones en el traslado no constituyen confesión)

Sostener que la opinión emitida por el Personero con ocasión del traslado envuelve confesión y que ésta liga irrevocablemente al resultado de la litis como que es prueba plena de la calidad del bien, es en caso menos, apreciación antijurídica que contradicen, entre otros principios, el fundamental que establece que los Agentes del Ministerio Público no pueden rendir en juicio confesiones que comprometan o perjudiquen la verdadera situación jurídica de la entidad que representan. (Casación Civil. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) 497, 2ª

— N —

— 208 —

NOTIFICACION (A funcionarios públicos fuera de la Secretaría)

Cuando el expediente es retirado de la Secretaría para notificar personalmente una providencia a un funcionario público, sólo el día en que se devuelve puede el Secretario respaldar con su firma la diligencia y es entonces cuando se entiende surtida la notificación, aunque el funcionario firme en fecha anterior. (Negocios Generales. Septiembre 25/57. Nos. 2186-2187).....407, 1ª y 2ª

— 209 —

NOTIFICACIONES (Cuando el detenido se ha fugado)

El hecho de que la providencia en la cual se señaló por segunda ocasión fecha para la celebración de la audiencia no se le hubiera notificado al procesado, no puede generar nulidad si la práctica de dicha diligencia se hizo imposible por la actitud del mismo procesado, al sustraerse por su propia voluntad a la acción de la justicia, con lo cual no solamente violó los reglamentos carcelarios sino que incurrió en un nuevo delito (fuga de presos). A la misma conclusión se llega también, si se atiende al hecho de que la situación jurídica del procesado en tal evento era la de encausado detenido a quien por lo tanto sólo podían legalmente hacérsele las notificaciones en forma personal (artículos 168 y 174 del C. de P. P.), sin que valga el argumento de que tal diligencia debió entonces cumplirse con el procesado en la forma prevenida por el artículo 166 del mismo estatuto, pues esa manera de hacerla sólo es idónea para aquellos contra quienes no existe en tal momento procesal un auto de detención vigente. Si esto último ocurre la única manera válida de efectuar la notificación es la personal, la cual se hace imposible si el interesado se ha sustraído por su propia voluntad a la acción de la justicia.

Si se mira a la norma constitucional de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, norma que para ser considerada en plena vigencia exige que se observen en cada caso las formas propias del juicio, se llega al mismo resultado, si en el evento ella tuvo cabal cumplimiento no obstante el obstáculo colocado por el procesado con su fuga, por haber estado representado por el defensor nombrado por él mismo. (Casación Penal. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190) 606, 1ª y 2ª

— 210 —

NULIDADES CONSTITUCIONALES (Cuándo son alegables en casación)

Es verdad que la Corte ha admitido la procedencia en casación de las nulidades constitucionales, y ello se ha reiterado en juris-

prudencia reciente; pero también lo es que la Corporación ha sido singularmente cautelosa en limitarlas a casos excepcionales. Sobre el particular pueden verse los fallos de 5 de diciembre de 1945, 29 de enero y 5 de febrero de 1947. Y en sentencia de 11 de febrero de 1948 y 24 de febrero de 1950 se propusieron, como ejemplos de nulidad de los juicios por violación de garantías constitucionales, el del menor que se ha procesado sin asistencia de curador y el del Juez que no accede a la petición que hacen los jurados —para enmendar el error en que incurrieron al proferir su veredicto— momentos después de haberlo proferido y sin que se hayan comunicado con persona alguna.

Las nulidades no consienten interpretaciones por analogía; y las de origen constitucional, llamadas también "substanciales", sólo son aducibles en casación —como lo ha dicho la jurisprudencia— en algunos casos extremos comprendidos en los preceptos que las consagran cuya violación atacaría las bases mismas de la organización judicial, cuandoquiera que han sido analizadas o siquiera insinuadas en las instancias. No habiéndose concretado ellas por el legislador en mandatos expresos de aplicación inequívoca, su examen en casación —si el Tribunal fallador prescindió de considerarlas— rebasaría los límites mismos del recurso, que circunscriben el ejercicio de la función revisora de la Corte a lo que ha sido materia de estudio en la sentencia acusada. (Casación Penal. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190)..... 670, 1ª y 2ª

— P —

— 211 —

PAGO DE LO NO DEBIDO (Acción de repetición)

Cuando el pago es "indebido", en protección de quien paga —solvens— se concede una acción especial que tiene como finalidad obtener, del destinatario del pago —accipiens— la restitución de lo entregado, en cuanto dicha entrega haya determinado un perjuicio patrimonial para el primero. Esta acción es autónoma, y no debe depender en forma inmediata de una relación contractual o jurídica; esto es, el pago de lo "no debido" da lugar a una acción restitutoria.

El pago "indebido" debe entenderse en el sentido amplio de la expresión, vale decir, como prestación "no debida": la que puede consistir en el desembolso de una suma de dinero — numeratio pecuniae — o ya sea, también, en la dación o entrega de una cosa; o en la constitución de un derecho, etc. En general, en una atribución patrimonial que se concrete en un acto en que el pago dependa de una obligación no contractual, como ocurría en el derecho romano con la llamada "**conditio indebite**".

Entonces, el fundamento de la acción de repetición del pago de lo no debido se halla en la ausencia de una relación jurídica entre las partes, en la falta de causa del pago. En efecto, los doctrinantes y la jurisprudencia, encuentran la plena justificación del derecho de repetir en la circunstancia de no existir razón de ser del "deber de la prestación", o sea, precisamente, "la causa de la obligación de pagar", pues se trata de un pago hecho sin razón justificativa. (Casación Civil. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187).....107, 1ª

— 212 —

PARTICION (Providencia en que se decide sobre objeciones cuando la profiere un Tribunal)

El auto que resuelve la articulación a que dan lugar las objeciones oportunamente formuladas a la partición de bienes, en los juicios de sucesión, no es una sentencia sino un

auto interlocutorio, puesto que con dicha providencia no se determina el juicio de sucesión, ni se resuelve lo sustancial de éste, sino que, simplemente se define el incidente que se ha suscitado en el juicio. En efecto, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 446 del C. J. una resolución judicial tiene el carácter de sentencia si decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncie en primera o segunda instancia, o a virtud del recurso extraordinario. Y de acuerdo con la doctrina de los más notables tratadistas de derecho procesal, una providencia judicial es sentencia, cuando estima o desestima una acción, entendida esta última como la tutela jurisdiccional de un derecho, o en otros términos, cuando el poder jurisdiccional decide sobre una relación jurídica litigiosa. Cuando un juez acepta las objeciones formuladas al trabajo del partidor, declara que éste ha incurrido en equivocaciones sobre la distribución entre los herederos de las porciones patrimoniales que a ellos corresponde, de acuerdo con la ley o con la voluntad del testador. La actividad del partidor no es jurídica sino propiamente técnica en el sentido de que la ley le confiere esa misión es en consideración a los problemas técnicos, matemáticos, de experiencia en los negocios y en la valoración de los bienes que integran un patrimonio económico que, en cierto sentido, son ajenos a la actividad de los jueces, con el fin de que los preceptos jurídicos sustantivos que determinan la forma de distribución de los bienes se apliquen correctamente, sobre bases de equivalencia y de igualdad. Y cuando el juez acepta el trabajo del partidor, es porque considera que se halla ajustado a derecho; y, cuando la rechaza, es porque encuentra fallas técnicas, o matemáticas o aun jurídicas, caso en el cual el trabajo de distribución es necesario rehacerlo; pero esto no significa una decisión positiva y última en el fin principal y único de los juicios de sucesión, que es la distribución definitiva del patrimonio del causante, sino el restablecimiento de una etapa del proceso para enmendar ciertos yerros que, de lo contrario, impedirían el fin esencial del proceso, que es una distribución patrimonial, conforme a derecho.

Observa la Corte, que aunque los organismos jurisdiccionales de composición plural tienen una competencia general, existe además, una competencia funcional, ambas fijadas y definidas por la ley. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 del C. J. "en los asuntos que deben ser fallados en Sala de Decisión, el Magistrado a quien se reparte se llama ponente, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación, y presentar el proyecto de sentencia; y, en los que deban ser decididos en Sala Plural, incumbe al mismo ponente presentar el proyecto de acuerdo, auto o sentencia. En los demás casos, el Magistrado a quien se reparte un asunto conoce de él individualmente. Se exceptuarán de la regla contenida en el inciso anterior los autos interlocutorios dictados en juicio de que conocen los Tribunales en primera instancia, los cuales son proferidos por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia". Es claro, pues, que todos los autos interlocutorios se dictan por el Magistrado sustanciador, a excepción de los casos expresamente exceptuados en la misma ley.

De acuerdo con los conceptos expuestos, la providencia que declara fundadas las objeciones a la partición, llevada a cabo en un juicio de sucesión, es auto interlocutorio, y aun cuando no exista una disposición expresa de la ley que ordene su pronunciamiento en Sala de Decisión, como en el caso de los arts. 954, 960, 961, 963 y 967 del C. C. la misma naturaleza del acto exige su pronunciamiento en Sala Plural. (Casación Civil. Septiembre 18/57. Nos. 2186-2187).....73, 2ª, 74, 1ª y 2ª y 75, 1ª

— 213 —

PECULADO (Cometido en perjuicio de instituciones o empresas en que tiene interés el Estado)

Que por la finalidad de fomento que presidió la creación de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el Estado ponga determinadas condiciones al manejo de esos fondos en la sociedad por él creada, no significa otra cosa que exceptuar de las normas comunes dicho manejo; tratándose de fondos públicos, hay que proveer con normas especiales a su seguridad sin que ello implique el que se lleven de calle las disposiciones del C. C. o del C. de Co. Y entonces nada tiene de extraño que el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 expresamente hubiese incluído "al empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado", junto con "el funcionario o empleado público", entre los sujetos punibles por el ilícito allí contemplado; que no sean empleados públicos los de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, no es base para afirmar que estén por fuera de una norma que precisamente los cobija. Con la explicación que antecede, se establece que no se trata de una sociedad anónima común, con capitales aportados por personas comunes, ni con un fin igual de lucro al de sociedades comerciales, aunque tenga tipo comercial. El decreto ni está mal redactado ni peor aplicado; al hacer notar la diferencia entre empleado público y el que no lo es, pero pertenece a institución o empresa en que tiene interés el Estado, para cobijarlos a todos con la misma disposición, quiso evitar que el fraude quede sujeto a normas más benignas, en vista de la procedencia y finalidad de aquella institución o empresa, y con ello disipó cualquier interpretación equívoca, que tendiese a sustraer de sus normas a los defraudadores. El objeto del decreto fue el de asegurar aquellos dineros, no como pertenecientes a la persona jurídica particular, a fin de evitar que los empleados que se los apropiaren o dispusieren de ellos quedasen sujetos a penalidad más benigna, si se aplica la correspondiente al simple abuso de confianza. (Casación Penal. Agosto 29/57. Números 2186-2187) ..... 193, 1ª y 2ª

— 214 —

PERSONERIA ADJETIVA (Ilegitimidad)

No es lo mismo que una persona ejerza una acción, en su propio nombre, invocando su calidad de heredero que cuando pide representación de la sucesión; aunque en ambos casos debe acreditar su calidad de heredero, en el primero ejerce un derecho que emerge de su posición jurídica en relación con el causante; y en el segundo, en cambio, ejerce simplemente la representación de la sucesión. Y, al no acreditar su calidad, en el primer caso, no establece la acción y el derecho correspondiente, no tiene pues, personería sustantiva; y en el segundo, no acredita su derecho adjetivo de representación, configurándose plenamente, la falta de personería adjetiva para demandar, por carecer de la facultad de representación; y es evidente que, si no quiso ejercer esa representación, tampoco estuvo en capacidad para delegarla. Y si el apoderado asume la representación de la sociedad conyugal ilíquida, como también la de la sucesión, ejerció indebidamente esa representación, y por lo tanto, su personería adjetiva es ilegítima.

Pero aun cuando exista ese vicio en el procedimiento y se tenga en cuenta que ninguno de los demás interesados en la liquidación de la sociedad conyugal y en la sucesión, han hecho manifestaciones positivas de asentimiento para validar la representación del apoderado, la parte que ha estado presente en el juicio no hizo ninguna manifestación expresa de inconformidad a la representa-

ción y gestión del mandatario en favor de las dos entidades jurídicas mencionadas, razón más que suficiente para que no prospere la nulidad suplicada. Y si a esto se agrega, que es el mismo apoderado que ha ejercido legítimamente la personería, quien solicita la infirmación, y consecuencialmente, la nulidad de lo actuado estando imposibilitado para hacerlo, como se desprende de la doctrina de la Corte, el cargo no puede prosperar, "porque si quien pide la nulidad por mala representación, no es representante, no puede tampoco pedirla ni obtenerla; y si ha sido legalmente el representante, no habrá lugar a declararla". Quien así procede, su voluntad o intención no pueden interpretarse en el sentido de que quiera mejorar el procedimiento, sino prevalecerse de un vicio en éste, al cual él mismo ha contribuido, para que se infirme el fallo que desfavorece las pretensiones de su mandante. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190).....573, 1ª y 2ª

— 215 —

PERSONERIA ADJETIVA (Ilegitimidad)

Son palabras de la Corte "la equivocación subsanada de un nombre, nominación o referencia en que se incurra en un juicio no es causal de nulidad".

Es más: la ilegitimidad de la personería adjetiva en el caso del numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial se refiere a la representación en el juicio, a la comparecencia en él, y el señor Fernández, cuyo nombre es Primitivo, ha estado presente en el juicio no obstante la equivocación de llamarlo Casimiro, pues ella no impidió que Primitivo fuera tenido en todo momento como parte. (Casación Civil. Octubre 31/57. Nos. 2188-2189-2190) 493, 2ª

— 216 —

PERSONERIA DE LAS PARTES (En materia laboral)

Dentro del procedimiento laboral y de acuerdo con el espíritu del artículo 36 del Código sobre la materia, los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva no interfieren la actividad juzgadora, a menos que ellos sean materia de discusión en las instancias, por lo cual ha de entenderse que el silencio de las partes ante los jueces de grado sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Esta conclusión está de acuerdo con otro de los grandes principios que gobiernan la actuación de los litigios del trabajo, como es el del artículo 49 del Código sobre lealtad procesal, tendiente, el sí por razones de orden público, a impedir que la justicia laboral pueda verse entrabada por sorpresivas actuaciones dilatorias de las partes. (Casación Laboral. Agosto 24/57. Nos. 2186-2187).....286, 2ª y 287, 1ª

— 217 —

PERTENENCIA (Procedimiento)

La acción de prescripción adquisitiva de dominio o declaratoria de pertenencia, establecida en favor de quien haya poseído materialmente durante cierto tiempo con las condiciones legales, se puede hacer valer: a) Por uno o varios comuneros contra los demás comuneros, si se trata de un predio proindiviso; b) Contra persona o personas conocidas o determinadas; c) Contra todo aquel que se crea con derecho en el inmueble, en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados.

En el primer caso, la acción se tramita siguiendo el procedimiento del juicio ordinario (Ley 51 de 1943, artículo 3º). En el segundo, también por medio del juicio ordinario

(Ley 120 de 1928, artículo 4º) y en el último, por medio del juicio especial reglamentado en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 120 citada, con la salvedad de que si hay oposición se seguirá con el opositor un juicio ordinario "por todos sus trámites" y el opositor será considerado como demandante si no está en posesión de la finca (artículos 10 y 11). (Casación Civil. Noviembre 15/57. Números 2188-2189-2190).....542, 1ª y 2ª

— 218 —

PETROLEOS

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 que señala el período de la prescripción extraordinaria, constituye requisito indispensable para acreditar el interés jurídico del demandante en estas acciones. (Negocios Generales. Octubre 9/57. Números 2188-2189-2190).....844, 1ª

— 219 —

PETROLEOS (Acciones judiciales bajo el régimen de las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936)

Conforme al artículo 6º de la Ley 160 de 1936, reformatorio de la Ley 37 de 1931, toda persona natural o jurídica que pretendiera efectuar exploraciones con perforación en busca del petróleo que se reputara como de propiedad privada podía hacerlo mediante aviso y presentación al Ministerio respectivo de las pruebas demostrativas del dominio privado. Tales pruebas eran las enumeradas en el artículo 7º de la misma ley.

Mediante la presentación de las anteriores pruebas y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, podía el Ministerio, sin más actuación, declarar cumplida la formalidad del aviso y el particular propietario iniciar y adelantar la exploración proyectada.

Solamente que cuando el Ministerio del Ramo, con vista de los documentos presentados, consideraba que tales petróleos no eran de propiedad privada sinó de la Nación, estaba obligado a enviar la documentación presentada a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que ésta, en juicio breve y sumario, dijera si era o no fundada la pretensión del interesado particular.

Este régimen jurídico dejaba a salvo los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada, los cuales eran reconocidos y respetados como lo establece la Constitución Nacional, ya que acreditados en la forma indicada por la ley, el Estado no podía intervenir con respecto a ellos en forma que los menoscabara, ni contratar su explotación como de propiedad nacional.

Con esa misma finalidad de respeto al derecho privado, cuando conforme al artículo 16 de la ley 37 de 1931, cualquier persona natural o jurídica presentaba propuesta para la explotación de petróleos considerados no ya de dominio privado sino de propiedad de la Nación, la propuesta se publicaba en el Diario Oficial y por carteles, con especificación clara de los linderos del área que pretendía explotarse, a fin de que toda persona que pretendiera disputarle a la Nación la propiedad de tales petróleos pudiera presentarse al Ministerio y formular, dentro de los sesenta días siguientes, la correspondiente oposición que, hecha dentro de dicho término, tenía fuerza suficiente para impedir que el Gobierno continuara adelantando la propuesta administrativa de contrato, y lo obligaba a remitir a la Corte la oposición formulada para que tal entidad resolviera, también en juicio breve y sumario, si era o no fundada.

Pero ocurre que los juicios breves y sumarios de que se acaba de hablar no eran definitivos. Originados en la oposición a una propuesta de contrato para explorar petróleos reputados como de propiedad nacional, o en la estimación que en el mismo sentido de ser de propiedad nacional hiciera el Ministerio del Ramo al darse el aviso de que se les pretendía explotar como de propiedad privada, es lo cierto que tales juicios resolvían únicamente acerca de si la pretensión particular era o no fundada. En ambos casos, tanto la Nación como los particulares vencidos en el juicio breve y sumario, podían promover juicio ordinario en busca de amparo a sus derechos, dentro de los dos años siguientes a la fecha del fallo en el juicio breve y sumario.

El mismo derecho asistía a los particulares que dejaban transcurrir los sesenta días hábiles siguientes a la publicación de la propuesta sin presentar la correspondiente oposición administrativa; sólo que para estos el plazo de dos años para presentar la demanda ordinaria principiaba a contarse a partir del vencimiento de los sesenta días señalados para presentar oposición ante el Ministerio.

Vale la pena destacar que de todo lo expuesto se deduce claramente que la apelación al Organo Jurisdiccional del Poder Público sólo tenía cabida en casos de conflicto entre las pretensiones de los particulares y las de la Nación, cuando aquellos y ésta simultáneamente se pretendían propietarios del mismo petróleo, y que el demandante en el juicio ordinario, así se tratara de la Nación o del particular, quedaba sometido al cumplimiento de todas las obligaciones procesales inherentes a tal calidad, y entre ellas la relativa a la carga de la prueba. (Negocios Generales. Noviembre 12/57. Nos. 2188-2189-2190).....898, 2ª y 899, 1ª

— 220 —

PETROLEOS (Adquisición de la propiedad por posesión)

Para pretender el dominio del subsuelo petrolífero alegando una "posesión firme e ininterrumpida" es indispensable que dicha posesión u ocupación se haya consumado sobre un determinado predio durante el tiempo exigido por las reales cédulas para que los terrenos salieran del patrimonio nacional al privado, ya que las tierras pertenecieron a la Corona Española y luego al Estado Colombiano y una y otro dispusieron y condicionaron la transferencia de ellas a los particulares por composición, remate, merced, venta, etc. No podían estos, por tanto, adquirirlas válidamente por vías de hecho, pues "los ocupantes de hecho, sin título, debían alcanzarlo por medio de composición, siempre que hubiesen ocupado las tierras en la forma prevista por un término de diez años" (G. J. número 1987, página 866), y las tierras ocupadas sin título, y los excesos de las ocupadas con título, podían ser denunciadas como realengas por los particulares. De ahí que, teniendo en cuenta la reserva de que trata el Código Fiscal de 1873, haya dispuesto la ley el reconocimiento de la propiedad particular del petróleo "que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional" antes de la fecha de aquella reserva. Y para demostrar ese desplazamiento legal de la propiedad nacional a los particulares se exige "el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia. (Negocios Generales. Octubre 30/57. - Nos. 2188-2189-2190) 889, 1ª

— 221 —

PETROLEOS (Cuándo puede proponerse la acción de pertenencia)

La acción establecida en el artículo 34 del C. de Petróleos, se ha consagrado solamente a favor de quienes por no haber hecho oposición oportuna a una propuesta de contrato admitida por el Gobierno para la exploración y explotación de determinados terrenos petrolíferos quieran demandar a la Nación a fin de evitar que ésta contrate sobre el petróleo que, a pesar de hallarse en terrenos cobijados por la propuesta, se reputen por el demandante como de su propiedad particular. Lo que significa que quienes se pretendan propietarios de terrenos petrolíferos que no hayan sido objeto de contrato o de propuesta de contrato de exploración y explotación por parte del Gobierno, no pueden ampararse en la norma citada con el fin de obtener una declaración judicial contra la Nación, sobre propiedad privada del petróleo. Esto es natural porque mientras el Gobierno no haya hecho manifestación alguna de que considera como de propiedad nacional determinados terrenos petrolíferos —manifestación que puede expresarse por medio de un contrato de exploración, o por la aceptación de una propuesta para contratar esos terrenos, los propietarios particulares no tienen por qué sentirse perturbados en sus derechos, ni podrían afirmar que aquellos que les reconoce el artículo 5º del Código de Petróleos no le han sido reconocidos o respetados, como lo establece la Constitución Nacional. En apoyo de esta interpretación acude lo dispuesto en los artículos 35 y 36 ibidem que consagran, a favor de toda persona natural o jurídica, el derecho de explorar y explotar cualquier petróleo que se repute como de propiedad privada, con el solo requisito de que se avise al Ministerio y ante éste se presenten las pruebas requeridas por los numerales a), b) y c) del artículo últimamente mencionado. Una situación diferente se presentaría cuando el Ministerio respectivo, con vista en las pruebas de que acaba de hablarse, estimara que es de propiedad del Estado el petróleo de que se trate, evento en el cual se enviaría la documentación a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia y se iniciaría el juicio de que tratan las disposiciones mencionadas.

Sobre el particular dijo la Sala en sentencia de marzo 31 de 1955 (G. J. 2151, página 1055):

"Cuando la demanda ordinaria sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos se origina en la oposición a una propuesta de contrato, hay lugar a declarar demostrada la excepción de petición antes de tiempo respecto de las declaraciones que se invoquen en relación con el subsuelo petrolífero de terrenos que no queden comprendidos dentro de la zona a que se refiere la propuesta; porque el objeto de la litis en el evento dicho no puede ser otro que el de definir lo relativo al dominio petrolífero de los terrenos mencionados en la demanda, en cuanto resulten comprendidos dentro de la zona de la propuesta, y no cuestiones relativas a la propiedad del suelo". (Negocios Generales. Octubre 9/57. Nos. 2188-2189-2190). 821, 2ª y 822, 1ª

— 222 —

PETROLEOS (Determinación de las tierras)

Como la propiedad particular del petróleo se reconoce, de acuerdo con el artículo 5º del Código respectivo, sobre los yacimientos que se encuentren en los terrenos salidos del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, lógicamente se deduce que sin la localización precisa del lote superficiario no es jurídicamente posible hacer declaraciones de

dominio acerca de subsuelos consecuencialmente indeterminados.

Para establecer la identificación de las tierras ha debido la parte actora procurar una inspección ocular con peritos ingenieros que es, según queda dicho, la prueba por excelencia no sólo para establecer los linderos y la extensión o capacidad superficiaria del inmueble mencionado en los documentos que se aduzcan como títulos antiguos, sino también para demostrar si la propiedad actual de la demandante corresponde, en todo o en parte, a aquel inmueble, y si sobre ella se superpone, total o parcialmente, el área que engloba la propuesta, cuestiones que son también de indispensable demostración en juicios como éste. (Negocios Generales. Septiembre 9/57. Nos. 2186-2187) 381, 2ª

— 223 —

PETROLEOS (Identificación del inmueble)

La Corte ha dicho que "la determinación de los terrenos sobre los cuales se alega la propiedad privada del petróleo 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, corresponden 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". (Negocios Generales. Octubre 9/57. Nos. 2188-2189-2190) 838, 1ª

— 224 —

PETROLEOS (Identificación del terreno y superposición de áreas)

Estudiando cada uno de los presupuestos, la jurisprudencia ha sido constante en afirmar que el primero y principal de ellos es el de la determinación del terreno objeto del litigio, porque debiendo recaer la declaración judicial sobre un cuerpo cierto y determinado, tal declaración no podría hacerse sin conocerse exactamente dicho objeto.

Desde luego que en juicios de petróleos no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto de ellos es precisamente el del petróleo que pueda hallarse en el subsuelo de un determinado terreno, "es obvio que dicho terreno debe estar plenamente determinado e identificado dentro del proceso". (Sentencia, octubre 29/56, G. J. Nos. 2171 a 2173).

Concretamente sobre este presupuesto de la determinación, se ha sostenido con igual constancia que ella se encamina no solo a obtener la identificación de los terrenos conforme a los linderos señalados por el título actual, sino también y principalmente a la identificación de los terrenos señalados por los títulos antiguos, y a saber si aquellos están o no comprendidos dentro del área de la propuesta de contrato, es decir, si existe superposición entre las áreas señaladas en la propuesta y en los títulos actuales sobre los terrenos cuyo subsuelo se alega en propiedad.

Estudiando la Corte este particular aspecto de la superposición entre el área de la propuesta y el área de los terrenos cuyo dominio actual se alega, en varias sentencias la ha considerado como un nuevo aunque no menos importante presupuesto de la acción de petróleos y ha dicho que su prueba se hace indispensable porque originándose dicha acción en las pretensiones encontradas de la Nación y los particulares, mientras no se

sepa si son unos mismos los terrenos cuyo dominio se pretende por aquella y los pretendidos por estos, no puede saberse si hay controversia que deba ser dirimida, es decir, si ha nacido o no la acción del particular contra la Nación o de ésta contra aquel. (Negocios Generales. Noviembre 12/57. Nos. 2188 a 2190).....899, 2ª y 900, 1ª

— 225 —

PETROLEOS (Necesidad de acreditar en juicio la existencia del título)

La simple y escueta referencia de la existencia del título, no basta para la prosperidad de la acción sobre propiedad del subsuelo petrolífero, porque la prueba de la existencia del título originario no ha de limitarse a la demostración simple y única de que fue expedido realmente, sino que debe dar fe de su propio contenido. Esto se explica fácilmente si se toma en cuenta que para juzgar acerca de la validez del título emanado del Estado, es preciso conocer su naturaleza, establecer si quien lo expidió tenía facultades para ello, si para su expedición se cumplieron los preceptos vigentes en la época sobre la materia y, por otra parte, si recibió la confirmación y si al beneficiario se le dio posesión de las tierras adjudicadas, acto éste que servía para verificar el traspaso del dominio de la Corona a favor del particular.

Para dar por sentado que el Gobierno de la Colonia hizo la adjudicación a la entidad municipal del terreno en que hoy se afirma existe un yacimiento petrolífero, y que tal título del cual pretende derivar derechos el demandante, tiene validez suficiente para declarar con fundamento en él la propiedad privada del subsuelo petrolífero de las tierras en litigio, sería necesario que las probanzas aducidas no solamente se limitaran a establecer que el referido título existió realmente y que desapareció en un incendio o por otra causa cualquiera, sino que la adjudicación se hizo por autoridad competente y con arreglo a las prescripciones legales imperantes en materia de provisión de tierras para la fundación de nuevas poblaciones. (Negocios Generales. Octubre 16/57. Nos. 2188-2189-2190).....856, 1ª

— 226 —

PETROLEOS (Prueba de la existencia de títulos a favor de los particulares con anterioridad a 1873)

Conforme al artículo 7º de la Ley 160 de 1936 (ord. a) a falta de título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, se pueden aceptar como pruebas en esta clase de juicios, documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia; pero es claro que esa prueba documental tiene que contener por lo menos los datos relativos a la ubicación de las tierras materia del litigio y los linderos precisos que las determinen, porque de no ser así, no podría verificarse la confrontación de los linderos del primitivo título con los que rezan los títulos actuales. (Negocios Generales. Octubre 16/57. Números 2188-2189-2190).....858, 1ª

— 227 —

PETROLEOS (Prueba del interés jurídico en la acción)

Como la acción ordinaria de petróleos de que tratan las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936 ha sido consagrada a favor de los particulares contra la Nación únicamente para cuando los intereses de aquellos puedan ser vulnerados por las pretensiones de ésta a contratar como nacionales los petróleos de propiedad particular, la prueba eficaz que demuestra tales pretensiones se hace necesaria

para saber si existe o no el interés jurídico que da nacimiento a dicha acción. (Negocios Generales. Noviembre 12/57. Nº 2188-2189-2190).....900, 2ª y 901, 1ª

— 228 —

PODER (Sustitución por muerte del apoderado)

La ley autoriza la sustitución del poder y para ello no necesita el apoderado autorización expresa, "pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios". (Artículo 2161 del C. C.). Habiendo fallecido el sustituidor, como en el caso presente, no hay quien responda de los hechos del sustituto. Además, como muy bien lo anota el peticionario, para que se constituya un nuevo mandato entre mandante y delegado y no se extinga por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario es necesario que la sustitución haya sido convenida y autorizada expresamente para determinada persona. Esta doctrina se deduce, a contrario sensu, de lo dispuesto en el artículo 2163 del C. C. (Casación Civil. Octubre 2/57. Nos. 2188-2189-2190).....461, 2ª y 462, 1ª

— 229 —

POLICIA (Competencia para conocer de delitos cometidos por sus agentes)

Constante ha sido la jurisprudencia de la Sala sobre el punto sometido hoy nuevamente a su estudio. En uno de sus fallos agotó prácticamente la materia en la forma que va a transcribirse como fundamento de esta providencia:

"De conformidad con el artículo 3º del Decreto 1534 de 1950, los miembros de los Cuerpos Armados de la Policía Nacional estaban sometidos para su juzgamiento a la Justicia Penal Militar, cuando en actos de servicio o fuera de ellos cometían cualquier delito de los contemplados en el Título VII, Libro II del Código Penal Militar (devastación, saqueo, extorsión) o cuando en actos de servicio cometían delitos contra la vida y la integridad personal de que trata el Título XV, Libro II del C. P. (homicidio, lesiones personales, aborto, duelo, abandono y exposición de niños).

"Por Decreto número 1231 de 1951, artículo 11, se dispuso que a partir del 15 de junio del mismo año la Justicia Penal Militar sólo tendría jurisdicción y competencia para conocer de los delitos que le están atribuídos por el Código de la materia, o sea las infracciones previstas en el Decreto 1125 de 1950. Sin embargo, en el parágrafo del mencionado artículo se estableció "que no obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Justicia Penal Militar seguirá conociendo hasta su terminación y por el procedimiento especial vigente, de todos aquellos procesos en que al entrar a regir esta disposición se haya convocado consejo de guerra verbal".

"Por Decreto número 1814 de 10 de julio de 1953, se dispuso incorporar la Policía Nacional al Ministerio de Guerra como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, y por Decreto 2900 del mismo año —artículo 140— se ordenó que los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones del mismo. Vino luego el Decreto número 1426 de 4 de mayo de 1954, por el cual se dispone que de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo, conocerá la Justicia Penal Militar, cualquiera que sea el estado en que se encuentren.

"Para que los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional puedan go-

zar de fuero militar a que dan derecho los Decretos mencionados, se requiere que los delitos imputados se hayan realizado dentro de las modalidades en ellos previstos: o sea, que en actos del servicio o fuera de él, hubieran cometido un hecho de extorsión, saqueo o devastación —Título VII, Libro II del C. P. M.— o en actos del servicio hubieran cometido un delito común contra la vida y la integridad personal (homicidio, lesiones personales, y los demás delitos de que trata el Título XV, Libro II del C. P.) al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto número 1534 de 1950, o que durante la vigencia del mismo y en el curso de la investigación, se hubiera convocado consejo de guerra verbal (artículo 11, Decreto 1231 de 1950), o bien que bajo el imperio del artículo 140 del Decreto 2900 de 1953, el sindicado tuviera fuero militar, prerrogativa que no se deduce de la simple incorporación de las Fuerzas Armadas de Policía al Comando General de las Fuerzas Armadas, sino de la jurisdicción y competencia que se dio a la Justicia Penal Militar —Decreto Nº 1426 de 1954— para conocer de todos los delitos que cometan los miembros de las Fuerzas Armadas de Policía en servicio activo.

"Lo cual quiere decir y en presencia del artículo 12 del Decreto número 1426 de 1954, que es el último que se ha expedido sobre la materia, que los efectos de dicho artículo sólo comprenden aquellos casos sucedidos con posterioridad a la vigencia de los Decretos que se citaron antes, es decir, cuando ya los miembros de la Policía hagan parte de las Fuerzas Armadas. Y por lo mismo, los delitos por ellos realizados, sin distinción alguna corresponden al conocimiento de la Justicia Penal Militar". (LXXXI, 258).

Lo anterior significa que antes de la vigencia del Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954 sólo tuvieron fuero castrense los agentes de policía en el lapso comprendido entre el 9 de mayo de 1950 y el 15 de junio de 1951 en los casos enumerados. A partir de esta fecha la Justicia Penal Militar sólo siguió conociendo de los procesos en que se hubiera convocado consejo de guerra verbal al entrar a regir el artículo 11 del Decreto número 1231 de 1951, y de los procesos en curso contra miembros de la Policía con fuero militar en virtud de la incorporación de las Fuerzas de Policía a las Fuerzas Armadas. (Casación Penal. Diciembre 7/57. Nos. 2188-2189-2190) .643, 2ª y 644, 1ª y 2ª

— 230 —

POSESION

La posesión, como simple relación de dominio de hecho, amparada por el orden jurídico implica la vinculación de la voluntad de una persona a un "Corpus", como si esa relación emanara del derecho de propiedad. Por eso, se ha dicho con razón, que la posesión no es otra cosa que una exteriorización del dominio, un reflejo de este derecho fundamental, ya que el poseedor se vincula a la cosa como si fuera un propietario y ejecuta los actos como si fuera dueño, sin respeto a determinada persona, situación jurídica que sólo cede cuando otra persona demuestre que tiene mejor derecho a esa posesión por haberla perdido por medios violentos, habiéndola tenido antes, o por haber acreditado plenamente su derecho de dominio, como en el caso de la acción reivindicatoria. De suerte que, el fundamento último de la posesión es el derecho de propiedad; y aunque se trate de dos instituciones jurídicas diferentes, sólo la posesión ejercida por el verdadero propietario, es la única que puede oponerse a todos y ejercerse con exclusión de cualquiera otra persona. Casación Civil. Agosto 22/57. Números 2186-2187).....14, 2ª

— 231 —

POSESION (Del estado de hijo natural)

La posesión notoria de estado civil implica una serie de hechos crónicos y continuados que sirven para inducir los vínculos de paternidad y filiación. No quiere decir que los que enuncia el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, sean inequívocos, pues también pueden llevarse a cabo como expresión de sentimientos completamente ajenos a la paternidad, como cuando una persona atiende a la subsistencia, educación y establecimiento de otra, por motivos familiares distintos a la paternidad, o por afectos y sentimientos completamente ajenos, también, a esos vínculos, o por puro sentimiento de caridad y generosidad. La presencia de esos hechos, y aun la forma, continuada, habitual y crónica, no tienen, siempre, esa significación inequívoca. Cuando la ley los ha erigido en elementos constitutivos de la posesión notoria ha partido de la base de que ordinariamente esos cuidados son los que prodigan los padres a los hijos y la expresión de afectos que se desprenden del vínculo de la paternidad. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190).....564, 1ª y 2ª

— 232 —

POSICIONES (Confesión)

La jurisprudencia de la Corte admite que las preguntas formuladas por una de las partes a la otra a la cual exige la absolución de posiciones, puede constituír la confesión del preguntante sobre el hecho preguntado. Pero para que pueda estimarse como tal necesario es que reúna todos los requisitos que son indispensables para la existencia de la confesión, entre ellos el de que el hecho o acto sobre que versa sea admitido también por la contraparte y que sea hecha en forma voluntaria y con ánimo de confesar. (Casación Civil. Noviembre 19/57. Nos. 2188-2189-2190) 553, 1ª

— 233 —

POSICIONES (Declaración de parte)

Si durante el curso del juicio alguna de las partes o litigantes pretende acreditar hechos materia de la controversia, el trámite procedimental para conseguir esa finalidad no es el de pedir declaración a las partes, sino el de absolución de posiciones, sistema autorizado por la ley (artículo 610 del C. J.), porque las posiciones son una confesión, de ser ciertos los hechos que le perjudican; y por esto es por lo que "se dice que una parte confiesa cuando da testimonio de sí, de la verdad de un hecho jurídico que la otra parte alega como fundamento de su demanda o de su excepción. De estos principios se infiere que la confesión debe provenir de una parte a quien su dicho perjudique". En cambio la declaración —por regla general— es el testimonio que sirve para comprobar hechos relativos a terceros o sea a personas distintas de quien declara; personalmente no le afectan por no ser una confesión, pero sirven de base para demostrar la verdad de los hechos que vio y observó. (Casación Penal. Agosto 26/57. Nos. 2186-2187).....173, 1ª

— 234 —

PRESUPUESTOS PROCESALES (No lo son la ilegitimidad de la personería sustantiva, la legitimación en causa y la carencia de acción)

La legitimación en causa, la carencia de acción y la falta de personería sustantiva no son presupuestos procesales, sino fenómenos que se agitan en el fondo de toda controversia jurídica, como también que no afectan

al proceso en sí mismo, ya que la relación procesal surge y se desarrolla es precisamente para asentar sobre bases formales de procedimiento, la solución jurisdiccional que se de a la relación jurídica que se discute en el litigio. Decir, por ejemplo, en un fallo, que el demandado no ha legitimado sus pretensiones, equivale a afirmar que esas pretensiones no están amparadas por el orden jurídico, es decir, que no son legítimas; o sostener que el demandante carece de la acción ejercitada en la demanda es lo mismo que afirmar que no se procede a la tutela jurisdiccional, porque no existe el derecho sustantivo a que la acción se refiere; y afirmar, también, que el demandante carece de personería sustantiva es lo mismo que sostener que carece tanto de la acción como del derecho correspondiente. En los tres eventos, se niega la tutela jurisprudencial, es decir, la acción, porque no se ha establecido el derecho o la facultad subjetiva correspondiente. Los presupuestos procesales, en cambio, se refieren a la competencia del Juez y de las partes, para que entre ellos se trabe la relación jurídica procesal, que es de estricto carácter adjetivo y formal y que se desarrolla dentro de los requisitos también de forma que establece la ley procesal. La competencia del Juez se refiere a la facultad concreta que la ley le confiera para poder conocer de un juicio determinado; la competencia de las partes para comparecer en el juicio se refiere únicamente a la capacidad general exigida para toda clase de actividad jurídica.

La ilegitimidad de la personería adjetiva ocurre, entonces, cuando ambas partes o una de ellas no son hábiles para comparecer libremente en juicio (menores, impúberes, dementes, sordomudos, interdictos, etc.); o cuando, a pesar de serlo, no existe un mandato o poder en forma que confiera autoridad legítima para representarlos. La incapacidad, en estos casos, se refiere no al derecho o a la acción ejercitada, sino simplemente a la competencia o habilidad legal para contribuír al desarrollo y desenvolvimiento de la relación jurídica procesal. Son pues, o la inhabilidad para litigar, o la indebida representación de la parte que litiga, los elementos que configuran esta excepción, y no la existencia o inexistencia del derecho o de la acción correspondiente. Porque la pretensión de un derecho y la facultad para ejercer la acción que le corresponde, como también la negación a este derecho y a esa acción, constituyen el problema jurídico de fondo que, como ya lo expresó la Corte, se agita en todo litigio y son siempre el resultado de los juicios de estimación jurídica que hacen las partes, de una manera estrictamente subjetiva, antes de trabarse en el proceso, cuya culminación legítima es el fallo del Juez. Esto confirma, una vez más, que la determinación de los presupuestos procesales, es una cuestión adjetiva, de forma y no de fondo y que implica un error grave considerar la falta de la legitimación en causa, la carencia de acción, o la ilegitimidad de la personería sustantiva de las partes, como uno de los presupuestos procesales que debe tener en cuenta el Juez, antes de fallar el litigio. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190) . . . . . 572, 1ª y 2ª

— 235 —

PREVARICATO (El solo parentesco no hace presumir parcialidad)

El solo hecho del parentesco no es prueba de la simpatía hacia una de las partes y menos de animadversión hacia la otra. Es racional pensar que el parentesco engendre simpatía pero debe demostrarse ésta, porque dentro del terreno sicológico no hay necesidad absoluta de que, dados los vínculos de familia, de estos se desprenda inexorablemente amor o simpatía que tuerza el criterio; además, a medida que dicha vinculación se hace más lejana y menos estrecha es menos fuerte el sentimiento surgido de aquella.

De ahí que la misma ley lo tenga en cuenta al establecer la respectiva causal de recusación o impedimento, fundada en que, por aquellos vínculos, puedan existir sentimientos en el Juez, que así carecería de la independencia de criterio con que debe actuar en todo momento; pero la ley señala los límites a esta presunción, porque considera también que más allá de ellos, los nexos de familia se debilitan de tal suerte que en sí mismo no podrían influir en el ánimo del Juez. Si la ley, pues, entiende que sólo en un parentesco cercano se puede desviar el criterio, está indicando, por los fundamentos de aquella, que el lejano no implica presunción contraria a la imparcialidad del juez o funcionario. Aparte de esto, y ello es esencial, debe existir un nexo de causalidad entre el sentimiento de vinculación familiar, de amistad, solidaridad u otro semejante y la providencia dictada, porque, para que exista este elemento del prevaricato es indispensable que el acto haya sido producto de la desviación pasional. (Casación Penal. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187).....237, 2ª y 238, 1ª

— 236 —

PRIMA DE SERVICIOS (No se produce por suspensión del contrato de trabajo)

Es procedente la aplicación de la norma del Código Sustantivo sobre "efectos de la suspensión" respecto de la prima de servicio (no contemplada expresamente por la frase final del texto 53, que sólo se refiere a vacaciones, cesantía y jubilación), pues si durante la suspensión se interrumpe la obligación de prestar el servicio prometido y la prima, según el mandato del artículo 306 del C. S. T., sólo se causa en favor de "quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo...", lógicamente no debe producirse si por aquella interrupción no alcanza a trabajarse el tiempo que el precepto señala. (Casación Laboral. Septiembre 23/57. Nos. 2186-2187) 354, 1ª

— 237 —

PRUEBAS (Soberanía del fallador en su apreciación)

La convicción a que llega el fallador como resultado del examen y apreciación de la prueba allegada al juicio, no puede ser desatendida por la Corte en casación, sino cuando se demuestra que ha incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. (Casación Civil. Septiembre 24/57. Nos. 2186-2187).....115, 2ª

— 238 —

PRUEBAS (Su apreciación en materia laboral)

Existe abundante doctrina sobre la libertad que en el proceso laboral tienen los juzgadores de instancia en la apreciación probatoria, pero también es obvio que esa libertad tiene su límite y en consecuencia no puede conducir al silencio o inadvertencia respecto de pruebas que demuestren claramente los hechos discutidos, de modo que se llegue al desconocimiento de ellos. (Casación Laboral. Agosto 13/57. Nos. 2186-2187)..259, 1ª

— Q —

— 239 —

QUIEBRA (Las deudas laborales son créditos preferenciales)

La Corte, en sentencia de 18 de diciembre de 1956 fijó el alcance del principio conteni-

do en el artículo 24 del Decreto Ley 750 de 1940, en el sentido de que dicha norma "no hace distinción alguna entre despidos producidos antes o después de la declaración" de quiebra, sino que se refiere a ese "estado de quiebra en que se halla todo comerciante que sobresee en el pago de sus obligaciones", pues el objetivo social de esta reglamentación fue el de establecer un sistema excepcional para los créditos laborales cuando se trate de trabajadores cesantes por causa de la mala situación económica que origina la quiebra, créditos que no van al juicio respectivo sino que son considerados como "gastos que deben ser pagados de preferencia por el Síndico". (G. J. LXXXIII, Nos. 2174, 2175, pág. 1137). (Casación Laboral. Septiembre 13/57. Nos. 2186-2187).....305, 1ª

— R —

— 240 —

RECUSACION (Por mora en el despacho de negocios)

El Decreto 3346 de 1950, introduce dentro de la legislación procedimental civil y penal (artículos 435 y 73 respectivamente) una causal de recusación no contemplada en las disposiciones citadas y el Decreto 0243 de 1951 establece una nueva forma de procedimiento en la tramitación del incidente, no prevista en los artículos 442, inciso 2º del C. J. y 74 y 77 del C. de P. P. o sea que de conformidad con el artículo 5º del Decreto 243 citado, tanto la petición de recusación como la solución de la misma se hace ante el respectivo superior jerárquico, prescindiendo del procedimiento previo que —en lo penal— se consagra para ante el funcionario recusado para que en definitiva si no se aceptan los motivos de recusación, la resuelva el respectivo superior.

El procedimiento que debe observarse en la tramitación de la recusación contra funcionarios que "dejan vencer, sin actuar, los términos que la ley les señale al efecto", no es el indicado por el artículo 5º del Decreto 3665 de 1950, porque éste hace referencia al trámite que debe seguirse cuando se trata de imponer sanciones disciplinarias por violación de las normas consagradas en el artículo 2º, numerales 1º, 2º, 3º y 4º sino al determinado por el Decreto 243 de 1951 que comprende la separación del funcionario para el conocimiento de un asunto determinado por vencimiento de términos.

El término o la expresión "inmediato superior jerárquico del Juez recusado" no se vincula ni hace referencia a la entidad o funcionario a quien corresponda nombrar en propiedad al inferior —artículo 10 del Decreto número 3665 de 1950— porque el superior jerárquico —en esos casos— es el Juez o Tribunal —Sala respectiva— que en virtud de disposiciones legales y con plena jurisdicción y competencia, conoce de la tramitación y fallo de cada negocio, y no la entidad que debe hacer el nombramiento porque se repite, una cosa es la imposición de sanciones disciplinarias cuya jurisdicción la da la ley expresamente a la entidad que provee los cargos en propiedad, y otra muy distinta, es la facultad que la misma ley otorga a la Sala respectiva para separar al funcionario recusado mediante los trámites ordinarios consagrados para este evento en las disposiciones procedimentales, bien sean civiles o penales. (Casación Penal. Diciembre 7/57. Números 2188-2189-2190).....658, 1ª y 2ª

— 241 —

REGISTRO (De la sentencia aprobatoria de la partición en juicio sucesorio)

Enseñan en su orden los artículos 740 y 756 del Código Civil que la tradición es un

modo de adquirir el dominio de las cosas, y que ésta, tratándose de inmuebles, se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente. De lo dispuesto por estas normas habrá de concluírse que incluyendo la ley los actos legales de partición entre los títulos traslaticios de dominio quedan estos sujetos al inevitable revestimiento de esta formalidad la que deberá cumplirse pero no en cualquiera de los libros del Registrador sino en el designado expresamente por la ley porque, según voces del artículo 759 del Código Civil, "los títulos traslaticios de dominio no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos en que se dispone en el Título "Del registro de Instrumentos Públicos". Y es lo cierto que en ese título se encuentra el artículo 2641 que establece que los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles debe hacerse en el Libro de Registro número 1.

En vista de lo estatuído por los preceptos transcritos procede hacer notar que no puede admitirse la validez probatoria de un título acompañado a una demanda reivindicatoria, constando apenas que se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición en el Libro de Causas Mortuorias y no en el Libro número 1º como lo ordena la Ley. (Casación Civil. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187)...9ª, 2ª y 10, 1ª

— 242 —

REIVINDICACION

Si en el juicio de dominio pide el demandante se declare que su título debe prevalecer sobre el del opositor porque el de éste es inoperante, inválido, porque carece de valor, porque jurídicamente no es oponible al suyo, no por ello puede afirmarse que a la acción de dominio se acumuló la encaminada a obtener la nulidad del título relativo al dominio del demandado. Como en la acción reivindicatoria procede siempre la confrontación de los títulos de una y otra parte, es obvio que no sólo en el curso del litigio sino desde la presentación de la demanda le es lícito al actor señalarle fallas al que presume habrá de presentar el demandado. (Casación Civil. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187).....31, 2ª

— 243 —

REIVINDICACION (Sentencia que la niega)

No comprobado el dominio de los actores sobre los bienes que les fueron adjudicados, es procedente la negativa de las peticiones impetradas en la demanda reivindicatoria, sin necesidad de estudiar los otros extremos de la acción —singularidad, identidad de la cosa y posesión del demandado— porque como lo tiene repetido la jurisprudencia, "la no demostración de una de las condiciones de la acción reivindicatoria conduce a su inevitable fracaso sin que sea necesario al fallador el estudio de las restantes". (Casación Civil. Agosto 9/57. Nos. 2186-2187).....10, 2ª

— 244 —

RENTA VITALICIA

El sentido del artículo 2293 del C. C. es claro y la exigencia que hace de que la persona exista en el momento de perfeccionarse el contrato está fundada en la consideración de que siendo una sola la persona de quien depende la duración de la renta, y, tratándose de un contrato real que sólo se perfecciona por la entrega del precio, desaparece la finalidad jurídica principal de una de las partes y no sería justo y equitativo que se operara un injusto enriquecimiento por la otra parte, así liberada por la muerte de to-

das las obligaciones. (Casación Civil. Noviembre 6/57. Nos. 2188-2189-2190) . .512, 2ª y 513, 1ª

— 245 —

RENTA VITALICIA (Contrato de)

Cuando la constitución de renta vitalicia se pacta en favor de dos o más personas y una de ellas muere dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 2293 del C. C., el contrato es válido y subsisten los derechos en favor de los sobrevivientes, ya que sería absurdo dividir la estructura de un contrato que es indivisible por naturaleza. Y esto no sólo se aplica en el caso de beneficiarios sucesivos, sino también en el evento de que sean simultáneos, con fundamento en que subsiste y es eficaz la intención de los contratantes, la que, en la constitución de la renta vitalicia, persigue beneficiar a una persona o a un grupo de personas, a cambio de la prestación que constituye el precio de la renta, finalidad contractual que se cumple con los sobrevivientes, máxime cuando no se estipuló el derecho de acrecer, sino que se pactó que en caso de muerte de uno de los beneficiarios, el sobreviviente continuaría recibiendo la mitad de la pensión periódicamente.

Dentro del cuadro general de los contratos civiles, el de renta vitalicia se destaca como un medio de previsión y de seguridad económica y su celebración es frecuente en aquellas personas que ante los azares y riesgos que la vida conlleva, prefieren a la explotación y manejo del patrimonio propio, del cual consideran difícil obtener la subsistencia, enajenarlo a cambio de una prestación periódica en dinero, que sin mayores complicaciones y dificultades le permiten subsistir a ella y a sus familiares; o que, con ánimo de proteger a un tercero, considere más conveniente asegurarle en su favor el pago de una pensión periódica que hacerle una donación u otra operación jurídica cualquiera que no garantiza, suficientemente, una protección durante la vida. Y es por esto por lo que tratándose de la constitución de renta vitalicia, para su interpretación debe tenerse en cuenta que es un contrato aleatorio; y que aunque oneroso, en muchas ocasiones el móvil de la generosidad o liberalidad, es la causa o el motivo más sobresaliente de la operación jurídica, razón por la cual, nuestras costumbres demuestran que es más frecuente entre familiares que entre extraños. Y estas consideraciones, unidas a la posibilidad, aceptada por el artículo 2288 de que puede celebrarse en favor de dos o más personas, simultánea o sucesivamente, están indicando, claramente, que por muerte de una de ellas no puede desvirtuarse un contrato de propósitos jurídicos tan peculiares y notorios, puesto que, de lo contrario, se estorbarían esos fines de protección familiar y aun social que anima a las partes.

Dentro de una sana concepción de la institución de los contratos, no serían procedentes aquellas consideraciones que tiendan a desvirtuar los fines jurídicos lícitos que se han propuesto las partes al celebrar una convención. Porque, la firmeza y seguridad de esos actos jurídicos, sólo pueden tener relación con los elementos esenciales y estructurales definidos por el artículo 1502 y los que son de la esencia y naturaleza de cada contrato en particular. En el caso específico de la constitución de renta vitalicia, desde que exista la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitos y los elementos esenciales y peculiares que se desprenden de la noción que de este acto da el artículo 2287, el examen de su validez no puede extremarse con un criterio exagerado que conduzca a desvirtuar el desarrollo y desenvolvimiento de los fines jurídicos y económicos de protección que conlleva esta peculiar operación jurídica y que han sido los motivos que han determinado a las partes a proceder a su ce-

lebración. Si esta doctrina es aplicable a toda clase de contratos, con mayor razón al de constitución de una renta vitalicia, en que los propósitos y las intenciones de las partes son rasgos tan sobresalientes y constituyen finalidades no sólo tan lícitas, sino de tanta trascendencia para la protección y seguridad económica de las personas. (Casación Civil. Noviembre 6/57. Nos. 2188-2189-2190) ..... 511, 2ª y 512, 1ª y 2ª

— 246 —

REO AUSENTE (Emplazamiento)

El emplazamiento como reo ausente, sólo tiene vigencia jurídica al cumplirse la notificación del auto de proceder o sea el pliego de cargos que el Estado por medio de sus funcionarios competentes le formula al procesado, notificación que debe hacerse en forma personal sea que el acusado se halle detenido o no, caso último en el que una vez agotada la actividad de los encargados de dar con el paradero del procesado, previas las formalidades del artículo 433 del C. de P. P. se le declara reo ausente, se le nombra un defensor de oficio, con quien se seguirá el juicio hasta su terminación. (Casación Penal. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190) ... 606, 2ª

— 247 —

RESOLUCIONES JUDICIALES

Según el artículo 466 del C. J., las resoluciones de carácter judicial se denominan autos y sentencias y son de tres clases: autos de sustanciación, autos interlocutorios y sentencias propiamente dichas. Estas se caracterizan por decidir lo principal del pleito, definiéndolo o terminándolo. Los autos de sustanciación son aquellas providencias que tienen la exclusiva finalidad de disponer simples trámites para darle curso progresivo a la actuación. Como autos interlocutorios señala el numeral 2º del citado artículo 466 otras providencias que sin tener el alcance y efectos de las sentencias son trascendentales en el juicio, como las que resuelven algún incidente del mismo. Ninguna otra definición de las resoluciones judiciales ha hecho nuestra ley procesal civil. No están por tanto, incluídos en clasificación alguna los autos ilegales, por ejemplo. En cuanto a los autos interlocutorios, la Comisión que elaboró el proyecto que es hoy Código de Procedimiento Civil expresó que no había hallado fórmula precisa para definirlos, por lo cual hizo una enumeración de ellos; y advirtió, en consecuencia, que tal enumeración "no tiene el carácter de limitativa, de suerte que corresponde a los Jueces resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las enumeradas, y por razón de analogías, deben calificarse como interlocutorias". (Negocios Generales. Octubre 28/58. Nos. 2188-2189-2190) 872, 2ª

— 248 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Presunción de culpa)

El texto del artículo 2356 del C. C. deja notar, como lo ha establecido la Corte, que allí se estatuye o establece una presunción de culpa a cargo del agente, en caso de que el daño de que se queje el lesionado derive de hecho que por su naturaleza o por las circunstancias en que ocurrió permitan atribuírlo a negligencia del autor material, presunción que por no ser de derecho admite prueba en contrario pero cuya aducción corresponde consiguientemente a quien ejecutó la actividad que resultó dañosa. En otros términos: como corresponde, por regla general, a la víctima del daño demostrar en caso de litigio, el hecho que dio ocasión a éste, el per-

juicio que sufrió como resultado del hecho dañoso y la **relación de causalidad** entre uno y otro elemento, será el demandado quien debe comprobar que el ilícito acaeció por culpa de la víctima, o que se produjo por la intervención de un elemento extraño por fuerza mayor o por caso fortuito si se aspira a que se le exonere de la obligación de indemnizar porque, se repite, la sola ocurrencia del hecho causa de daño conlleva por naturaleza la presunción de culpa a cargo de su autor.

Debe aclararse que la intervención de "un elemento extraño" que haya determinado la consumación del daño no ha de ser imputable al demandado, y que ese "elemento extraño" puede ser o estar constituido por un error de conducta del propio lesionado, o lo que es lo mismo, ser la resultante de la propia culpa de quien sufrió el perjuicio. (Casación Civil. Septiembre 24/57.. Nos. 2186-2187) .134, 2ª y 135, 1ª

— 249 —

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
(En material laboral)

Para la indemnización, total ordinaria de perjuicios por responsabilidad contractual, se exige la existencia de culpa comprobada del patrono, o sea aquella que le corresponda, aún cuando el patrono no haya sido autor directo del siniestro, o aun cuando el accidente se produzca por el hecho de uno de sus trabajadores o por deficiencia en las máquinas o elementos de la empresa, todo por causa o con ocasión del trabajo, culpa cuya comprobación le corresponde al demandante como tesis general: **Onus probandi incumbit actori.** (Casación Laboral. Septiembre 13/57. Números 2186-2187).....312, 2ª

—250 —

REVISION (Recurso de)

El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la Ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso. El recurso tiene como fin primordial la revisión de la investigación y la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada en los casos en que se demuestre que alguno está cumpliendo condena producida por un testimonio falso, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase ,o cuando la sentencia, a juicio de la Corte. se haya obtenido con base en documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan indicios de la inocencia o irresponsabilidad de quien injustamente sufre una condena. (Casación Penal. Septiembre 2/57. Números 2186-2187).....197, 1ª y 2ª

— 251 —

REVISION (Recurso de)

Los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. La fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción si no de evidencia acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el

proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates. (Casación Penal. Septiembre 2/57. Nos. 2186-2187) . . . 197, 2ª

— 252 —

REVOLUCION (Derecho de la)

La revolución, la insurrección, el golpe de estado llevan al poder a quienes hasta entonces han carecido de título para ejercerlo, o teniéndolo, se han desviado de la normalidad institucional para conservarlo, o en fin, producirse con el propósito de restablecer al ilegítimamente depuesto.

Sin examinar, por no ser indispensable, la manera pacífica o violenta cómo se haya producido, puede afirmarse que la esencia de la revolución se halla en el rompimiento del orden jurídico preexistente, en el quebrantamiento de las normas institucionales en todo o en parte. Así, la revolución puede atentar contra la totalidad de la estructura jurídica del Estado, configurada en determinada constitución; o, simplemente, dirigirse contra su parte orgánica. Cualquiera de estas situaciones engendra el llamado derecho de la revolución, que se da aun cuando se trate de volver a las instituciones que se juzgan quebrantadas, porque si los hechos se hubieran encauzado dentro de las normas anteriores, se quitaría todo sentido revolucionario al movimiento, ya que no habría perturbación del orden preexistente. Pero dentro de un sistema jurídico positivo no puede hablarse de un derecho a la revolución, sino que, por el contrario, de acuerdo con aquel ella se debe considerar inoperante e ilícita; la valoración del movimiento político, para calificarlo de justo e injusto, sólo puede hacerse mediante principios generales jurídico políticos. La revolución, por su misma esencia, quebranta el orden constitucional coetáneo.

Es un error frecuente el de enjuiciar los hechos generadores del derecho de la revolución a la luz de la norma preexistente. Aquellos irán siempre contra éste, así sea en forma indirecta, como cuando, con el fin de restaurar las instituciones conculcadas, se toman medios revolucionarios, que por su naturaleza, no pueden ajustarse a dichas instituciones. Por otra parte, dentro del derecho que surge de los hechos revolucionarios, por la tendencia de los detentadores del poder a legitimarse, puede aceptarse el derecho anterior en lo que no pugne con el nuevo, y entonces los actos de la revolución quedan sometidos al derecho preexistente, en cuanto aquella lo prohija. En cambio, si la revolución considera que parte de este derecho no puede coexistir con ella misma, la rechaza por el estado de necesidad, ya que estaría de por medio su supervivencia, porque si se da alguna virtualidad jurídica a los hechos revolucionarios es por descansar en la voluntad de la Nación. En estas condiciones, la revolución crea derecho por su propia declaración de voluntad, que tiene validez jurídica como **derecho intermedio** entre la legalidad anterior y la que se procura establecer. Por esto los efectos político jurídicos de la revolución son manifiestamente distintos de los del simple golpe de estado que, por originarse exclusivamente en la fuerza, ata a sus ejecutores en un todo a las normas vigentes. (Sala Plena. Noviembre 28/57. Nos. 2188-2189-2190) . . . . . 442, 2ª y 443, 1ª

— 253 —

RIÑA IMPREVISTA (Como circunstancia modificadora de la responsabilidad)

La circunstancia que modifica la responsabilidad y atenúa la sanción en los delitos de homicidio o lesiones personales, es la de que esos hechos se cometan "en riña que se suscite de un modo imprevisto". Su finalidad no tiene otro alcance que aquel fijado por los

miembros de la Comisión Redactora del Código Penal, cuando expresan que "es necesario sí prever el caso de homicidio y lesiones verificados en riña, para disminuir la pena en algunos casos, pues la inhibición sin limitación alguna sería injusta, como en el caso de la riña que se busca o se provoca con el pensamiento o resolución de causarle la muerte al provocado, pues entonces en vez de una atenuante sería el caso de estimarla como un agravante". Dentro de esta modalidad no emplearon el término "riña casual" por inadecuado, por no reflejar esa expresión el pensamiento de la Comisión "porque tal situación podrá ser repentina en su iniciación pero no fruto de la casualidad, pues siempre tiene que haber una persona o un agente que la provoque; por tanto, sería más apropiado decir riña repentina o imprevista, o una expresión semejante", pensamiento que se concretó en la disposición del artículo 21 del proyecto, correspondiente al artículo 384 del Código Penal. (Casación Penal. Septiembre 9/57. Nos. 2186-2187).....212, 1ª

— 254 —

RIÑA IMPREVISTA (Como circunstancia modificadora de la responsabilidad o de menor peligrosidad)

La modificación de la responsabilidad y consiguiente atenuación de pena para los delitos cometidos en riña, está condicionada al hecho esencial e imprescindible de que sea "imprevista"; es decir, que la lucha o combate surja súbitamente, de improviso, por instantánea exacerbación de los ánimos, sin prever, sin conocer de antemano o con antelación los daños o perjuicios que de ella se puedan derivar, pues sólo la contienda imprevista e inesperada, producto de ofensas o reclamos mutuos o provocada por alguna de las partes, es lo que configura la modalidad de la riña imprevista. Por consiguiente, no hay lugar a invocar la disposición del artículo 384 del Código Penal, cuando la riña es casual, preordenada, o producto de un lance, de un reto o desafío. porque si bien es verdad que esas expresiones llevan consigo el concepto de provocación, quien acepta la riña en estas condiciones no tiene el ánimo desprevenido sino prevenido, y el hecho no sería imprevisto sino pensado—probablemente—calculado en los sistemas de ataque y defensa y aun en sus conclusiones. En estos casos, el elemento esencial de la imprevisión no existe ni puede alegarse por quien provoca la riña ni por quien habiendo podido evitarla la propició o la aceptó.

Si la provocación o sea el hecho de incitar, estimular o irritar a una persona con palabras ofensivas es el medio que propicia de súbito el encuentro o lucha entre los contendientes, la riña será imprevista; pero si la provocación no conduce de inmediato a la realización del lance personal, sino a la invitación para que él se produzca, el encuentro posterior carece del elemento esencial imprevisto que caracteriza la riña. Entonces esa modalidad sólo alcanza a constituír una circunstancia de menor peligrosidad, pero en ningún caso, modificadora de la responsabilidad. (Casación Penal. Septiembre 9/57. Números 2186-2187).....212, 1ª y 2ª

— S —

— 255 —

SALARIO (Igual a trabajo igual)

Si el patrono admite que el trabajador desempeñó normalmente su labor y no tiene queja de él, probada de otra parte la igualdad en el puesto y en la jornada con otros trabajadores de la empresa, se acredita el derecho del trabajador a devengar un salario igual. (Casación Laboral. Noviembre 14/57. Nos. 2188-2189-2190)..... 757, 2ª

— 256 —

SALARIOS CAIDOS

La condenación por "salarios caídos" procede cualquiera que sea el monto de las deudas laborales y debe decretarse desde el momento de la terminación del contrato de trabajo. (Casación Laboral. Septiembre 26/57. Nos. 2186-2187) 336, 2ª

— 257 —

SEGURO DE VIDA (Derecho de los colaterales)

El artículo 293 del C. S. del T., tal como regía antes de la reforma introducida por el Decreto Legislativo número 617 de 1954, no incluía entre los beneficiarios forzosos a los colaterales legítimos. - (Casación Laboral. Agosto 23/57. Nos. 2186-2187).....283, 1ª

— 258 —

SEGURO DE VIDA (Pago cuando no hay beneficiarios forzosos)

No es valedera la tesis de que al no haber beneficiarios forzosos de los indicados en el artículo 293, viene a quedar favorecido el patrono con el seguro del trabajador, porque este supuesto acepta como real lo inexistente para dar base a la conclusión, si se observa que según los términos del artículo comentado, éste sólo determina la extensión del beneficio hasta cierto grado de parentesco, pasado el cual, desaparece el derecho; si no existe, mal puede hablarse de que su valor en el caso de no tener el trabajador beneficiarios forzosos o especiales, vaya a engrosar los caudales del patrono. Que en la actualidad con la reforma introducida por el Decreto 617 de 1954, se llega a esa interpretación, es verdad, pero por el querer legal. (Casación Laboral. Agosto 23/57. Nos. 2186-2187).... 283, 1ª y 2ª

— 259 —

SENTENCIAS EXTRANJERAS (Cumplimiento en Colombia)

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 555 del C. J., la sentencia dictada en país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le conceden los respectivos tratados existentes con ese país, y, a falta de estos, la que allí se otorgue a las sentencias dictadas en Colombia.

Para que la Corte autorice el cumplimiento de las sentencias extranjeras y ordene su ejecución por los jueces nacionales, es indispensable que se agregue a la solicitud pertinente, entre otras pruebas, la consistente en el tratado público que sobre el particular medie con el país en donde se haya proferido la sentencia, por ser éste, elemento esencial e indispensable para deducir qué han estipulado las dos altas partes contratantes en relación con la fuerza de las sentencias judiciales pronunciadas en uno de los dos países y si pueden ejecutarse o cumplirse en el otro; a falta de tratado, deberá presentarse la prueba supletoria a que se refiere la disposición citada, o sea, la encaminada a demostrar qué fuerza tienen en el país de donde emana la sentencia que se quiere ejecutar, las dictadas en Colombia y si allá pueden ejecutarse a solicitud judicial del respectivo interesado. Regula nuestra legislación, que el concurso y apoyo que en el país se presta para la ejecución de las sentencias extranjeras están sometidos a lo que sobre el particular se haya establecido en los correspondientes tratados públicos, y en subsidio, en el principio de la reciprocidad legislativa. Así lo ha repetido la Corte en numerosos fallos. (Casación Civil. Noviembre 6/57. Nos. 2188-2189-2190).....504, 2ª y 505, 1ª

— 260 —

SIMULACION (Evolución de la jurisprudencia colombiana)

Hasta el año de 1935 la Corte venía aceptando que los contratos aparentes, por carecer de causa y de consentimiento, eran absolutamente nulos, por omitir los elementos esenciales para su validez. El acto era impugnado por medio de la acción de nulidad absoluta, a la que tenían acceso todas las personas que probaran interés jurídico en su anulación, con excepción de las partes, aplicándose el principio ya vislumbrado por el derecho intermedio "Nemo auditur propia turpitudinem", principio que vino a ser fundamentalmente modificado por la ley 50 de 1936, en el sentido de que las partes contratantes no sólo podían impetrar la nulidad del acto, sino también producir su ratificación en cualquier tiempo, a excepción de que el contrato adoleciera de objeto o causa ilícitos.

Aunque hasta esa época no se desconocía la práctica anómala de los actos aparentes o simulados, se consideró que tanto estos como los medios de impugnación, podían incluírse dentro de la teoría general de los actos jurídicos y de la nulidad, como únicos medios conocidos de impugnación y de interferir sus efectos jurídicos. La actividad de las partes, en sus operaciones de cambio de bienes o de servicios, que viene a ser el fenómeno ecomico regulado por el derecho privado, especialmente por la institución jurídica de los contratos, estaba garantizada por el caso o los casos en que dicha actividad no se ejercía normalmente, y, entonces, las partes se sancionaban y se sancionan con la ineficacia de sus operaciones jurídicas. Y los actos aparentes o simulados, verdaderos y eficaces instrumentos de fraude a intereses de terceros, jurídica y legalmente protegidos, y llevados a cabo con la intención de hacer aparecer una fingida disminución del patrimonio o un apreciable aumento de las obligaciones, no tenían medios jurídicos de impugnación distintos a los de la nulidad absoluta o el ejercicio de la acción pauliana, en el caso de concurso de acreedores.

Con la teoría de la simulación-nulidad los actos aparentes o fraudulentos quedaban al margen de una sanción eficaz, como también los terceros lesionados, cuando se hacía difícil demostrar un interés jurídico que consolidara sus derechos al ejercicio de la acción; y, además, los terceros adquirentes de buena fe, eran sacrificados, porque la acción de nulidad y su pronunciamiento por los jueces, daba acción reivindicatoría contra terceros de buena fe. La demostración del fraude, que definiera ese interés jurídico, se dificultaba considerablemente y la situación patrimonial real del simulante, eran circunstancias que estorbaban el ejercicio de la acción por parte de los terceros perjudicados; porque, además de la dificultad de organizar una prueba eficaz de la simulación, pesaba sobre ellos la carga probatoria del fraude.

La teoría de la simulación-nulidad no sólo ofrecía inconvenientes de orden teórico sino práctico. Lo primero porque el acto aparente, simulado o fingido, no podía incluírse dentro de la concepción de la nulidad de los actos jurídicos, ya que ésta supone voluntad, consentimiento, objeto y causa real; y, el aparente, es por esencia ficción, engaño, burla o fraude a la ley; porque si es verdad que en el acto nulo interfiere el orden jurídico no se hace con el fin de eludir el rigor de sus preceptos, ni siempre con la intención le lesionar intereses legítimos. En el acto nulo las partes quieren un fin jurídico y si quebrantan preceptos jurídicos es con el fin de desenvolver una intención que no siempre es ilícita. En el acto aparente o simulado, la ficción, la apariencia y el engaño, la intención no es jurídica, como en el caso de la simulación absoluta; y, si lo es, quiere ocultarse siempre con fines de fraude, como acon-

tece en la simulación relativa, en la que aunque existen propósitos jurídicos serios quieren ocultarse maliciosamente a los terceros. La simulación como práctica en el comercio jurídico es siempre ficción, mentira, burla y engaño. En el derecho romano los actos simulados eran repudiados como "Simulatis, fictus, imaginari, nulus". E inconvenientes de orden práctico, porque no era posible equiparar los mecanismos jurídicos ideados por las partes en el negocio jurídico nulo, con las tácticas simulatorias llevadas a cabo con fines bien diferentes.

En el año de 1935, la Corte abocó el estudio de la simulación y la apariencia de los actos jurídicos, para definir su fisonomía distinta de la nulidad e idear recursos diferentes para los negocios simulados y los actos nulos, encontrando que aunque se vinculaba por el aspecto de ser dos fenómenos anormales frente al orden jurídico, son completamente diferentes en estructura, esencia y significación. Las diferencias fueron expuestas con claridad y precisión no sólo en la fisonomía estructural de ambos fenómenos, sino en sus remedios de impugnación para obtener una declaración de ineficacia en uno y otro. Esta apreciación de la Corte produjo algunas críticas de connotados juristas nacionales, habituados a cierta parálisis de nuestras instituciones jurídicas y apegados a una orientación más positivista que científica. Se habló entonces de importaciones foráneas completamente ajenas a nuestras instituciones y, hasta llegó a afirmarse en ese entonces que la Corte cohonestaba y le daba carácter de institución jurídica a la simulación, es decir, que lejos de mirarla como una práctica anormal en la vida jurídica, la elevaba al rango de institución aceptada por nuestro derecho positivo. Además, que ella pugnaba con la teoría jurídica de los actos solemnes en los cuales la escritura pública y el lleno de otras formalidades, según los casos, eran consustanciales e inseparables del mismo acto.

La doctrina que comentamos, nítida, clara, sólida e inspirada en los avances científicos del derecho civil moderno, no hizo otra cosa que extraerle al artículo 1766, su auténtico contenido, jurídico, vinculado a la tradición romana, al derecho intermedio, al napoleónico, a la jurisprudencia de los países más avanzados y a la inspiración doctrinaria de los más eximios tratadistas del derecho civil moderno. No se elevaba la simulación y los actos aparentes a la categoría de la institución jurídica, sino que se aceptaba un criterio técnico para hacerle frente con mayor eficacia a las prácticas anormales que los particulares suelen emplear, desde épocas muy remotas en el comercio jurídico, principalmente de la simulación que en todas las edades ha servido o para fingir la disminución del patrimonio con fines fraudulentos, de lesión a los acreedores legítimos, o de aumentar ficticiamente las deudas, con estos mismos fines, o de ocultar la usura, como se hizo en el derecho intermedio, o de interpretar o sustituír personas con el fin de defraudar preceptos de orden prohibitivo. Desde Dargentré, se hacía una distinción entre simulación absoluta y relativa, y las investigaciones de Francisco Ferrara, dieron por resultado que la teoría de las contraletras se consideraban como actos secretos en que para engañar a los terceros se modifica dolosamente la convención realizada en apariencia. La teoría construida, pues, por la Corte, sobre el contenido del artículo 1766 tiene un contenido técnico-jurídico. Y en relación con la observación de que en los actos solemnes no puede aplicarse dicha doctrina, por su consustancialidad entre el acto jurídico y la solemnidad requerida, implica una confusión entre el acto jurídico mismo y la preconstitución de una prueba de carácter solemne y superior que notifique a los terceros que se ha

modificado una situación jurídica que interesa a estos y al mismo orden jurídico.

Insiste la Corte, ahora, en que la teoría de la simulación sentada en el año de 1935, no se hizo al margen de nuestras instituciones jurídicas ni mucho menos con violación de ellas, sino que descubrió un recurso técnico-jurídico completamente olvidado hasta esa fecha. Porque, en realidad, si el mencionado precepto consagra un principio de contenido ético fundamental, de orden jurídico-social, es una trascendental regla técnica de previsión y de remedio puesto en manos de terceros para impugnar y atacar los efectos jurídicos de los actos aparentes y simulados, impugnación que con la teoría de la nulidad sería ineficaz por los estorbos ya anotados que encuentran en la mayoría de las veces, los terceros víctimas del fraude, creado con la apariencia. Y aunque en la doctrina que comentamos no se tuvo una concepción perfecta de la simulación, de su estructura, de sus efectos y de la técnica probatoria peculiar que la nueva concepción implicaba, ella se ha ido perfeccionando. Y, lo será más aún, a medida que vayan progresando, no solamente las tácticas simulatorias de los particulares, sino que la ciencia jurídica haga conquistas definitivas que las remedien y hagan ineficaces. En ese entonces no se planteó el problema de la simulación absoluta y relativa, y, en cuanto a la técnica probatoria, se incurrieron en errores que la Corte de una manera prudente ha venido corrigiendo. Pero se estableció, sí, lo fundamental de la teoría, es decir, la nítida y clara distinción entre el acto simulado aparente y los actos jurídicos nulos.

Con el fin de demostrar la Corte, que se ha venido perfeccionando la teoría de la simulación, es conveniente puntualizar las fases de esa evolución en los siguientes puntos: 1º Distinción entre la nulidad y la simulación; 2º Diferencias entre la acción de nulidad y la de prevalencia; 3º Diferencia entre los efectos jurídicos de la anulación y de la prevalencia; 4º Prueba de la simulación.

En relación con el primer punto, es decir, con la distinción entre los fenómenos nulidad y simulación, es conveniente observar que desde el año de 1935 la Corte estableció de una manera definitiva que el acto nulo es fundamentalmente distinto del simulado; porque, en el primero, se omiten los elementos esenciales para su validez, existiendo una voluntad seria de contratar y de adquirir compromisos jurídicos puede faltar la causa, pero queda el objeto y una voluntad seria de celebrar una convención. En el simulado, en cambio, no existe ni ánimo contractual, ni voluntad seria para celebrarlo, ni causa ni consentimiento, ni objeto, o mejor, de que como no existe el ánimo contractual, mal podrían las partes pensar en los elementos estructurales del acto. No se quiere hacer realmente nada, sino fingir que se hace, para ocultar el propósito jurídico real de los contratantes, que puede consistir en que no se hace ninguna modificación real en la situación jurídica de las partes; o, si se quiere modificar algo, esa nueva situación jurídica no se notifique a los terceros o, sea que se opta por simulación absoluta o de esencia; o, por la relativa, o simple disimulación de algo.

Establecido lo anterior, es lógico desprender de esa distinción entre el acto nulo y el negocio aparente, medios de impugnación completamente distintos para establecer su ineficacia jurídica. Estos medios son: la acción de nulidad para los contratos nulos, cuyos efectos no son otros que revertir la situación jurídica al estado inmediatamente anterior al contrato; y, la acción de prevalencia o de simulación, que tiene por objeto hacer inocuos los efectos jurídicos del contrato aparente, mediante la prevalencia del pacto oculto que revela los propósitos jurídicos reales de los simuladores. Ambas acciones son diferentes en sus fines y en sus fun-

damentos, porque mientras la primera se basa en la estructura anómala del acto, la segunda, en cambio, lo es en que el ánimo simulandi que inspiró el acto aparente, carece de estructura jurídica; y que, en su lugar, debe imponerse el acto jurídico real de los contratantes. El contrato según Beale, no es otra cosa que una serie de hechos del orden psíquico y económico que, animados por la voluntad de las partes, adquieren seguridad y eficacia por los preceptos del orden jurídico, de donde resulta, que donde no hay hechos no hay contratos, porque la esencia y naturaleza de los principios jurídicos suponen hechos psíquicos y económicos que vinculan a las partes, antes de que el derecho produzca las vinculaciones del orden jurídico. En los actos simulados y aparentes esos hechos económicos o psíquicos no existen, luego ningún precepto jurídico tendría la virtud de crear vínculos jurídicos contractuales, porque no existen los indispensables supuestos de hecho.

Las dos acciones son, pues, inconfundibles, en concepto de la Corte, como inconfundibles son también la nulidad y la simulación. Quien impugne un acto jurídico, para interferir su eficacia jurídica, deberá cuidarse muy bien de no incurrir en errores técnicos en la escogencia de la vía o acción judiciales. Si va a impugnar el acto por falta de causa o de consentimiento, deberá instaurar la acción de nulidad y no la de prevalencia o simulación; y, a la inversa: quien va a impugnar un acto, porque considera que en la operación jurídica no hubo ánimo contractual, sino ficción o apariencia, deberá ejercitar la acción de simulación o prevalencia. Ha sido frecuente una posición dubitativa de las partes al querer desenvolver sus propósitos impugnatorios de los negocios jurídicos, ejercitar, con visible error de técnica la acción de nulidad con fundamento en la apariencia del acto impugnado. Y, la misma Corte, en algunas ocasiones ha desatado demandas de casación en el mismo sentido, pero solamente en aquellos juicios instaurados antes de la doctrina sobre simulación, o en aquellos casos en que esos errores de elección de vía se cometieron por no estar la misma doctrina suficientemente difundada o conocida. Pero esto no quiere decir, en manera alguna, que la Corte haya modificado sustancialmente su concepción doctrinaria sobre los actos simulados.

En efecto, en sentencia de casación de 17 de septiembre de 1941, la Corte habló de nulidad por simulación de un contrato en el cual la parte demandante acusó de ese defecto por ausencia de causa y de consentimiento, no obstante haber reconocido que la acción intentada por el actor fue la de simulación, pero con graves errores técnicos en la formulación de las peticiones de la demanda, pues en ésta se habla indistintamente de simulación y de nulidad.

En sentencia de 15 de diciembre de 1944, la Corte todavía admitía alguna confusión técnica entre las acciones de nulidad y de simulación, pero insistiendo siempre en que, los dos recursos eran completamente distintos, reconociendo a los demandantes, en el caso allí estudiado, el derecho de optar o por la acción de la nulidad o de simulación, con un criterio más bien práctico que científico.

Una distinción más nítida se encuentra en sentencia de 22 de octubre de 1947.

A pesar del esclarecimiento técnico de las dos acciones, simulación y nulidad, la misma sentencia da a entender, que debido a los puntos tangenciales entre la nulidad absoluta y la simulación, la doctrina debe establecerse con cautela y atenerse más a las intenciones de los demandantes que a los nombres o designaciones empleadas en el ejercicio de aquellas.

Y reafirmó la anterior doctrina, en sentencia de 29 de abril de 1948.

De una manera muy clara, en fallo de 29 de agosto de 1951, insistió sobre las diferen-

cias entre el contrato nulo y el ficticio y en que estas consisten en que en éste la voluntad de las partes persigue un fin distinto del contrato mismo, el cual surge como una simple cortina de humo, para ocultar el verdadero objetivo. En aquel, en cambio, el acuerdo de voluntades que puede ser legalmente imposible por incapacidad de las partes o de una de ellas persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida para que tenga vida jurídica. Lleva en sí el vicio que la destruye.

En sentencia de 8 de junio de 1954, la Corte expuso con claridad sus conceptos doctrinarios sobre simulación y nulidad.

La teoría elaborada por la Corte desde el año de 1935, sobre la simulación ha sido consecuente, lógica y coherente y su evolución registra el perfeccionamiento de ella en su desarrollo doctrinal. No es tampoco una rara importación de doctrinas foráneas, sino que tiene raigambre en nuestra legislación civil, en el contenido técnico jurídico del artículo 1766, con la intención de evitar la eficacia de los desajustes que en el orden jurídico, producen las tácticas simulatorias de los particulares con fines fraudulentos.

En relación con los efectos jurídicos distintos de la acción de nulidad y de simulación la Corte reitera la doctrina de que son diferentes y para ello hace las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 1746 del C. C., la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiera existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Es decir, que si la petición de anulación prospera, se revierte a la situación jurídica anterior a la celebración del acto o contrato, sin perjuicio de ciertas vinculaciones jurídicas que se crean, no con fundamento en el acto anulado, sino en consideración al inciso segundo del precepto citado, en relación con las restituciones y prestaciones mutuas a que haya lugar. Y, en relación con los terceros, sea que hayan adquirido de buena o mala fe, el pronunciamiento de la nulidad da acción reivindicatoria contra ellos.

En la acción de simulación en cambio, decretada la prevalencia del acto oculto sobre el aparente, la situación jurídica también se revierte al momento inmediatamente anterior al juego simulatorio, pero los terceros que hayan contratado de buena fe, confiados en el acto aparente, no podrían ser sujetos pasivos de una acción reivindicatoria, no con fundamento en la validez del acto simulado, sino con base en un principio de equidad, **bona fides facit jus.**

Como se desprende de lo anterior, la posición jurídica de los terceros es diferente, tratándose de una anulación y de una prevalencia. Lo primero tiene asidero en el contenido del artículo 1746 que no ampara al tercero, adquirente de buena fe; y, lo segundo, en la regla consagrada en el artículo 1766 que establece que las contraescrituras privadas, hechas para alterar o modificar lo estipulado en las escrituras públicas no producen efectos contra terceros, lo que significa que sí pueden producir en favor de esos mismos terceros, cuando ellos están interesados jurídicamente en que se declare la prevalencia del acto oculto sobre el aparente.

En realidad tanto la acción de nulidad como la de simulación tienden a interferir los efectos jurídicos de un acto jurídico, del aparente (en la acción de simulación), del nulo (en la acción de nulidad). La diferencia reside, principalmente, en que mientras con la primera se obtiene una interferencia de un acto oculto sobre el aparente; o a la inversa; porque puede acontecer que un tercero esté interesado en la prevalencia del acto aparente, cuando se trata de establecer que con la prevalencia del primero sobre el segundo se

incremente el patrimonio del comprador sobre el cual tiene acción persecutoria un acreedor legítimo.

No obstante que la Corte, en doctrinas anteriores, consideró la posibilidad de que un acreedor del testaferro estuviera en la necesidad de hacer prevalecer sobre el acto oculto el aparente, por su interés en el incremento del patrimonio de su deudor, la Sala considera, ahora, por el contrario, que esos acreedores carecerían de interés jurídico legítimo, ya que el aparente desplazamiento patrimonial entre el patrimonio del vendedor hacia el del comprador, en el caso de la compraventa, en ningún caso puede aprovechar al testaferro comprador, por razones de equidad. Se dijo en ese entonces que el acto público debería prevalecer sobre el privado y que si era posible hacer prevalecer ese acto sobre el privado, por parte de los acreedores del vendedor, con mayor razón, esa prevalencia podría establecerse en favor del acto aparente, por parte de acreedores del testaferro comprador, máxime cuando este acto consta en instrumento público. Poco debe entenderse, en concepto de la Corte, que el instrumento público, no obstante ser un elemento de prueba y una solemnidad consustancial al acto jurídico mismo, partiendo de la base de que el acto simulado carece de los elementos esenciales y estructurales para su existencia jurídica, el instrumento o escritura pública no pueden considerarse como solemnidad ni como elemento preconstitutivo de prueba de un acto que no ha tenido existencia ni vida jurídica. (Casación Civil. Septiembre 5/57. Nos. 2186-2187).....,49, 2ª a 55, 2ª

— 261 —

SIMULACION (Presunciones de)

La Corte considera que si en la ley no existen fundamentos para favorecer a los terceros con una presunción legal de simulación o de fraude, las presunciones judiciales, admitidas con los requisitos del artículo 1768 del C. Civil, serían un medio eficaz para que los jueces en presencia de hechos suficientemente establecidos en el proceso, los erijan en fundamentos para deducir presunciones de simulación y utilizándolos como medios de pruebas autorizados por la ley, para establecerla, cuando considere que los terceros o los herederos han estado en la imposibilidad de suministrar una prueba del juego simulatorio. En estas condiciones, se alivia a aquellos —los herederos— de la penosa carga probatoria y se facilita el esclarecimiento de la situación jurídica real de los simuladores, se obvia la dificultad de demostrar el fraude, la inexistencia jurídica del acto aparente, la existencia del pacto oculto, en síntesis, al amparo de un medio probatorio legítimo, se obtiene una tutela eficaz del orden jurídico.

Tales presunciones en concepto de la Corte, podrían deducirse de los siguientes hechos:

a) Parentesco entre el simulador enajenante y el simulador testaferro, o vínculos afectivos y de confianza entre los mismos.

b) Prueba de la situación patrimonial del simulador enajenante y del simulador testaferro.

c) Prueba del interés jurídico de los terceros en la prevalencia del acto oculto (existencia del crédito a cargo del simulador enajenante, actualmente exigible, de la calidad de herederos, o de heredero perjudicado en el juego simulatorio).

d) Prueba de que con el juego simulatorio el simulador enajenante queda en incapacidad para atender al pago de sus obligaciones.

e) Prueba de la incapacidad económica del simulador testaferro para pagar el precio.

f) Prueba de la persecución del patrimonio del simulador enajenante por parte de acreedores legítimos.

La posibilidad de la elaboración de la teo-

ría de la simulación, con base en la regla del artículo 1766 del C. Civil, fue factible mediante una interpretación extensiva al juego simulatorio. Es ésta la razón por la que, en opinión de la Corte, cuando se trata de la simulación y de su prueba, la elaboración de la jurisprudencia tiene que perfeccionarse en el sentido de que, con inspiración en los textos legales, se haga posible la demostración de la simulación y del fraude, tutelando y defendiendo el orden jurídico positivo privado, dando seguridad a las situaciones jurídicas reales y proscribiendo aquellos fenómenos que atentan contra los intereses de los particulares, jurídicamente protegidos pero que el juego simulatorio hace prácticamente ineficaces. (Casación Civil. Septiembre 5 57. Nos. 2186-2187).....57, 2ª y 58, 1ª

— 262 —

SIMULACION (Principios en materia de prueba)

Desde la enunciación de la nueva doctrina sobre simulación sentada por la Corte en el año de 1935, se establecieron los siguientes principios en materia de prueba de simulación:

a) Que las partes o sus herederos interesados en la prevalencia del acto oculto, sólo pueden establecerlo por medio de una prueba de igual categoría, es decir, que si el acto aparente consta por escrito, sólo se admite la prueba por escrito o un principio de prueba por escrito, o confesión de una o de ambas partes.

b) Que en cambio, los terceros, interesados en la prevalencia disfrutan de amplitud en el uso de los medios de prueba, es decir, que pueden demostrar el acto oculto y aun el aparente, por medio de testigos, indicios, presunciones, etc., y ni siquiera les es aplicable la restricción contenida en el artículo 93 de la ley 153 de 1887, porque frente a ellos la convención oculta no es una convención sino un hecho.

c) Que cuando un acto ostensible y aparente no se haya hecho constar por escrito, entonces, tanto las partes como los terceros tienen a su disposición todos los medios sin restricción alguna.

d) Que los herederos a quienes se transmite el patrimonio del de cujus, con todos los créditos, obligaciones y acciones judiciales, son partes, y por lo mismo, les son aplicables las restricciones probatorias establecidas en nuestro derecho.

En realidad desde el año de 1935, la Corte estableció dichas reglas de una manera reiterada y sólo en sentencia de 4 de octubre de 1956, canceló la discriminación que había sido establecida con los herederos, consistente en que, si el juego simulatorio cercenaba o perjudicaba sus legítimas, eran considerados como terceros, pero que si intentaba la acción como heredero simplemente, era tratado como parte. (Casación Civil. Septiembre 5 57. Nos. 2186-2187).....55, 2ª y 56, 1ª

— 263 —

SIMULACION (Situación probatoria del heredero)

Considera la Corte, que cuando se trata de definir la posición del heredero frente al problema de la prueba, y cuando haya de ejercer alguna acción impugnatoria de los actos jurídicos celebrados por su causante, o atender a la defensa de su validez, por tener un interés jurídico, debe considerársele como un tercero y poner a su disposición todos los medios de prueba que él considere necesarios o convenientes para sus intereses. Y, tratándose de la impugnación de un acto simulado, sobre el que se quiere hacer prevalecer el acto oculto que lo desvirtúa, el heredero puede probar su existencia empleando todos los medios que estén a su alcance para ese efec-

to, sin que haya necesidad de hacer ninguna distinción entre el heredero cuando obra en representación de la persona del causante, o como perjudicado con el juego simulatorio por haberse llevado a cabo en perjuicio de su legítima. Es, pues, en concepto de la Sala, además de la imposibilidad en que puede estar el heredero de procurarse la prueba escrita, la confesión, o el principio de prueba por escrito, la consideración de que si pudiera tener algún fundamento jurídico la ficción legal de las acciones heredadas, se forzaría la lógica y la realidad misma, extendiendo las restricciones probatorias a que están sometidos directa y personalmente los contratantes, a quienes por una u otra causa, vienen a ocupar la posición de herederos, los que, virtualmente, aquella realidad jurídica, moral y física los sitúa en el plano o condición "res inter alias" en relación con los actos jurídico-económicos ejecutados por su causante.

La simulación, como fenómeno complejo y anormal en la vida jurídica, está rodeada de circunstancias especialísimas que hacen difícil su prueba: las apariencias de legalidad y veracidad en las declaraciones de las partes, el ocultamiento de la convención privada entre los simuladores, el fraude y la lesión patrimonial a los terceros, hacen muy penosa la carga probatoria para todas aquellas personas que tienen interés jurídico en impugnar el acto aparente y hacer prevalecer el oculto. La práctica simulatoria más común en el comercio jurídico es aquella en que las partes, después de celebrar y preconstituír pruebas sobre el juego simulatorio, los terceros se encuentran en dificultad para organizar la prueba dentro del proceso, ya que la de confesión es muy difícil de obtenerla por su misma índole. Además, la demostración del interés jurídico al ejercitar la acción de prevalencia, supone la prueba de hechos y situaciones que no están siempre al alcance de las partes. (Casación Civil. Septiembre 5 / 57. Nos. 2186-2187).....57, 1ª y 2ª

— 264 —

SOCIEDAD

La solidaridad es un principio legal que afecta las relaciones de la sociedad con sus socios respecto de los derechos laborales, en beneficio del trabajador. (Casación Laboral. Agosto 24 57. Nos. 2186-2187).....287, 2ª

— 265 —

SOCIEDAD (Actuaciones del gerente en materia laboral)

Se sostiene la necesidad de diferenciar la sociedad de sus afiliados, en cuanto a la responsabilidad que pudiera caberles en las obligaciones emanadas de los contratos laborales. Mas como la empresa o "unidad de explotación económica", como la define el Código (artículo 194), se constituyó en sociedad de responsabilidad limitada, una u otra, que para los efectos laborales es lo mismo, tiene su personero legal que en la tramitación de los conflictos colectivos, compete a la entidad y a sus miembros. Item más: si la cuestión se ve por el aspecto de la sociedad, se observa que por mandato legal expreso existe solidaridad de la sociedad y sus socios para responder por las obligaciones que emanen del contrato laboral, hasta la concurrencia del interés social de estos. (Art. 36 C. S. T.). Las actuaciones del gerente, pues, obligan por igual a todos los miembros de la sociedad. Empero, considerando que la convención colectiva que el laudo implica aparece realizada entre un patrón o empresa y un sindicato, es obvio que el procurador de aquella representó a sus afiliados en la discusión y finalmente en la decisión tomada por el Tribunal. (Casación Laboral. - Octubre 30 / 57. Nos. 2188-2189-2190).....721, 2ª y 722, 1ª

— 266 —

SOCIEDAD (Responsabilidad del socio en limitada para el pago de deudas laborales)

Tanto el dinero como los bienes se declararon entregados a las Sociedades. Los socios no extendieron su responsabilidad a ninguna suma adicional, y manifestaron que su responsabilidad quedaba limitada a sus aportes. Y no hay prueba en los autos de que el valor que le fijaron los socios a los aportes en especie sea inferior al que realmente tengan los bienes aportados.

En estas condiciones, resultaba improcedente demandar en vida de las sociedades al socio Martín invocando el carácter solidario de las obligaciones contraídas por aquellas, porque no habiéndose responsabilizado Martín por suma mayor a sus aportes, ni estando siquiera en discusión el avalúo de los aportes en especie, el demandado, al entregar sus aportes, quedó desligado de toda responsabilidad por las obligaciones que contrajeran las sociedades mencionadas. (Casación Laboral. Noviembre 29/57. Nos. 2188-2189-2190) .....786, 1ª y 2ª

— 267 —

SOCIEDAD (Responsabilidad de los socios en la limitada para el pago de deudas laborales)

Las características generales de la Sociedad de Responsabilidad Limitada han dificultado su clasificación integral ni como sociedad de personas ni como sociedad de capitales, porque como lo observa el tratadista argentino Ramón Castillo "difiere de la primera precisamente en lo que se aproxima a la segunda, y de ésta en los caracteres que toma de aquella". Uno de los elementos que más la diferencia de la sociedad de personas y que más la aproxima a la sociedad de capitales es la limitación de la responsabilidad de los socios, en cambio que otros factores como el espíritu de familia o amistad que ordinariamente mueve el **animus societatis**, la ingerencia activa de los socios en la administración, las restricciones a la transferencia de las cuotas sociales, indican la marcada presencia del elemento **intuitu personae** que la aleja de la sociedad de capitales y la asimila a la sociedad de personas.

Por esta mixtura de rasgos es por lo que la doctrina no ha logrado uniformidad en la ubicación de la sociedad de responsabilidad limitada. Para algunos autores como Fernández, Molinari y Pauleuro, Thumin Ridler, Van Houte, Lagarde y Hemard, se trata de sociedad de personas. Otros como Hamel, Boucart, Copper-Royer, Soprano, Malagarriga y Rivaroli y los doctrinantes germánicos, la entienden como sociedad de capitales. La mayor parte de la doctrina latina (Percercou Ripert, Drouste, Lapargneur, Pio y Raratin, Lescot, Dihigo, Páez, Asquini, Halperin), la concibe como un nuevo tipo de sociedad, de naturaleza mixta, que presenta al mismo tiempo caracteres de la sociedad de personas y de la sociedad de capitales.

En el sistema comercial colombiano, las sociedades de responsabilidad limitada ostentan un predominante tratamiento como sociedades de personas. Las discusiones parlamentarias y la exposición de motivos que precedieron a la expedición de su ley orgánica, la 124 de 1937, demuestran que tal tipo de sociedad se proyectó con un carácter inequívocamente personal, como "sociedad colectiva en la que los socios limitan su responsabilidad a sus aportes", según definición que en su discurso dio el senador Caamaño, autor de la iniciativa legal. La propia ley orgánica fue muy explícita sobre el particular, al darle en su artículo 11 el régimen supletorio de las sociededes de personas, pues dispuso que en lo no previsto en ella y lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades

limitadas "se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio".

En acuerdo con el expresado criterio legislativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que tales sociedades "pertenecen" a las sociedades de personas y no a las de capitales, por lo cual "deben gobernarse por las leyes tributarias dadas para las de su especie", conclusión que se encuentra en el fallo de 4 de diciembre de 1941 dictado para anular el artículo único del Decreto 109 de ese año, que señalaba a las sociedades limitadas el mismo régimen tributario de las sociedades anónimas. (Anales del C. de E. Tomo XLVII, números 308 a 310, pág. 1244).

En presencia de todo lo anterior, es forzoso concluír que lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo se extiende también a las sociedades de responsabilidad limitada, quedando a la Corte el encargo de fijar el alcance de este precepto en cuanto a ellas toca.

El no responder los socios más que hasta cierto límite es, como ya se dijo, característica fundamental de las sociedades de responsabilidad limitada, en contraposición a la responsabilidad **ad-infinitum** de los socios que es la regla general en las sociedades de personas. En el sistema colombiano dicho límite de responsabilidad está fijado en el artículo 1º de la Ley 124 de 1937, cuando dice que en esta clase de compañías "la responseabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique", principio que más adelante desarrolla la misma Ley en sus artículos 2º, inciso 2º, y 3º, así: "La escritura de constitución contendrá además de las enunciaciones que expresa el artículo 467 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique y la de que aquellos han sido pagados". Cuando haya aportes en especie, la mencionada escritura contendrá asimismo la estimación que de ellos deben hacer los socios. Estos son solidariamente responsables del valor atribuído a los indicados aportes en la escritura social" artículo 2º, incisos 2º y 3º). "El extracto de la escritura social que debe registrarse y publicarse contendrá, además de las indicaciones de que trata el artículo 469 del Código de Comercio, la declaración de que la responsabilidad personal de los socios se limitará a sus aportes o a estos y a la suma que respecto de cada uno de los socios se indique y de que las aportaciones han sido totalmente cubiertas" (artículo 3º).

Se tiene entonces que de acuerdo con la Ley 124 de 1937, **el límite de la responsabilidad personal** de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, presenta las siguientes modalidades: a) Si no hay más que aportes en dinero y como estos deben estar íntegramente pagados antes de quedar constituída la sociedad, la responsabilidad de cada socio se contrae a la suma que hubiere separado de su patrimonio personal para vincularla como aporte de la sociedad. Al entregar el aporte, el socio queda descargado de toda responsabilidad por las obligaciones que llegue a adquirir la sociedad; b) Si hay aportes en especie, todos los socios son solidariamente responsables de cualquier menor precio que resulte entre el monto atribuido en el contrato a dichos aportes y su verdadero valor; y c) Si se ha pactado extensión de responsabilidad más allá de los aportes, los socios responderán, además, de la suma que respecto de cada uno de ellos y por este concepto se haya indicado en la escritura social.

El artículo 36 del C. S. del T. no desconoce este fenómeno de limitación de responsabilidad que es propio de la naturaleza de las sociedades de responsabilidad limitada, sino que por el contrario lo incorpora expresamente en su mandato, porque advierte que la solidaridad de los socios con la sociedad y de estos entre si es "sólo hasta el lí-

mite de responsabilidad de cada socio", es decir, que no va más allá, que no lo excede, por lo cual respecto a estas sociedades no puede afirmarse que la norma consagra una solidaridad indefinida; ni que contempla una responsabilidad duplicada, o sea, hasta por otra suma "equivalente a sus aportes", porque en cualquiera de estas dos hipótesis se estaría rebasando el límite de responsabilidad que no es otro que el previsto en la Ley 124 ya citada, en las tres modalidades que acaban de observarse. (Casación Laboral. Noviembre 29 57. Nos. 2188-2189-2190).... 784, 2ª, 785, 1ª y 786, 1ª

— 268 —

SOCIEDADES (El socio-empleado)

Aunque la figura del socio-empleado sea fácilmente comprensible en las sociedades de capital, sólo se la puede concebir en las de personas en cuanto los servicios resulten prestados en cumplimiento de órdenes laborales y no de obligaciones del convenio social, según lo tiene explicado la jurisprudencia, y mucho menos puede afirmarse, categóricamente, en las relaciones del pretenso empleado con la sociedad de hecho de que forma parte, en las que la ausencia de pautas regulares presenta todas las actividades como ejecutadas en razón del espíritu asociativo y del interés que en la asociación se tiene, se recibe o se espera. (Casación Laboral. Septiembre 23 57. Nos. 2186-2187).... 350, 1ª

— 269 —

SOCIEDADES COMERCIALES (Con participación del Estado como accionista)

Es verdad que una sociedad anónima tiene persona y patrimonio diversos de las personas y patrimonios de los socios. Pero existen diferencias notorias entre las sociedades anónimas comunes y aquellas que, como la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, nacen por obra de la Ley con determinados fines, no de lucro como una sociedad comercial, sino específicamente dirigidos a obtener utilidad común, que tampoco se puede interpretar como ganancia en especulación mercantil, sino como servicio a la comunidad. Al establecer la diferencia no se parte de un criterio puramente económico, como si la sociedad anónima, creada por el Estado con aquel fin, se estableciese para obtener ganancia como un particular sino, por el contrario, en el sentido de que esta clase de sociedades ha sido creada para beneficio económico general, aunque pueda favorecer más a determinados gremios, porque a través de estos resulta favorecida la economía nacional. No se puede sostener pues, que el criterio aludido sea base errada y que pueda verse al Estado como simple capitalista privilegiado. De otra parte, como lo enseñan los modernos tratadistas de derecho público, aunque el Estado obre en determinados casos bajo las apariencias de persona de derecho privado, no puede asimilárselas por todo respecto, porque sus actividades son esencialmente diversas. Si aquel coloca parte del patrimonio nacional en una sociedad anónima, ese aporte se hace, no con la inmediata finalidad de lucro, sino de fomento a la economía nacional; de ahí que no pueda equipararse su situación a la de los demás accionistas, así sean personas jurídicas como los municipios, puesto que si estos toman acciones en una sociedad anónima común, lo hacen con móviles totalmente distintos del que ha guiado en la creación de las otras entidades en referencia es indudable que, cuando un municipio, grande o pequeño no funda una sociedad anónima con el directo propósito del bien general, sino que se hace accionista de una sociedad anónima fundada ya con capital privado, por lo regular tiende a hacer una

inversión segura; así se acentúa la diferencia respecto del Estado en la creación de las sociedades encaminadas directamente al fomento de ciertas actividades. Si el municipio en cualquier momento se puede desprender de las acciones que obtuvo como fuente de simple inversión lucrativa, no sucede lo propio con las acciones de la entidad pública —nación, departamento o municipio—que, al hacer su aporte en sociedad con aquel fin específico atrás señalado, hace emitir acciones especiales, de las que no dispone en la misma forma que un particular lo efectúa con las suyas, con vista a la estabilidad de la institución o empresa, vale decir que en cierto sentido se hace intangible dicho aporte. Y en el caso concreto de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero los aportes de particulares se han venido reduciendo al mínimo, en tanto que el Estado en vez de disponer de sus acciones por medio de la venta a particulares, ha ido aumentando los suyos. (Casación Penal. Agosto 29/57. Nos. 2186-2187).....192, 2ª y 193, 1ª

— 270 —

SUCESION (Sustracción de bienes herenciales)

La norma legal contenida en el artículo 1288 del C. C. se refiere al acto que ejecute un heredero tendiente a apropiarse o disponer fraudulentamente de un bien de la sucesión, y es ese acto el que sanciona civilmente obligando a su autor a permanecer como heredero y a perder su parte en ese bien, sin perjuicio de las penas que por el delito le correspondan. No es necesario, para que se produzca la apropiación o disposición indebida, que el heredero aprehenda materialmente la cosa y la cambie de sitio, pues basta que atente de cualquier modo contra un bien de la herencia, sea éste material o inmaterial, mueble o inmueble, y logre apropiárselo o desposeer de él a la sucesión para que la sustracción deba entenderse consumada. Corresponde al Juez, en cada caso particular, determinar si el acto ejecutado por el heredero implica sustracción de bienes de la herencia, sancionable como lo dispone el artículo 1288 de que se viene hablando. (Casación Civil. Septiembre 21/57. Nos. 2186-2187).. 86, 1ª

— 271 —

SUCESION (Sustracción de bienes herenciales)

No implica sustracción de bienes herenciales, el hecho de que el demandado se oponga a que se hagan las declaraciones impetradas en la demanda, o que proponga la excepción de prescripción de la acción ordinaria que se ejercite. En concepto de la Sala, tales actos no tienen ese significado, puesto que la oposición del demandado sólo impone al actor el deber de comprobar el derecho que pretende hacer efectivo o que se le declare a su favor y esa actitud del demandado es especialmente justificable cuando en las súplicas de la demanda se piden prestaciones a que no está obligado el demandado. (Casación Civil. Septiembre 21/57. Nos. 2186-2187).....88, 1ª

— 272 —

SUSTRACCION DE MATERIA

Los decretos números 0247 y 0251 de 1957 se sustraen a la competencia de la Corte por su naturaleza jurídica, sin que esto quiera decir que la revolución no esté limitada por el bien común y los principios del derecho natural, además de las normas constitucionales y legales que ella misma haya adoptado. (Sala Plena. Noviembre 28/57. Números 2188-2189-2190) 448, 1ª

— T —

— 273 —

TEMPORALIDADES (Título de adquisición de estos bienes)

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 solo un antecedente previo de 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. Como el 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. Solamente cumplidas tales formalidades podía solicitarse que se procediera al 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. (Negocios Generales. Octubre 9/57. Números 2188-2189-2190).....836, 2ª y 837, 1ª

— 274 —

TENENCIA (Cómo se cambia en posesión)

El tenedor precario está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión; ello exige la intervención de un título proveniente de un tercero que, considerándose también dueño, le confiera la posesión inscrita y le dé una base a su declaración de que ejerce la posesión como dueño; pero sólo desde el momento en que ocurra la intervención mencionada podrá oponer esa nueva situación jurídica a la posesión de aquel cuyo dominio siempre ha reconocido. - (Casación Civil. Agosto 22/57. Nos. 2186-2187).....14, 2ª

— 275 —

TERMINO (De traslado al recurrente cuando la parte está formada por más de un litigante pero tiene un solo apoderado)

El artículo 533 del C. J. que se refiere al término común de que dispone la parte opositora para formular su alegato, le ha servido a la jurisprudencia para deducir que también la parte recurrente, cuando se halle constituída en la misma forma, tiene derecho a recibir idéntico tratamiento.

Pero es práctica en la Corte que cuando la parte recurrente se halle formada por más de un litigante y tenga un solo apoderado, el término del traslado para presentar la demanda de casación será únicamente de treinta días porque es de presumirse que si tienen un solo apoderado no existen entre ellos intereses opuestos y por consiguiente resulta antitécnico y contrario a su conveniencia, que debe ser la de la rapidez en el trámite, ampliar el término del traslado por encima de los treinta días que otorga el artículo 530 del C. J. Aparte de que no existe norma legal que permita esa ampliación. (Casación Civil. Octubre 2/57. Nos. 2188-2189-2190). 461, 2ª

— 276 —

TERMINOS

Las actuaciones judiciales y los términos

procesales no pueden estar sujetos a la voluntad de las partes interesadas, porque los juicios se harían interminables y se desvirtuaría el espíritu de la ley. Los términos son perentorios, constituyen la garantía recíproca de las partes, conservan el equilibrio del proceso y tienen como finalidad evitar dilaciones para la pronta culminación del juicio. (Casación Penal. Diciembre 7/57. Nos. 2188-2189-2190) 654, 2ª

— 277 —

TERMINOS (Restitución y prórroga)

La ley para el ejercicio de cada derecho, determina una acción, un procedimiento y a ellos debe sujetarse quien los invoca. Si una parte, en vez de pedir restitución de términos pide prórroga de los mismos, la acción, sus efectos y consecuencias son diferentes porque el ejercicio del derecho —en cada caso— está condicionado a dos momentos procesales distintos; el primero, se vincula a términos vencidos (artículo 372 C. J.). el segundo, a la existencia de ellos (artículo 179 del C. de P. P.). (Casación Penal. Diciembre 7/57. Nos. 2188-2189-2190).654, 2ª

— 278 —

TESTIMONIO (Apreciación en juicios sobre filiación natural)

El rigor y la escrupulosidad en el examen de la prueba testimonial exigido en todos los casos, y, principalmente, tratándose de la demostración del estado civil, por las hondas implicaciones sociales que ella tiene, no puede extremarse hasta el punto de que los deponentes hayan tenido que seguir, paso a paso, la vida de aquel cuya calidad civil quiere establecerse, porque ello equivaldría a anular el testimonio, como medio de prueba, en ambos casos.

La idoneidad de la prueba testimonial, no sólo requiere la calificación de las cualidades morales, mentales y físicas de los deponentes, la espontaneidad y exactitud de las exposiciones, la circunstancia de tiempo, modo y lugar en que tuvo lugar la observación de los hechos, sino también la naturaleza intrínseca de estos, para determinar si, en realidad el testimonio es prueba adecuada de ellos. Cuando se trata de la demostración de hechos crónicos, continuados o habituales, no puede perderse de vista esta modalidad con el fin de determinar si el testimonio los ha establecido o no, sin que esto implique una quiebra de principios de derecho probatorio consagrados en la ley positiva y que son de estricto cumplimiento para el fallador, sino la aplicación de sanos principios de la ciencia de las pruebas, a los cuales remite en determinados casos el legislador, a pesar de haberse inspirado, principalmente, en el sistema de la tarifa legal de pruebas, que, tampoco significa, de una manera estricta, que el fallador carezca de facultad y arbitrio para estimar el contenido de la prueba y determinar la fuerza de convicción que, en su opinión, ella tiene. (Casación Civil. Diciembre 4/57. Nos. 2188-2189-2190).....565, 1ª y 2ª

— 279 —

TESTIMONIO (Valor del rendido por empleados del demandado)

En materia laboral, ha dicho la Corte, no es posible aplicar con absoluto rigorismo el rechazo del testimonio por el solo hecho de que quien lo rinda sea empleado del patrono, pues, se correría el riesgo de hacer imposible la prueba de los hechos que precisamente, por sucederse en el momento o con oportunidad del trabajo, no pudieran ser presenciados sino por personal dependiente; la presunción de parcialidad de que habla el inciso 2º

del artículo 669 del C. J. no pesa en tales casos con la misma fuerza excluyente que en materia civil, por lo cual el juzgador debe relacionarla con los otros elementos probatorios del juicio y aceptarla o rechazarla con conclusión última de un proceso de razonamiento crítico; y en cuanto al artículo 697 del C. J. bien se sabe que en el procedimiento laboral, de conformidad con el artículo 61, existe consagrado el principio de la "libre formación del convencimiento" que deja al juez sin sujeción a la tarifa legal de pruebas que informa el procedimiento civil ordinario. (Casación Laboral. Septiembre 13/57. Nos. 2186-2187).....311, 2ª y 312, 1ª

— 280 —

TRABAJADORES (Al servicio de contratistas por administración delegada)

Los trabajadores al servicio de contratistas por administración delegada para la ejecución de obras públicas, tienen el carácter de trabajadores oficiales y sus relaciones laborales, cuando hay contrato de trabajo, se gobiernan por las normas anteriores al Código Sustantivo del Trabajo que regulaban la situación de los trabajadores particulares. (Casación Laboral. Agosto 24/57. Nº 2186-2187) 291, 2ª

— 281 —

TRABAJADORES OFICIALES

Quien presta sus servicios en una obra pública contratada por administración delegada tiene el carácter de trabajador oficial con contrato de trabajo y sus relaciones jurídicas se rigen por las normas anteriores al Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. Octubre 4/57. Nos. 2188-2189-2190) 700, 2ª

— 282 —

TRABAJADORES OFICIALES (Cuándo sus relaciones se rigen por contratos de trabajo)

Tanto en las disposiciones pertinentes anteriores al Código, como en la respectiva actual, toda relación de trabajo se presume regida por un contrato de trabajo, norma general que sólo tiene excepción en el precepto en cita (artículo 4º del Decreto número 2127 de 1945), para las relaciones entre los empleados públicos y la administración pública que no constituyen contrato de trabajo y se rigen por leyes especiales, siempre y cuando no 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 estos en la misma forma, porque estas relaciones sí constituyen contratos de trabajo.

El contenido del precepto anotado, habla sólo de los empleados públicos y no de los obreros, cuando existía vigente de conformidad con la Ley 10 de 1934 esta clasificación, lo que bien explica el pensamiento del legislador en el sentido de excluír a los obreros y dejar sus relaciones con la administración regidas por contratos de trabajo en la misma forma que las relaciones de carácter particular. (Casación Laboral. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190).....806, 2ª

— 283 —

TRABAJO OCASIONAL

La ocasionalidad o transoriedad del servicio se caracteriza, como lo expresa el Código, por su corta duración, circunstancia que se opone a la idea de permanencia o conti-

nuidad de la labor. Mas si ésta se ejecuta en un largo lapso, aunque ocurran interrupciones de breve duración, no debe estimarse como un trabajo ocasional. (Casación Laboral. Agosto 13/57. Nos. 2186-2187) .258, 2ª y 259, 1ª

— 284 —

TRABAJOS PUBLICOS (Lucro cesante)

El pago de perjuicios provenientes del lucro cesante que haya podido sufrir el actor con la ocupación material de la zona de terreno de su propiedad por parte de la entidad pública, está condicionado a que en los autos aparezcan debidamente probados los hechos determinantes del lucro cesante, y que su monto se halle asimismo establecido por medio de las pruebas adecuadas. Así lo ha sostenido la Sala en numerosas ocasiones. (Negocios Generales. Octubre 28/57. Nos. 2188-2189-2190) 872, 1ª

— V —

VACACIONES (Cuándo pueden compensarse en dinero)

Compensar en dinero las vacaciones, en caso de insuficiencia del personal trabajador, es quebrantar la regla contenida en el numeral 1º del artículo 7º del Decreto número 617 de 1954, que modificó el artículo 189 del C. S. del T. pues dicha norma no permite el pago de vacaciones a personal en servicio sino con previa autorización del Ministerio del Trabajo, en la forma y eventos allí contemplados. (Casación Laboral. Octubre 30/57. Nos. 2188-2189-2190).....726, 2ª

— 286 —

VEREDICTO

Si en el auto de proceder se tuvo en cuenta el estado de indefensión o de inferioridad como elemento consustancial para que configurare el asesinato y posteriormente, el jurado desechó la indefensión y aceptó la inferioridad, este reconocimiento no puede convertirse gratuitamente en circustancias de mayor peligrosidad, porque "los jueces y Magistrados no pueden interpretar como circunstancias de mayor peligrosidad, las que el jurado apreció como elementos del delito". (G. J. LIX, 968). (Casación Penal. Diciembre 16/57. Nos. 2188-2189-2190)...688, 2ª

— 287 —

VEREDICTO (Cuando se quiere reconocer la circunstancia de riña imprevista)

Es evidente que el Jurado —en su respuesta— no tiene obligación de consignar términos o fórmulas sacramentales de aquellas que emplean los juristas o personas versadas en la ciencia del derecho, pero también es cierto que no puede —en su veredicto— omitir las expresiones fundamentales que den al juzgador un criterio seguro de orientación para interpretar el veredicto y acomodarlo a las disposiciones de la ley. Si el Jurado es la entidad que califica los hechos y pruebas del proceso para deducir la responsabilidad, la respuesta tiene que ser clara, precisa y terminante en cuanto a la afirmación o negación de ella o de las circunstancias que la modifican.

Si el veredicto no afirma el fenómeno jurídico de la "imprevisión" ello quiere decir que el Jurado deliberadamente omitió pronunciarse sobre esa circunstancia modificadora de la responsabilidad, bien porque las pruebas no le dieron base para llegar a esa

conclusión, ora porque aun en el caso de haberse propuesto esa modalidad, ellos en su criterio de íntima convicción para apreciar los hechos y pruebas del proceso encontraron que esa formalidad "riña imprevista" no se estructuraba sobre la verdad material de los hechos investigados. De allí que, la incertidumbre, oscuridad u omisión en pronunciarse sobre una circunstancia modificadora de la responsabilidad que por derecho propio debió calificarla el Jurado, no puede suplirse o llenarse por los juzgadores de instancia, porque entonces fallarían en derecho sobre puntos para los cuales no tienen autorización legal; es decir, dictarían una sentencia en desacuerdo con el veredicto incurriendo en la causal 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El veredicto "sí es responsable pero en riña provocada por el occiso" no es equivalente ni igual al de "sí es responsable pero en riña suscitada de modo imprevisto"; en el primero, no se contempla el fenómeno de la imprevisión que es la circunstancia modificadora de la responsabilidad, y aun cuando se expresa que el delito se realizó en riña provocada por el occiso, el término **provocación** no sustituye ni es equivalente al factor **imprevisión**; en el segundo, se omite la provocación para hacer una declaración expresa del fenómeno de la imprevisión, reconocimiento indispensable para la aplicación del artículo 284 del Código Penal; pero el Juez de derecho al aplicar la ley, en desarrollo del veredicto, no puede llenar los vacíos o deficiencias que voluntaria o involuntariamente hayan dejado de expresar los Jueces de conciencia al emitir su veredicto, ni para adicionar la respuesta, ni para buscar declaraciones implícitas que no están contenidas en ella, ni para reemplazar su veredicto por otro de contenido y alcance diferente al emitido, porque la sentencia —artículo 480 del C. de P. P.— se pronuncia de acuerdo con la calificación que los Jueces de conciencia den a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. (Casación Penal. Septiembre 9/57. Nos. 2186-2187)..212, 2ª y 213, 1ª y 2ª

— 288 —

VEREDICTO (Interpretación del que reconoce la riña imprevista pero sin propósito de matar)

De conformidad con lo estatuído en el artículo 480 del C. de P. P. en los procesos que se adelantan con la intervención del Jurado la sentencia ha de dictarse de acuerdo con la calificación que éste de a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; y de ahí la facultad que los jueces de derecho tienen de interpretar el veredicto para acomodarlo a los presupuestos legales, cuando quiera que su texto es ambiguo u oscuro, evitando que la voluntad del intérprete se sustituya a la del tribunal popular.

La Sala encuentra jurídicamente aceptable la apreciación del veredicto hecha por el Tribunal, en los siguientes apartes del fallo impugnado: "....es indudable que la locución 'sí en riña imprevista' con que se inicia el veredicto, contiene la afirmación categórica de la responsabilidad de la acusada, 'sin que la última parte, integrada por la expresión 'sin que se sepa el propósito' implica una declaración contradictoria, si se interpreta como debe interpretarse, en armonía con la primera parte y con las constancias procesales. Es claro que el Tribunal Popular se refería al propósito de matar, que fue el incluído en la pregunta y que no se perfila de modo evidente en los autos, cuando emitió su concepto de que **nada se sabía del propósito.** Pero no negó la intención de lesionar, sino que, por el contrario la afirmó terminantemente al aceptar la responsabilidad por un homicidio en riña. El veredicto del Jurado no es una fórmula sacramental, sino

la expresión, más o menos imperfecta, del pensamiento íntimo de los jueces; y es ese fenómeno interno el que hay que desentrañar a través de las formas siempre imperfectas del lenguaje". (Casación Penal. Diciembre 7/57. Nos. 2188-2189-2190) .648, 1ª y 2ª y 649, 1ª

— 289 —

VIOLENCIA CARNAL

Lo que distingue el acceso carnal de los demás actos erótico sexuales, como constitutivo de la violencia en sus elementos materiales, es el propósito dirigido a la unión carnal de los cuerpos, aunque ésta no se perfeccione fisiológicamente. (Casación Penal. Noviembre 5/57. Nos. 2188-2189-2190).... 619, 1ª

— 290 —

VIOLENCIA CARNAL

Véase el aparte **Error de hecho** en el número 143 de este Indice.

— 291 —

VIOLENCIA CARNAL (Edad de la víctima)

Si la ley tomó la edad de catorce años como elemento constitutivo del delito de que habla, en su inciso 2º del artículo 316 del C. P., no fue porque ese límite sea el del advenimiento de la pubertad, la aptitud creadora, la madurez sexual, para cuyo fenómeno la edad de catorce años es precisamente la fijada por la ley respecto del varón, no respecto de la mujer, para la cual existe el límite de doce años (C. C., artículos 34 y 140). Según la ley civil, una niña de doce años es apta para contraer matrimonio válido, porque desde esa edad es púber, tiene aptitud procreadora, ha llegado a la madurez sexual necesaria, pero el varón no, porque su límite de iniciación de la pubertad se ha fijado en catorce años. La nulidad del matrimonio contraído por quien no ha alcanzado la pubertad no puede solicitarse si la mujer, legalmente impúber, ha concebido. Según el artículo 316, la edad de catorce años es elemento constitutivo de un delito. Pero entre los dos órdenes de legislación, la civil y la penal, no hay contradicción, porque parten de distintos puntos de vista. No se puede pasar por alto el hecho de que el artículo 316 del C. P. no hace distinción de sexos, ni parte del supuesto de falta de madurez sexual, sino de falta de madurez intelectual y volitiva, y por eso si la víctima del delito, hombre o mujer, es menor de catorce años se presume la falta de consentimiento, sin que esto implique la afirmación ni la negación de que en esa edad haya una total madurez sexual; la ley civil también protege la falta de discernimiento, en el aspecto matrimonial, aunque autorice, ella sí con la base biológicca del advenimiento de la pubertad, un matrimonio de menores de edad, mediante el permiso que debe solicitar el varón púber menor de veintiún años y la mujer también púber menor de dieciocho para poder casarse (C. C., artículo 117 y ss.), y aun aquí se puede ver cómo la ley atribuye una más rápida maduración intelectual y volitiva a la mujer, que, aun menor de edad puede casarse sin necesidad de permiso, puesto que puede hacerlo si tiene más de dieciocho años y menos de veintiuno. (Casación Penal. Septiembre 13/57. Nos. 2186-2187).....225, 2ª y 226, 1ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXXVI DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA — Las cifras puestas en la columna de "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

Artículos	Números
CONSTITUCION DE 1886	
34	291
117	291
—	153	140	291
		400	133
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE		472	178
		475	178
—	102, 103	707	40
26	12, 206	739, incs. 1º y 2º	132
40	15, 63	740	241
76, ord. 11 y 12	102	756	241
120, ord. 3	102	759	241
121	102, 153	955	132
142	188	1206	178
142, inc. 3º	188, 189	1207	178
150	187	1279	178
155	187	1288	178, 270
157	187, 188, 189	1301	178
158	187	1374	178
159	187	1388	178
214	102	1400	178
215	102	1502	245
		1546	22
ACTO LEGISLATIVO NUMERO 3 DE 1910		1658	100
		1746	260
41	102	1759	179
		1760	94
ACTO LEGISLATIVO NUMERO 1º DE 1945		1766	55, 260, 261
		1767	179
—	102	1768	261
44	188, 189	1888	92
60	189	1946	200
71	6, 8	2149	205
		2150	205
CODIGO CIVIL		2161	228
		2163	228
—	104, 110, 178, 213	2287	245

Artículos	Números
2288	245
2293	244, 245
2356	56, 248
2407	118
2577	205
2594	94
2641	241
2658	94

CODIGO PENAL

23	64
25	64
28	182
36	79
37, ord. 4º	78
37, ord. 7º	29
38	79
38, ord. 3º	182
38, ord. 9º	82
67	85
93	60
100	60
208	32
231, or. 4º	158
316	143, 291
316, inc. 2º	291
363, ord. 5º	29
382	182
384	253, 254, 287

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

—	104
24	105, 106
36	265, 267
48	84
53	236
57, regla 8ª	104
65	100
65, inc. 2º	156
67	186
68	186
89	104
161	117
162, letra d)	117
189	285
194	138, 265
194, inc. 2º	137
195	134
204	77
212	77
223	104
250	104
258	77
262	183
264	135
267	183
293	257, 258
306	236
459	198
461	192
491	138

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

—	110
242	108
243	108
248	108
253	108
254	109
263	43

CODIGO DE COMERCIO

—	213
467	267
469	267

CODIGO FISCAL DE 1873

—	220

CODIGO DE PETROLEOS

5	221, 222
34	221
35	221
36, numerales a), b) y c)	221

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

—	190, 229
8, ord. 7º	190
17	85
20	85
150	190

Artículos	Números
CODIGO JUDICIAL	
—	100
84	212
166	167
208	126
266	121
332 num. 2º	74
353	26
367	202
372	277
374	50
435	240
442, inc. 2º	240
446, num. 1º	212
448, num. 2º	215
466, num. 2º	247
471	53, 72
482	23
483	23
520	57, 72
520, causal 1ª	142
520, causal 2ª	70, 71
520, causal 7ª	52
530	50, 275
533	275
537	52
555	259
610	233
669, inc. 2º	279
697	279
721	129
742	67
743	67
939	14
1125	13
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
—	188
10	35
11	35
24	60
25, inc. 1º	60
28	175
40	188
42, num. 2º	188, 189
42, num. 6º	88, 180
44	188
44, ord. 1º	188, 189
51	35
58	47
61	35
65	85
73	240
73, num. 4º	166, 170
73, num. 7º	170
74	171, 246
74	171, 240
107	119
108	119
112	60
153	64, 76
156	64
166	209
168	209
172	206
174	209
179	277
198, num. 8º	36
294	60
431	36
433	246
435	64
437	64
438, inc. 2º	64
465	49
467	49
480	287, 288
556	61
557	59
567	80
567, causal 3ª	287
567, causal 5ª	75
570, numerales a), b) y c)	61
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO	
2º	28, 196
3º	28
36	216
49	216
51	191
61	136, 142, 144, 191, 279
75	67
76	67
86	68
87, ord. 1º	142
136	195
143	194

Artículos	Números
145	98
553	98
LEYES	
Ley 153 de 1887	
85	77
91	179
92	179
93	179, 262
Ley 62 de 1928	
—	6
Ley 120 de 1928	
—	19, 21
4º	217
6º	21
7º	20, 217
8º	217
9º	21, 217
10	21, 217
11	21, 217
Ley 21 de 1931	
—	6
10	7
Ley 37 de 1931	
—	227
7º	219
16	219
Ley 10 de 1934	
—	138, 282
Ley 45 de 1936	
6º	231
19	77
20	77
21	77

Artículos	Números
Ley 48 de 1936	
—	206
13	206
Ley 50 de 1936	
—	260
Ley 160 de 1936	
—	227
6º	219
7º, ord. a)	226
Ley 200 de 1936	
8º	39
Ley 124 de 1937	
—	267
1º	267
2º, inc. 2º	267
3º	267
11	267
Ley 92 de 1938	
13	151
18	151
19	151
Ley 167 de 1941. (Véase Código Contencioso Administrativo)	
Ley 4ª de 1943	
28	114
Ley 51 de 1943	
3º	217
Ley 69 de 1945	
—	1, 2, 4, 5, 13, 15
1º	6, 63
2º	63

Artículos	Números
8º	15
9º	5, 10, 12, 15, 16
12	3, 9
13	6
16	12
Ley 75 de 1945	
3º, num. 6º	68
Ley 83 de 1946	
3º	189
4º	189
Ley 96 de 1946	
4º	167
DECRETOS	
Decreto 652 de 1935	
27	138
Decreto 750 de 1940	
24	239
Decreto 109 de 1941	
—	267
Decreto 2127 de 1945	
4º	282
53	186
Decreto-Ley 2158 de 1948 (V. C. P. del T.)	
Decreto 1125 de 1950	
—	229
Decreto 1231 de 1950	
11	229
Decreto 1534 de 1950	
3º	229
Decreto 3346 de 1950	
—	240
Decreto 3665 de 1950	
2º, numerales 1, 2, 3 y 4	240
5º	240
10	240
Decreto 0243 de 1951	
—	26, 240
5º	240
Decreto 1231 de 1951	
11	229
Decreto 1858 de 1951	
3º	213
Decreto 1814 de 1953	
—	229
Decreto 2900 de 1953	
1º	86
139	32
140	229
Decreto 616 de 1954	
—	84
Decreto 617 de 1954	
—	257, 258
7º, num. 1º	285
Decreto 1209 de 1954	
—	6

Artículos	Números
Decreto 1426 de 1954	
—	229
12	229
Decreto 943 de 1955	
—	32

Artículos	Números
Decreto-Ley 1762 de 1956	
9º	68
Decreto 247 de 1957	
—	153, 272
Decreto 251 de 1957	
—	153, 272

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Abad Escobar Salvador contra la Nación. — Ordinario laboral 695

Alvarez Cuesta Julio.—La Corte se abstiene de conocer de la consulta de la cesación del procedimiento definitivo decretado en favor de aquel, en el proceso que se le adelanta por falsedad y peculado..... 233

Amaya Méndez José Antonio y otra contra Manuel José Amaya Méndez. — Ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa 76

Angulo Rafael contra Departamento de Antioquia. — Ordinario. — Se revoca el auto apelado y en su lugar se decreta la práctica de las pruebas denegadas..... 406

Angulo Bossa Jaime.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, por los cargos que se le formularon..... 171

Aranzazu Aristizábal Gustavo. — Recurso de hecho 203

Aristizábal Gómez Ramón y otros.—Casación por el delito de hurto de ganado mayor... 664

Arriaga Pastora (a nombre de la sucesión de Juan Garcés) contra Luz de la Torre de Mosquera Garcés.—Recurso de hecho..... 480

Arroyo Delgado Enrique y otra contra Enrique Zalamea Lleras.—Se niega el cumplimiento en Colombia de la providencia dictada por el Juez 2º Provincial de Pichincha de la ciudad de Quito (Ecuador)..... 502

Arteaga Canedo Carlos Alfonso.—Colisión de competencias 201

Págs.

Arteaga Peña Luis Felipe.—Casación por peculado 188

— B —

Barbosa de Restrepo Beatriz (en representación de la sucesión de Eliecer E. Barbosa), contra Isabel Barbosa P.—Ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa 544

Barragán Collazos Enrique y otros.—La Corte se abstiene de conocer del proceso adelantado contra aquellos, por el delito de hurto de ganado mayor..... 601

Barrera o Sepúlveda Jesús y otros.—Colisión de competencias 214

Barrios José H. contra Sociedad denominada "Transportes Barrio Castilla—El Matadero Moderno, Ltda."—Ordinario laboral..... 320

Bassil Antonio contra The Sun Insurance Office Limited y otras.—Ordinario sobre pago de unos contratos de seguros..... 70

Bassil Antonio contra The Home Insurance Company y otro.—Ordinario sobre pago de unos contratos de seguros.—Se ordena poner en conocimiento de las Compañías demandadas, el fallecimiento de su apoderado doctor Juan Samper Sordo y la actuación de su sustituto doctor Hernando Castilla Samper 460

Bayuelo Juan A. contra Sociedad "Winston-Mantilla-Montilla"—Oridinario laboral ... 289

Botero José de Jesús contra Empresa "Frontino Gold Mines Ltda."—Ordinario laboral 760

Págs.

— C —

Cabrera Juan Clímaco contra Antonio Paláu R.—Ordinario sobre incumplimiento de un contrato de compraventa..... 118

Calderón de Bravo Amalia.—Sucesión..... 71

Camacho Rodríguez Roberto (Magistrado de Tribunal). — Por falta de competencia, la Corte se abstiene de conocer del proceso adelantado a aquel, y ordena remitirlo al Juez Penal del Cto. de Cartagena..... 637

Campo López Alfredo y otro.—Casación por homicidio y lesiones personales..... 152

Cantillo Ordóñez Leonidas.—Se confirma la providencia por medio de la cual se resolvió que no era el caso de imponerle ninguna sanción a aquel, por faltas contra la ética profesional 205

Cárdenas Soto Rafael contra Pedro Gómez Ballesteros como quebrado y contra la masa de la quiebra del mismo.—Ordinario laboral 702

Castillo Cruz Mario.—Casación por homicidio 609

Cely José del Carmen y otra, en su condición de herederos de Federico Rodríguez Mendoza contra Sociedad "Cía. de Samacá, S. A."—Ordinario sobre nulidad de unas decisiones judiciales 33

Cía. Empresaria del Camino del Carare contra la Nación y la Texas Petroleum Company. — Ordinario sobre nulidad de unas resoluciones administrativas y otras peticiones. — Se revoca el auto objeto del recurso de súplica..... 875

"Comunidad de Turipana" contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 892

Corredor Hernández y otros contra Municipio de Medellín.—Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales..... 125

Cruz Perdomo Efraín contra Herederos o representantes de Jorge Saavedra A.—Ordinario sobre resolución de un contrato..... 17

— CH —

Chaves Chaves Guillermo contra Rogelia Chaves de Mazuera y otros.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de renta vitalicia 506

Chaves Posada Ana María y otros contra Timoleón Pedraza.—Ordinario sobre restitución de un inmueble..... 3

— D —

Decreto-ley número 1209 de 12 de abril de 1954 (Por el cual se sustituye el artículo 1º de la Ley 69 de 1945).—Se declara exequible 421

Decretos números 0247 y 0251 de 1957. — Se inhibe la Corte de conocer de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los aludidos Decretos, por carecer de competencia para ello..... 430

De la Hoz Emilia Isabel contra Propuesta de la International Petroleum Colombia Limited.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 377

Demanda de nulidad de la elección de Magistrados de lo Contencioso - Administrativo hecha por el Consejo de Estado para el bienio de 1950 a 1952.—Se declara que por haberse producido el fenómeno de la cosa juzgada no se puede decidir sobre las peticiones de la aludida demanda..... 428

Díaz Leovigildo y otros.—Se resuelve un impedimento dentro del proceso que se les adelanta por homicidio y encubrimiento.. 229

Díaz Garzón Joaquín.—Casación por homicidio 180

Díaz Herrera Rafael. — Se revoca la providencia consultada, por medio de la cual se declara que la acción penal no puede proseguirse por estar prescrita, para que se

Págs.

cumpla con lo dispuesto en la parte motiva del preveído de la Corte 169

Díaz Rivas Natanael. — Se declara infundado el impedimento expresado por el doctor Alvaro Andrade Montaño, para conocer del negocio que se adelanta contra aquel, por el delito de abuso de confianza 632

Durán Pana Onnosífero y otros. — Casación por homicidio 680

— E —

Echeverri Vargas Jorge contra la Nación.— Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 394

Escobar Rojas Cornelio contra empresa constructora denominada Muñoz y Salazar & Co. Ltda.—Ordinario laboral.—Recurso de hecho 296

Esmeral José P. contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. 882

— F —

Fernández Primitivo contra Municipio de Barranquilla.—Ordinario sobre declaración de bienes vacantes 486

Forero de Fresneda Ana contra Sociedad Zamudio & Vásquez.—Ordinario laboral.... 706

— G —

Gallo Q. Ernesto.—Se confirma el sobreseimiento definitivo decretado en su favor, en el proceso que se le adelantó por faltas contra el decoro profesional 239

García Manuel contra Municipio de Bogotá. Ordinario laboral 325

García López Marina (como representante legal de su menor hijo Guido Rafael García) contra los menores Josué, Berta Canal Cárdenas y otros. — Ordinario sobre filiación natural 463

García Rojas José Fabriciano. — Colisión de competencias 588

Págs.

"Gómez Jácome & Cía. Ltda." contra la Nación.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 864

Goyeneche Carlos Saúl contra Ciro Enrique Goyeneche.—Ordinario sobre simulación... 40

Grajales Ramírez Vianor y Luis Horacio Ramírez Ramírez.—Casación por homicidio y lesiones personales 148

Guerrero Francisco y otro contra Municipio de Cali.—Recurso de hecho 541

Gutiérrez Hoyos Rafael contra la Nación. — Incidente de liquidación de una sentencia. 375

Gutiérrez Rolón Jorge Tulio.—Cambio de radicación 227

Guzmán Donaldo contra María Elvigia Muñoz y otros.—Ordinario sobre filiación natural 559

— H —

Hernández Díaz Manuel y otro. — Casación por homicidio, lesiones personales y robo.. 604

Hernández Malo Eduardo. — Se confirma el sobreseimiento definitivo decretado en su favor, en el proceso que se le adelantó por prevaricato 235

Herrera Inés contra Lorenzo Botero.—Ordinario laboral 294

Hoeck Herman contra Municipio de Bogotá. Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 368

— L —

Larios Vides Carlos A. contra Beneficencia de Bolivar o Junta de Asistencia Social del Departamento. —Ordinario sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato 366

Lemos Gordillo Francisco.—Casación por homicidio 209

Págs.

Ley 86 de 1946 (sobre propiedad intelectual). Se declara legal el impedimento manifestado por el señor Procurador General de la Nación, y se le separa del conocimiento de la demanda de inexequibilidad formulada contra aquella. Y como no hay suplente que pueda reemplazarlo, se nombra para que actúe en su reemplazo como Agente del Ministerio Público ad-hoc, al señor Procurador Delegado en lo Civil..... 458

Londoño Vallejo Cristóbal—Casación por fuga de presos 650

López Antistenes.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, en el proceso adelantado por el delito de falsedad 584

López Pinilla Julio.—Recurso de hecho..... 656

López Prieto Alejandro contra Antonio José Meneses.—Ordinario laboral 252

Lozano Víctor Alonso, como hermano legítimo de Célimo Méndez y para la sucesión de éste contra Alfredo Posada.—Ordinario laboral 280

— LL —

Llano v. de Maldonado Marina y otro contra Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales.—Ordinario laboral 306

— M —

Madrid Malo Mario contra Leonidas Lara e Hijos Ltda.—Ordinario laboral 714

"Mármoles y Cementos del Nare S. A." contra la Nación. — Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 383

Martínez Bravo Célimo Medardo. — Colisión de competencias 642

Martínez Zúñiga Lisandro. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, por los cargos que se le formularon 175

Págs.

Marulanda Rendón Bernardo (exComisario Especial del Vaupés). — Se declara nulo lo actuado, a partir del auto que declaró cerrada la investigación, en el proceso que se le adelanta por el delito de peculado... 662

Mazabel Julio contra "Sociedad Villegas Hermanos S. A."—Ordinario sobre restitución de unas sumas de dinero..... 103

Medina Escobar José Antonio contra "Compañías Unidas de Transportes, S. A.", en quiebra.—Ordinario laboral 303

Mejía Saldarriaga Raúl contra Carlos Ruiz G. — Ordinario sobre reivindicación de un vehículo automotor 111

Mendoza Díaz Alberto.—Se confirma la providencia por medio de la cual se resolvió que no era el caso de imponer a aquel ninguna de las sanciones establecidas en la Ley 69 de 1945..... 144

Moreno Marco Emilio contra José María Quintero. — Ordinario sobre rescisión por lesión enorme 514

Mosquera Septimio contra Abraham Rumié. Ordinario laboral 261

Municipio de Salamina contra la Nación. — Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 846

Muñoz Martínez Alejandrino contra Sucesión de Gustavo Astudillo. — Ordinario laboral. 314

— N —

Narváez Neftalí. — Se confirma la cesación del procedimiento adelantado contra aquel, por no existir los hechos que se le imputaron 217

Nivia Guzmán Marcos.—La Corte se abstiene de conocer de la consulta de la cesación del procedimiento decretado en favor de aquel, en el proceso que se le adelanta por falsedad y abuso de autoridad..... 231

Págs.

— O —

Ochoa Carlos contra Alfonso Duque Arango. Ordinario laboral 266

Oliveros Emiliano y otros.—Colisión de competencias 590

Ordóñez Sergio.—Casación por violencia carnal 616

Ortiz Carmen Tulia contra Benicio Salazar Restrepo.—Recurso de hecho..... 712

Ospina Méndez Rafael contra Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico, Ltda. Ordinario laboral 332

— P —

Pachano Catalino contra Compañía Frutera de Sevilla.—Ordinario laboral 734

Paeres Rubio Roberto y otros.—Se resuelve un impedimento dentro del proceso que se adelanta a aquellos por peculado..... 178

Patiño Guerrero Rogerio.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, por los cargos que se le hicieron como Fiscal de Juzgado Superior..... 248

Peláez Bustamante Juan José. — Se declara desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso que se le adelanta por el delito de estafa 603

Peláez Henao Guillermo. — Se revoca el numeral 1º de la providencia recurrida y se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en favor de aquel, en el proceso que se le adelanta por faltas contra la moral profesional 677

Pinto Rojas Gratiniano.—La Corte se inhibe de conocer del recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado, dictado en el proceso que se adelanta a aquel por homicidio y hurto..... 167

Prieto Méndez Julio Enrique.—No se repone el auto, por medio del cual la Corte declaró desierto el recurso de casación interpuesto en el proceso adelantado a aquel, por el delito de peculado 653

— Q —

Quilaguy José Vicente contra "Carboneras San Vicente, S. A." y otro.—Ordinario laboral 766

— R —

Ramírez Carlos J. contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral 297

Razetti Mauricio contra Salustio Victoria.—Ordinario laboral 338

Razetti Mauricio contra Salustio Victoria. — No se aclara el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice... 355

Reyes Ortiz Tulio.—Colisión de competencias 199

Ríos Quintana María Cristina.—Casación por homicidio 646

Rivas Marino contra "Empresa Transportadora, S. A."—Ordinario laboral..... 254

Rocha Gómez Benjamín contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 815

Rodríguez de González Catalina contra Guillermo Millán.—Ordinario sobre dominio y restitución 11

Romero Cortés Isauro.—Cambio de radicación 634

Rueda Durán Raúl.—Se confirma la absolución proferida en su favor en el proceso que se le adelantó por faltas contra la moral profesional 245

— S —

Salazar L. Mardonio y otros (Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó).—Se declara

Págs.

que no hay lugar a imponerles sanciones disciplinarias, por los cargos que se les formularon 454

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón, en el fallo de fecha 13 de septiembre de 1957, obrante al folio 297 y ss. 301

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón, en el fallo de fecha 23 de septiembre de 1957, obrante a folios 325 y ss. 330

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara, en el fallo de fecha 23 de septiembre de 1957, obrante a folios 394 y ss. 404

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Enrique Arámbula Durán, Manuel Buenahora, Santiago Cadena Copete, Jesús Estrada Monsalve, Guillermo Garavito Durán, Juan Manuel Pachón Padilla y Sergio Antonio Ruano, en el fallo de 28 de noviembre de 1957, obrante a folios 430 y ss., por medio del cual se inhibe la Corte de conocer de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los decretos números 0247 y 0251 de 1957..... 449

Salvamento de voto del Magistrado doctor Pablo Emilio Manotas, en el auto de fecha 25 de octubre de 1957, obrante al folio 480 y ss. 483

Salvamento de voto del Magistrado doctor Guillermo Garavito Durán en el fallo de 14 de noviembre de 1957, obrante a folios 518 y ss. 527

Salvamento de voto del Magistrado doctor Sergio Antonio Ruano, en el fallo de fecha 31 de octubre de 1957, obrante a folios 734 y ss. 749

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Benavides Patrón en el fallo de 16 de diciembre de 1957, obrante al folio 836 y ss. 814

Salvamento de voto del Magistrado doctor Camilo Rincón Lara en el fallo de fecha 28 de octubre de 1957 obrante al folio 864 y ss. 873

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Jaramillo Giraldo en el auto de 28 de octubre de 1957 obrante al folio 875 y ss... 879

Sánchez Ezequiel contra la Nación.—Ordinario de única instancia sobre pago de unas sumas de dinero y otras peticiones. — La Corte declara que no se presenta la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción, alegada por el Procurador Delegado en lo Civil 860

Sánchez B. Alirio.—Cambio de radicación... 629

Sánchez de Sánchez Elvira contra José Acevedo Camacho. — Ordinario sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme 89

Sánchez Molina Pedro Ricardo.—Se confirma el fallo absolutorio proferido en su favor, por faltas contra la moral y el decoro profesionales 579

Sandoval José Miguel y otro. — Colisión de competencias 561

Sierra Clara y otra contra José María Bustos. Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales 535

Silva de Camargo Rosa contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral 806

Sindicato de Choferes y Trabajadores Asalariados de Transurbanos de Cúcuta, Ltda. contra Empresa "Transurbanos Cúcuta Limitada".—Recurso de homologación contra el laudo arbitral 719

Sinisterra Emiliano.—Casación por violencia carnal 220

"Sociedad Agrícola del Sinú, S. A." y otro contra el Municipio de Bogotá y otro.—Ordinario sobre propiedad de unos lotes de terreno.—Se declara improcedente el estudio del recurso de casación interpuesto y se ordena devolver el negocio al Tribunal Su-

perior de Bogotá, para que se pronuncie en forma legal —formal y materialmente— la decisión contra la cual se interpuso el recurso 67

Suescún Giraldo Oscar y otro.—Recurso de revisión 645

— T —

Torres Roberto y otros.—Cambio de radicación 594

Torres Díaz Esther contra Rosa María Velandia.—Ordinario sobre propiedad de un lote de terreno 472

Torres González David Gabino. — Casación por homicidio 623

Torres Merlano Edgardo contra Sociedad de Capitalización y Ahorros Bolívar, integrante del grupo Compañía de Seguros Bolívar.—Ordinario laboral 728

Torres Silva Francisco Plinio. — Recurso de revisión 195

Trabajadores del Sindicato Gremial Unión Sindical de Choferes del Atlántico contra Empresas de Transporte Urbano de Barranquilla "Flota Verde Ltda." y otras.— Recurso de homologación contra el laudo arbitral 787

Tulcán Guaramag Laura Elisa contra José María Rodríguez y otros.—Ordinario sobre nulidad de un mandato conferido en documento privado, nulidad de un contrato de compraventa y restitución de unos inmuebles 567

— V —

Valenzuela Ramírez Alejo.—Se confirma la absolución proferida en su favor en el proceso que se le adelantó por faltas contra la moral profesional 242

Vanegas Nicolás contra Municipio de Quipile. Ordinario sobre reivindicación de un inmueble 26

Vanegas Vargas Agustín contra Bernardo Gómez Alvarez. — Ordinario sobre propiedad de unas mejoras 518

Vásquez Z. Alfonso contra Gilberto Peláez. Ordinario laboral 284

Velásquez Toro Jaime. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, en el proceso adelantado por faltas contra la moral y el decoro profesionales. 621

Vélez Juan N. contra Consejo Administrativo de los FF. CC. Nales. — Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 356

Villalba Patricio.—No se repone el auto por medio del cual se le llama a responder en juicio, por abuso de autoridad y otras infracciones 660

Villalba Espitia Alvaro.—Recurso de hecho.. 640

Villalba Nieto Lisandro contra Elvira Barriga v. de Calderón y otros.—Declaración de pertenencia de un inmueble 63

Villalobos Serpa Alfonso.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor, por el delito de abuso de autoridad.. 614

— Y —

Yáñez M. Agustín contra Madigan Hyland South American Corporation. — Ordinario laboral 751

— Z —

Zúñiga Rafael (Magistrado de Tribunal Superior).—Cesación del procedimiento adelantado contra aquel, por cuanto los hechos que se le imputan no se han realizado.... 690

ERRATA ADVERTIDA

Página 767, columna segunda, línea doce, dice:

"y c) "si no se ha", en vez de **y c) si se ha.**